

Publicações da Escola da AGU

2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee volume 2

n. 29 agosto 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 29	p. 1-272	agosto 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	-------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Eugênio Battesini
Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça

CONSELHO EDITORIAL

Ana Paula Passos Severo
Eugênio Battesini
Gregore Moreira de Moura

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione
Civiltistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral
da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 29, v. 2 (ago. 2013).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14
periodicidade mensal.
ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	5
Affectus e eEffectus na Justiça Administrativa Brasileira e Italiana: um estudo comparado <i>Affectus and Effectus in the Bazilian and Italian Administrative Justice: a comparative study</i> <i>Judivan Juvenal Vieira</i>	7
Justiça Administrativa na Itália: uma comparação entre o sistema jurídico Italiano e o sistema jurídico Brasileiro <i>Italian Administrative Justice: a comparison between the Brazilian and the Italian legal system</i> <i>Karina Grimaldi</i>	27
Linhas Críticas do Controle Prévio da Administração Pública: um paralelo entre Brasil e Itália <i>Critical Lines in Prior Control of Public Administration: a parallel between Brazil and Italy</i> <i>Luciano Marinho de Barros e Souza Filho</i>	39
O Processo Eletrônico como garantia ao Princípio da Celeridade Processual: o paradigma brasileiro e o contexto italiano <i>Electronic Legal Procedure, a Guarantee to the Reasonable Duration of Process: Brazilian paradigm and Italian context</i> <i>Otávio Augusto Buzar Perroni</i>	51
A Garantia da Duração Razoável sob a Perspectiva da Efetividade do Processo Civil. O contexto da Itália em face da corte Européia de direitos humanos <i>The Reasonable Time Guarantee under the Perspective of Effectiveness of Civil Procedure: the context of Italy in front of European Court of Human Rights</i> <i>Paulo Issamu Nagao</i>	89
A Avvocatura Dello Stato no Direito Europeu em Perspectiva com o Sistema Brasileiro <i>The Avvocatura Dello Stato in the European Law in Perspective to the Brazilian System of Law</i> <i>Raphael Greco Bandeira</i>	119

Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais no Direito Europeu e Brasileiro <i>Horizontal Effectiveness of the Basic Rights in Brazil and in Europe</i> Reginaldo de Castro Cerqueira Filho.....	155
A Tendência ao Redimensionamento dos Limites Objetivos da Coisa Julgada Civil no Brasil e na Itália <i>The Tendency to Resizing of the Objective Limits of Civil Res Judicata in Brazil and Italy</i> Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues	181
Corte Constitucional Italiana – Origem, Competência e Funcionamento <i>Constitutional Court of Italy – Origin, Jurisdiction and Attributions</i> Rosana Gavina Barros Horostecki.....	205
A Responsabilidade Civil do Estado, um Paralelo entre Brasil e Itália <i>The Civil Liability of the State, a Parallel between Brazil and Italy</i> Sandra Sordi	221
O Federalismo no Processo de Integração Europeu <i>Federalism in the European Integration Process</i> Sergio Costa Silva.....	243

APRESENTAÇÃO

A Escola da Advocacia-Geral da União, na realização de sua missão institucional de promoção da pesquisa básica e aplicada e de aperfeiçoamento e atualização técnico-profissional dos membros das carreiras que compõe a Advocacia Pública Federal, realizou, no ano de 2013, em parceria com a Università di Roma “Tor Vergata”, o 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: “Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee”.

De 30 de junho a 12 de julho de 2013, Advogados da União, Magistrados, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais cumpriram intenso programa de atividades acadêmicas na sede da Università di Roma “Tor Vergata”, vivenciando conteúdos nas áreas de direito comparado, sistema jurídico italiano e sistema jurídico da União Européia. Além do que, foram realizadas profícuas visitas institucionais à Corte di Cassazione, ao Consiglio di Stato, à Avvocatura di Stato e à Corte Costituzionale.

A presente obra coletiva publicada pela Escola da Advocacia-Geral da União reúne, em dois volumes, os artigos elaborados pelos participantes do 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: “Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee”. Em perspectiva juscomparativa, são abordados temas como a advocacia de Estado, o controle de constitucionalidade, a responsabilidade civil do Estado e o controle judicial dos atos administrativos, entre outros temas afeitos à advocacia pública.

A Escola da Advocacia-Geral da União se congratula com os autores e convida a comunidade jurídica a degustar este excelente material de estudo e pesquisa em direito comparado.

Eugênio Battesini
Procurador Federal
Procuradora Regional Federal da 4ª Região



AFFECTUS E EFFECTUS NA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E ITALIANA: UM ESTUDO COMPARADO

*AFFECTUS AND EFFECTUS IN THE BRAZILIAN AND ITALIAN
ADMINISTRATIVE JUSTICE: A COMPARATIVE STUDY*

Judivan Juvenal Vieira

Procurador Federal

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidad Del Museu Social Argentino; Especialista em Política e Estratégia pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra e Universidade de Brasília; Escritor.

SUMÁRIO: Considerações preliminares; 1 *Affectus* na legislação brasileira; 2 Os afetos e seus efeitos nocivos para o Estado-Administração; 3 *Affectus* na legislação italiana; 4 *Effectus* dos desvios de conduta dos agentes públicos italianos; 5 Breve estudo de direito comparado do processo administrativo brasileiro e italiano e uma proposta para combate aos afetos nocivos ao tesouro público; 5.1 Quadro descritivo do sistema processual administrativo brasileiro; 5.2 Quadro descritivo do sistema administrativo italiano, segundo o Código de Processo Administrativo; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O homem é a razão de ser de todo o processo gnosiológico. Não há Estado nem Direito sem agrupamentos humanos. Toda obra humana no Planeta de alguma forma se relaciona com os afetos humanos, sobretudo os vinculados à sobrevivência e à conquista do poder com o qual se possa produzir e repartir bens ou subjugar os bens do próximo ao tesouro pessoal. O direito que rege o Estado e sua Administração Pública por ser construção intelectual humana está repleto de exemplos de como os afetos dos agentes públicos podem gerar efeitos bons e ruins, justos e injustos, legais e ilegais, com reflexos na qualidade e quantidade das políticas e serviços públicos prestados ao cliente-cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Estado-Administração. Constituição. Código. Ética. Servidores Públicos. Corrupção. Efeitos. Responsabilidade.

ABSTRACT: The man is the reason of the whole gnosiological process. There is no rule or law without human groups. Every human endeavor on the planet in some way relates to the human affections, especially those related to survival and conquest of power with which someone may produce and share goods or, yet, subdue the neighbors goods to your own personal treasure. The State and its public administration, as part of the human intellectual building is full of examples of how the affections of the government employees may produce effects good and evil, just and unjust, legal or illegal with straight reflex on the quantity and in quality of the politics and public services.

KEYWORDS: The State-Administration. Constitution. Statute. Ethics. Public Servants. Corruption. Effects. Responsibility.

