

Revista Científica *A P@Lavra*

FACULDADE DE FORTALEZA – FAFOR
FACULDADE DE ENSINO E CULTURA DO CEARÁ - FAECE



Ano 1 - nº 1 - julho 2010

Expediente

Faculdade de Fortaleza – FAFOR – Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará - FAECE**Diretora**

Prof^a. Mestre Rita Maria Silveira da Silva

Coordenadora Pedagógica

Prof^a. Mestre Adryana Lúcia Lobo Bezerra

Coordenadora Geral

Andréa Alves de Lima

Secretária

Prof^a Mestre Francisca Vanda Maciel Ribeiro

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Frederico Jorge Ferreira Costa
- Prof^a. M.Sc. Isabel Freitas de Carvalho
- Prof^a. M.Sc. Ivanete Gomes da Silva
- Prof. Esp. José Musse Costa Lima Jereisstatí
- Prof. Dr. José Júlio Da Ponte Neto
- Prof^a. M.Sc. Rita Maria Silveira da Silva

Diagramação e Designer

- Francisco José Carneiro da Silva

Revisão

- Profa. Ivanete Gomes da Silva

Sumário

Expediente	02
Editorial	04
Erro Médico <i>Júnior Saraiva Leão</i>	05
Coisa Julgada <i>Maria Marleide Marciel Queiroz</i>	11
O Princípio da Proporcionalidade <i>Roberta Farias Cyrino</i>	15
O Direito de Recorrer Como Garantia Constitucional <i>Roberta Farias Cyrino</i>	27
Análise Jurisprudencial Acerca da Competência para o Processamento e Julgamento da Ação de Execução do Contrato de Honorários Advocatícios <i>Roberta Farias Cyrino</i>	39
A importância da leitura <i>Cristiane Pinho</i> <i>Ivanete Gomes</i>	53
A Desafetação De Áreas Verdes Advindas De Aprovação De Loteamentos Perante A Tutela Ambiental <i>Líduína Rocha Siebra</i>	64
Prescrição em Perspectiva, Antecipada ou Virtual <i>Antônio Carlos Azevedo Costa</i>	74
Orientações aos Autores	78

Editorial

Esta Revista Jurídica Científica foi pensada para criar um espaço de divulgação dos trabalhos de docentes e discentes da FAECE e da FAFOR, em cuja missão ressalta principalmente a formação dos alunos que buscam a Instituição, mas também, paralelamente, deseja proporcionar meios para manter vivo o desenvolvimento e atualização dos docentes,.

Inspirada na vontade de realizar um trabalho na linha elevada da pesquisa científica, base da evolução do conhecimento, a revista nasce desejando provocar a motivação para que professores e alunos, produzam e compartilhem sua bagagem científica entre si e com a comunidade.

A produção científica deve proporcionar a Instituição, cumprir seu papel de formar, mas também suprir a comunidade e, mais amplamente, a sociedade, a construção de novas soluções às situações com que o homem comum se depara no cotidiano.

Considerando o foco no Projeto Pedagógico da IES cujo eixo temático é o cuidado com o meio-ambiente e a sustentabilidade, em meio ao que rodeia este tema abrangente, pode-se identificar a pesquisa e a exposição de seus resultados, como uma das formas de trazer à luz assuntos e gerar discussões esclarecedoras.

Em se tratando de uma revista voltada para o curso de Direito, pode-se, assim, manter os sentidos da descoberta e comprovação científica de novas idéias jurídicas que auxiliem nesta difícil tarefa de direcionar os membros da sociedade na manutenção dos meios de sobrevivência, elaboração e convivência com novas regras disciplinadoras de práticas nas diversas áreas .

Os projetos científicos dos cursos de Direito da FAFOR e FAECE terão agora uma via de comunicação mais efetiva, obedecendo a regras do método científico, e impulsionando a participação de docentes e discentes.

Inicia-se, portanto, um trabalho divulgador dentro da Comunidade Acadêmica local, que deve extrapolar os muros da academia e atender anseios da sociedade.

Agradecemos a todos os envolvidos na estruturação da Revista que representa a realização conjunta de uma aspiração das nossas Faculdades.

Profa. M.Sc. Rita Maria Silveira da Silva
Diretora da FAFOR e da FAECE

ERRO MÉDICO

Junior Saraiva Leão ¹

RESUMO

Nos últimos anos, os médicos têm sido alvo de processos indenizatórios, criminais e éticos com frequência cada vez maior. As decisões nos processos éticos dos Conselhos Regionais de Medicina repercutem na justiça comum, e por isso devem ser seguidas com bastante atenção. O objetivo desta revisão é dar uma visão ampla, dos processos envolvendo responsabilidade civil, penal e administrativa, e tentar torná-los compreensíveis a todos.

Após breve introdução histórica, são abordadas as causas de responsabilidade civil, administrativa e penal, e os artigos legais que lhes dão base. Os crimes possíveis de ocorrer no exercício da Medicina são comentados, suas penas e a relação direta existente entre crime e a indenização.

Palavra chave: Erro Médico, Responsabilidade civil, administrativa e penal.

ABSTRACT

In recent years, doctors have been the target of indemnity, criminal and ethical with increasing frequency. Ethical Decisions in Cases of Regional Councils of Medicine felt in common justice, and therefore should be followed closely. The aim of this review is to give a broad view of processes involving civil liability, criminal and administrative, and try to make them understandable to everyone.

After a brief historical introduction, deals with the causes of civil, administrative and criminal, and articles that give legal basis. The crimes that may occur in medical practice are discussed, their feathers and the direct relationship between crime and compensation.

Keyword: Medical Error, civil liability, administrative and criminal law.

¹ Acadêmico de Direito do corpo Dissente da Faculdade de Fortaleza- FAFOR.

INTRODUÇÃO

O erro médico é definido como o dano causado ao paciente pela ação ou inação do médico, durante o exercício de sua profissão, por imperícia, imprudência ou negligência.

É um assunto polêmico e muito discutido nos dias atuais devido, principalmente, ao aumento da velocidade na divulgação da informação aliado a um maior grau de conscientização dos cidadãos em relação aos seus direitos.

Apesar do inquestionável avanço em todas as áreas da medicina, erros em técnicas e procedimentos ainda ocorrem, podendo resultar em tragédia para paciente e suas famílias. Esse agravo emocional acaba por atingir também os profissionais de saúde dedicados e envolvidos na assistência de seus pacientes. Do ponto de vista econômico, tais eventos representam um grave problema, pois prolongam o tempo de internamento do paciente, aumentando consideravelmente os custos hospitalares.

Estima-se que, dentre todo o universo de processos atualmente em trâmite na justiça brasileira, 3% a 4% seja relacionado a erro médico. Esse número aparentemente pequeno, na realidade é um percentual bastante elevado, considerando-se todas as possibilidades de ações jurídicas, e mais especialmente quando se sabe que nenhuma outra motivação aproxima-se deste percentual.

O primeiro relato de normas punitivas para erros cometidos por esse profissional foi o Código de Hamurabi, cerca de dois mil anos antes de Cristo. No decorrer do tempo, várias sociedades estabeleceram penalidades para médicos infratores, que variavam de indenizações à pena de morte.

A justiça brasileira possibilita que o erro médico possa repercutir em três esferas jurídicas, simultaneamente ou não: civil, penal e administrativo.

Esse trabalho tem por objetivo descrever e discutir, juridicamente, as penalidades previstas na justiça brasileira, para erros cometidos por médicos.

1. ERRO MÉDICO

O erro médico, segundo Gomes e França (2007), ocorre quando há uma conduta profissional inadequada “que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à saúde ou à vida do paciente, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.²

Leme (1997) com intenção de tornar mais fácil a compreensão destes termos, diz que “negligência consiste em não fazer o que devia ser feito; a imprudência

² Gomes, Júlio César Meirelles; França, Genival Veloso. *Erro Médico. Acta Cirurgica Brasileira. São Paulo, vol.24 n.3 Maio/Junho 2007.*

consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito”.³

Ao longo dos séculos, a responsabilidade penal do médico, por atos praticados no exercício da profissão, recebeu os tratamentos mais variados. Sobre esse tema Antonio Evaristo de Moraes comenta que essas punições podiam variar desde “um excessivo rigor como resposta ao fracasso em suas intervenções, até uma extremada benevolência que acabava por resultar numa quase absoluta impunidade”.⁴

O mais antigo estatuto penal conhecido, o Código de Hamurabi, estipulava que os médicos teriam suas mãos amputadas em caso de morte do paciente como resultado de sua ação, sendo, neste ponto, mais felizes do que os arquitetos, que respondiam com a própria vida, nos casos de desabamento com vítimas fatais. Outros códigos antigos também já previam punições para médicos que não aplicassem com rigor a medicina da época, como o livro dos Vedas, o Levítico.

Na maioria das vezes, o dano causado ao paciente pelo médico no exercício de sua profissão, é dito culposos, haja vista não ter havido a intenção de cometê-lo (VIEIRA E CARVALHO, 2002).

O Código Penal Brasileiro diz que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I, CP). E culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II CP) (BRASIL, 2010).

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

O erro cometido pelo médico no exercício de sua profissão pode dar origem a processo civil, penal e/ou administrativo.

No âmbito civil aborda-se a questão das indenizações, tanto por danos materiais, que abrangem os gastos feitos pelo paciente e/ou família, quanto por danos morais, pelos constrangimentos, sofrimentos, angústia etc., tidos em decorrência do erro médico (UDELSMANN, 2002).

A instauração de uma ação visando indenização pelos danos causados pelo profissional liberal, está baseada na Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando de uma obrigação contratual, o direito brasileiro institui que para a verificação da responsabilidade civil do médico deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva (UDELSMANN, 2002).

³ Leme, Pedro de Alcântara daSilva. *O erro médico e suas implicações civis e penais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.1, jan/mar 1993.

⁴ Moraes Filho, Antônio Evaristo de. *Aspectos da responsabilidade Penal do Médico*, Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

Atualmente, tal fundamento vem também expresso no art. 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa".⁵

Segundo a teoria em da responsabilidade subjetiva, são pressupostos necessários para caracterizar a responsabilidade civil do médico: o dano, o nexo de causalidade e a existência da culpa (AGUIAR JÚNIOR, 2000).

3. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

No âmbito administrativo, os médicos são julgados nos CRMs, onde se verifica se houve ou não infração ao Código de Ética Médica, podendo o médico ser punido com penalidades que variam de uma advertência confidencial, podendo chegar ao extremo da cassação (AGUIAR JÚNIOR, 2000).

Esse processo ético junto ao Conselho Regional de Medicina visa disciplinar a conduta do profissional médico. É de natureza moral com cunho administrativo, mas pode, em última instância, ser contestado juridicamente, pois a Constituição Federal garante isso em seu artigo 5º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A lei 3.268/57 que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, em seu artigo 22, § 5º também confirma a possibilidade de recurso à justiça comum: "além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa, salvo aos interessados a via judiciária para as ações que forem devidas".⁶

Temos, portanto, a apuração ético-administrativa, realizada pelos conselhos de ética e demais órgãos fiscalizadores e regulamentadores da atividade técnico-profissional. A análise de tais infrações, salvo raras exceções, ordinariamente não sofre ingerência do judiciário. Todavia, necessário é que recordemos que algumas infrações éticas podem configurar-se em ilícitos civis ou penais (UDELSMANN, 2002).

4. A RESPONSABILIDADE PENAL

Na fixação da responsabilidade penal do médico, várias questões devem ser consideradas, tendo em vista as peculiaridades da ciência médica, sob pena de, ao adotar-se "uma política de recrudescimento puro e simples da ação repressiva em nome do necessário combate à impunidade, acaba-se provocando o efeito de desestimular a também necessária ousadia e assunção de riscos, inerente a atuação do médico".⁷

⁵ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

⁶ Brasil Constituição Federal. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%203%20ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%203%20ao.htm)
SCHEIBER, Simone. Reflexões Acerca da Responsabilidade Penal do Médico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 4, 1996, pag. 293.

A responsabilidade penal ou criminal é considerada a mais grave e a que maiores conseqüências pode trazer para o profissional médico. Uma vez apurada pelo judiciário, a responsabilidade penal pode resultar em condenação, com pesados efeitos jurídicos, que podem ser: reclusão, detenção, multa, prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos, limitação de final de semana ou imposição de medidas de segurança (SOUZA, 2003).

Do ponto de vista penal, pode responsabilizar o médico por lesão corporal ou homicídio culposo, com penas de detenção que variam de dois meses a um ano, no caso de lesão corporal, e de um a três anos se houver morte. Em ambos os casos, a pena pode ser aumentada de um terço, se o crime resultou da inobservância de regras técnicas da profissão (MIRABETE, 2002).

CONCLUSÃO

Sem a preocupação de se esgotar o tema, procurou-se nesse breve estudo, estimular a discussão de questões que merecem reflexão no estudo da responsabilidade, seja ela penal, administrativa ou civil, do médico pelo insucesso da intervenção.

A idéia de que muitas vezes o corporativismo da classe médica impede uma investigação mais profunda e a conseqüente punição de profissionais que cometem crime no exercício da medicina, tanto no âmbito administrativo, já que o profissional é julgado pelos próprios colegas no Conselho de Medicina, quanto no campo jurídico-penal, já que o juiz depende da perícia técnica para a apuração da culpa, não pode levar a adoção de uma política de repressão que não leve em conta as peculiaridades da ciência médica.

A eventual flexibilização da apuração da culpa na esfera da responsabilidade civil, adotando-se a teoria do risco ou da culpa presumida para impor ao profissional a responsabilidade de reparar os danos que causou, não pode ser levada para o campo do direito penal, já que a caracterização da responsabilidade penal parte de premissas diferentes das que caracterizam a responsabilidade civil.

Assim, é preciso não abandonar uma postura equilibrada na responsabilização penal do médico, que por um lado considere a imensa responsabilidade com que deve conduzir-se esse profissional, pois lida com a integridade física e com a vida das pessoas, e por outro lado os riscos inerentes ao exercício da medicina. A solução está, possivelmente, na aplicação dos conceitos básicos da direito penal moderno: não presunção de culpa e não desconsideração de circunstâncias em que, no caso concreto, atua o profissional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acessado em: 18 de maio de 2010.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <www.idec.org.br>. Acessado em: 15 maio 2010.

_____. Constituição Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abril 2010.

FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. Aspectos da responsabilidade Penal do Médico, Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

LEME, Pedro de Alcântara da Silva. O erro médico e suas implicações civis e penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.1, jan/mar 1993.

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. Erro Médico. Acta Cirúrgica Brasileira. São Paulo, vol.24 n.3 Maio/Junho 2007.

GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte especial, vol II. Niterói, RJ; Impetus, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito Penal: Parte Especial. V.II, 25º edição, São Paulo. Atlas, 2007.

SCHEIBER, Simone. Reflexões Acerca da Responsabilidade Penal do Médico. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996, pag. 293.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil e penal do Médico. LZN, Campinas, 2003.

VIEIRA, Alan A; CARVALHO, Manoel de. Erro médico em pacientes hospitalizados. Jornal de Pediatria. São Paulo, v.78, n.4, nov 2002.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 48, n. 2, June 2002 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200039&lng=en&nrm=iso>.

COISA JULGADA

Maria Marleide Maciel Queiroz

Diz-se coisa julgada a decisão judicial não mais sujeita a recurso. A expressão coisa julgada deriva do vocábulo latino *res iudicata*, que significa bem julgado. Quando uma sentença é prolatada e a parte que tenha o interesse para recorrer o faz, usando todos os recursos, e estes chegam até o nosso órgão supremo jurisdicional, (STF) falar-se em sentença transitada em julgado, e por conseguinte a coisa julgada. Na hipótese do prazo prescricional para recorrer fluir, sem a interposição de recurso, falar-se em sentença transitada em julgado, pela inexistência de recurso, portanto opera-se também a coisa julgada. Admitimos que a coisa julgada está ligada, como regra geral, ao exercício da jurisdição.

A nossa Constituição prevê a coisa julgada em seu artigo 5º, inciso XXXVI. Considera-se a coisa julgada um direito fundamental.

Estabelece o artigo 5º.

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

[...]

XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A legislação infra constitucional, a lei de introdução ao Código Civil, (Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, estatui em seu artigo 1º:

Art. 1º

“Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país, quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

[...]

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso

Estabelece o nosso Código de Processo Civil, artigo 467 verbis:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada tem como corolário o princípio da segurança jurídica, garantindo a irreversibilidade das situações jurídicas. Tem-se que o princípio da segurança jurídica configura-se elemento essencial ao Estado Democrático de Direito.

É devido a garantia da estabilidade da segurança jurídica que a lei não pode retroagir para atingir a coisa julgada, conforme artigo 5º, inc.XXXVI da Constituição Federal, porquanto está definitivamente ligada ao Estado Democrático de Direito.

Inexistindo a segurança, a estabilidade e a previsibilidade a entrega da tutela estatal, isto é, o Direito seria um fator de insegurança. Daí podemos também concluir que a segurança da coisa julgada, constitui um poderoso fator de pacificação social.

Admitimos, pois que a segurança, a estabilidade e a previsibilidade é a finalidade da coisa julgada, sendo esta (a coisa julgada) uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença.

Muito bem definida a coisa julgada por Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes quando asseveram:

“ A coisa julgada representa instituto que obedece a razões políticas, de natureza prática, voltadas a garantir a certeza do direito que assegura a paz social, possuindo assento constitucional(art. 5º, inciso XXXVI,CF/88), exatamente porque a relevância da imutabilidade da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de segurança do direito presente nas relações sociais” .(Teoria Geral dos recursos, 3ª edição, 2003, p.305)

Admite-se no nosso ordenamento jurídico brasileiro a classificação da coisa julgada formal e material e ainda coisa julgada secundum eventum litis e secundum eventum probationes.