INTRODUÇÃO

O homem é a razão de ser de todo o processo gnosiológico. Não há Estado nem Direito sem grupamentos humanos. Toda obra humana no Planeta de alguma forma se relaciona com os afetos humanos, sobretudo os vinculados à sobrevivência e à conquista do poder com o qual se possa produzir e repartir bens ou subjugar os bens do próximo ao tesouro pessoal. O direito que rege o Estado e sua Administração Pública por ser construção intelectual humana está repleto de exemplos de como os afetos dos agentes públicos podem gerar efeitos bons e ruins, justos e injustos, legais e ilegais, com reflexos na qualidade e quantidade das políticas e serviços públicos prestados ao cliente-cidadão.

Se é verdade que *Accessorium sequitur principale*, como usual dizer, antes de analisarmos o Estado ou sua Administração Pública em seu aspecto objetivo, importa ao jurista investigar o homem. Afinal, como disse Justiniano: “Vejamus antes as pessoas, pois é conhecer pouco o direito, se desconhecemos as pessoas, em razão das quais ele foi constituído¹.”

O homem é um plexo de afetos como amor, paixão, inimizade, amizade e desejos os mais diversos, inclusive os de riqueza. Estes sentimentos os guia e às vezes o escraviza ao ponto de seu apego a bens e valores que lhe agregam poder, o levar a extremar todo e qualquer meio que lhe pareça útil ao fim que deseja alcançar. Esse mesmo homem, na qualidade de agente público é capaz de privatizar a lei e subverter o interesse público em prol de seu interesse pessoal e de terceiros por quem nutre alguma espécie de afeto.

Desejos de riqueza ampliam o afeto pelo dinheiro por ele ser o “bem dos bens”. No caso específico dos agentes públicos a malversação dos dinheiros públicos é uma das causas mais decisivas da insuficiência do Estado-Administração em proporcionar dignidade social ao cliente-cidadão.

O afeto extremo pelo dinheiro e seu efeito nocivo é relatado assim na bíblia, o livro dos cristãos:

Porque, onde estiver o vosso tesouro, ali estará também o vosso coração. Lucas 12:34 [...]

Porque o amor ao dinheiro é a raiz de toda a espécie de males; e nessa cobiça alguns se desviaram da fé, e se traspassaram a si mesmos com muitas dores. 1 Timóteo 6:10

1 JUNIOR, Jose Cretella. *Curso de Direito Romano*. Rio: Forense, 1968. p. 59

Há, todavia, exemplos de agentes públicos, no passado, cujo afeto pelo povo os fez privilegiar o tesouro público ao invés de interesses pessoais. Da bíblia, ainda, se colhe o seguinte exemplo:

José, pois, era o governador daquela terra; ele vendia a todo o povo da terra; e os irmãos de José chegaram e inclinaram-se a ele, com o rosto em terra. Gênesis 42:6 [...]

Então José recolheu todo o dinheiro que se achou na terra do Egito, e na terra de Canaã, pelo trigo que compravam; e José trouxe o dinheiro à casa de Faraó. Gênesis 47:14

Cícero, o mais célebre estadista romano, com o amor que dedicava à República e a aversão que sentia pelos saqueadores do tesouro público, em sua obra “Los Ofícios” adverte sobre os efeitos maléficos da ação de quem toma para si o que não lhe pertence:

Que un hombre usurpe a otro alguna cosa y le despoje de sus intereses propios por aumentar los suyos, repugna mas a la naturaliza que la misma muerte, que la pobreza, que el dolor y todos los otros danos que pueden sobrevenir a nuestro cuerpo o a nuestra fortuna. Porque en primer lugar, esto es destruir la unión y sociedade humana [...] Al modo que si cada membro por su propio instinto pensara valer más, usurpando al más cercano su fuerza natural, vendría el cuerpo a una suma flaqueza, y aun a la muerte².

Passamos a demonstrar como afetos tais quais amizade e inimizade, amor e paixões encontram-se legislados no direito brasileiro e italiano e como o Direito regula os efeitos de tais condutas.

1 AFFECTUS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil brasileiro no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos, legisla sobre o afeto e seus efeitos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]

2 CÍCERO, *Los Ofícios*, Madrid: Espasa Calpe, S.A. 2003. p. 127.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar.

O Direito processual civil trata dos impedimentos e suspeições que envolvem os agentes públicos, destacando que a amizade ou inimizade podem ser fator impeditivo de participação nos processos decisórios. Eis um excerto do Código de Processo Civil pertinente aos juízes, extensível a todos os demais agentes públicos:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes.

O Código de Processo Penal veda aos juízes funcionar em processos nos quais os afetos em relação às partes são notórios. O efeito de tal atuação pode conduzir à nulidade *ex tunc* dos atos constitutivos de direitos. Eis como a questão é posta pelo art. 235:

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

O Código Penal é pródigo como fonte de pesquisa para quem deseja investigar a relação que os afetos têm com o direito, a exemplo da vinculação que a emoção e a paixão possuem com a culpabilidade do sujeito ativo de um delito. Eis o que diz o art. 28 do CPB:

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão.

Em outro exemplo podemos citar o afeto pela memória dos mortos, que obtém proteção do Estado contra quem ultraja tal sentimento, como

se extrai do art. 208. Rememoremos, também, o “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, conduta configuradora do crime de Prevaricação (art. 319 CPB).

Não olvidemos, ainda, que os crimes passionais podem se qualificar ou ter a pena aumentado em razão dos afetos fúteis ou torpes que os animam.

Que dizer do Título II do CPB que trata dos crimes contra o patrimônio? Quantos deles são movidos por afetos como abuso de confiança ou, simplesmente, por amor ou paixão pelos bens materiais?

2 OS AFETOS E SEUS EFEITOS NOCIVOS PARA O ESTADO-ADMINISTRAÇÃO

Também no Direito Administrativo os affectus dos agentes públicos pelos dinheiros públicos podem desequilibrar a relação entre o Estado-Administração e os Administrados. Principiemos pela Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92), que elenca vasto rol de afetos nocivos à *res publicae*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, [...] presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...]

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]"

Em regra quem presenteia, ou o faz por afeto ou porque tem interesse em conquistar a confiança ou favor do beneficiário. O mesmo se pode dizer da ação de facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos. Os interesses ou sentimentos pessoais envolvidos são elos que ligam o sujeito ativo e o passivo da conduta.

Os Effectus resultantes dos affectus, que geram enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário público ou atentam contra a Administração Pública estão previstos no art. 12. Podemos listá-los da seguinte forma:

- 1 - perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- 2 - ressarcimento integral do dano;
- 3 - perda da função pública;
- 4 - suspensão dos direitos políticos;
- 5 - pagamento de multa civil;
- 6 - proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Analisando o poder dos afetos nas políticas públicas e na Administração Pública, Regis Fernandes³ diz:

Imaginemos que em determinada situação alguém foi menosprezado, humilhado e abandonado por outrem. Futuramente, este que foi rejeitado ascende a um posto que lhe permita decidir alguma coisa. Assume a titularidade de determinada situação jurídica que envolva a decidibilidade de despesas públicas. Ora, o sentimento de culpa que restava escondido em algum desvã dos afetos vem à tona e influencia a tomada de decisão. Esta não será racional. Ao contrário, deflui dos sentimentos afetivos que brotam do interior do agente público. [...]

Podemos supor facilmente que o prefeito, ao deliberar sobre a despesa, procurará saber da existência de seus desafetos políticos para não atendê-los em áreas sensíveis de oposição. De outro lado, busca conhecer onde se situam seus apaniguados para beneficiá-los. É da natureza humana.

O Professor Regis fala com a experiência de quem atuou nos três Poderes da República. Foi vice-prefeito de São Paulo, Deputado Federal e se aposentou como Desembargador. A ira contra os corruptos, que destila na obra citada, permite entrever o quanto presenciou e o quanto parece haver sofrido com as demonstrações de afeto e desafeto por parte de homens públicos, somente compromissados com interesses pessoais em detrimento dos interesses da coletividade.

Apropriado, ainda, citar a regulação dos afetos na Lei nº 8.112/1990 que rege as relações entre o servidor público e a Administração Pública, assim como no Decreto nº 1.171/1994, Código de Ética dos Servidores do Poder Executivo Federal.

Lei nº 8.112/1990 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União

Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001) [...]

V - promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição;

3 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36-37.

[...]

Decreto nº 1.171/1994 – Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

XV - E vedado ao servidor público; [...]

f) permitir que *perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal* interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colegas hierarquicamente superiores ou inferiores;“

3 AFFECTUS NA LEGISLAÇÃO ITALIANA

Na Itália a situação guarda semelhanças com tudo que já dissemos sobre o Brasil, porque como afirma Cretella Júnior ⁴ “O homem que vive em sociedade está preso por uma série de relações. As relações podem ser de amizade, de comércio, de moral, de direito.”

Hespanha⁵ analisando a cultura jurídica europeia e sua relação teológico-jurídica a influenciar a relação entre os *affectus* e *effectus* dos interesses do homem em sociedade, diz:

[...] De facto, o que aparece descrito nos livros de teologia e de direito aparece ou como dado inevitável da natureza ou como dado inviolável da religião. Os estados de espírito dos homens (*affectus*), a relação entre estes e os seus efeitos externos (*effectus*), eram apresentados como modelos forçosos de conduta, garantidos a montante pela inderrogabilidade da natureza e, a jusante, pela ameaça de perdição.

A constituição italiana de 1947 assevera que todos os cidadãos têm o dever de ser fieis à República. Apregoa, ainda, que os cidadãos a quem são confiadas funções públicas têm o dever de realizá-las com disciplina e honra. Eis o teor do art. 54, que transcrevemos *in verbis*:

Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.

⁴ JUNIOR, op. cit., p. 17.

⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Fundação Boiteux, 2005. p. 76-77, 79.

I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.

O art. 98 da Carta Magna italiana, a sua vez, alerta ao agente público que ele serve exclusivamente à nação e não aos interesses particulares, asseverando que “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.”

Daniela Santacroce⁶, ao escrever sobre Il codice di comportamento del ministero dell’economia e delle finanze, põe em evidência a importancia do comportamento ético entre os deveres do agente público e os interesses de terceiros. Eis un excerto que exemplifica bem o sentimento da autora:

Una terza, ed a mio avviso più importante funzione, vede il codice etico come un ausilio per il pubblico funzionario soprattutto quando presta servizio per conto di un’amministrazione che ha l’obiettivo di distribuire bene il bene pubblico tra gli utenti, in una relazione che è anche fiduciaria con essi. Focalizzandosi il codice etico sul servizio da prestare si può risolvere più pienamente il conflitto esistente tra la deontologia pubblica e gli interessi privati [...]

Eis que em 16.04.2013, com vigência a partir de 04.06.2013, passa a viger o Código de Ética dos agentes públicos, alertando que não podem solicitar presentes para desempenhar suas funções nem tampouco funcionar em qualquer processo em que relações afetuosas de sangue ou afinidade possam comprometer a imparcialidade decisória. Eis excertos do Código que transcrevemos ao pé da letra:

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 16 aprile 2013, n. 62

Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell’articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. (13G00104) (GU n.129 del 4-6-2013) - Vigente al: 4-6-2013

Art. 4

6 <http://rivista.ssef.it/file/public/file_pdf/tesi/Etica%20e%20pubblica%20amministrazione%20%20come%20i%20principi%20di%20legalita%20trasparenza%20e%20integrita%20sono%20applicati%20nel%20Ministero%20dell%20Economia%20e%20delle%20Finanze.pdf>. Acesso em 28 set. 2013

Regali, compensi e altre utilita'

Il dipendente non chiede, ne' sollecita, per se' o per altri, regali o altre utilita'.

[...]

Art. 7

Obbligo di astensione

Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attivita' che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia orapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, societa' o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.

O Código de Processo Penal italiano, tal qual o brasileiro, prevê impedimentos ao juiz, em razão dos afetos que porventura possua em razão das partes, seja pela amizade, inimizade ou intereses económicos ou familiares que possam interferir na imparcialidade do julgamento, como comprovam os artigos 35 e 36 que transcrevemos abaixo:

Art. 35. (Incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio).
1. Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Art. 36. (Astensione). 1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;

b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;

d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;

O Código Penal, a seu turno, prevê pena de reclusão de quatro a oito anos ao agente público que, por omitir ou retardar ou por ter omitido ou retardado um ato de ofício, ou ainda para a realização ou por ter realizado ato contrário aos deveres do cargo, receba para si ou para outrem, dinheiro ou outros benefícios, ou aceite promessa de recompensa, conforme transcrevemos:

Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da quattro a otto anni.

Também o Código de Processo Administrativo prevê aplicação dos impedimentos e suspeições aos juízes administrativos:

Capo V - Astensione e ricasazione

17. Astensione

1. Al giudice amministrativo si applicano le cause e le modalità di astensione previste dal codice di procedura civile. L'astensione non ha effetto sugli atti anteriori (1).

[...]

18. Ricasazione

1. Al giudice amministrativo si applicano le cause di ricasazione previste dal codice di procedura civile.

4 EFFECTUS DOS DESVIOS DE CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS ITALIANOS

Ao final, o Código de Ética prevê como efeito dos desvios de conduta a responsabilização civil, penal e administrativa dos agentes públicos, como se extrai de seu art. 16:

Art. 16. Responsabilita' conseguente alla violazione dei doveri del codice

La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio. Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, dà luogo anche a responsabilita' penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa è fonte di responsabilita' disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualita' e proporzionalita' delle sanzioni.

A Itália, tal qual o Brasil, é signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948⁷, a qual apela de forma explícita aos affectus humanos, objetivando minimizar o effectus da luta do homem contra o homem, que empobrece as Nações e atravanca o desenvolvimento humano. Diz a citada declaração que pertencemos todos à mesma família humana e como tal espera-se que as relações de afetos impeçam condutas prejudiciais à convivência. Eis excerto preambular que confirma o dito: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”*

5 BREVE ESTUDO DE DIREITO COMPARADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E ITALIANO E UMA PROPOSTA PARA COMBATE AOS AFETOS NOCIVOS AO TESOIRO PÚBLICO

O Direito Brasileiro desseedentou na tradição jurídica romanística e guarda, ao menos, cinco similitudes com esta:

- 1 - o reconhecimento de que o conflito é inerente ao homem e, portanto, indissociável de micros ou macros grupos sociais;

7 <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. acesso em: 1 jul. 2013.