Entende-se por coisa julgada formal quando há a manifestação do fenômeno processual chamado de preclusão dos recursos, isto é a extinção do direito de exigir novo julgamento, no mesmo processo, quando a sentença já tiver passado em julgado, tendo eficácia somente dentro do processo em que surgiu e, por isso, não impede que o tema volte a ser discutido em nova relação processual.

Diferentemente da coisa julgada formal, a coisa julgada material é a impossibilidade de modificação da sentença no mesmo processo ou em qualquer outro pelas mesmas partes, uma vez que a matéria em análise teve uma decisão de mérito e cumpriu todos os trâmites procedimentais que permitiu ao Judiciário resolver a questão em definitivo, por já terem sido usados todos os recursos ou seus prazos prescreveram.

Logo, diante da definição acima conclui-se que toda coisa julgada material cria coisa julgada formal, mas nem toda coisa julgada formal, faz coisa julgada material, portanto tem-se que a chamada coisa julgada formal, não se confunde com a verdadeira RES JUDICATA, isto é, com a coisa julgada material. Lembramos que todas as sentenças fazem coisa julgada formal, mesmo as que não tenham decidido o mérito da causa, ou seja, as sentenças sem resolução de mérito, bem como as sentenças com resolução de mérito.

Assim sendo, toda sentença está suscetível à coisa julgada formal, enquanto a coisa julgada material só se formará nas sentenças que colherem ou rejeitarem o pedido de mérito.)

Outra questão relevante na coisa julgada diz respeito aos limites da coisa julgada.

Quando se estuda o que faz coisa julgada, qual o objeto da coisa julgada e o que se torna indiscutível na sentença estamos diante do limite objetivo. Agora quando examinam-se quais os limites do objeto estamos diante dos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado

É importante esclarecer que a imutabilidade do julgado apenas atinge a parte dispositiva do julgado, ou do acórdão, sendo que a verdade dos fatos e os fundamentos jurídicos não são acobertados pela coisa julgada. É por isso que o conteúdo da sentença que não integrar a parte dispositiva da mesma pode ser rediscutida e reapreciada pelo judiciário.

Com relação a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada, exceto se qualquer das partes o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide, a exemplo da ação declaratória incidental.

Destacam-se ainda a coisa julgada SECUNDUM EVENTUM LITIS E SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES.

A coisa julgada secundum eventum litis, isto é de acordo com o resultado do processo, veio ampliar os limites subjetivos da coisa julgada. No processo moderno, nas ações coletivas que visam a defesa de interesses transindividuais ou meta individuais, a exemplo ações de proteção ao consumidor, de proteção ao direito ambiental, rompe o dogma da limitação subjetiva da coisa julgada nas ações individuais.

Com efeito após a coisa julgada erga omnes, isto é efeitos para todos, da ação popular, da ação civil e as previstas no Código de defesa do Consumidor, a autoridade da sentença transitada em julgado, alcança a todos, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas, (secundum eventum probationes) hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Tem-se, portanto, nas ações coletivas uma extensão subjetiva da coisa julgada erga omnes, quando os particulares se beneficiam das vantagens advindas da sentença, mas não se prejudicam por suas desvantagens.

Em síntese, a relação entre a coisa julgada na ação coletiva e os interesses individuais dos membros da coletividade pode ser assim definida: Se a ação coletiva é rejeitada, seja por insuficiência de prova ou não, os particulares não serão alcançados pela coisa julgada que se manifestará apenas entre os legitimados para a ação coletiva, podendo os particulares exercer suas ações individuais para buscar ressarcimento para os danos pessoalmente suportados. Sendo a ação coletiva julgada procedente, os particulares poderão valer-se da coisa julgada, ficando dispensados de nova ação individual condenatória.

Atribui-se também eficácia “erga omnes” à coisa julgada nas ações de estado, tais como, separação judicial, divórcio, investigação de paternidade, anulação de casamento, interdição etc. Adiantamos que a imutabilidade diz respeito a parte decisória da sentença. A fundamentação fática não faz coisa julgada.

Art. 1º Salvo

O Princípio da Proporcionalidade

Roberta Farias Cyrino

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “O Princípio da Proporcionalidade” está em esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é demonstrar a amplitude do Princípio da Proporcionalidade, harmonizando-o com a importância da concretização dos Princípios de Interpretação Especificamente Constitucional. E, em sentido estrito, pretende-se: analisar a importância dos princípios, a nomenclatura utilizada para o Princípio da Proporcionalidade, para, finalmente, poder-se conceituá-lo a partir de seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Razoabilidade. Proibição do excesso. Adequação. Necessidade. Proporcionalidade em sentido estrito.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho elucida abordar a amplitude que envolve o Princípio da Proporcionalidade, a fim de se obter uma correta compreensão e aplicação do mesmo no âmbito jurídico.

O presente trabalho consta de três capítulos. No primeiro, demonstrar-se-á a importância dos princípios em geral, distinguindo-os das regras jurídicas; no segundo capítulo, analisar-se-á a polêmica que envolve a nomenclatura utilizada para o Princípio da Proporcionalidade; no terceiro capítulo, situar-se-á o Princípio da Proporcionalidade frente à hermenêutica constitucional e os princípios de interpretação especificamente constitucional, abordando, por fim, o conteúdo do Princípio em análise a partir de seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O ponto principal deste trabalho é, portanto, analisar todos os aspectos relevantes acerca do Princípio da Proporcionalidade, distinguindo-o de outros princípios, conceituando-o, situando-o e dividindo-o, para melhor compreendê-lo.

1. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

As normas jurídicas se classificam em normas-princípios e normas-regras. A principal distinção entre os mesmos está no fato de que os princípios são mais genéricos e abstratos do que as regras, enquanto estas têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem.

Canotilho (1993, p. 166-167) traz cinco importantes critérios para distinguir regras de princípios, senão vejamos:

a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados na idéia de 'justiça'(DWORKIN) ou na 'idéia de direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante".

Atualmente, tem-se dado bastante importância, valoração aos princípios, posto funcionarem como norteadores, como fundamentos jurídicos para as decisões, além de possuírem função interpretativa. Ademais, havendo confronto entre duas regras, uma delas deve ser tida por inválida; enquanto que pode haver colisão entre dois princípios sem que isso signifique a invalidade de um deles, deve-se, todavia, neste caso, buscar a aplicação do princípio mais adequado, de maior peso, realizando-se o que Willis Santiago Guerra Filho denomina de sopesamento.

Dentre os diversos princípios, o da Proporcionalidade tem apresentado grande relevância em nosso sistema normativo, auxiliando na resolução de conflitos entre os próprios princípios, motivo pelo qual vem sendo chamado de o "princípio dos princípios".

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: NOMENCLATURA E DISTINÇÃO

Para alguns doutrinadores, o Princípio da Proporcionalidade também pode ser designado de Princípio da Razoabilidade ou Princípio da Proibição do Excesso. Já para outros, há distinções entre os mesmos.

BARROS (2003, p. 74) afirma que: “é preciso deixar claro que nenhum óbice existe à nomeação do princípio ora examinado como *princípio da razoabilidade*, desde que rigorosamente o termo seja entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia”. Ademais, também afirma que: “Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo *proporcionalidade* ou *proibição de excesso* para designar o princípio que os americanos tratam por *razoabilidade*”. Para tal autora (2003, p. 85), o Princípio da Proporcionalidade (em sentido amplo) e o da Razoabilidade não se confundem, senão vejamos:

O Princípio da Proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido.

A discussão entre os doutrinadores sobre o uso das denominações razoabilidade ou proporcionalidade existe porque alguns deles entendem que a razoabilidade utilizada pelos americanos tem sentido mais amplo, contemplando, além dos subprincípios componentes da proporcionalidade, um juízo de adequação dos valores eleitos pelo legislador como fator de restrição e aqueles aceitos pela sociedade americana.

Neste sentido, é que Mello (1993, p. 56) assegura que: “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”.

Soares de Araújo (on line) já entende de modo diferente, afirmando que o princípio da proporcionalidade é mais abrangente que o da razoabilidade, senão vejamos:

Sendo os dois instrumentos de limitação do poder estatal, possuem identidade, se diferenciando por sua formação distinta no sistema constitucional, além de fundamentação própria e elementos caracterizadores que as diferenciam operacionalmente. A razoabilidade se refere à legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado atuará. A proporcionalidade verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos. O Estado deve justificar racionalmente sua atuação, enquadrando-a no conjunto de regras e princípios albergados pela Constituição, com imprescindível derivação do princípio do devido processo, pois o reconhecimento de uma inconstitucionalidade, baseado no princípio da razoabilidade, não necessariamente será fundado em outro dispositivo constitucional. A proporcionalidade vai mais adiante, indagando se o ato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, além de verificar, no

cotejo entre os bens, direitos ou interesse protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deverá prevalecer no caso concreto. Diferentemente da razoabilidade, sempre haverá duas grandezas em relação: bens, direitos ou interesses constitucionalmente consagrados. Segundo Vitalino Canas apud Gustavo Ferreira (2004, p. 130), a razoabilidade é um teste intermédio de proporcionalidade. Mas é comum encontrar na jurisprudência referência a irrazoabilidade do meio escolhido, fruto da prática de se nomear a proporcionalidade por razoabilidade, mas que não reflete sua origem.

Para Vontobel (on line): “a proporcionalidade, na concepção de alguns autores, seria um instrumento dosador e quantificador das medidas a serem aplicadas, o que ocorre, em momento posterior à ponderação de interesses, que é o momento de aplicação da razoabilidade.”

Pereira de Souza; Sampaio (on line) entendem que:

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas *proporcionalidade* e *proibição de excesso*. Os americanos são mais caros ao uso do termo *razoabilidade*, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem.

Conforme ensinamento de Ávila *apud* Vontobel (on line), deve haver diferença entre os Princípios supracitados, senão vejamos:

O postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim. E, quanto à razoabilidade, explica que entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre qualidade e a medida adotada, enfatizando que uma qualidade não leva a medida, mas é critério intrínseco a ela.

Guerra Filho (2003, p. 63) afirma não haver diferença entre o princípio da proporcionalidade e a proibição de excesso, senão vejamos:

Da mesma forma como em sede de teoria do direito os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornar cientes da distinção entre regras e princípios, antes referida, também aos poucos é que estudiosos do direito constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, a *Grundsatz*

der *Verhältnismäßigkeit*, também chamada de “mandamento da proibição de excesso” (Übermaßverbot).

No mesmo sentido, afirma Branco; Coelho e Mendes (2002, p. 248), senão vejamos:

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.

Bastos (2002, p. 232-233) também se posiciona em conformidade com este entendimento, afirmando que, costumeiramente, as expressões proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso são empregadas como sinônimas, senão vejamos:

Eleva-se o “princípio” da razoabilidade que, sem oferecer a solução final, ao menos torna o caminho do intérprete da lei não tão diversificado ou aleatório aos olhos do cidadão comum. Vê-se, pois, que o critério da razoabilidade exprime uma tentativa de determinação do critério ou critérios que incidirão no caso concreto. Compreende-se o denominado “princípio” da proporcionalidade, também chamado de mandamento da proibição de excesso como um guia à atividade interpretativa, que indiscutivelmente apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos, e a exigibilidade da escolha destes. Ressalte-se ainda que a proporcionalidade e razoabilidade costumam ser empregadas indiferentemente.

Barroso (2001, p. 218-219) entende não haver distinção essencial entre os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, quando afirma:

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o direito nos países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém

uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

Em outro trecho de sua obra, Barroso (2001, p. 239), nitidamente, trata dos requisitos da proporcionalidade como sendo os mesmos da razoabilidade, senão vejamos:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Não há, portanto, um consenso na doutrina nem na jurisprudência do Brasil, sendo muitas vezes a Razoabilidade entendida e utilizada como sinônimo da Proporcionalidade. Entretanto, apesar do dissenso, deve-se atentar para o fato de suas origens distintas e para o fato de que o Princípio da Proporcionalidade é mais amplo do que o da Razoabilidade, possuindo subprincípios que não estão enquadrados nesse último.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para melhor entender-se acerca da aplicação prática do Princípio da Proporcionalidade, deve-se, primeiramente, verificar-se onde o mesmo está inserido, para, só então, tratá-lo com mais destaque, definindo e explicando seus subprincípios.

3.1 A Hermenêutica Constitucional e os Princípios de interpretação constitucional

A partir do Século XX, surgiu a denominada Hermenêutica Constitucional, pois observou-se que o objetivo do texto constitucional era diferente dos demais textos, razão pela qual não se pode aplicar à Constituição somente as mesmas técnicas de interpretação da Hermenêutica Clássica do Século XIX.

Neste sentido, Bastos (2002, p. 105-106) afirma que:

A interpretação constitucional não despreza a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de particularidades que justificam seu tratamento diferenciado, num estudo de certa forma autônomo dos demais métodos interpretativos presentes no sistema jurídico.

Maximiliano (2005, p. 249-250) também se mostra favorável a uma interpretação especificamente constitucional, senão vejamos:

Por ser a Constituição também uma lei, que tem apenas mais força do que as outras às quais sobreleva em caso de conflito, contribuem para a inteligência da mesma os processos e regras de Hermenêutica expostos comumente para o Direito Privado: o elemento filológico, o histórico, o teleológico, os fatores sociais, etc. Entretanto, por causa do objetivo colimado e do fato de abranger matéria vastíssima em um complexo restrito, nem sempre se resolvem as dúvidas ou se atinge o alcance preciso das disposições escritas com aplicar os preceitos da vulgar exegese jurídica, adequados a leis minuciosas, relativamente mais perfeitas e destinadas a fins particulares mais ou menos efêmeros. Dentre as próprias regras clássicas, algumas se empregam especialmente e de modo peculiar, à interpretação constitucional.

Dentre as peculiares justificantes de uma Hermenêutica Constitucional, Bastos cita o posicionamento singular das normas constitucionais; a inicialidade fundante das normas constitucionais; o caráter aberto das normas constitucionais e sua atualização; o caráter sintético dos enunciados e existência de lacunas na Constituição; o caráter amplo dos termos empregados e princípios e as opções políticas na Constituição.

Dentre os Princípios de Interpretação Especificamente Constitucional (Princípio da Unidade da Constituição, Princípio do Efeito Integrador, Princípio da Máxima Efetividade, Princípio da Força Normativa da Constituição, Princípio da Repartição Funcional, Princípio da Interpretação conforme à Constituição e Princípio da Harmonização Prática ou da Concórdância Prática), destaca-se este último, através do qual, segundo Bastos (2002, p. 177): “busca-se conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade da exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles.” Vê-se, portanto, tal Princípio é uma projeção hermenêutica do Princípio da Proporcionalidade. Este, apesar de não estar escrito e de não ser um princípio hermenêutico (apesar de haver divergência doutrinária quanto a esse aspecto, a exemplo de Luís Roberto Barroso, o qual classifica o Princípio da Proporcionalidade como sendo também um dos Princípios de interpretação especificamente constitucional), é considerado um princípio positivo e é um princípio operacional do Estado Democrático de Direito, ao lado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.2 Subprincípios do Princípio da Proporcionalidade

Pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy *apud* Guerra Filho (2003, p. 70), regras são comandos definitivos, enquanto princípios são comandos de otimização, isto é, são normas que comandam a concretização de um valor. Neste contexto é que se insere o Princípio da Proporcionalidade, “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em

situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível”. A máxima da proporcionalidade tem seu conteúdo dividido em: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os denominados subprincípios que constituem relevantes fundamentos para a exata compreensão do Princípio da Proporcionalidade.

3.2.1 Adequação ou Idoneidade

Segundo entendimento de Branco, Coelho e Mendes (2002, p. 250), tem-se que: “o subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos.

Sobre este subprincípio, Barros (2003, p. 78) afirma que:

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do *princípio da proporcionalidade*. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

(...)

Entendido o *princípio da proporcionalidade* como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a *adequação* dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional. (grifos da autora).

Sendo assim, a adequação refere-se à conformidade entre o meio a ser utilizado e o fim pretendido, devendo-se verificar se está sendo respeitada a relação meio-fim, de modo que o meio empregado contribua para a obtenção do resultado almejado.

3.2.2 Necessidade ou Exigibilidade

Conforme entendimento de Branco, Coelho e Mendes (2002, p. 250), tem-se que: “o subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.”

Na opinião dos mesmos autores (2002, p. 250), o subprincípio da necessidade tem um papel mais relevante do que o da adequação, senão vejamos:

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de

medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Barros (2003, p. 80) aduz que: “o pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”

Deste modo, para a aferição da necessidade, deve-se, diante de dois meios igualmente adequados na promoção da consecução de um fim, escolher a medida menos gravosa, que traga menor restrição e que seja concomitantemente apta a atingir o mesmo ou melhor resultado (meio mais adequado).

Barros (2003, p. 83) ainda afirma que:

Acresce aduzir que o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito. Haverá aqui, portanto, uma margem de livre apreciação do juiz que nem por isso retira o seu caráter objetivo, antes se explica em função da própria natureza da ciência do direito. O que se pretende apenas registrar é que o processo de avaliação da *necessidade* de uma medida legal restritiva de direito é controlável e pode ser, em inúmeras situações, respaldada por provas, já que, assim como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas.

Desta maneira, percebe-se que o subprincípio da necessidade deve ser examinado apenas após a verificação da ocorrência do elemento adequação, devendo configurar-se na análise dos meios utilizáveis no caso concreto, verificando qual dentre os meios adequados traz menores conseqüências negativas aos interessados.

3.2.3 *Proporcionalidade em sentido estrito*

Acerca deste subprincípio, Barros (2003, p. 84-85) explicita:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.

Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

Desta forma, pode-se dizer que, enquanto a necessidade trata de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito aborda a otimização de possibilidades jurídicas.