- 2 – a certeza da inadequação da vingança privada como fórmula de solução dos conflitos;
- 3 – a legitimação do Estado e suas instituições como principal agente de pacificação dos conflitos sociais;
- 4 – a sistematização e estruturação orgânica da justiça comutativa do dar a cada um o que é seu e, finalmente da justiça distributiva e sua igualdade proporcional, associada á ideia da divisão e equilíbrio dos Poderes Constitucionais legitimados;
- 5 – a “confusão” do formal e do substancial na medida em que os vocábulos justiça, moral e direito vão se fundindo em conceito único, tendo o Estado como único provedor de tais virtudes.

A formulação codificada do Direito na Europa e no Brasil, tem suas vantagens e desvantagens em relação a outros sistemas, a exemplo do *commom Law*. Pode-se apontar como desvantagem da codificação a higidez do princípio da legalidade se impor sobre a equidade e como vantagem o fato de a positivação deixar menos margem para interpretações subjetivas. Certo é que em todos os sistemas de direito moderno a tutela jurisdicional cabe ao Estado de Direito.

Definido que a tutela jurisdicional é atividade estatal, o método estabelecido para coibir a ameaça ou lesão a direitos reside tanto na provocação do particular (*ne procedat judex ex officio*) quanto na prestação jurisdicional graciosa, realizada *sponte* própria pelas instituições do Estado-Administração devidamente legitimadas pelo povo.

A tutela jurisdicional para ser alcançada exige procedimentos tendentes ao processo que, no Brasil a Constituição de 1988 classifica somente em duas espécies, quais sejam administrativos ou judiciais. Eis o texto do art. 5º: “LV - *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.*”

Assim, processo judicial é somente aquele que se desenvolve perante o Poder Judiciário e neste e nos demais Poderes, no exercício da função administrativa, tramitam os processos administrativos.

Processo administrativo em sentido estrito é aquele produzido no seio da Administração Pública. Esta, quer na Itália quer no Brasil pode ser conceituada organicamente como o conjunto de órgãos e agentes públicos conducentes á prestação de serviços públicos.

A CRFB/1988 em seu art. 37 estrutura juridicamente a Administração Pública e estabelece sua teleologia, mas não cria um sistema administrativo com duplo grau de jurisdição com juízos e tribunais administrativos, como o fez a Itália com seus T.A.R – Tribunais Administrativos Regionais e com o Conselho de Estado, último grau de jurisdição administrativa.

No Brasil, salvo entre as classes jurídicas mais esclarecidas, a expressão “contencioso administrativo” causa estranheza. O contencioso administrativo brasileiro se passa absolutamente interna corporis de cada órgão e entidade que compõe nossa Administração Pública direta e indireta, assim estruturada pelo Decreto-lei nº 227/1967.

A título de exemplo podemos dizer que se uma empresa mineradora detentora de concessão de lavra mineral entra em situação de conflito com a Administração Pública, em razão de não pagamento ou pagamento a menor de Contribuição Financeira por exploração mineral (CFEM), poderá buscar a composição do litígio por processo administrativo perante entidade da Administração Pública Federal Indireta, seguindo o rito do Código de Direito Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), que prevê o duplo grau de jurisdição administrativa no âmbito do Poder Executivo, mas não nos moldes da jurisdição una do Poder Judiciário com recursos interpostos a tribunais.

Note-se que no sistema processual administrativo brasileiro o usuário do serviço público percorre toda uma via crucis antes de obter decisão de seu conflito, ficando sujeito, ainda, a ter de judicializar o conflito depois de anos de tramitação de seu processos administrativos. Há, sem dúvida um *bis in idem* nesse tipo de prestação jurisdicional que privilegia a Administração Pública em detrimento da rapidez, rendimento e adequação dos serviços públicos, além de atentado à racional e proporcional duração do processo apregoada pela constituição brasileira em seu art. 5º, inciso LXXVIII.

A Constituição Italiana nos parece haver sido mais feliz ao criar a justiça administrativa com jurisdição una e plena, como se extrai do artigo 113, que transcrevemos *in verbis*:

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Nos quadros comparativos que seguem expomos de forma resumida o sistema processual administrativo brasileiro e o italiano.

5.1 QUADRO DESCRITIVO DO SISTEMA PROCESSUAL ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No Poder Executivo	No Poder Legislativo	No Poder Judiciário
<p>- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação dos serviços públicos, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, Não há um sistema de justiça institucional com solução de conflito por tribunais institucionalizados, nos moldes do Poder Judiciário distribuído em graus de jurisdição, ainda que a recente Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999) faça menção á existência de até 03 instancias recursais administrativas. A solução dos conflitos se dá em cada órgão e em cada processo isoladamente ou por intermédio das autoridades competentes, salvo rarrissimamente por órgãos colegiados que não podem ser qualificados como TRIBUNAIS, nos moldes dos existentes no Poder Judiciário.</p>	<p>- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação de serviços públicos decorrentes de sua atuação administrativa, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, exatamente como no Poder Executivo, quando o Judiciário atua na função de administração.</p> <p>- Absolutamente necessário lembrar que originariamente o legislativo é fonte produtora de ato jurídico primário, ou seja, de leis. Não tem, portanto, a missão de prestar serviços públicos.</p>	<p>- O sistema processual administrativo baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciousidade da prestação de serviços públicos decorrentes de sua atuação administrativa, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis, exatamente como no Poder Executivo, quando o Judiciário atua na função de administração.</p> <p>- Absolutamente necessário lembrar que originariamente o Judiciário é fonte produtora de ato jurídico subsidiário dos primários. Detém o monopólio constitucional da jurisdição una, em duplo grau com formação de coisa julgada em justiça a quo ou em sede de tribunal (artigos 92 a 125 da CF/1988).</p>

5.2 - QUADRO DESCRITIVO DO SISTEMA ADMINISTRATIVO ITALIANO, SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO⁸

No Poder Executivo	No Poder Legislativo	No Poder Judiciário
<p>- baseia-se na provocação do particular(contencioso) ou na graciosidade da prestação dos serviços públicos, em um sistema de produção de atos administrativos interna corporis,</p> <p>- Há um sistema de justiça com solução de conflito por tribunais institucionalizados, nos moldes do poder judiciário brasileiro em que a jurisdição é exercida por tribunais administrativos regionais (TAR), tendo como último grau de jurisdição o Conselho de Estado.</p> <p>- Nos termos do Decreto nº 1611/1933 a defesa do Estado e dos demais órgãos da Administração Pública é feita pela Advocacia Geral do Estado (Avvocatura di stato), em primeiro e segundo grau, sendo o Conselho de Estado o órgão de jurisdição máxima.</p> <p>- É uma justiça especializada á semelhança da justiça trabalhista, eleitoral e militar brasileira.</p>	<p>Há processos administrativos interna corporis, mas havendo interesse legítimo conflituoso, a causa deve ser proposta perante os Tribunais Administrativos Regionais, que são os órgãos de primeira instância da justiça administrativa, tendo o Conselho de Estado como último grau de apelo jurisdicional.</p>	<p>Há processos administrativos interna corporis, mas havendo interesse legítimo conflituoso, a causa deve ser proposta perante os Tribunais Administrativos Regionais, que são os órgãos de primeira instância da justiça administrativa, tendo o Conselho de Estado como último grau de apelo jurisdicional.</p>

6 CONCLUSÃO

Ao final, concluímos apresentando algumas vantagens e desvantagens do sistema de justiça administrativa brasileira e italiana.

⁸ Codice del processo amministrativo (Allegato al Decreto legislativo 02.07.2010 n. 104, G.U. 07.07.2010). (<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11992#titolo>). Acesso em: 28 set.2013.

Vantagens do sistema brasileiro:

- Menor gasto de dinheiro público com tribunais administrativos;
- Possibilidade, em tese, de decisões mais céleres no âmbito de órgãos e entidades administrativas;
- Prazo decadencial mais elástico, tendo em vista que o direito da Administração de anular atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, nos termos do art. 54 do Código de Processo Administrativo Federal.

Desvantagens do sistema brasileiro:

- Menor grau de especialização dos operadores do direito administrativo;
- Falta de criação de jurisprudência administrativa uniforme, já que cada órgão vai criando a sua a exemplo do que ocorre hoje com a AGU, CGU e TCU;
- Maior possibilidade de ingerência de autoridades administrativas nas decisões, seja pelo exercício de pressão sobre os subordinados, seja pela filtragem da remessa dos processos a subordinados que se curvam a pedidos escusos;
- Superlotação do Poder Judiciário pela judicialização de processos administrativos que percorrem até três instâncias administrativas e depois são, outra vez reapreciados, segundo os ditames da CF/88 que assegura em seu art. 5, que:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

As vantagens do sistema italiano são:

- Maior grau de especialização dos operadores do direito administrativo;

- Criação de jurisprudência administrativa uniforme que tornam mais eficiente a prestação dos serviços públicos; e
- Desafogo do Poder Judiciário Civil.
- Menor grau, em tese, de ingerência de autoridades administrativas nos processos decisórios.

As desvantagens do sistema italiano são:

- Maior gasto de dinheiro público com a manutenção de tribunais administrativos;
- Prazo decadencial de impugnação dos atos administrativos perante a Administração de 30 + 30 dias (conforme artigos 44, 56, 67 e 94 do Código de Processo Administrativo italiano). Prazo de impugnação curto em relação ao brasileiro que é de 5 (cinco) anos.

Creemos importante observar que em muitos casos o que constitui vantagem para o Estado-Administração, normalmente é desvantagem para o usuário do serviço público, a exemplo das múltiplas instancias recursais administrativas em que a advocacia pública se vê obrigada a protelar ao máximo a prestação jurisdicional, em virtude da falta de independência funcional suficiente para permitir decisões mais conforme à justiça que conforme com o Direito.

Por todo o exposto entendemos que a implantação de uma justiça especializada administrativa no Brasil, nos moldes da italiana, favorece o cumprimento do art. 37 caput da CF/1988, que clama por eficiência na prestação de serviços públicos, vez que uma magistratura especializada proporcionaria mais rapidez, rendimento e adequação na tutela dos direitos do cliente-cidadão.

REFERÊNCIAS

CÍCERO. *Los Oficios*. Madrid: Espasa Calpe, S.A 2003.

Codice del processo amministrativo: Allegato al Decreto legislativo 02.07.2010 n. 104, G.U. 07.07.2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=11992#titolo>>. Acesso em: 28 set. 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2013.

HESPAÑA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2005.

JUNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. Forense: Rio de Janeiro, 1968.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTACROCE, Daniela. *Il codice di comportamento del ministero dell'economia e delle finanze*. Disponível em: <http://rivista.ssef.it/file/public/file_pdf/tesi/Etica%20e%20pubblica%20amministrazione%20%20come%20i%20principi%20di%20legalita%20trasparenza%20e%20integrita%20sono%20applicati%20nel%20Ministero%20dell%20Economia%20e%20delle%20Finanze.pdf>. Acesso em 28 set. 2013.

JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NA ITÁLIA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO ITALIANO E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*ITALIAN ADMINISTRATIVE JUSTICE: A COMPARISON BETWEEN THE
BRAZILIAN AND THE ITALIAN LEGAL SYSTEM*

Karina Grimaldi

*Procuradora Federal em exercício na Procuradoria-Regional Federal da 3a. Região.
Graduada em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e
em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas. Especialista em
Direito Ambiental pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Jurisdição Administrativa Italiana; 3 Organização da Justiça Italiana; 4 Do sistema binário ou dual de jurisdição; 5 As ações na Jurisdição Administrativa Italiana; 6 A defesa da Administração Pública Italiana no processo administrativo; 7 A execução da sentença proferida no processo administrativo; 8 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O sistema legal italiano é diferente do brasileiro porque na Itália existe uma Justiça especializada para julgar as lides contra a Administração Pública, a qual tem jurisdição para apreciar as lides entre os cidadãos e o Poder Público, originadas pelas ações ou omissões do Poder Público no uso das prerrogativas de direito público.

As sentenças proferidas pela Justiça Administrativa Italiana fazem coisa julgada e, conseqüentemente, não podem ser reapreciadas. Fazendo uma comparação entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro, observamos que no Brasil os cidadãos têm duas oportunidades de julgamento de suas controvérsias com o Poder Público, posto que podem iniciar um processo administrativo, que será apreciado pela própria Administração Pública, cuja decisão não tem efeito de coisa julgada e pode ser reapreciada pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Justiça. Administração Pública. Brasil e Itália. Efeito de Coisa Julgada.

ABSTRACT: The Italian Legal System is different from the Brazilian System because in Italy there is a Special Justice to judge the processes against the Public Administration. That Justice has the jurisdiction power to appreciate the suits caused by the action or omission of the Government Executive Department. Those Specialized Justice Sentences have a Res Judicata effect. This way they consequently cannot be redefined.

Making a comparison between the two Systems, in Brazil there are two opportunities for the citizens to have these suits judged. There is an administrative process which is appreciated by the Executive Power. The administrative process decision do not have the res judicata effect and that decision can be revised by the Judiciary.

KEYWORDS: Process. Public Administration. Justice. Brazil and Italy. Res Judicata Effect.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na Itália, todo o contencioso judicial que envolve controvérsias entre a Administração Pública e os interesses dos cidadãos é chamado de *Giustizia Amministrativa*.

O sistema italiano é muito diferente do sistema brasileiro no que se refere ao julgamento destas causas nas quais é parte a Administração Pública.

Na Itália, existem duas justiças que podem julgar as causas nas quais o Poder Público é parte. Alguns processos são julgados pela Justiça Ordinária e outros são julgados por uma Jurisdição Administrativa.