No entendimento de Branco, Coelho e Mendes (2002, p. 251), tem-se que: “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).” Para eles: “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um ‘controle de sintonia fina’ (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Guerra Filho (2003, p. 70-71) aduz que:

O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que

traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Importa no contexto da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, ponderar se o benefício alcançado com a adoção da medida preservou direitos fundamentais mais relevantes do que aqueles direitos que sacrificou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe muito dissenso na doutrina e na jurisprudência acerca da nomenclatura utilizada para o Princípio da Proporcionalidade. Alguns entendem que são expressões sinônimas a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso; enquanto outros os distinguem. Entretanto, verifica-se que suas origens são diferentes e que o Princípio da Proporcionalidade possui três subprincípios.

Entende-se que o Princípio da Proporcionalidade é, portanto, mais amplo que o da Razoabilidade, pois para o primeiro existem três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para passar pela análise do Princípio da Proporcionalidade, obrigatoriamente, deve-se passar pela noção da razoabilidade, pois esta diz respeito a apenas um dos estágios da proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade é designado como o “Princípio dos Princípios”, devido à sua real importância na tentativa de se resolver confrontos entre dois ou mais princípios. Embora não escrito, é um princípio positivo que, ao lado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é um princípio operacional do Estado Democrático de Direito.

Três são os subprincípios do Princípio da Proporcionalidade: adequação, segundo o qual o meio a ser utilizado deve ser eficaz para a obtenção do resultado pretendido; necessidade, o qual significa que, além da escolha de um meio idôneo, este deve ser o menos gravoso para se obter o resultado almejado e proporcionalidade em sentido estrito, para o qual deve haver uma correspondência meio-fim que seja a melhor possível juridicamente.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANCO DE DADOS:

SOARES DE ARAÚJO, Ângela. *Garantias fundamentais: Proporcionalidade é fundamental para aliviar tensão entre direitos*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43149,1>>. Acesso em: 10.set.2007.

VONTOBEL, Anne Martins. *Algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/principio_proporcionalidade.doc>. Acesso em: 14.set.2007.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatrz.doc>. Acesso em: 14.set.2007.

O Direito de Recorrer Como Garantia Constitucional

Roberta Farias Cyrino

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “O Direito de Recorrer como garantia constitucional” está em esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é demonstrar a natureza jurídica do Direito de Recorrer, harmonizando-a com a importância da concretização do Princípio Constitucional da Brevidade Processual para a efetivação de outros direitos, principalmente, o do acesso à Justiça, em plena harmonia com os demais Princípios Constitucionais Processuais. E, em sentido estrito, pretende-se: analisar os fundamentos de existência dos recursos, seu conceito, sua natureza jurídica e a diferença entre o Direito de Recorrer e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, para, finalmente, poder-se aferir se o Direito de Recorrer é ou não uma garantia consagrada constitucionalmente.

Palavras-chave: Direito de Recorrer. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Garantia constitucional. Princípios Processuais Constitucionais. Efetividade Processual.

INTRODUÇÃO

Existe muita polêmica entre os doutrinadores acerca da natureza jurídica do Direito de Recorrer.

O presente trabalho elucida abordar a natureza jurídica do Direito de Recorrer frente à necessidade da renovação processual perante a realidade jurisdicional, a fim de se obter e concretizar a efetivação da tutela jurisdicional, frente à morosidade na prestação da tutela pretendida e a demanda crescente de processos nos órgãos do Poder Judiciário.

Sendo assim, o que se busca é verificar se o Direito de Recorrer é ou não uma garantia constitucional, buscando harmonizá-lo com a instrumentalidade do processo, na tentativa de se alcançar a tão almejada paz social.

O presente trabalho consta de dois capítulos. No primeiro, apresentar-se-ão os fundamentos de existência dos recursos, demonstrando a importância que os cerca; no segundo capítulo, analisar-se-á a natureza do Direito de Recorrer, diferenciando-o do Duplo Grau de Jurisdição.

O ponto principal deste trabalho é, portanto, analisar a natureza jurídica do Direito de Recorrer, ao mesmo tempo em que se busca harmonizá-la com os demais direitos consagrados na Constituição, demonstrando a importância da efetividade do processo.

1. DOS FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA DOS RECURSOS

Doutrinariamente, o primeiro grande motivo ensejador da existência e da longa persistência dos recursos processuais reside nas constantes preocupações com a justiça dos julgamentos, conforme pode-se observar da análise feita por Maia Filho (2002, p. 81), a saber:

A possibilidade de erro é uma constante nos pronunciamentos judiciais, pois a percepção que os homens têm das coisas, inclusive da realidade dos fatos que interessam aos julgamentos, sofre, sem dúvida alguma, a forte influência de vários fatores internos e externos, uns de ordem intelectual, outros de natureza emocional, alguns de conteúdo político, ideológico ou religioso, outros afinados com as aversões pessoais (algumas explicáveis e outras não) e os imperscrutáveis ressentimentos, simpatias, devoções, também explicáveis ou não.

Portanto, a possibilidade de erro judicial seria apontada como a causa primeira do direito de recorrer. O segundo fator apresentado pela doutrina é o da natural inassimilação das decisões adversas. Neste sentido, Maia Filho (2002, p.85), afirma: "...é natural e humano que o sucumbente se rebele contra o julgamento adverso e procure invertê-lo para obter uma nova decisão, que seja a seu favor."

Este segundo fator de ordem psicológica explica a necessidade da fundamentação das decisões, como demonstra Maia Filho (2002, p.85), senão vejamos:

Do mesmo modo que os juízes recursais trabalham sobre o resultado de uma decisão judicial anterior, também o recurso da parte vencida se orienta pelas razões que o julgador explicitou na decisão, sob a forma de fundamentação, de sorte que a inconformação psicológica do sucumbente é apoiada (ou não) pela larga compreensão desses mesmos fundamentos, servindo de baliza para a redação da peça processual recursal. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões, sob pena de sua nulidade, atende precisamente a esse alto

aspecto da pacificação através da jurisdição, permitindo que o demandante vencido possa eventualmente até mesmo se resignar com a solução adversa ou, pelo mesmo propósito, fortalecer-se na convicção de que a decisão contrária é eivada de erro, capaz de justificar a sua reforma, ou seja, a inversão da lógica do julgamento. A exigência da fundamentação das decisões passa a integrar, assim, a garantia do acesso à jurisdição e a compor, juntamente com outras exigências legais de igual indispensabilidade, a própria garantia do devido processo legal.

Ademais, Álvaro de Oliveira (1997, p. 302), fala de outro importante fundamento, senão vejamos:

Parece-nos, no entanto, que o principal fundamento dos recursos, atualmente, é o que Ada Pellegrini Grinover denomina fundamento político do duplo grau (e que nós entendemos que é fundamento não do duplo grau, mas da existência dos recursos): nenhum ato estatal pode escapar de seu controle. Assim, a sentença, ato emanado do Estado, deve obrigatoriamente estar sujeita a alguma possibilidade de revisão, pois isto é um postulado do Estado de Direito.

Outra razão de existência dos recursos é a de ordem político-institucional que, segundo Dinamarco (2002, p. 237-238), consiste:

Na conveniência de evitar a dispersão de julgados e assim promover a relativa uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da Constituição e da lei federal, o que não seria factível se cada um dos milhares dos juízos de primeiro grau decidisse em caráter definitivo.

Essas razões de existência dos recursos traduzem-se na necessidade da manutenção dos mesmos, a fim de se evitar a ação despótica da primeira instância julgadora se vedado fosse o reexame das decisões. Ademais, tal eliminação ao mesmo tempo em que contribuiria para celerizar a formação da coisa julgada, seria tendente a admitir que o prolator da decisão não cometera erros.

2. DA NATUREZA DO DIREITO DE RECORRER

A maioria dos doutrinadores confunde o Direito de Recorrer com o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que é um dos Princípios Fundamentais dos Recursos. Entretanto, não há razão para tal, uma vez que o Direito de Recorrer constitui gênero do qual este último é espécie.

Tal distinção se nos afigura de extrema importância para o deslinde deste trabalho. Isto se verifica em razão da polêmica que norteia o fato de o Direito de Recorrer ser ou não uma garantia consagrada constitucionalmente.

2.1 Do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

A única Constituição que previu expressamente este Princípio foi a do Império de 1824, conforme Nery Junior (2002, p. 175-176) afirma:

O art. 158 da Constituição do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal da Relação (depois de Apelação e hoje de Justiça). Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.

As Constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.

Existe também bastante polêmica em torno da conceituação do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Alguns autores sustentam a necessidade do reexame se dar por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, enquanto outros afirmam não ser necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso, ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame.

Neste sentido, ressalta-se pela importância o entendimento de Oreste Laspro *apud* Alvaro de Oliveira (1997, p. 305): “o que o princípio do duplo grau garante é a existência de dois pronunciamentos judiciais por julgadores diversos, sendo desnecessário que haja uma hierarquia entre estes julgadores.”

Portanova (2003, p. 103-104) assim preleciona acerca da diferença existente entre o Duplo Grau de Jurisdição e o Direito de Recorrer, senão vejamos:

Há quem veja o princípio do duplo grau de jurisdição como um dos princípios da jurisdição. Neste livro, contudo, atento ao ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (1981, p. 184), estamos promovendo uma abordagem separada entre o princípio da recursividade e o princípio do duplo grau de jurisdição. É que o *princípio da recursividade* tem uma abrangência maior porque consagra toda sorte de inconformismos de decisões contrárias. Por isso, desimporta se a inconformidade dá-se em forma de recurso para o próprio juiz ou se vai ser decidida por outro órgão superior da organização judiciária. Essa preocupação é mais específica e pertine

ao princípio do *duplo grau de jurisdição* que se subsume no princípio da recursividade.

Eis aqui uma diferença essencial entre o Duplo Grau de Jurisdição e o Direito de Recorrer: enquanto para o primeiro há a polêmica sobre a necessidade ou não de reexame por órgão jurisdicional hierarquicamente superior e exige a existência de decisões por julgadores diversos, para o segundo não há tais exigências, podendo o recurso ser dirigido ao mesmo julgador ou para órgão hierarquicamente superior.

Neste diapasão, conforme afirma Nery Júnior, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é apenas uma mera previsão e não uma garantia constitucional, não restando inconstitucional legislação infraconstitucional que o restrinja, limite.

Neste aspecto, não se pode concordar com o referido autor, tendo em vista a diferença existente entre o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e o Direito de Recorrer. Este é mais abrangente que aquele, é gênero do qual o primeiro é espécie.

Contudo, entende-se que o Direito de Recorrer é sim uma garantia constitucional. Segundo entendimento de Ada Pellegrini Grinover *apud* Alvaro de Oliveira (1997, p. 302): “O direito ao recurso seria um autêntico direito constitucional processual, decorrente da garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Levando em consideração estas assertivas, sendo o Duplo Grau de Jurisdição uma das facetas do Direito de Recorrer, não se pode dizer que há contradição em se afirmar que este é uma garantia constitucional individual enquanto aquele não o é. Isto porque não existe direito ou garantia individual absoluto que esteja, portanto, isento da possibilidade de haver restrições, em se verificando razões aceitáveis.

Sendo assim, pode-se afirmar que todos têm assegurado o direito de recorrer, seja para o mesmo julgador ou para órgão hierarquicamente superior. Daí porque não se poder atribuir ao Duplo Grau de Jurisdição o status de garantia constitucional, uma vez que há possibilidade de se interpor recurso para o mesmo órgão julgador e não restar violada garantia constitucional, posto haver sido resguardado o direito de recorrer.

Outro aspecto que os autores têm levantado para a não caracterização do Duplo Grau de Jurisdição como uma garantia constitucional é o fato de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22.11.1969, da qual o Brasil é signatário e a qual já fez ingressar na ordem interna, traz adoção da garantia do Duplo Grau de Jurisdição apenas em matéria penal, é o que se pode extrair de Nery Júnior (2002, p. 178-179), senão vejamos:

Art. 8º. Garantias judiciais:

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

A leitura dessa norma do tratado internacional indica a adoção da garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal, isto é, o direito de o réu, no processo penal, interpor recurso de apelação. No entanto, a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, donde é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no direito processual civil ou do trabalho.

Tal entendimento configura-se bastante coerente, de sorte que, para o processo penal, não pode haver limitações ao duplo grau de jurisdição, ou seja, sempre deve existir a possibilidade de o réu poder recorrer para julgador diverso daquele que decidiu primeiramente, em face da garantia constitucional do Duplo Grau de Jurisdição auferida pela Convenção supracitada. Em conformidade com esta, no âmbito do processo civil não há falar em duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, valendo a mesma apenas no âmbito do processo penal. E, segundo a Convenção, o duplo grau de jurisdição pressupõe a hierarquia dos órgãos julgadores, conforme se pode depreender da leitura do artigo supracitado.

2.2 Do Direito de Recorrer

Alguns autores conceituam o direito de recorrer como sendo uma faculdade da parte que deseja impugnar uma decisão que lhe seja desfavorável, já outros o vê como ônus.

O recurso pode ser conceituado, segundo Pinto (1999, p. 23), como sendo:

uma espécie de remédio processual que a Lei coloca à disposição das partes para impugnação de decisões judiciais, dentro do mesmo processo, com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa ou transite em julgado.

Para Maia Filho (2002, p. 104), com fulcro no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o direito de recorrer:

é uma garantia constitucional assegurada a todos os litigantes, qualquer que seja o tipo de processo em que estejam integrados, compondo indispensavelmente a estrutura formal do contraditório e da ampla defesa, cuja efetivação se dá através do exercício dos meios impugnativos recursais, disciplinados em lei, com o objetivo de promover a obtenção de resultado favorável

ao interesse jurídico do recorrente, dentro do mesmo processo.

Logo mais adiante, o autor ressalta a impossibilidade de se eliminar do sistema processual o direito de recorrer, visto que o mesmo foi erigido a nível constitucional semelhante ao do direito de ação, do qual é um prolongamento. Entretanto, deixa claro que essa expurgação “não significa amplitude recursal tendente à ilimitação, eis que a disciplina dos recursos tem de atender, com igual eficiência, também à necessidade de estabilizar as relações jurídicas, promovendo a conclusão das disputas a elas relativas.”

Desta feita, a natureza do direito de recorrer leva à compreensão de que deve haver a necessidade em se harmonizar os interesses das partes com as exigências da efetividade do processo e da segurança das relações sociais colocadas sob exame judicial.

É exatamente neste sentido que, embora com status de garantia constitucional individual, o Direito de Recorrer não tem incidência ilimitada, ao passo em que não há nenhum direito absoluto, nem mesmo as garantias individuais previstas no rol do artigo 5º, da Carta Magna, que constituem cláusulas pétreas, podendo haver restrição no caso, por exemplo, de colidência de direitos fundamentais. Então, há possibilidade de se restringir tal Direito, contudo, tal limitação não poderá ser arbitrária, mas deverá ser fundada em motivos aceitáveis que justifiquem dar-se tratamento diferente a situações objetivamente diversas. É por isto que existem leis ordinárias que trazem certas restrições, não sendo por este fato consideradas inconstitucionais.

O mesmo aqui se diga para o Duplo Grau de Jurisdição no processo penal, assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, conforme Felipe Jakobson Lerrer (on line) afirma:

Surgem, então, questionamentos acerca da conveniência de impor restrições aos recursos disponíveis aos litigantes, visando a atingir o provimento jurisdicional em um menor espaço de tempo, ou de proporcionar diversos meios de impugnação das decisões judiciais, buscando alcançar, em tese, a verdade sobre os fatos ou a melhor interpretação da norma aplicável ao caso.

Ainda que se entenda tratar-se o duplo grau de jurisdição de modelo cogente em nosso sistema processual, sendo assim direito dos litigantes, devemos perquirir se os mecanismos que vêm sendo criados na tentativa de dar maior celeridade à prestação jurisdicional, limitando o cabimento de recursos, violam os dispositivos da Constituição que garantem o devido processo legal.

Não obstante este entendimento, à título de observação, ilustram-se opiniões diversas, a exemplo do preceituado por Júlio César Bebbber (on line), senão vejamos:

O vocábulo recursos, utilizado no art. 5º, inc. LV, da Carta de 1988, não significa instrumento de impugnação das decisões judiciais, mas sim, o conjunto de medidas e os meios indispensáveis para a efetiva garantia da ampla defesa e do contraditório.

A palavra recurso e, ou, meios recursais, junto à garantia da ampla defesa e do contraditório não constitui inovação do constituinte da atual Carta da República, fazendo-se presente, também, nas Constituições de 1891 (art. 76, § 16)[12], de 1934 (art. 113, § 24)[13], de 1946 (art. 141, § 25)[14], de 1967 (art. 150, § 15)[15], e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, § 15). O constituinte de 1988, portanto, nada mais fez do que manter uma tradição histórica, não pretendendo, ao introduzir o vocábulo recursos no inciso LV, do art. 5º, elevar o duplo grau de jurisdição à garantia constitucional, o que importa afirmar a possibilidade de o legislador infraconstitucional, em certos casos e situações especiais, limitar o direito ao recurso.

Esta foi também a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que a palavra recursos presente no artigo 5º, inciso LV, não está com significado técnico, mas expressa ênfase, pleonismo, redundância; não havendo, portanto, falar em direito de recorrer como garantia constitucional.

Não obstante estas opiniões em sentido contrário, o Direito de Recorrer deve sim ser visto como uma garantia constitucional individual. Entretanto, isto não quer dizer que a sua aplicação deva ser ilimitada. Nos dizeres de Luiz Geraldo Floeter Guimarães (on line):

É possível admitir-se limitações ao direito de defesa. Isso porque o direito de defesa é amplo, mas não é ilimitado, podendo sofrer as restrições que a própria lei impõe ao regular o normal andamento do processo. As restrições parciais ao direito de defesa são possíveis e aceitáveis. Já as restrições totais ao direito de defesa, por outro lado, são inaceitáveis, por ferir o princípio da ampla defesa.