É importante ressaltar que o julgamento proferido pela Jurisdição Administrativa na Itália faz coisa julgada, tanto quanto o julgamento proferido pela Justiça Ordinária italiana.

O sistema de justiça administrativa na Itália é, portanto, muito diverso do sistema brasileiro.

No Brasil, existe também um processo administrativo, que é julgado pelos servidores do ente público que praticou a ação ou omissão questionada.

O processo administrativo brasileiro é regulamentado pela Lei 9.784 de 1999.

Outrossim, as decisões administrativas no Brasil não fazem coisa julgada, de maneira que o cidadão brasileiro pode sempre recorrer ao Poder Judiciário se insatisfeito com a decisão proferida administrativamente.

Uma outra diferença muito importante entre os dois sistemas reside no fato de que as decisões administrativas no Brasil são proferidas pelos próprios entes públicos responsáveis pela ação ou omissão que gerou a lide.

Na Itália existe uma estrutura própria de Jurisdição Administrativa, com órgãos estruturados e juízes nomeados para a função. Logo, no sistema italiano, o julgamento administrativo é imparcial, porque proferido por pessoa diversa da autora da ação questionada.

2 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ITALIANA

A Justiça Administrativa Italiana vem prevista no artigo 7º, do Código de Processo Administrativo, que a descreve como a jurisdição responsável pelas controvérsias que envolvam interesses legítimos em face do exercício do Poder Público Administrativo.

Codice Del Processo Amministrativo

Art. 7

Giurisdizione amministrativa

1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere político.

Observe-se que o conceito de Administração Pública na Itália abrange também as pessoas que são equiparadas aos entes públicos por estarem sujeitos aos mesmos princípios, como estabelece o item 2 do artigo 7º do Código de Processo Administrativo Italiano.

Codice del Processo Amministrativo

Art. 7

Giurisdizione amministrativa

[...]

2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Cumprе ressaltar que os atos decorrentes de poder político não são impugnáveis na Jurisdição Administrativa, mas na Justiça Italiana Ordinária, assim como os atos praticados pelo Poder Público Italiano de natureza tipicamente privada.

A regra geral de divisão de competência é a seguinte: A Jurisdição Administrativa é competente para o julgamento das lides que surgiram em razão da ação ou omissão da Administração Pública no uso do regime de direito público, isto é, das prerrogativas de Poder Público.

Diversamente, se a Administração Pública italiana age como um ente de direito privado, sem fazer uso das prerrogativas do regime de direito público, a competência para o julgamento de eventuais lides será da Justiça Ordinária.

3 ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA ITALIANA

No ordenamento italiano vigente o sistema de justiça administrativa é binário e repartido entre duas jurisdições gerais: Justiça Ordinária e Juízes Administrativos.

A Justiça Ordinária conhece das causas entre pessoas de direito privado ou entre pessoas de direito privado e Administração Pública, quando esta age sem uso das prerrogativas de direito público, como por exemplo no caso de um contrato de compra e venda firmado entre a Administração Pública e um cidadão.

A Justiça Ordinária na Itália é composta pelos Juízes de Paz, pelos Tribunais, pela *Corte d'appello* e pela *Corte di Cassazione*.

Os Juízes Administrativos, por sua vez, conhecem as controvérsias entre as pessoas de direito privado e a Administração quando esta agiu ou se omitiu na qualidade de poder público.

A Jurisdição Administrativa Italiana é exercida pelos Tribunais Administrativos Regionais (*Tribunali Amministrativi Regionali*) e Tribunal Regional de Justiça do Trentino-Alto Adige e pelo Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*).

Os Tribunais Administrativos Regionais são órgãos de jurisdição administrativa de primeiro grau e com atribuição para julgar as causas da região à qual pertencem.

As decisões do Tribunal Administrativo Regional são proferidas por um grupo de três juízes.

O *Consiglio di Stato* (Conselho de Estado) é um órgão consultoria jurídico-administrativa e também o órgão de último grau da jurisdição administrativa.

Art. 100 della Costituzione Italiana

Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato

contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.

As decisões do Conselho de Estado são tomadas por um grupo de cinco magistrados.

Os juízes administrativos na Itália são contratados mediante concurso público de exame e títulos.

Os cargos do Conselho de Estado, por sua vez, são preenchidos da seguinte forma: metade é formada por juízes administrativos promovidos; um quarto é composto por professores universitários de matéria jurídica ou advogados, que tenham no mínimo quinze anos de atividade profissional; um quarto das vagas é preenchido mediante concurso público de títulos e exame teórico e prático, do qual podem participar determinadas categorias de pessoas.

4 DO SISTEMA BINÁRIO OU DUAL DE JURISDIÇÃO

O artigo 113 da Constituição Italiana estabelece que contra os atos da Administração podem ser proferidas decisões pela jurisdição ordinária ou pela jurisdição administrativa.

Art. 113 della Costituzione Italiana

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Observe-se que o dispositivo constitucional supracitado confirma que na Itália existe um sistema binário ou dual de jurisdição.

A Justiça Ordinária na Itália é responsável pelo julgamento de todas as causas que envolvam direito civil e direito político, ainda que seja parte a Administração Pública.

A Jurisdição Administrativa, por sua vez, é responsável pelo julgamento das causas em que seja parte a Administração Pública e que a controvérsia tenha surgido em razão de sua ação ou omissão no exercício do poder público.

Existe ainda, na Itália, a Corte Constitucional, que é o órgão que faz interpretação da Constituição Italiana.

5 AS AÇÕES NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ITALIANA

Antes de 2010 a legislação italiana não enunciava os tipos de ações possíveis na Jurisdição Administrativa.

O Código de Processo Administrativo italiano, promulgado em 2010, inovou ao disciplinar nos artigos 29 a 31 as ações admissíveis na Jurisdição Administrativa, as quais elencamos: ação anulatória, ação condenatória, ação declaratória de nulidade e ação contra o silêncio.

Codice di processo amministrativo

Capo II - Azioni di cognizione

29. Azione di annullamento

1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni.

30. Azione di condanna

1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità

1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge (1), chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.

(1) L'inciso "e negli altri casi previsti dalla legge" è stato inserito dall'art. 1, d.lgs. n. 195/2011, decreto correttivo del c.p.a., pubblicato in G.U.R.I. del 23 novembre 2011 e in vigore dall'8 dicembre 2011.

Mister é ressaltar que o rol previsto nos artigos 29 a 31 do Código de Processo Administrativo Italiano não é exaustivo.

Todas as ações citadas nos artigos 29 a 31 do Código de Processo Administrativo Italiano são ações de conhecimento, mas existem também na Itália ações executivas e cautelares nas quais é parte a Administração Pública.

Cumprе mencionar, ainda, que a ação anulatória contra o Poder Público Italiano tem geralmente efeito *ex tunc*.

Muito importante é ressaltar que também existe na Itália uma ação condenatória para ressarcimento de danos pelo Poder Público.

A *azione avverso il silenzio* consiste em uma ação que obriga a Administração Pública a tomar uma atitude dentro de um determinado prazo. Trata-se, portanto, de uma ação condenatória.

A legitimidade para ser parte de um processo administrativo existe para o titular de uma situação jurídica qualificada, o que é chamado na doutrina italiana de interesse legítimo.

É importante lembrar, ainda, que na Itália também existem ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos.

6 A DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A defesa da Administração Pública Italiana é feita pela *Avvocatura dello Stato*, isto é, pela Advocacia Pública Italiana.

Os membros a *Avvocatura dello Stato*, tal qual dos membros da Advocacia-Geral da União, não precisam de mandato.

A *Avvocatura dello Stato* pode assumir a representação e a defesa em juízo da Administração Pública e dos entes públicos, desde que autorizado pela lei, decreto presidencial ou regulamento.

Cumprе destacar, ainda, que a *Avvocatura dello Stato* também exerce função consultiva nos casos previstos em lei.

7 A EXECUÇÃO DA SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Entre as decisões que podem ser proferidas pelos juízes administrativos italianos, apenas as sentenças fazem coisa julgada, que em italiano se diz *cosa giudicata*.

As sentenças proferidas pela Jurisdição Administrativa italiana tem força executória.

O executado tem o direito de se defender na ação de execução.

A competência para julgar os recursos no processo de execução no qual é parte a Administração Pública italiana depende de qual órgão proferiu a decisão na fase de conhecimento.

Se a sentença foi proferida pelo Tribunal Regional Administrativo, este próprio tribunal será competente para julgar o recurso da execução.

Se a sentença foi proferida pelo *Consiglio di Stato*, o recurso da execução será proposto ao *Consiglio di Stato*.

Se a sentença foi proferida por um juiz ordinário, o Tribunal Administrativo Regional será competente para julgar o recurso contra a execução.

A decisão no processo executivo pode:

1. intimar a Administração Pública a cumprir a decisão conferindo-lhe um prazo;
2. pode ser substitutiva, assumindo-se o cumprimento da obrigação a que se refere a coisa julgada;
3. pode declarar a nulidade de um ato contrário ao determinado pela coisa julgada; ou, pode conter uma medida sancionatória, denunciando-se ao Juízo penal o não cumprimento da coisa julgada.

Normalmente o Juiz da execução fixa um valor em dinheiro que será devido no caso de não cumprimento ou atraso no cumprimento da decisão transitada em julgado, a qual tem natureza jurídica de título executivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos observar, a Justiça Administrativa na Itália é muito diferente da Justiça Administrativa no Brasil.

Diversamente do sistema italiano, no Brasil um cidadão que está insatisfeito com uma ação ou omissão do Poder Público terá duas oportunidades de obter o provimento que deseja, posto que pode sempre recorrer administrativamente e, se insatisfeito com a decisão administrativa, poderá ingressar com uma ação judicial.

Observe-se, portanto, que o sistema de justiça administrativa brasileiro também é dual ou binário.

Entretanto, a grande diferença entre os dois sistemas reside no fato que no sistema brasileiro a decisão administrativa não faz coisa julgada, de forma que pode ser sempre discutida judicialmente.

Logo, o sistema brasileiro de justiça administrativa oferece muito mais garantia ao cidadão, que tem duas oportunidades de reclamar seus direitos em face das ações e omissões do Poder Público.

Em contrapartida, duas estruturas são mantidas pelo Poder Público Brasileiro para a análise das causas administrativas: o Poder Judiciário e os servidores do Poder Executivo que são responsáveis pela análise dos processos administrativos.

Deste ponto de vista, o sistema italiano permite maior eficiência e redução de gastos na solução das lides que envolvem a Administração Pública, porque o cidadão terá o seu pleito analisado uma única vez.

Outra vantagem que podemos observar no sistema de justiça administrativa italiano reside no fato de que existe uma Jurisdição Administrativa especializada para o julgamento das causas que envolvam direito administrativo.

REFERÊNCIAS

Codice del Processo Amministrativo, *allegato al Decreto Legislativo* 02.07.2010 n. 104, G. U. 07.07.2010.

Costituzione della Repubblica Italiana, 22.12.1947.

MIGNONE, Claudio; VIPIANA, Piera Maria. *Manuale di Giustizia Amministrativa*. CEDAM, 2012.



LINHAS CRÍTICAS DO CONTROLE PRÉVIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM PARALELO ENTRE BRASIL E ITÁLIA

*CRITICAL LINES IN PRIOR CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION:
A PARALLEL BETWEEN BRAZIL AND ITALY*

Luciano Marinho Filho

Procurador Federal

Mestre em Direito Público e Professor Universitário

SUMÁRIO: Introdução; 1 Linhas Gerais do Controle da Administração Pública no Brasil e na Itália; 2 O Controle Prévio dos Atos Administrativos e a Função Consultiva da Administração Pública no Brasil e na Itália; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O propósito do presente escrito é comparar as principais normas dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro, particularmente, quanto ao controle prévio da administração pública e do papel da consultoria administrativa na qualificação e no controle dos atos administrativos produzidos. Busca verificar como e por quem é feito o controle administrativo prévio – modalidade de gestão mais racional e econômica. Do mesmo modo, também procura analisar as instituições e órgãos responsáveis pelo assessoramento da administração pública, através da realização das atividades de consultoria jurídica, buscando, a partir de suas estruturas e características, identificar a relação existente entre as respectivas instituições, as atividades orientadoras promovidas e os níveis de influência e aperfeiçoamento dessas instituições técnicas sobre a própria administração pública e dos subsequentes atos por ela praticados. Em linha de finalização, apresenta-se uma breve crítica, apontando as vantagens e desvantagens de cada sistema, culminando-se por identificar a fragilidade e a incompletude de ambos os ordenamentos, a justificar o alto nível de descrédito, ineficiência e malversação públicos vigentes no Brasil e na Itália.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado (Brasil e Itália). Controle dos Atos Administrativos. Controle da Administração Pública. Consultoria Jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to compare the main rules of the legal system in Italy and Brazil, particularly as to the prior control of government and the role of management consultants in the training and control of administrative acts produced. It tries to ascertain how and by whom it is done prior administrative control - a management mode more rational and economic. Similarly, it also analyzes the institutions responsible for advising the government, through the performance of activities of legal advice, seeking from their structures and characteristics, to identify the relationship between the respective institutions, guiding the activities promoted and levels of influence on the Public Administration and subsequent acts committed. In the end, we present a brief critique, pointing out the advantages and disadvantages of each system, culminating on describing themselves by the fragility and incompleteness of both institutions to justify the high level of distrust in public administration, inefficiency and mismanagement public in Brazil and Italy.

KEYWORDS: Comparative Law (Brazil and Italy). Control of Administrative Acts. Control of Public Administration. Legal Consulting.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é tão somente apresentar um paralelo analítico entre o controle consultivo da administração pública realizado no Brasil e na Itália, buscando, com isso, extrair medidas, em tese, mais acertadas de ambos os ordenamentos e afastar aquelas menos valiosas, de sorte a incrementar sugestões ao aperfeiçoamento do controle público.