Não se ferindo o direito de defesa - ou seja, proporcionando meios e recursos suficientes para a garantia da defesa plena - é perfeitamente possível algumas limitações, visando outros objetivos de política processual, tais como a celeridade e a economia processuais.

Deste modo, embora sendo garantia constitucional, o Direito de Recorrer não deve ter incidência ilimitada, posto não haver direito absoluto. Sua aplicação deve ser sensata, pois, se desmedida, desprestigiaria a eficácia da Justiça em detrimento da Paz Social, escopo principal da atividade jurisdicional.

Neste sentido, Pinto (2002, p. 29) afirma:

Extrai-se do texto constitucional que o direito de recorrer é inerente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como se verifica no art. 5º, LV, da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (à ampla defesa).

Deve, porém, haver uma limitação à possibilidade de se recorrer. Deve-se chegar a um momento em que a parte não mais poderá insurgir-se contra a decisão, sob pena, também, de se eternizarem os processos, em detrimento dos valores *efetividade e segurança do processo*. Chega-se, pois, a um ponto de equilíbrio entre a efetividade do processo, os institutos da coisa julgada e da preclusão e, de outro lado, a idéia de necessidade de revisão das decisões, através do expediente de *limitação das vias recursais*. (grifos do autor).

Ressalta-se, pela importância, as considerações de Jorge (2004, p. 13-14), senão vejamos:

No plano constitucional, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LV, ao cuidar do devido processo legal, erigiu os recursos ao patamar constitucional, ao dispor que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes”.

Ligam-se, desse modo, os recursos ao próprio sentido de justiça, possibilitando que as partes, mediante contraditório regular, obtenham uma nova apreciação da questão posta e discutida em juízo.

(...)

Acreditamos que os recursos sejam elementos indissociáveis à ampla defesa exatamente porque a mesma não deve ser vista unicamente com o intuito de persuasão ou convencimento do magistrado quanto aos argumentos e alegações das partes. Também deve ser analisada como o direito que as partes possuem de controlar as decisões judiciais que lhes são desfavoráveis e que lhes causem prejuízos.

Daí se poder concluir que para a incidência real e efetiva do princípio constitucional da ampla defesa é imperativo que a legislação infraconstitucional disponibilize sempre às partes o poder e o direito de recorrer das decisões judiciais, isto é, de controlar as decisões proferidas no curso do processo.

Mais adiante, Jorge (2004, p. 14-15) conclui exatamente aquilo que se procurou demonstrar no presente trabalho com a necessária diferenciação entre o Direito de Recorrer e o Duplo Grau de Jurisdição (nos mesmos termos que Portanova nos ensina, conforme já explicitou-se acima), senão vejamos:

O que não se pode exigir, e isso em nada compromete a importância constitucional dos recursos, é que o segundo exame seja feito por órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida. No sistema brasileiro, como já se mencionou, a idéia de recurso não se liga à devolução necessária a um grau superior, exigindo-se, apenas, o reexame da matéria, ainda que no mesmo plano funcional da organização judiciária.

O necessário é possibilitar que a parte obtenha uma revisão do julgamento, mesmo que essa revisão corresponda a um procedimento de retratação. Como se terá oportunidade de comentar, quando estivermos analisando o princípio do duplo grau de jurisdição, “não se pode, pelo menos no sistema processual brasileiro, confundir duplo grau de jurisdição com direito de recorrer.”.

A previsão da existência de recursos que permitam o reexame da matéria pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida já satisfaz integralmente a compreensão exata da ‘ampla defesa’. A permissão de recursos de reconsideração ou mesmo de retratação permitem que os litigantes demonstrem o desacerto na decisão proferida e obtenham um controle a respeito da mesma.

Como enfatiza Orestes Nestor Laspro, “Tanto isto é certo que, entre os elementos essenciais ao devido processo legal, não se pode incluir o duplo grau de jurisdição, que é mero elemento accidental. O que existe, isto sim, é a necessidade do controle das decisões”.

É exatamente em razão deste entendimento que se pode entender constitucionais as disposições legais que restringem o Duplo Grau de Jurisdição, como a prevista no artigo 34, da Lei 6.830/80, que impede, a interposição de apelação contra sentenças proferidas em execução de valor igual ou inferior a 50 ORTNs. Isto porque, como afirma Jorge (2004, p. 187): “se possibilita a interposição dos embargos infringentes perante o mesmo órgão julgador.” Para o mesmo autor, pelo mesmo motivo, também é constitucional o recurso previsto no artigo 41 da Lei 9.099/95, uma vez que, mesmo inexistente o duplo grau, resta respeitada a previsão constitucional, garantido-se como direito dos litigantes a interposição de recursos e obtenção do reexame da matéria decidida.

Feitas todas essas observações, pode-se concluir que o Direito de Recorrer, diferentemente do Duplo Grau de Jurisdição, é uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Contudo, isto não quer dizer que o

mesmo tenha incidência ilimitada, pois pode haver restrições no caso de colidência de direitos fundamentais. Hoje, preconiza-se a verificação da instrumentalidade do processo, ou seja, busca-se alcançar o ideal da paz social, objetivo primeiro do processo, através da efetividade e celeridade processuais, com o fulcro de ter-se garantido o pelo acesso à Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os doutrinadores se dividem quando o assunto é sobre a existência ou não do Direito de Recorrer como garantia constitucional. A polêmica se torna ainda maior porque se verifica que a maioria deles confunde o Direito de Recorrer com o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Entende-se que o Direito de Recorrer é mais amplo que o Duplo Grau de Jurisdição, pois para este se verificar é necessário que a decisão seja revista por órgão julgador diverso. Essa diferenciação é que é o cerne deste trabalho.

Entendendo que essa diferença entre os dois institutos existe, fácil se torna a compreensão de que apenas o Direito de Recorrer foi elevado ao patamar de garantia constitucional, a teor do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Portanto, basta que haja a possibilidade de um segundo exame da decisão recorrida para que reste assegurado o Direito de Recorrer, não importando que essa revisão seja feita por órgão julgador diverso, de hierarquia superior.

Não obstante o enquadramento do Direito de Recorrer como garantia constitucional, não há falar em incidência ilimitada do mesmo, posto nenhum direito ser absoluto e posto haver a possibilidade de colidência entre direitos fundamentais, como, por exemplo, entre o Direito de Recorrer e a Efetividade processual.

A Celeridade Processual sempre foi um Princípio presente em nosso ordenamento jurídico. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 45, foi inserido no rol de princípios do artigo 5º da Constituição Federal em vigor (inciso LXXVIII). Todavia, urge sejam feitas reformas processuais visando à concretização de tal Princípio. A terceira reforma processual ocorreu neste sentido, priorizando a efetividade do processo. E é exatamente neste sentido que o Direito de Recorrer deve ser analisado, buscando-se uma harmonia entre ele e os demais direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Elementos para uma nova teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. O Direito de Recorrer: introdução ao estudo do sistema recursal. UFC: Casa de José de Alencar Programa Editorial, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LEIS:

BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei ordinária nº 6.830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

_____. Lei ordinária nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BANCO DE DADOS:

BEBBER, Júlio César. O abuso de recorrer. Disponível em: <http://trt24web1.trt24.gov.br/www/+jurisprudenciaPublicacaoTexto.jsp?codloc=297&cod_tipo=1&seq_pub=30&esquema=jurisprudencia>. Acesso em: 15.ago.2007

GUIMARÃES, Luiz Geraldo Floeter. Direito de defesa como garantia constitucional. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1510>>. Acesso em: 11.ago.2007.

LERRER, Felipe Jakobson. O duplo grau jurisdicional e as garantias constitucionais. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/oduplo_felipe_jakobson_lerrer.html>. Acesso em: 11.ago.2007

Análise Jurisprudencial Acerca da Competência para o Processamento e Julgamento da Ação de Execução do Contrato de Honorários Advocatícios

Roberta Farias Cyrino

Resumo

O presente trabalho trata da questão da competência para o processamento e julgamento da ação de execução do contrato de honorários advocatícios. A edição da emenda constitucional n. 45/2004 foi de fundamental importância para o estudo constante deste trabalho, vez que foi terreno propício ao surgimento das controvérsias existentes no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, que ora tratam o contrato de honorários advocatícios como sendo uma relação de trabalho, ora de natureza civil, ora de consumo. O mais importante em toda essa discussão, frise-se, está na verificação de uma análise sistemática que permeie todo o instituto estudado, principalmente, com respaldo na observância ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição Federal de 1988.

Palavras Chave: contrato de honorários advocatícios. emenda constitucional n. 45/2004. relação de trabalho. súmula 363 do Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada de Reforma do Judiciário, trouxe grandes inovações. Uma delas foi a ampliação do rol de abrangência da competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição Federal.

Antes da edição de tal emenda, não havia divergência acerca da competência para o processamento e julgamento da ação de execução do contrato de honorários advocatícios, pois a relação estabelecida entre advogado e cliente era tida como uma relação civil, sendo, então, da competência da Justiça Comum.

Entretanto, após o advento da Emenda nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações oriundas da relação de

trabalho, e não mais só das oriundas de relação de emprego, o que trouxe grande impacto no estudo dos contratos de honorários advocatícios.

Na tentativa de se estabelecer qual o órgão competente para apreciar a execução de honorários advocatícios, três correntes surgiram: a que trata a relação entre o advogado e o cliente como sendo uma relação de trabalho, a que afirma ser uma relação puramente civil e a que demonstra ser uma relação de consumo.

Deste modo, no decorrer deste trabalho, irão ser estudadas cada uma dessas relações, a fim de melhor se concluir pela competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho.

1. DO CONTRATO DE TRABALHO

1.1 Conceito e noções introdutórias

O contrato de trabalho pode ser entendido como o acordo de vontades firmado entre empregado e empregador, pelo qual aquele emprega sua força de trabalho a fim de obter uma contraprestação pecuniária deste.

Cumprido salientar que a expressão mais correta para se referir ao contrato de trabalho seria relação de emprego, haja vista que o contrato de trabalho pode representar uma relação de emprego ou uma relação de trabalho. Para que se configure em relação de emprego, devem estar presentes os requisitos previstos no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade e não-eventualidade (habitualidade). Já a relação de trabalho, por ser mais ampla, engloba todos os trabalhadores, empregados ou não.

Quanto à caracterização de uma relação de emprego, assim leciona CASSAR, Vólia Bonfim (2008, p. 261): “a relação de emprego se assemelha à prestação de serviços, pois o que é contratado é o serviço e não o produto final, mas dela se distingue pelos seus requisitos, hoje descritos nos arts. 2º e 3º da CLT”.

Diante deste conceito básico, pode-se vislumbrar as principais características que diferenciam os contratos de trabalho do contrato de natureza puramente civil e do contrato de consumo.

1.2 Natureza Jurídica

Toda vez que se vai perquirir acerca da natureza jurídica de um instituto, está-se pretendendo demonstrar a sua característica principal. Assim, tem-se que a natureza jurídica do contrato de trabalho consiste no fato de este ser de direito privado, revelando a autonomia da vontade das partes contratantes.

1.3 Relação de trabalho x relação de emprego

A Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário, constituiu importante marco redefinidor da competência material da Justiça do Trabalho.

1.3.1 *Antes da emenda constitucional n° 45/2004*

O artigo 114 da Constituição Federal que trata da competência da Justiça do Trabalho foi bastante alterado pela Emenda Constitucional 45/2004. Antes de tal alteração, à Justiça do Trabalho só era dado a conhecer de litígios envolvendo relações de emprego, caracterizada pelos requisitos constantes do artigo 2º da CLT (pessoalidade, subordinação, onerosidade e não-eventualidade).

A relação de trabalho é mais ampla, englobando todos os trabalhadores, empregados ou não, ou seja, nela estão inseridos os trabalhadores avulsos, autônomos, eventuais, etc.

1.3.2 *Após o advento da emenda constitucional n° 45/2004*

Foi a partir da Emenda Constitucional 45/2004 que a competência da Justiça do Trabalho foi alterada, ampliando-se o rol do artigo 114 da Constituição Federal.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Hoje, a Justiça do Trabalho é competente para solucionar conflitos envolvendo tanto relações de emprego, quanto relações de trabalho, consoante teor do artigo 114 supracitado.

Esta alteração, como veremos mais adiante, é fundamental para o esclarecimento da competência da Justiça do Trabalho quanto à execução do contrato de honorários advocatícios.

1.4 *Relação de trabalho, relação puramente civil e relação de consumo*

Já se sabe que toda relação de trabalho está inserida no âmbito de competência da Justiça do Trabalho. Desta feita, cumpre trazer à baila distinções entre ela e as relações puramente civil e de consumo.

A relação de trabalho constitui gênero, do qual a relação de emprego é espécie. Saber o que é esta última constitui tarefa fácil, ao passo que é só se verificar se todos os requisitos contidos no artigo 2º da CLT restaram preenchidos. Caso contrário, na ausência de qualquer um desses requisitos, fala-se em relação de trabalho, e não mais em relação de emprego.

Entretanto, cumpre salientar que essa análise não é suficiente, principalmente diante do estudo do contrato de honorários advocatícios, que para alguns é de natureza civil, para outros é de natureza consumerista e para outros é de natureza trabalhista.

Tem-se, pois, que traçar as principais diferenças entre tais relações, para, só então, concluir-se pelo tipo de relação estabelecida entre advogado e cliente no contrato de honorários advocatícios.

1.4.1 *Da relação puramente civil*

O Código Civil, em seu artigo 593, cuida da prestação de serviços e assim dispõe: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Esta dedução estampada pelo Código Civil, convém mencionar, não ajuda muito na tarefa a que se propõe este trabalho, por dizer menos do que poderia ter dito e por tratar a prestação de serviço com caráter civil por exclusão.

Desta feita, a prestação de serviço só terá caráter de relação civil se não for de caráter trabalhista ou consumerista. Assim, deve-se, pois, procurar, a princípio, estabelecer as características da relação de consumo, para, só em um segundo momento, compará-la a uma relação trabalhista.

Concluindo-se pela relação consumerista como sendo a estabelecida entre o advogado e seu cliente em um contrato de honorários advocatícios, certo é que estará abrangida pela competência da Justiça Comum. Já se se concluir pela relação de trabalho, a competência será da Justiça Trabalhista.

1.4.2 *Da relação de consumo*

Para a maioria da doutrina brasileira, a questão da competência para a ação de execução dos honorários advocatícios ainda é controversa, haja vista a existência de duas correntes de interpretação: de um lado, a relação de consumo, e de outro, a relação de trabalho. É através da análise de um ou outro vínculo que se consolida a justiça competente.

Na relação de consumo, o tomador dos serviços contrata o prestador para gozar exclusivamente do seu serviço na qualidade de destinatário final, o que configura, nos termos da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, relação consumerista, afastando qualquer hipótese de incidência da Justiça do Trabalho. Nesse caso, para aqueles que entendem o contrato de honorários advocatícios como uma relação de consumo, o hipossuficiente será o tomador de serviços, jamais o prestador de serviços especializados (no caso ora em epígrafe, o advogado), determinando a competência para a Justiça Comum.

Entretanto, para essa mesma corrente, se o tomador de serviços for uma grande empresa, que contrata prestador de serviços, então profissional liberal, para viabilizar sua empresa, formando uma relação de dependência econômica, nos termos da CLT, tratar-se-á de relação laboral e, portanto, restará apta a ser processada pela justiça do trabalho, sendo o prestador de serviços o ente menos favorecido na relação.

O reconhecimento da prestação de serviços do advogado como relação de consumo é matéria de grande polêmica. Embora seja a solução menos adequada, mormente em se tratando de estabelecer competência, a questão, para essa corrente, tem sido resolvida casuisticamente, da forma como se demonstrara logo acima.

De acordo com esta corrente, então, não é satisfatório averiguar qual o serviço prestado pelo profissional liberal, é necessário verificar, sobretudo, as condições em que os serviços foram prestados, e como se deu a relação jurídica entre contratante e contratado.

Vê-se, portanto, que em um primeiro momento, a dificuldade reside em estabelecer, diante das diversas nuances de uma mesma relação jurídica (prestação de serviços), tratar-se de relação de trabalho ou de consumo.

1.4.3 *Da relação de trabalho*

Já foi visto que a Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe grandes inovações, dentre as quais a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, o que traz íntima ligação com o tema ora em análise.

Relação de trabalho tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda a modalidade de contratação do trabalho humano modernamente admissível. (...). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existente no mundo atual.

Quanto ao conceito de relação de trabalho, estas são as lições do doutrinador Maurício Godinho Delgado (2005, p. 285), por bastante oportunas.

Relação de trabalho é aquela que diz respeito, repise-se, a toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho: autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob forma de estágio etc. Há, pois, a relação de trabalho pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não), e o tomador de serviço.

No mesmo sentido, este é o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 148), ao conceituar relação de trabalho.

Logo, o advogado pessoa física que prestou serviços ao cliente e não recebeu os honorários contratados em função do trabalho executado deverá ajuizar a sua ação de cobrança de honorários perante a Justiça do Trabalho. Todavia, se o

contrato de honorários for firmado por uma pessoa jurídica (sociedade de advogados), entendemos que a competência não será da Justiça Laboral (e sim da Justiça Comum), uma vez que o prestador de serviço não é uma pessoa física estando fora da competência da Justiça Especializada processar e julgar demanda em que o prestador de serviço é uma pessoa jurídica.

Bastante coerente é esta posição de Renato Saraiva, (2007, p. 155) acerca da competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de ações decorrentes das relações de trabalho entre o advogado e seu cliente.

O entendimento esposado logo acima demonstra que o contrato de honorários advocatícios encerra uma relação de trabalho, figura mais ampla que a relação de emprego, pois, conforme os conceitos elaborados e aqui ilustrados pelos dois doutrinadores supracitados, presentes estão os três elementos caracterizadores da relação de trabalho, quais sejam: o prestador do serviço (advogado), o trabalho (subordinado ou não), e o tomador de serviço.

2. DO CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O contrato de honorários advocatícios consagra uma prestação de serviço executada pelo advogado a seu cliente.

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que o estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 1º A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier.

Por possuir lei específica, o Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/1994, esta deve ser aplicada. Entretanto, não definiu especificamente a competência da justiça comum ou especializada para fins de cobrança de honorários advocatícios, segundo se pôde verificar da leitura do artigo 24 supracitado.

Entende-se que cabe ao advogado, face à natureza alimentícia de seus honorários, ingressar com ação de execução de seus honorários perante a Justiça do Trabalho, vez que este órgão tem condições de oferecer uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz para o advogado, que depende do recebimento de tais valores para sua manutenção, bem como de sua família, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o Estatuto da Advocacia, os artigos 31, §1º e 34, incisos III e IV vedam a captação de causas e o uso de agenciador, evidenciando natureza incompatível com a atividade de consumo. Assim, a relação estabelecida entre advogado e cliente jamais pode ser considerada como sendo relação de consumo.

Daí por que se pode afirmar que o contrato de honorários advocatícios está regido pela CLT, pois se trata de relação de trabalho e, portanto, deve ser executado perante a Justiça do Trabalho.

O contrato de honorários advocatícios possui natureza jurídica de direito privado, notadamente estando consagrado no âmbito da relação de trabalho, o que atrai a competência da Justiça do Trabalho para seu processamento e julgamento.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA COMPETÊNCIA PARA SUA EXECUÇÃO

Formou-se amplo debate em torno da competência para o processamento e julgamento da ação de execução dos honorários advocatícios durante todos os anos que se sucederam à edição da Emenda Constitucional 45/2004.

A princípio, existiram diversas decisões dos Tribunais no sentido da incompetência da justiça trabalhista, senão vejamos:

EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/04, falece competência a esta Justiça do Trabalho para a execução relativa ao crédito de honorários pactuados pelo advogado com o particular que contrata os seus serviços. (TRT 4ª Região – 2ª Turma, ACÓRDÃO 00374-2005-561-04-00-7 AP, MARIA BEATRIZ CONDESSA FERREIRA - Juíza-Relatora).

Observe-se, em nova decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, decisão que não acolhe a competência como sendo da Justiça do Trabalho, uma vez que se afirma a relação de trabalho como sendo o objeto secundário da relação estabelecida entre o advogado e o seu cliente, senão vejamos:

EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. O contrato de advogado e de honorários advocatícios não enseja a acepção de relação de trabalho da nova competência da jurisdição trabalhista, porque o mandato é preponderante e a relação de trabalho secundária ou acessória. E, no mister de advogar o profissional prestador do serviço está empreendendo uma atividade e não alcançando propriamente uma prestação de trabalho caracterizada pela energia despendida por uma pessoa natural. Recurso não provido. (TRT 4ª Região – 3ª Turma, ACÓRDÃO 00773-2005-017-04-00-9AP, EURÍDICE JOSEFINA BAZO TÔRRES – Juíza-Relatora).

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente à maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho, tem resistido em reconhecer a competência da Justiça obreira para conhecer os litígios decorrentes da relação do profissional liberal e seu contratante,

decidindo estabelecer a competência como sendo da justiça comum, em causa referente a arbitramento de honorários advocatícios, senão vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL INALTERADA PELA EC 45/2004. 1. Discute-se a competência para julgamento de ação de arbitramento de honorários referentes aos serviços prestados em ação de cobrança de valores devidos a título de FGTS. 2. Ao dar nova redação ao art. 114 da Carta Magna, a EC 45/2004 aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso I do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". 3. Entretanto, a competência para julgamento de causas como a dos autos não foi atraída para a Justiça do Trabalho. Isso porque a demanda em questão possui natureza unicamente civil e se refere a contrato de prestação de serviços advocatícios, celebrado entre profissionais liberais e seus clientes, razão pela qual a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi Guaçu/SP, o suscitado. (PROC. CC 52719/SP; 2005/0119847-0 Relatora Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 11/10/2006).

No decorrer da evolução jurisprudencial acerca do tema ora em comento, percebeu-se a modificação constante de opiniões de doutrinadores e juízes do trabalho, que tomaram decisões visando proteger o prejudicado, com base nos valores do valor social do trabalho e da dignidade humana, de maneira a considerar a justiça do trabalho competente para dirimir os conflitos decorrentes da cobrança de honorários por profissionais liberais.

Entendimentos que há poucos anos eram isolados, começaram a se expandir, passando então, a doutrina e a jurisprudência a configurarem a relação existente na prestação de serviços liberal também como trabalhista.

Cite-se, pois, importante decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

ADVOGADO. CONSULTORIA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA (ESTATUTO DA OAB). INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O enquadramento da atividade de consultoria jurídica como relação de consumo é um grave equívoco, resultante da

desconsideração das raízes do Direito do Trabalho e da própria evolução deste ao longo dos anos, a qual culminou, inclusive, com a ascensão da valorização do trabalho à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inciso IV). Entender a atividade dos profissionais liberais como essencialmente incita a uma relação de consumo é um infeliz retrocesso aos primórdios do capitalismo, por atribuir ao trabalho desses profissionais a condição de mercadoria, idéia repelida veementemente já pelo Tratado de Versalhes, em sua parte XIII (Du Travail), que constituiu a Organização Internacional do Trabalho sob a premissa essencial de não ser o trabalho humano uma mercadoria (art. 427). É de trabalho, então, a relação mantida entre um profissional liberal e seu cliente, sujeitando-se a lide em torno dela estabelecida à competência da Justiça do Trabalho. Essa a hipótese dos autos, em que o autor, enquanto advogado, sujeita-se aos ditames da Lei nº 8.906/94, a qual, regulando sua atividade, impede seja tida como de consumo a relação por ele mantida com terceiro que se vale de seus serviços, como se vê, por exemplo, dos arts. 31, §1º e 34, incisos III e IV, que vedam a captação de causas e o uso de agenciador, evidenciando natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso provido para, em reformando a sentença, declarar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente demanda, determinando a baixa dos autos à Vara de origem para que seja proferida decisão enfrentando o mérito da pretensão autoral, decidindo-se como de direito. (PROC 01261-2005-063-01-00-7 (RO) - 3ª Tª 1ª Região - RJ - Juiz Mello Porto - Relator. DJ/RJ de 17/07/2006).

Tal jurisprudência levou em conta a realidade vivida pelos profissionais liberais na atualidade, elevando os mesmos a categoria de trabalhadores, nos termos do art. 114, I da CF, e, portanto, mercedores da célere prestação jurisdicional dispensada aos empregados e empregadores, sujeitos previamente definidos no art. 3º da CLT.

Em mais uma análise, o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho tornou-se mais firme, conforme se demonstrará nos julgados a seguir:

Ementa: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE COBRANÇA - NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. 'Havendo relação de trabalho, seja de emprego ou não, os seus contornos serão apreciados pelo juiz do trabalho. Para esses casos, evidentemente, aplicará a Constituição e a legislação civil comum, considerando que as normas da CLT regulamentam o pacto entre o empregado e o empregador. Como conseqüência, a Justiça do Trabalho passa a ser o segmento do Poder Judiciário responsável pela análise de todos os conflitos decorrentes da relação de trabalho em

sentido amplo. Os trabalhadores autônomos de um modo geral, bem como os respectivos tomadores de serviço, terão as suas controvérsias conciliadas e julgadas pela Justiça do Trabalho. Corretores, representantes comerciais, representantes de laboratórios, mestres-de-obras, médicos, publicitários, estagiários, contratados do poder público por tempo certo ou por tarefa, consultores, contadores, economistas, arquitetos, engenheiros, dentre tantos outros profissionais liberais, ainda que não empregados, assim como também as pessoas que locaram a respectiva mão-de-obra (contratantes), quando do descumprimento do contrato firmado para a prestação de serviços podem procurar a Justiça do Trabalho para solucionar os conflitos que tenham origem em tal ajuste, escrito ou verbal.' (Grijalbo Fernandes Coutinho, Juiz do Trabalho em Brasília/DF, e presidente da Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. <http://www.anamatra.org.br/opinião/artigos> - Artigo: Agora, sim, Justiça do Trabalho). Destarte, a partir da edição da EC n. 45/2004, a Justiça do Trabalho passou também a ter competência para julgar as ações de cobrança de honorários advocatícios, pois o advogado, no seu mister não pratica relação de consumo, mas relação de trabalho, por impedimento legal, não podendo captar causas ou se utilizar de agenciador (Lei n. 8.906/94, arts. 31, § 1º e 34, III e IV).” Precedentes do STJ (RESP n. 532.377 - RJ - Relator Min. Cesar Asfor Rocha e RESP n. 539.077 - MS - Relator Min. Aldir Passarinho Júnior) (PROC. RO 00132.2005.026.23.00-1- TRT 23ª Região - Desembargador Osmair Couto– Relator)

O julgado supracitado, publicado em 06.09.2005, por decisão unânime, conseguiu proferir a verdadeira interpretação a ser dada ao artigo 114, I da Constituição Federal após a sua alteração pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim é que, sendo relação de trabalho, seja de emprego ou não, firma-se a competência da Justiça do Trabalho.

Dessa forma, o profissional liberal, mesmo não empregado, ainda é trabalhador, e, portanto pode e deve procurar a Justiça do Trabalho para solução das lides que surjam dos contratos de prestação de serviços por ele ajustados.

No mesmo sentido, tem-se o seguinte julgado:

Ementa: COMPETÊNCIA MATERIAL PARA APRECIAR PEDIDO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. A competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar ação de cobrança de honorários advocatícios é indiscutível, em face da nova redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45 ao inciso I do art. 114 da Constituição, ao dispor que 'compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os

entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;'. Neste sentido, firma-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os litígios que versem sobre as relações de trabalho em sentido lato, inclusive, as relações regidas pela legislação civil, decorrentes de prestação de serviços por profissionais liberais, como o advogado. (PROC - 00313.2006.021.23.00-7 (RO) - 1ª T 23ª Região Desembargador Tarcísio Valente).

Ao mesmo tempo que corrobora o entendimento da competência trabalhista, esta decisão, proferida em 24.10.2006, renova os conceitos, uma vez que afirma de forma irrefutável o cumprimento regular do art. 114, I da CF, ou seja, o caso em exame não é atribuição do direito do consumidor.

Na mesma esteira de entendimento, foi editado o Enunciado 23, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho de 23/11/2007, estabelecendo a competência da Justiça Obreira para a cobrança de honorários advocatícios, bem como a ausência de relação de consumo entre as partes litigantes, senão vejamos:

ENUNCIADO 23. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que o fosse, porque a relação consumeirista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo artigo 114 da CF.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, em 2008, editou a Súmula 363, da qual consta que “compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente”.

Após a edição desta Súmula do STJ, as jurisprudências ainda eram dissonantes. Como exemplo disto, tem-se os seguintes julgados recentes:

AÇÃO DE COBRANÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Não se confunde com as lides resultantes das relações de consumo definidas na Lei 8.078/90, da competência da justiça comum, a ação de cobrança de honorários devidos em função da relação pessoal de trabalho estabelecida entre o advogado e seu cliente, em caráter continuado, reservado e insuscetível a oferta em mercado de consumo, posto não se revista de natureza comercial. Competência material da Justiça do Trabalho que se declara. (TRT 5ª R. – RO 00628-2008-013-05-

00-0 – 1ª T. – Relª Ivana Mércia Nilo de Magaldi – J. 26.01.2009).

AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Possui natureza de relação de consumo, e não trabalhista, aquela mantida entre clientes e profissionais liberais, razão pela qual a apreciação e o julgamento das ações de cobranças de honorários não se inserem na competência da Justiça do Trabalho, estabelecida no art. 114 da Constituição da República. (TRT 12ª R. – RO 02043-2008-027-12-00-9 – Relª Lourdes Dreyer – J. 10.03.2009).

Recentemente, no dia 13 de Agosto de 2009, fora noticiado no próprio site do Tribunal Superior de Justiça que a Sétima Turma deste colendo Tribunal declarou, “por unanimidade, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a ação de cobrança de honorários advocatícios, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de Cruz Alta, para que julgue a controvérsia. (RR-1975/2007-611-04-40.5)”.

No entanto, menos de um mês depois, a SDI-1 do TST considerou a Justiça do Trabalho incompetente para o julgamento de ação de cobrança de honorários advocatícios estabelecidos entre duas pessoas físicas. Conforme publicado na imprensa, o Ministro Horácio de Sena Pires, relator do Recurso, destacou em seu voto que “não havia como se concluir que a ação de cobrança de honorários, decorrente da celebração de contrato, esteja inserida na expressão ‘relação de trabalho’: trata-se de uma relação de índole civil”.

Finalmente, da análise destes diversos julgados do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se, pois, um regresso, atribuindo-se competência à Justiça Comum Estadual para julgar ação de cobrança de honorários entre advogado e cliente, apesar de que a questão ainda não restou pacificada.

Pode-se dizer que, para o Superior Tribunal de Justiça, a questão já está bastante sedimentada, principalmente após a edição da Súmula 363, que conferiu competência à Justiça Comum para o processamento e julgamento da execução dos honorários advocatícios. Diferentemente deste Tribunal, o Tribunal Superior do Trabalho, há muito vem trazendo julgados um tanto contraditórios, ora firmando entendimento no sentido de a competência ser da Justiça do Trabalho, ora decidindo acerca da competência da Justiça Comum, não tendo havido ainda um entendimento pacífico acerca da competência para a execução dos honorários advocatícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, constituiu um importante marco para a possibilidade de configuração da competência da Justiça do Trabalho quanto à ação de execução do contrato de honorários advocatícios, vez que albergou como da competência deste órgão também as relações de trabalho.

Só após a edição desta emenda é que se tornou possível o surgimento de controvérsias acerca da competência para o processamento e julgamento da execução do contrato de honorários advocatícios. Isto porque foi ampliado o rol do artigo 114, inciso I da Constituição Federal de 1988, introduzindo a figura da relação de trabalho à competência da Justiça trabalhista.

Hoje, a discussão gira em torno de o contrato de honorários advocatícios constituir em relação de trabalho havida entre o advogado e seu cliente, em relação puramente civil ou em relação de consumo.

Para o Superior Tribunal de Justiça, desde a edição da emenda 363, a questão já encontra-se pacificada, sendo, pois, da competência da Justiça Comum processar e julgar a ação de execução de honorários advocatícios. Já para o Tribunal Superior do Trabalho, ainda há muita controvérsia entre suas Turmas, ora afirmando a competência da Justiça Comum, ora afirmando a da Justiça do Trabalho, mesmo após a edição da súmula 363 do Superior Tribunal de Justiça.

A par de todas essas controvérsias, o entendimento acerca da competência da Justiça do Trabalho demonstra-se ser mais coerente com a realidade do profissional liberal advogado, sendo o que mais atende aos ditames do postulado maior da dignidade da pessoa humana, ao trazer mais celeridade e eficácia à execução do contrato de honorários advocatícios, que traz em seu bojo o caráter de prestação alimentícia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – 2ª Turma. ACÓRDÃO 00374-2005-561-04-00-7 AP, MARIA BEATRIZ CONDESSA FERREIRA - Juíza-Relatora. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 13.fev.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – 3ª Turma. ACÓRDÃO 00773-2005-017-04-00-9AP, EURÍDICE JOSEFINA BAZO TÔRRES – Juíza-Relatora. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 13.fev.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – 3ª Turma. PROC 01261-2005-063-01-00-7 (RO) - Juiz Mello Porto - Relator. DJ/RJ de 17/07/2006. Disponível em: <www.trt1.jus.br>. Acesso em: 16.fev.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. PROC. RO 00132.2005.026.23.00-1- Desembargador Osmair Couto– Relator. Disponível em: <www.trt23.jus.br>. Acesso em: 18.fev.2010.

_____. 1ª Turma. PROC 00313.2006.021.23.00-7 (RO) - Desembargador Tarcísio Valente. Disponível em: <www.trt23.jus.br>. Acesso em: 18.fev.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região – 1ª Turma. RO 00628-2008-013-05-00-0 – Relatora Ivana Mércia Nilo de Magaldi – DJ. 26.01.2009. Disponível em: <www.trt5.jus.br>. Acesso em: 20.fev.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. RO 02043-2008-027-12-00-9 – Relatora Lourdes Dreyer – DJ. 10.03.2009. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 20.fev.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão 2005/0119847-0. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do Julgamento 11/10/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 13.fev.2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed., São Paulo: LTR, 2005.

ENUNCIADOS APROVADOS NA 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO 23/11/2007. Disponível em: <www.trt18.jus.br>. Acesso em: 02.fev.2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 3. ed., São Paulo: LTR, 2005.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho, série Concursos Públicos. 3. ed., São Paulo: Método, 2007.

A importância da leitura

Cristiane Sá⁷
Ivanete Gomes⁸

Resumo

Este trabalho tem como tema: A importância da leitura. O seu objetivo é de mostrar qual o papel que ela exerce no cotidiano de professores e alunos, procurando perceber a concepção de leitura. Utilizou-se como marco teórico os autores: Andriola (2005); Bamberger (1995); Brasil (1998); Célis (1998); Ferreiro (2004); Freire (2000), Foucambert (1994); Teberosky (2004) entre outros. Sendo os resultados mais importantes: a importância da leitura como meio eficaz para se obter e transmitir conhecimento e para a participação do homem na vida, em termos de compreensão do presente e do passado e em possibilidade de transformação sócio-cultural futura. Enfatiza também que o conhecimento é construído ao longo de leituras e correlações entre os vários tipos de leituras, caracterizando-as. Objetiva mostrar o quanto a leitura é importante como meio para o desenvolvimento cultural, para o crescimento intelectual. Destaca-se a importância de se trabalhar a leitura no cotidiano dos alunos, fazendo assim com que o aluno aprenda a fazer o uso social da leitura ao longo de sua vida. Conclui-se que para os professores e alunos a leitura é importante como fonte de conhecimento e lazer, mas para alcançar seu objetivo de formar leitores faz-se necessário que se repense novas práticas pedagógicas, que possam transformar a leitura como um momento de prazer.

Palavras-chave: Leitura. Tipos de leitura. Concepções dos tipos de leitura.

INTRODUÇÃO

Ler é um ato, acima de tudo, de prazer, de interação. Daí, precisa ser considerado como uma construção de conhecimentos, onde se é permitido uma análise do papel do leitor no ato.

⁷ Cristiane Sá - Graduada em Letras(UECE), especialista em Administração Escolar(UNIVERSO) e Mestra em Ciências da Educação (UNIVERSIDADE AMERICANA). Professora de Interpretação e Produção de Textos e Comunicação e Expressão da FAECE e Comunicação Empresarial das Faculdades Stella Maris e Oboé.

⁸ Ivanete Gomes)- Graduada em Letras (UFC), em Radialismo (FGF) e Mestra em Letras (UFC)-revisora de programas de rádio e professora de Comunicação e Expressão- FAFOR e FAECE.

A construção da leitura não pode ser vista independentemente do processo e da interação na qual ela se deu, ambos se influenciam mutuamente.

Necessário se faz que se planeje o desenvolvimento processual da leitura, permitindo sua continuidade e localizando os aspectos cognitivos do processo de compreensão de textos escritos, bem como enfatizando a desenvoltura global do leitor, entre elas, a habilidade de fazer inferências, a habilidade de decodificação e outros.

Dessa forma, entende-se que o bom leitor é fruto de um exercício contínuo de leitura, onde a ação de ler é engrandecida pela leitura comentada, participada e refletida conjuntamente (alunos e professores). Ressalta-se, então, que a educação como fator de mudanças só pode ser entendida através de ações conscientes e atualizadas. A postura do educador, isto é, sua ação Pedagógica, é fundamental para essa mudança. O exemplo do professor é fundamental.

Desde os primórdios, quando ainda não existia a linguagem escrita, o homem já realizava atos, que podem ser considerados como leitura e que surgiram da necessidade de comunicação, por exemplo: os grunhidos, os gestos, pinturas nas paredes, tudo isso funcionava como um código que, promovendo a interação entre as pessoas, também é um tipo de leitura.

É na identificação que o leitor busca a informação nova, confirmando ou reestruturando as hipóteses previamente intuídas: a leitura é sempre um processo pontual e seletivo. Ler, sobretudo é uma atividade voluntária e prazerosa (ou deveria ser).

No sentido amplo, a leitura é atribuição de sentidos. Tanto se pode dar sentido a um texto escrito como a um texto oral. Ler, neste caso, não implica necessariamente domínio do código escrito. Qualquer manifestação de linguagem tanto pode ser um texto de um escritor famoso, como a fala, o texto de uma pessoa simples, uma gravura, um gesto, um olhar.

Assim, como os bons leitores, refugiam-se na leitura como forma de evasão e encontram prazer e bem-estar nela, os maus leitores fogem dela e tendem a evitá-la. O hábito da leitura tende a formar pessoas abertas ao intercâmbio, orientadas para o futuro, capazes de valorizar o planejamento e aceitar princípios técnicos e científicos.

Esse tipo de pessoa é o que permite um maior desenvolvimento social. Somente as pessoas situadas num mundo aberto são as que contribuem eficazmente para as iniciativas comunitárias de processo e melhoria social. Por esta razão, embora alguns pensem que no plano pessoal as funções da leitura decresceram, convém levar em conta que no plano social a sua importância aumentou.

A leitura tem características e vantagens próprias e distintas que a distinguem dos outros meios de informação audiovisual, por sua capacidade de transmissão de

grande quantidade de informação, por seu poder de estimular a imaginação, por sua flexibilidade e, especialmente, pelo poder de ser controlada pela pessoa.

Este trabalho de pesquisa traduz-se por procurar mostrar a importância da leitura como ponto de partida para o desenvolvimento cultural e intelectual dos alunos. É com e através da leitura que se faz ciência, criam-se, modificam-se, descobrem-se novas formas de crescimento social.

1. O ATO DE LER

Ler é essencial. Através da leitura, se testa os próprios valores e experiências com as dos outros e, no final de cada livro, mais enriquecido se fica com novas experiências, novas ideias, novas pessoas. Eventualmente, se ficará a conhecer melhor o mundo e um pouco melhor de nós próprios. Ler é estimulante. Tal como as pessoas, os livros podem ser intrigantes, melancólicos, assustadores, e por vezes, complicados. Os livros partilham sentimentos e pensamentos, feitos e interesses. Os livros nos colocam em outros tempos, outros lugares, outras culturas em situações e dilemas que nunca poderíamos imaginar que encontrássemos. Os livros nos ajudam a sonhar, nos fazem pensar.

Nada desenvolve mais a capacidade verbal que a leitura de livros. Na escola se aprende gramática e vocabulário. Contudo, essa aprendizagem nada é comparada com o que se pode absorver de forma natural e sem custo através da leitura regular de livros.

Alguns livros são simplesmente melhores que outros. Alguns autores veem com mais profundidade o interior de personagens estranhas, e descrevem o que eles veem e sentem de uma forma mais real e efetiva. As suas obras podem exigir mais dos leitores: consciência das coisas implicadas em vez de meramente descritas, sensibilidade às nuances da linguagem, paciência com situações ambíguas e personagens complicadas, vontade de pensar mais profundamente sobre determinados assuntos.

Mas, esse esforço vale a pena, pois estes autores podem nos proporcionar aventuras que ficam na nossa memória para toda a vida. Relativamente aos escritores em si, é difícil muitas vezes começar a ler livros de um novo escritor, o que nos leva a desistir ao fim de poucas páginas. É essencial perseverar. A maioria da boa escrita é multifacetada e complexa. É precisamente essa diversidade e complexidade que faz da leitura uma atividade estimulante.

Muitas vezes um livro tem que ser lido mais de uma vez e com abordagens diferentes. Estas abordagens podem incluir: uma primeira leitura superficial e relaxada para ficar com as principais ideias e narrativa; uma leitura mais lenta e detalhada, focando as nuances do texto, concentrando-nos no que nos parece ser as passagens chave; e ler o texto de forma aleatória, andando para trás e para a frente através do texto para examinar características particulares tais como temas, narrativa, e caracterização dos personagens.

Todo o leitor tem a sua abordagem individual, mas o melhor método, sem dúvida, de extrair o máximo de um livro é lê-lo várias vezes. A leitura é importante em todos os níveis educacionais. Portanto, deve ser iniciada no período de alfabetização e continuar nos diferentes graus de ensino. Ela se constitui numa forma de interação das pessoas de qualquer área do conhecimento.

A leitura é uma atividade essencial a qualquer área do conhecimento. Está intimamente ligada ao sucesso do ser que aprende. Permite ao homem situar-se com os outros. Possibilita a aquisição de diferentes pontos de vista e alargamento de experiências. É também um recurso para combater a massificação executada principalmente pela televisão.

Para o homem, o livro é ainda um importante veículo para a criação, transmissão e transformação da cultura. Através do hábito da leitura, o homem pode tomar consciência das suas necessidades, promovendo a sua transformação e a do mundo. O livro pode ser considerado como precioso recurso de ensino. No entanto, não é tão popular como o giz, o quadro negro, o lápis e o caderno. É grande o número de livros editados, com inúmeros títulos diferentes, que poderiam se bem utilizados, concorrer para a melhoria da qualidade do ensino, Campos (1987, p. 38) enfatiza que:

O professor tem a liberdade de escolher as obras didáticas para seus alunos em função do conhecimento que tem dos livros, da escola e dos alunos. Pode ainda usar de materiais impressos para o ensino de sua disciplina: dicionários, revistas, jornais e outros e, até mesmo, elaborar seus próprios textos, incentivando assim as muitas formas de ler.

É necessário que se lembre que a educação do ser humano envolve dois fatores, como nomeia Ferreiro (1985): formação e informação.

Por isso, os conhecimentos transmitidos às novas gerações devem ser trabalhados com os valores e costumes, para que ocorra a sobrevivência e evolução da cultura. Os textos podem ser utilizados na realização de objetivos educacionais tanto para formar como para informar.

A aprendizagem da leitura sempre se apresenta intencionalmente como algo mágico, senão enquanto ato, enquanto processo da descoberta de um universo desconhecido e maravilhoso. Freire (1985 p.43) diz: “ninguém educa ninguém, como tampouco ninguém educa a si mesmo; os homens se educam em comunhão, mediatizados pelo mundo”. Refletindo melhor, se poderia dizer: ninguém ensina ninguém a ler. O aprendizado é em última instância, se desenvolve na convivência, cada vez mais com os outros e com o mundo.

1.1 As várias concepções de leitura

Ao se estudar qualquer tema, sente-se de imediato a necessidade de compreender a sua definição, para daí se estabelecer generalizações e questionamentos acerca das várias concepções existentes sobre o tema em estudo.

Segundo o Novo Dicionário Aurélio, “leitura é o ato ou efeito de ler” (FERREIRA, 1998, p. 1019). Ele se refere à leitura da palavra, da escrita não determinada pela interação do leitor. Ato que, muitas vezes, esgota-se na própria definição da palavra. O autor do dicionário produziu uma definição generalizada, que não reflete a especificidade que tem o ato de ler.

Vários teóricos tentam explicar o que é leitura através de conceitos. Para Skinner *apud* Rúbia (1995, p. 10) “o sentido na leitura é a soma linear das palavras de uma sentença”. Já Bloomfield *apud* Rúbia (1995, p. 15) diz que “a leitura não implica outra coisa que a correlação da imagem sonora com a sua correspondente imagem visual”. Para Smith *apud* Rúbia (1995), “ler é fazer perguntas a partir do texto e ler com compreensão é uma questão de obter resposta” (SMITH *apud* RÚBIA, 1995, p. 17). Goodman (1975) afirma que “a leitura é uma atividade de mostragem, de seleção, de predição, de comparação e de confirmação pela qual o leitor seleciona uma amostragem das pistas gráficas, úteis, baseado no que vê e espera ver” (GOODMAN *apud* RÚBIA, 1995, p. 20).

A definição de Goodman orienta para a função primordial da escola que é ensinar a ler, ter o domínio dos livros de leitura e orientar para a escolha de metodologias que favoreçam a compreensão do que está sendo lido. Considerando os conceitos de Bloomfield e Goodman, pode-se situar o processo de leitura em vários níveis de compreensão da realidade — analítico, construtivo, estratégico e informativo (RÚBIA, 1995).

O processo analítico, em que a compreensão se dá do todo para as partes, das unidades maiores para as menores, é o ato de ler o próprio mundo a partir da interação homem mundo. Nessa concepção, o mundo é o universo das informações, figura como um livro que o leitor utiliza para ler.

A leitura do mundo difere da leitura da palavra porque, muitas vezes, a leitura da palavra não corresponde à leitura do mundo. No entanto, a leitura da palavra deveria constituir-se na compreensão de fato da relação homem-mundo, produzindo a partir desse referencial um ato de conhecimento político no esforço comprometedor com sua própria realidade.

O processo construtivo é a compreensão que se dá quando o leitor é sujeito de seu próprio conhecimento, exercendo um papel ativo na construção do significado, que diz respeito à própria compreensão. Perceber as contradições existentes no seu meio, saber discernir, criar um novo conceito são peculiaridades do leitor em interação com a sua realidade.

O processo estratégico dá-se quando o leitor faz uso consciente das habilidades de leitura adquiridas e estas dizem respeito ao conhecimento do leitor, de como fazer alguma coisa, identificar ideia principal, reconhecer padrões retóricos, identificar recursos coesivos. Além dessa natureza analítica, construtiva e estratégica, o processo da leitura pode ser caracterizado como interativo, isto é, exige o envolvimento do leitor com as informações do mundo.

O conhecimento do mundo inclui não só a familiaridade com fatos, princípios, ideias, condutas, mas também um tipo de conhecimento estruturado e parcial sobre os eventos que constituem a nossa experiência. Assim, a leitura do mundo não se faz por meio de códigos, mas pela percepção da realidade vivida e exposta pelo e ao sujeito que a interpreta.

O mundo é compreendido a partir das relações entre seus elementos. Nessas relações, o homem é o produtor e reproduzidor do espaço de sua sobrevivência, o que possibilita a ele assumir o lugar de construtor e construído do mundo que pertence. Freire destaca que a leitura do mundo é anterior à leitura da palavra: “A leitura do mundo, do pequeno mundo em que me movia. Depois a leitura da palavra que nem sempre ao longo da minha escolarização foi a leitura da palavra mundo” (FREIRE, 2000, p. 12).

O autor lembra-nos de um aprendizado de leitura que extrapola o nível da simples informação, do domínio do código escrito e convencionado em nossa língua. É por meio da linguagem que o homem tem acesso aos bens sociais e culturais produzidos pela humanidade. Santos, em artigo publicado na Revista Mundo Jovem, ressalta que:

A condição humana provém do fato de possuímos um sistema de articulação verbal com poder de simbolização. Isso quer dizer, que somos todos humanos, porque somos capazes, através da língua, de fazermos referências aos conhecimentos que possam estar situados em tempos diferentes ou até mesmo a fatos (SANTOS, 1997, p. 10).

Para compreender o mundo, faz-se necessário o uso da língua como forma de conhecimento, o que vai além do seu uso como instrumento de comunicação. O uso da linguagem envolve a leitura da sociedade, de seus costumes, tradições e funcionamentos de suas instituições.

As formas de linguagem aparecem como modo particular de ler um tempo e uma circunstância que ligam o homem a certa realidade. É a leitura que associa valores humanos e revela a importância de uma obra e, ao mesmo tempo, a necessidade de estabelecer relações com uma consciência viva.

A linguagem figura como mecanismo de construção e partilhamento de um saber elaborado. É a expressão falada do próprio conhecimento. Assim, o ato de ler é justamente o de entender a própria língua, de apreender, de conhecer e usar esse conjunto de habilidades, o que ajuda um viver com plenitude. É o que ressalta Buenavides ao afirmar que ler não é apenas um ato mecânico: “Aprender a ler não é só adquirir um novo código, é também ter acesso a um mundo diferente daquele em que a oralidade se instala e se organiza” (BUENAVIDES apud RÚBIA, 1995, p. 11)

A autora afirma ainda que ler é um ato libertador, pois um dos efeitos da leitura é o aprimoramento da linguagem, da expressão nos níveis individual e coletivo. Quanto maior o nível de consciência das pessoas, maior é o índice de leitura. Uma sociedade que sabe dizer o que quer é menos manobrável.

A leitura desperta o ato de pensar, imaginar, investigar, deduzir, supor, criar e recriar estilo de vida. Ajuda a pessoa a responsabilizar-se e a comprometer-se com as ideias e realizações da humanidade.

1.1.2 Os tipos de Leitura

Não existe entre os autores que estudam o processo e o mecanismo da leitura um consenso sobre os diversos tipos de leitura. Fala-se de leitura crítica, assimilativa, analítica, informativa, recreativa e outros. De acordo com Gadotti (1989, p. 27), os tipos de leituras podem ser sintetizados em:

- recreativa, cujo objetivo é trazer satisfação à inteligência;
- crítica, onde existe um confronto de ideias entre leitor e autor;
- informativa, em que o leitor reconhece o autor como autoridade e procura aprender com ele o conteúdo.

Nessa perspectiva, a leitura constitui-se como uma forma de desenvolver-nos, inteirar-nos do universo cultural e ampliar a nossa concepção de mundo. “Ler, torna-nos mais aptos para enfrentar os problemas que nos cercam e as situações que a vida moderna nos apresenta, quer no espaço social, profissional político ou familiar” (GADOTTI 1989, p. 35).

Para Pinheiro (1997, p. 14), os tipos de leituras relacionam-se à satisfação de um propósito, isto é, a escolha de um tipo de leitura está sempre associada a um propósito e de modo geral é significativa quando se relaciona à vida do leitor, quando desperta sua curiosidade e ajuda-o a compreender o mundo ou a criar mundos imaginários, que respondem a seus problemas, que lhe permitem melhor relacionar-se com os outros. Os tipos de leitura são:

- leitura total ou intensiva - consiste na retirada de todas as informações do texto, envolve a compreensão de detalhes;
- leitura seguida ou extensiva – consiste na retirada das informações mais importantes, que envolvam a compreensão geral e é frequentemente realizada para fins de satisfação pessoal;
- leitura seletiva ou *scanning* – consiste na localização de uma informação específica, ou seja, de determinada informação relevante para o propósito do leitor;
- leitura orientadora ou *skimming* – consiste no movimento linear de correrem-se rapidamente os olhos sobre um texto para se ter uma ideia geral de seu assunto, ou de seu gênero, ou de sua fonte, ou de sua organização; em outras palavras, trata-se de uma leitura para se ter uma visão geral do texto.

Para obter êxito na leitura, o aluno deve saber usar diferentes estratégias de leitura, de acordo com o seu interesse imediato. A recorrência a uma mesma estratégia impossibilita a realização dos objetivos da leitura. Para Silva (1998) a leitura deve ser trabalhada na perspectiva de ler para aprender, para conseguir capacitação, para compreender os diferentes tipos de textos que existem na sociedade, o que possibilita a participação na dinâmica do mundo da escrita.

Dessa forma, as escolas e universidades devem assumir essa expectativa social através das ações docentes e das práticas curriculares. Os professores precisam observar criticamente o que ocorre em sociedade, pois “essa expectativa social deve ser assumida e cumprida pela escola através das ações docentes e das práticas curriculares, tendo os professores de observar criticamente o que ocorre em sociedade” (SILVA, 1998, p. 62).

Há algum tempo o objetivo principal da Educação Básica era ensinar a ler. Hoje, mediante a velocidade da transformação do conhecimento, a ênfase passou a centrar-se no ler para aprender. É importante que o aluno desenvolva a competência da leitura, mas mais importante é que aprenda por meio da leitura. A eficiência está, de forma estreita, relacionada com o êxito escolar.

O leitor proficiente — capaz de identificar os vários tipos de leitura, seus objetivos e as estratégias utilizadas para o estabelecimento do significado do texto — possui um instrumento de valor extremo, o qual lhe permite penetrar no amplo mundo dos livros, enquanto que o leitor deficiente lê de maneira tão lenta que ao final de um enunciado não é capaz de atribuir significado ao texto. Dessa forma, a aprendizagem desse leitor se restringe ao que ouve; razão que o leva a fracassar nas disciplinas que requeiram muita leitura. Isto acontece com relativa freqüência nas faculdades e universidades, onde a necessidade de leitura se intensifica. Vê-se com assiduidade os fracassos dos discentes, em decorrência da falta de hábito de leitura, pois simplesmente não conseguem interpretar os livros que lhes são indicados ou o fazem de uma forma totalmente equivocada.

1.1.3 A leitura como objeto do conhecimento

Desde os primórdios quando ainda não existia a linguagem escrita o homem já realizava atos, que podem ser considerados como leitura e que surgiram da necessidade de comunicação, por exemplo: os grunhidos, os gestos, pinturas nas paredes, tudo isso funcionava como um código que, promovendo a interação entre as pessoas, também é um tipo de leitura. Freire (1978, p.10) ressalta que “(...) a leitura do mundo precede sempre a leitura da palavra e a leitura desta implica a continuidade da leitura daquele”.

O livro constitui o mediador na comunicação entre o professor e o aluno. Através dele, se valoriza um ensino informativo e teórico. Por esse motivo, se torna necessário a formação de leitores que possam trabalhar esse material ampliando o objeto do conhecimento.

O hábito da leitura tende a formar pessoas abertas ao intercâmbio, orientadas para o futuro, capazes de valorizar o planejamento e aceitar princípios técnicos e científicos. Este tipo de pessoa é o que permite um maior desenvolvimento social. Somente as pessoas situadas num mundo aberto são as que contribuem eficazmente para as iniciativas comunitárias de processo e melhoria social. Por esta razão, embora alguns pensem que no plano pessoal as funções da leitura decresceram, convém levar em conta que no plano social a sua importância aumentou.

A leitura tem características e vantagens próprias e distintas que a distinguem dos outros meios de informação audiovisual, por sua capacidade de transmissão de grande quantidade de informação, por seu poder de estimular a imaginação, por sua flexibilidade e, especialmente, pelo poder de ser controlada pela pessoa.

Orlandi (1988) considera que os objetivos da leitura determinam a forma em que um leitor se situa frente a ela e controla a consecução do seu objetivo, isto é, a compreensão do texto. Existe um acordo geral sobre o fato de que os bons leitores, não leem qualquer texto da mesma maneira, e que este é um indicador da competência: a possibilidade de utilizar as estratégias necessárias para cada caso.

Os objetivos dos leitores com relação a um texto podem ser muito variados, e ainda que fossem enumerados, haveriam tantos objetivos como leitores, em diferentes situações e momentos.

No ensino superior, precisamente, os discentes já devem ter discernimento suficiente no ato da leitura. Devem saber o que objetivam, como querem e de que forma farão para chegar ao seu objetivo, levando-se em conta que ele é um leitor proficiente e que deve ser crítico, ordenado em suas metas, coerente com seus propósitos e acima de tudo, saiba encontrar na leitura a que se propõe, o prazer inestimável que se traduz em novos conhecimentos e novas fontes de pesquisa, pois uma boa leitura, sempre leva o seu leitor a outra.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão em leitura é uma área com muitas possibilidades de pesquisa, envolvendo um complexo jogo entre o leitor e as características do texto. Para entender essa complexidade é necessário levar em consideração as muitas características do leitor, o conhecimento anterior que influencia a compreensão geral do texto, o objetivo da leitura, o propósito e nível de motivação do leitor. Isso talvez explique porque pesquisar a importância da leitura seja desafiador para os interessados pela área, devendo-se lamentar apenas que por envolver questões muito complexas, não seja possível abranger todas as variáveis que certamente estão relacionadas a essa habilidade.

Ao final deste trabalho, pode-se afirmar que ler é uma das competências mais importantes a serem trabalhadas com o aluno, principalmente após recentes pesquisas que apontam a deficiência no estudo de leitura como uma das principais causas do baixo desempenho educacional brasileiro. Para ler não basta identificar as palavras, mas fazê-las ter sentido, compreender, interpretar, relacionar e reler o que for mais relevante.

A valorização da leitura para os professores é muito importante para o desenvolvimento dos conhecimentos, ampliando informações e encorajando no enfrentamento das possíveis dificuldades, que por ventura apareçam.

Por meio da leitura, o sujeito toma consciência de suas necessidades, transformando-se e transformando o mundo no qual está inserido.

O que se propõe como reflexão é que muitos fatores entram em jogo quando se discute leitura, por exemplo: a falta de estímulos por parte de alguns professores,

de hábitos familiares e sociais e por parte de políticas públicas que não incentivam a leitura através da criação de mais bibliotecas públicas, não facilitam a compra de livros que ainda custam muito caro para as posses atuais dos discentes. Enfim, é um conjunto de fatores que diretamente inibem o gosto, o prazer e o hábito salutar da leitura. Outro fator é que o aprendizado de leitura também depende da organização geral das instituições de ensino e da equipe pedagógica.

Estamos todos interligados por relações globais, o que altera significativamente a forma de abordagem da educação no século XXI, e o desafio é o de unir as instituições (escolas e universidades) a este contexto, ação primordial para se repensar percursos de uma educação que seja de todos e para todos

REFERÊNCIAS

- ANDRIOLA, Wagner Bandeira. A gestão pedagógica e o desempenho escolar. Secretaria da Educação Básica do Ceará - Fortaleza: Edições SEDUC, 2005.
- BAMBERGER, Richard. Como incentivar o hábito de leitura. São Paulo: Ática, 1995.
- BIGNOTTO, Francielle et al. Perfil das condições e acesso à saúde entre as pessoas ocupadas na agricultura brasileira. Disponível em: ><http://www.sober.org.br>>. Acesso em 21 de ago.2009.
- BRASIL, MEC. Valorização e Formação: em busca do saber. In: Revista do Professor. Brasília, MEC/SEF nº. 25, out. 2003, p. 35.
- BRASIL. Parâmetros Curriculares Nacionais do Ensino Médio: Língua portuguesa/Secretaria de Educação Fundamenta. Brasília: MEC/SEF, 1998.
- BRASIL. Parâmetros Curriculares Nacionais. Brasília: MEC/SEF, 1998.
- CAMPOS, Dinah M. Sousa. Psicologia da aprendizagem. Petrópolis-RJ: Vozes, 1987.
- CÉLLIS, G. I. Aprender e formar crianças leitoras e escritoras, 1998.
- CHIAPPINI, L. Aprender a ensinar com textos. São Paulo: Cortez, 1997.
- ECO, Umberto. Leitura em fábula. Lisboa, Editorial Presença 1979.
- FERREIRA, Naura Syria Carapeto. Gestão da educação e formação: notas para um projeto pedagógico. In: Revista Brasileira de Política e Administração da Educação - RBPAE. Brasília, V. 14, nº 1, jan/jun 1998.
- FERREIRO, Emília e TEBEROSKY, Ana. Psicogênese da língua escrita. Trad. De Diana Myriam Lichtenstein, Liana Di Marco e Mário Corso. Porto Alegre: ArtMed, 1985.
- FERREIRO, Emília. Relações de (in)dependência entre oralidade e escrita. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- FONSECA, Vitor da. Introdução às dificuldades de Aprendizagem. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 1995.
- FOUCAMBERT, Jean. A leitura em questão. Porto Alegre: Artmed, 1994.
- FREIRE, Paulo. A importância do ato de ler. 40ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- FREIRE, Paulo. A importância do ato de ler: em três artigos que se completam. 8. ed. São Paulo: Cortez, 1984.
- FREIRE, Paulo. Aprendendo com a própria história. 8 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- GADOTTI, Moacir. Convite à leitura de Paulo Freire. São Paulo: Scipione, 1989 (Série: pensamento e ação no magistério).

- GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HAILLER M. A. Didática de alfabetização. São Paulo: FTD, 1996.
- KIDDER, Louise H (Org.) Métodos de pesquisa nas relações sociais: delineamentos de pesquisa. São Paulo: EPU, 1987.
- La TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl; DANTAS, Heloysa. Piaget, Vygostsky, Wallon: Teorias Psicogenéticas em discussão. São Paulo: Summus, 1992.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- LARROSA, J. Narrativa, identidad y desidentificación. In: J. LARROSA, La experiencia de la lectura. Barcelona, Alertes. 1996.
- LUCKESI, Cipriano Carlos. Fazer Universidade: uma proposta metodológica. São Paulo: Cortez, 1987.
- MENEGOLLA, Maximiliano. Sua Majestade: o livro. In: Mundo Jovem. São Paulo: Abril, nº 226, jul. 1991, p. 27.
- MINAYO, Cecília de Souza (org). Pesquisa Social. 16 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.
- MORAIS, A. G. Ortografia: ensinar e aprender. São Paulo: Ática, 2001.
- NASPOLINI, A. T. Leitura e Produção e Escrita. São Paulo: FTD, 1996.
- ORLANDI, E. Pulcinelli. Discurso e leitura. Campinas-SP: Cortez–Unicamp, 1988.
- PIAGET, Jean. Lógica e conhecimento científico. Porto: Livraria Civilização, 1981.
- PILLETTI, Claudino. Filosofia e história da educação. São Paulo: Ática, 1991.
- PINHEIRO, A. M. V. Leitura e escrita: uma abordagem cognitiva. Campinas: Psy, 1997.
- QUEIROZ, Maria Eveline. Revista Cultura. Valorização da leitura será peça chave do novo ensino médio proposto pelo MEC. São Paulo. 21 de maio de 2009.
- RANGEL, Mary. Dinâmica de leitura para sala de aula. 4 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- REYES, Antonio Basanta. Temas para debate. Espanha-Madri, 2000.
- RÚBIA, Mara. O ensino de português: conceituação sobre leitura. In: Curso de Aperfeiçoamento em Língua Portuguesa. Fortaleza, (mimeo), 1995.
- SILVA, Ezequiel Theodoro. A Leitura no Contexto Escolar. São Paulo: FDE, 1998.
- SILVA, Ivonilde Buenavides. Ler é importante. In: Mundo Jovem. São Paulo, Pioneira, nº. 227, ano XXXV, abr. 1994.
- SOLE, Isabel. Estratégias de leitura. 6 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- TEBEROSKY, A.; CARDOSO, B. Reflexões sobre o ensino da leitura e da escrita. São Paulo: Trajetória Cultural, 1993.
- TEBEROSKY, Ana et al. Compreensão de leitura: a língua como procedimento. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- TFOUNI, Leda Verdani. Letramento e alfabetização. São Paulo: Cortez, 1995.
- TRIVINÓS, Augusto Nivaldo. Introdução à Pesquisa. São Paulo: Hucitec – Abrasco, 1993.
- YIN, Robert K. Case Study Research: design and methods. New Park-CA: Sage Publications, 1996

A Desafetação De Áreas Verdes Advindas De Aprovação De Loteamentos Perante A Tutela Ambiental

Liduína Rocha Siebra

Resumo

Tal estudo tem como objeto uma abordagem sobre o tema “A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamentos perante a tutela ambiental”, umas das práticas corriqueiras dentro da esfera administrativa. O fenômeno desafeto consiste em uma alteração da destinação do bem, de uso comum do povo ou de uso especial, para a categoria de dominicais, estando inseridos dentro bens públicos, todo composto de coisas corpóreas e incorpóreas que se submetem ao domínio estatal. Desta modalidade surge a possibilidade de fazer loteamentos de áreas verdes mediante tutela ambiental, desde que uma vez cumprido todo o conjunto de exigências estabelecido dentro dispositivos do texto constitucional e leis infraconstucionais, onde estão elencadas no corpo deste artigo.

Palavra-Chave: Desafetação, Código Civil.

Introdução

O presente estudo tem como fim analisar a atual proteção ambiental, prática comum utilizada pelos entes públicos municipais, através da desafetação de áreas verdes que pertencem ao domínio municipal por meio de aprovação de loteamentos.

Para tanto, é necessária uma elucidação sobre os demais assuntos como: bem público, em especial de uso comum do povo, o conceitos de desafetação e afetação. Essencial ainda, um comentário sobre parcelamento do solo, um destaque maior para exigência do instituto doação, pelo loteador ao município, de percentual de área para uso público, que terá como abordagem final a impossibilidade de realizar desafetação de tais áreas, onde será examinada a função social da propriedade e a função ambiental da cidade, assim como a importância da qualidade de vida nos centros urbanos, tendo como objetivo maior o bem da coletividade.

Por fim, demonstrar que a uso de áreas verdes, advindas de projetos de loteamentos, não encontra qualquer resguardo na proteção jurídico-ambiental, tendo em vista que são locais de preservação ambiental, situados em centros urbanos, onde mais sofrem com o progresso do desenvolvimento insustentável.

Bens públicos

Bens públicos são todo composto de coisas corpóreas e incorpóreas que se submetem ao domínio estatal.

Segundo doutrinador Hely Lopes Meirelles, “bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais”.

De acordo com os ensinamentos de Diógenes Gasparini, “bens públicos constituem todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes ou não à pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público”.

Sobre a conceituação de bens públicos existem três correntes doutrinárias:

Bens públicos são tão somente os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público (artigo 98, Código Civil de 2002 e STF – MS 23.627 e MS 23.875: sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica);

Bens públicos são os bens pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta;

Posição intermediária (Celso Antônio Bandeira de Mello): bens públicos são “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.” Motivo: Princípio da continuidade dos serviços públicos.

Acerca da fundamentação o ordenamento jurídico adotou a segunda corrente.

O antigo Código Civil de 1916 já disciplinava a matéria da seguinte forma:

Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for à pessoa a que pertencerem.

O atual Código Civil dispõe a seguinte redação:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Vastas são as classificações doutrinárias sobre bens públicos, todavia em relação ao objetivo a que se propõe ou seja ,a sua destinação e pessoa jurídica quanto à sua titularidade.

1.1 Quanto à destinação (De acordo com artigos: 99 a 103 do Código Civil de 2002)

1.1.1 Bens de uso comum do povo: são os destinados à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser utilizados por todos em igualdade de condições. Ex.: ruas, praças, praias, rios, etc.

1.1.2 Bens de uso especial: são os que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. Ex.: os edifícios públicos onde se situam repartições públicas; as escolas; as universidades; as bibliotecas; os hospitais; os cemitérios públicos; os museus; os veículos oficiais, etc.

1.1.3 Bens dominicais: são todos aqueles que não têm uma destinação pública definida, que podem ser utilizados pelo Estado para fazer renda. Ex.: as terras devolutas e todas as terras que não possuam uma destinação pública específica; os terrenos de marinha; os prédios públicos desativados; os móveis inservíveis, a dívida ativa, etc.

1.2 Quanto à titularidade

- Federais;
- Estaduais;
- Distritais;
- Municipais.

2-Afetação e desafetação:

Afetação: pode se dizer que um bem público está afetado quando o mesmo tem uma utilidade ou finalidade pública específica. Quando não esteve sendo utilizado para um fim público, diz que o mesmo está desafetado.

A afetação está correlacionada ao fenômeno da inalienabilidade, conforme o regime jurídico, para tanto os bens de uso comum do povo e de uso especial não são passíveis de alienação (vide artigos 100 e 101 do código civil brasileiro). Da mesma forma, qualquer bem que vier a integralizar o patrimônio e pertence ao domínio público reger-se-á pela norma que o tutelar, nos casos de bem de uso comum do povo ou de uso especial, estarão afetados à finalidade que se destinam, como por exemplo, a aquisição de um imóvel para servir de praça ou, no caso de bem de uso especial, para servir de sede a uma autarquia.

Desafetados: consiste em uma alteração da destinação do bem, de uso comum do povo ou de uso especial, para a categoria de dominicais, desonerando do gravame de ônus reais que vinculava à finalidade a que é destinada. Deste modo, se os bens como de uso comum do povo e os de uso

especial passar a perder sua finalidade pública específica, poderão ser alienados, pois se converteram em bens dominicais:

- bens públicos de uso comum do povo: por se destinarem ao uso coletivo, a desafetação só poderá ser feita por lei ou por ato administrativo, desde que previamente autorizado por lei;

- bens públicos de uso especial: a desafetação poderá ser feita mediante lei, ato do próprio Executivo ou fato da natureza.

Ocorre que para acontecer a desafetação deve acontecer mediante um fato jurídico, ato administrativo ou lei. Quanto ao bem de uso comum do povo poderá, em regra, ser desafetado por lei, ou ainda ter sua destinação alterada para uso especial. Já o imóvel que cair em desuso, integrará a categoria de bens dominicais.

Competência para Afetar ou Desafetar

Constitucionalmente a autonomia dos entes públicos no que tange a sua gestão, independe os bens pertencentes a cada pessoa política, o que lhe garante o direito de, com as devidas ressalvas legais, dispor de bens que estão sob o seu domínio.

De acordo com Diógenes Gasparini *“As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva de dizer “se” e “quando” um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado”*.

Parcelamento do Solo

É válido ressaltar que a proposta deste presente estudo consiste em abordar, ainda mesmo que de forma superficial a matéria que envolve tão importante tema, que é o parcelamento do solo. Assim, será analisado, brevemente, o parcelamento do solo e a previsão constante no inciso I, do artigo 4º da Lei n. 6.766/79, sobre a exigência de doação, pelo loteador, de áreas de uso público ao município.

Legalmente, o loteamento está conceituado no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei n. 6.766/79:

§ 1º - *“Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”*

Para a aprovação de um loteamento é necessária adoção de medidas ambientais preventivas como, por exemplo, o tratamento de esgotos sanitários e a proteção de mananciais.

Reserva Legal de Área Pública

Encontra previsão legal na Lei n. 6.766/79 que alude:

Artigo 4º: “ loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos ”:

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem;

Alterado pela Lei n. 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que determinava o percentual fixo de 35% de espaços livres de uso público. Diante do vigente texto legal, atualizado com a Constituição Federal de 1988, quanto à jurisdição legislativa dos municípios, faculta aos municípios estabelecerem o percentual mais proporcional à densidade populacional.

Lei n. 6.766/79

Art. 17 - Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei.

O art.43 - prevê a responsabilização administrativa, civil e criminal, no caso de execução do loteamento de forma diversa do que aprovado:

Lei n. 6.766/79

Art. 43. Ocorrendo a execução de loteamento não aprovado, a destinação de áreas públicas exigidas no inciso I do art. 4º desta Lei não se poderá alterar sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas, cíveis e criminais previstas.

A Impossibilidade de Desafetação de Áreas Verdes, Advindas de Aprovação de Loteamentos, como Garantia de Preservação Ambiental

A desafetação de áreas verdes, advindas dos loteamentos, consiste em uma prática da administração pública municipal, tendo como objetivo a

construção de moradias populares ou até mesmo doações a instituições de caráter privativo.

Função Social da Propriedade:

A propriedade deve beneficiar coletividade, onde o ser humano que vive em sociedade deve compartilhar toda a energia positiva em prol da qualificação social, da busca da qualidade de vida, seja econômica, ambiental ou de relacionamento.

O vigente Código Civil de 2002 acresceu consideravelmente que o direito de propriedade deve ser exercido em harmonia e com a observância sua função econômica, social e ambiental:

Art. 1.228 “ O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

§ 1º “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A Constituição Federal de 1988 prevê o cumprimento da função social nos termos dos artigos 5º, inciso XXIII, 170, III, 182 e 184.

Art.5º, inciso XXXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Art.170, inciso III “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”: função social da propriedade.

Art.182–” A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Art.184 – “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de

até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”

Função Ambiental da Cidade

Com a Lei n. 10.257/01, o Estatuto da Cidade, que regula as disposições previstas nos artigos: 182 e 183 da Constituição Federal, o plano diretor tornou-se o meio mais eficaz para o objetivo ora referido e, conforme o artigo 41 do Estatuto é obrigatório nas seguintes situações:

Art. 41”O plano diretor é obrigatório para cidades”:

I - com mais de vinte mil habitantes;

II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Desenvolvimento Sustentável Urbano

Visa precipuamente a utilização adequada dos recursos naturais, como fim atender presentes e futuras necessidades. Com a promulgação do Estatuto da Cidade, incorporou a preocupação com o meio ambiente em relação ao desenvolvimento sustentável do município, redação do seu artigo, 2º:

“A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes”:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

A) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

C) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
f) a deterioração das áreas urbanizadas;
g) a poluição e a degradação ambiental;
IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagísticos e arqueológicos.

Conclusão

Com base no estudo feito podemos concluir que é verdadeiramente importante a tutela do Estado no que tange às questões ambientais, como a desafetação em áreas verdes com intuito de fazer loteamentos. No sentido de adequar tal aprovação dentro dos rigores que assim a lei estabelecer, a fim de prover o bem comum da coletividade, ambiental e coibir o desenvolvimento insustentável.

Referências Bibliográficas

- In Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed.. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 412.
- In Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 3. 2º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 1199/1200.
- Idem.
- In Direito Administrativo*. 5 ed.. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 646/647.
- Lei n. 3.071/1916
- Lei n. 10.406/2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8º ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 828.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.* p. 414.
- FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1943. p. 274.
- Op. Cit.* p. 418.
- Op. Cit.* p. 649.
- Op. cit.* p. 653.
- A Lei Estadual n. 11.520/00, que instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, dispõe, nos artigos 191 e seguintes, sobre o Parcelamento do Solo.
- Vide art. 30, inciso VIII da Constituição Federal.
- In Direito e Legislação Urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 124.
- A formalização da transferência de domínio das áreas independe de título aquisitivo ou transcrição e está prevista no art. 22 da Lei n. 6.766/79: *Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços, livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.*

- In Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 265.
- REIS, Miguel; LISO, Carlos Henrique. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária. *Direito Urbanístico*. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 124/125.
- In Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. p. 8.
- Lei n. 10.257/01.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
- Fonte: IBGE.
- Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*
24. *In O Tratamento Constitucional do Plano Diretor com instrumento de Política Urbana*. *Direito Urbanístico*. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 50/51.
- In Direito do Ambiente – Doutrina – Prática – jurisprudência – Glossário*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 42.
- In Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Fabris. 1997. p. 67.
- Idem*. p. 69.
- In Urbanismo e Poluição*. *Revista dos Tribunais*. vol. 469. Rio de Janeiro: RT. 1974. p. 37.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3º ed.. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 265.
- Op. cit.* p. 73.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. Arborização urbana e meio ambiente - aspectos jurídicos. *Revista de direito ambiental*. n. 16. São Paulo: RT. Out-dez/1999. p. 192.
- ISTOÉ. São Paulo: Três, n. 1728. 13/NOV/02. Semanal. p. 98/99.
- In Direito Ambiental Brasileiro*. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 404/408.
- Resp 28.058-SP, recte.: Prefeitura Municipal de Rio Claro, recdos.: Sociedade Rioclarense de Defesa do Meio Ambiente (adv.: Drs. Höfling e N. Laiun) e Ministério Público/SP, 13.10.1998.
- AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8º ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. 3. 2º ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.
- FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1943.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5 ed.. São Paulo: Saraiva. 2000.
- LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 404/408.
- , Urbanismo e Poluição. *Revista dos Tribunais*. vol. 469. Rio de Janeiro: RT. 1974.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed.. São Paulo: Malheiros. 1998.
- MILARÉ, ÉDIS. *Direito do Ambiente – Doutrina – Prática – jurisprudência – Glossário*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

- MUKAI, Toshio. *Direito e Legislação Urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva. 1988.
- REIS, Miguel; LISO, Carlos Henrique. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária. *Direito Urbanístico*. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey. 1998.
- ISTOÉ. São Paulo: Três, n. 1728. 13/NOV/02. Semanal.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. O Tratamento Constitucional do Plano Diretor com instrumento de Política Urbana. *Direito Urbanístico*. Edésio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Del Rey. 1998.
- . *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Fabris. 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2000.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. Arborização urbana e meio ambiente - aspectos jurídicos. *Revista de direito ambiental*. n. 16. São Paulo: RT. Out-dez/1999.

Prescrição em Perspectiva, Antecipada ou Virtual.

Antonio Carlos Azevedo Costa⁹

A missão de distribuir a justiça pertence inexoravelmente ao Estado. Tal concepção nasceu das idéias filosóficas de Tomas Hobbes e Rousseau. Estes, apesar de terem visões diametralmente opostas acerca do comportamento humano, tinham em comum a idéia de que o Estado e o Direito nasceram de um pacto formulado pelos homens na infância da humanidade. Desta forma, através do “Contrato Social” firmado entre o povo e o Estado, todos renunciavam seus direitos para que este, doravante, os administrasse. Neste rol estariam todos os direitos, inclusive a posse, a propriedade, a vida etc.

Atualmente, vigora o Princípio de que a ninguém é permitido fazer justiça com as próprias mãos, uma vez que, inclusive, está tipificado em nosso Código Penal, no artigo 345, o delito “EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES”.

Na verdade, isto ocorre porque ao Judiciário pertence o monopólio de resolução dos conflitos. O grande problema é que nem sempre o judiciário resolve os conflitos de interesse no espaço de tempo razoável para a pacificação social.

Disso resultam, inevitavelmente, dois problemas de difícil compreensão social, uma vez que os processos não tramitam dentro do espaço de tempo esperado por causa da “ineficiência da Administração Pública”. Assim, os jurisdicionados que foram vítimas de agressões aos seus bens jurídicos, seja eles de quaisquer espécies, sentem-se injustiçados pelo atraso da resposta do Estado Juiz. Já os jurisdicionados que sofrem a persecução criminal (respondem processo em juízo criminal) sentem-se com a indefinição da justiça sobre a pena a ser aplicada, especialmente se respondem ao processo com supressão da liberdade, seja ela por prisão preventiva ou cautelar.

Ao Estado não interessa manter a persecução criminal por tempo indeterminado. Por isso, a legislação prever a prescrição da pretensão punitiva, desde que ultrapassado um período previsto no Código penal. Desta forma:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
omissos
IV - pela prescrição,.....

Na opinião do doutrinador César Roberto Bitencourt, escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve

⁹ Promotor de Justiça
Professor de Direito Penal FAFOR

o direito estatal à punição do infrator. Assim, pode-se definir prescrição como “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado.” 2005, pg. 355.

Quanto à Legislação Penal, a prescrição tem com fundamentos o decurso do tempo; o desinteresse estatal em apurar fato ocorrido há anos ou punir o seu autor e a correção do condenado, decorrente do lapso temporal sem reiteração criminosa e a negligência da autoridade, como castigo à sua inércia no exercício de seu poder-dever.

Mirabete (1999, pg.575), Delmanto (1991.pg.109), definem prescrição como sendo "a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo", ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei.

Segundo Mirabete (1999, pg.575), prescrição é matéria criminal de ordem pública e, portanto, deve ser decretada *ex officio* ou a requerimento de uma das partes em qualquer fase do processo, a teor do artigo 61 do Código de Processo Penal.

Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” (ano e pág.), sustenta que o prazo da prescrição deve ser proporcional à gravidade do delito.

Em relação à prática forense, o que tem movimentado discussões acaloradas é a chamada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, que é aquela que ocorre antes de decisão judicial ou até mesmo do recebimento ou oferecimento de Queixa ou Denúncia. No Fórum de Fortaleza, temos notícias de que apenas dois operadores do direito estão aplicando, em casos concretos, o novel instituto (não previsto em lei) da prescrição em perspectiva, também denominada virtual ou antecipada.

Neste diapasão, o Promotor de Justiça Marcus Renan Palácio de M.C. dos Santos e Juíza Marlúcia de Araújo Bezerra, ambos da 17ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, estão aplicando, em casos concretos o instituto da prescrição em perspectiva, também denominada virtual ou antecipada, muito embora ainda não esteja previsto em lei. Esta inovação doutrinária vem ganhando força no meio jurídico nacional, tendo em vista à constatação de seus inúmeros benefícios.

Para que ocorra a aplicação da prescrição *ante tempus* o Juiz deve elaborar, primeiramente, a projeção da dosimetria da pena, como se o réu já houvesse sido condenado, inclusive considerando circunstâncias atenuantes ou agravantes, causas de diminuição e de aumento, narradas na denúncia e, eventualmente, apuradas na instrução judicial já realizada, além da aplicação das regras relativas a concurso de crimes e todas as demais que influenciam no cálculo da reprimenda¹⁰.

¹⁰ Informações retiradas do site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e repassadas para o e-mail pessoal do autor através do MP Institucional no dia 31 de julho de 2009.

Obtida a pena definitiva projetada, o juiz passará a examinar, considerando os parâmetros dos arts. 107, IV, 109, 110, §1º e 117, todos do Código Penal, a ocorrência do fenômeno da prescrição. Após esta etapa, uma vez verificado que a prescrição indubitavelmente ocorrerá, fica patente a inutilidade da continuação da ação penal¹¹.

Esclarecem o Promotor de Justiça Marcus Renan e a Juíza Marlúcia de Araújo Bezerra, que não é o caso, como à primeira vista o nome pode sugerir, de decretar a extinção da punibilidade do agente. Uma inteligência mais cientificamente aprofundada sobre o assunto leva o exegeta a concluir que, em casos tais, apesar do *nomem juris* prescrição em perspectiva, a aplicação de tal teoria conduz, não à declaração de prescrição e conseqüente extinção da punibilidade, mas sim à extinção da ação penal sem julgamento do mérito, pelo fencimento do interesse de agir, condição indispensável ao exercício do *ius perseguendi* pelo Estado em matéria penal¹².

Sobre o tema, César Roberto Bitencourt já mencionado, afirma que: “*não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se estar começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, como base em hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (art.5º LVII, da CF).*”(2005 pg.360).

Tomemos como exemplo o crime de Exercício arbitrário das próprias razões, cuja pena mínima é de 15 dias á 1 mês de detenção. Suponhamos que haja violência, caso em que a Ação seria Pública incondicionada e, portanto, o Promotor de Justiça não poderia deixar de fazer a denúncia.

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

No caso em espécie a pena deste crime, de acordo com o artigo 109 VI do Código Penal, prescreve em 02 (dois) anos. Assim, se não houver em um determinado caso concreto nenhuma causa de suspensão da prescrição, mesmo que o feito não tenha sido julgado, não existe mais justa causa para continuar a persecução criminal. Desaparece, portanto, o interesse do Estado de manter um feito desta natureza ainda com vida, devendo ser declarada a extinção da punibilidade de ofício pelo juiz.

Este é um entendimento inovador e traz uma contribuição de magna importância para a efetiva prestação jurisdicional. Lembro-me de que quando atuava nas varas criminais de Fortaleza, na condição de defensor público, esta prática ainda não existia e que sempre, nesses casos, o magistrado preferia levar o feito a julgamento, para somente depois de condenar o réu encaminhar

^{11,12} Informações retiradas do site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e repassadas para o e-mail pessoal do autor através do MP Institucional no dia 31 de julho de 2009.

o feito para que o Ministério Público ou o advogado do réu se manifestasse sobre a prescrição retroativa.

Como Promotor de Justiça, também esperava que os magistrados com quem trabalhei, decretassem a prescrição de ofício, porém isto nunca ocorreu. Neste sentido, toda a máquina judiciária era e continua sendo usada em prol de um processo que não produz uma resposta positiva ao direito punitivo do Estado.

BIBLIOGRAFIA

1. CESAR ROBERTO BITENCOURT – CÓDIGO PENAL COMENTADO 3ª EDIÇÃO 2005 – EDITORA SARAIVA;
2. JÚLIO FABRINE MIRABETE – CÓDIGO PENAL INTERPRETADO – 1999 – EDITORA ATLAS S/A – SÃO PAULO
3. CELSO DELMANTO – CÓDIGO PENAL COMENTADO – 3ª EDIÇÃO – RENOVAR – 1991 – (TUALIZADO E AMPLIADO POR ROBERTO DELMANTO).

ORIENTAÇÕES AOS AUTORES

POLÍTICA EDITORIAL

A Revista *A P@lavra* é um periódico semestral eletrônico, aberto à colaboração de docentes e discentes.

A Revista promove a publicação de resenhas de livros e procura debater temas de interesse geral através de entrevistas e/ou relatos de experiências. Publica também resumos de teses de doutorado e dissertações de mestrado, valorizando e estimulando a participação de autores pertencentes a duas ou mais instituições, aceitando, ainda, artigos em língua estrangeira. Nesse sentido, está aberta a colaborações, reservando-se o direito de publicar ou não os textos enviados espontaneamente à redação. Todos os artigos são submetidos à avaliação de dois pareceristas.

Será veículo da divulgação dos trabalhos dos Encontros de Iniciação Científica de Direito.

A Revista *A P@lavra* está inserida no âmbito do termo de cooperação acadêmica aberta a intercambiar trabalho de outras instituições de ensino superior no âmbito do Direito.

NORMAS GERAIS DE PUBLICAÇÃO

As publicações serão editadas seguindo as normas oficiais da ABNT sendo submetidas previamente ao Conselho Editorial, para aprovação.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Deverão ser formatados, preferencialmente, com as seguintes partes;

- Título
- Resumo
- Introdução
- Tópicos teóricos para embasar o trabalho (numerar os tópicos)
- Conclusão
- Referências Bibliográficas

RESENHAS

As resenhas devem ser originais, preferencialmente incluindo quadros, tabelas, gráficos, ilustrações, notas e referências. Estas devem apresentar, de modo sucinto, a obra, destacando as principais contribuições do autor, e/ou problematizando as elaborações ali expostas.

As resenhas devem ser enviadas em português, contendo título e subtítulo da obra, nome do autor, local de publicação, editora e ano de publicação, bem como uma breve informação sobre o resenhador (a titulação e a vinculação institucional).

RESUMOS EXPANDIDOS DE TESES, DISSERTAÇÕES E RELATÓRIOS DE PESQUISAS ACADÊMICAS

Os resumos expandidos deverão contendo o nome do texto, do autor e do professor orientador, com sua respectiva filiação institucional.

RELATOS DE EXPERIÊNCIAS

Os relatos de experiências têm como objetivo socializar pesquisas, estudos e atividades de natureza formativa, desenvolvidas ou em desenvolvimento em instituições acadêmicas, sindicais ou outras organizações sociais.

ENTREVISTAS

A Revista poderá publicar entrevistas realizadas com pesquisadores e militantes no âmbito das temáticas da Revista. Na primeira página da entrevista, deve constar o título da mesma, seguido de uma breve apresentação do entrevistado e do entrevistador.

PROCESSO DE SUBMISSÃO DE TRABALHOS/CONTATOS

Poderão ser submetidos trabalhos para publicação via e-mail: fafor.edu@gmail.com, com o assunto “Artigo para publicação”.

Os textos serão submetidos à avaliação de dois pareceristas, membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial informará aos autores sobre a aceitação ou não de seus trabalhos, indicando, quando for o caso, possíveis alterações de natureza técnica nos textos submetidos à publicação.

TRANSFERÊNCIAS DE DIREITOS AUTORAIS

As publicações devem ser encaminhadas com as autorizações escritas e assinadas de transferência de direitos a Revista.