O presente trabalho é fruto do Curso Intensivo em Direito Europeu e Harmonização (*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*), patrocinado pela Escola da Advocacia Geral da União, na Universidade de Roma Tor Vergata, no ano de 2013, que, naturalmente, permitiu-nos um contato mais dirigido com a realidade jurídica italiana, servindo-se, então, de suporte ou contraponto comparativo.

As linhas de desenvolvimento do texto são sobremodo intuitivas e lineares. Abordaremos, em traços gerais, como se efetiva o controle administrativo no Brasil, enfatizando a atuação consultiva. Depois, do mesmo modo, descreveremos como se perfaz o mesmo controle no âmbito do ordenamento italiano. Em síntese conclusiva, apresentaremos as principais vantagens e desvantagens de um sistema e outro, no propósito de induzir ou sugerir mudanças que porventura aprimorem o sistema jurídico brasileiro.

1 LINHAS GERAIS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E NA ITÁLIA

As Administrações Públicas no cotidiano funcional, ou seja, no âmbito dos seus respectivos Poderes Executivos, submetem-se a controle próprio. Do mesmo modo os demais Poderes constituídos (Legislativo e Judiciário) quando realizam, por si mesmos, a gerência dos atos que praticam. Essa característica engloba todos os órgãos e poderes do Estado ao exercerem funções de natureza administrativa, devendo, portanto, o termo administração pública ser considerado em sentido amplo.

Os objetivos desse controle ou contenção não são outros senão o de zelar pela coisa pública, assegurando atuação da administração em conformidade aos ditames principiológicos e dispositivos dos respectivos ordenamentos jurídicos, seja no que concerne às formalidades essenciais, seja mesmo quanto ao próprio mérito do ato realizado. Perpassa ou circunscreve-se, desta feita, inclusive, pelos limites da discricionariedade do desempenho administrativo.

A despeito do importantíssimo papel, ainda que possua eficácia simbólica, citamos, no Brasil, a existência do controle popular previsto no artigo 37, §3º da Constituição Federal de 1988, garantindo aos cidadãos, pessoalmente, realizarem reclamações acerca dos serviços públicos, podendo, para tanto, até consultar registros e documentos da administração. Nesse viés, em reforço e substitutividade, temos a relevante função do Ministério Público, em consonância ao artigo 129 da já citada Carta Magna.

O controle da administração pública, portanto, corresponde à fiscalização e à correção dos atos ilegais e, ainda, ao afastamento ou à limitação daqueles considerados inconvenientes ou inoportunos. Esse controle é realizado com o propósito de garantir sintonia com os princípios impostos pela ordem jurídica.

Existem várias classificações ou modalidades de controles, sendo as principais: (a) quanto ao órgão que o exerce (Executivo, Legislativo ou Judiciário); (b) quanto ao momento em que se pratica (prévio, concomitante ou posterior); (c) quanto à pertinência ou não do órgão controlador a mesma estrutura do órgão controlado (interno ou externo).

Em termos de controle da administração pública e administração consultiva propriamente dita, propósito central desse trabalho, em nível de sobredireito, temos que a Constituição da República Italiana, em repetição tradicional secular, proclama em seu artigo 100¹:

Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato

1 Em tradução livre do autor: "O Conselho de Estado é órgão de consulta jurídico-administrativa e de tutela da Justiça no âmbito da administração. A Corte de contas realiza o controle preventivo de legalidade sobre os atos de governo, e também sobre aqueles sucessivos de gestão e balanço do Estado. Participa, na forma e condições estabelecidas na lei, do controle sobre a gestão financeira dos entes aos quais o Estado contribui em via ordinária. Submete diretamente às Câmeras os resultados das auditorias realizadas. A lei assegura independência das duas instituições e dos seus componentes diante do governo".

Também deve ser esclarecido, de acordo com doutrinadores como Guido Corso, que na redação original da Constituição Italiana o controle prévio da administração era traçado num complexo mais perfeito, estabelecendo um controle tanto pela Corte de Contas (dos atos de governo), mas também dos atos administrativos das Regiões por um órgão do Estado (antigo art. 125) e dos atos das Províncias, das Comunas e dos outros entes locais por um órgão regional (antigo art. 130).

contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.

La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo.

Já o Brasil, também em matéria de caráter de controle e administração consultiva, pontua nos seus artigos constitucionais de números 70, 71, 74, 90, 91 e 131 o papel dos Tribunais de Contas sobre a fiscalização dos orçamentos e gastos públicos; dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, em questões de instabilidade institucional; da Advocacia Geral da União, representando a União, judicial e extrajudicialmente, e desempenhando ainda atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

2 O CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A FUNÇÃO CONSULTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E NA ITÁLIA

O intuito do corte epistemológico do trabalho estritamente abranger o controle prévio, ou seja, pormenorizar tão somente esse momento do ato da administração, é o manifesto reconhecimento ou premissa de que a prevenção é sempre mais adequada, econômica, rápida e simples que a intervenção posterior, aqui considerada como o controle posterior e judicial. O interesse público, por conseguinte, é sobremodo alcançado com esse ressaltado.

Tanto as normas jurídicas brasileiras quanto as italianas estabelecem e reconhecem a importância do controle administrativo prévio e próprio, ilustrativamente, por meio do Poder da autotutela - prerrogativa conferida à Administração Pública, de sorte a permitir que ela mesma possa rever seus atos quando eivados de ilegalidade, inconveniência ou inoportunidade. Questões como cumprimento e presunção de legalidade e predominância do interesse público justificam a possibilidade de correção *ex officio* dos atos praticados. Naturalmente no próprio nascedouro já se pode e deve corrigir os atos administrativos imperfeitos, evitando-se danos e futuros ressarcimentos aos particulares.

Mas de que maneira e por quem (quais órgãos) pode a Administração Pública confiar os atos de governo em gestação, de modo a garantir sua licitude e aprimoramento?

Na Itália, a despeito da tradição, verificamos o papel de evidente interposição de Poderes (Administração e Judiciário), porquanto, neste

País existe a Justiça Administrativa, cuja independência e finalidade residem justamente em servir de consultivo, além de, também, processar e julgar as ações que os cidadãos interpõem contra o Estado em matéria administrativa hierarquizada².

É de se estranhar a concentração sobre um mesmo órgão tanto do papel consultivo quanto do julgador. Embora não deixe de ser um controle sobre a administração. E, como já se ressaltou acima, a própria Constituição Italiana assim delineou. Esses pareceres aos quais se submete a Administração Pública e que são proferidos pela Justiça Administrativa possuem duas naturezas: as obrigatórias e as opcionais. Os primeiros são verdadeiros requisitos formais de validade do ato administrativo. Isto é, em determinados atos ou situações exige-se, previamente, o parecer do Conselho de Estado (tribunal administrativo de último grau). Não significa, porém, que a administração esteja compelida a segui-lo, embora a negativa exija cabal fundamentação. Já os segundos modelos de pareceres advêm de voluntária consulta, aconselhamento ou interpretação sobre um determinado tema. Naturalmente que futuro questionamento na Justiça sobre análogo assunto já previamente tratado em parecer termina por exigir justificção aprofundada da Administração. Uma espécie de condicionamento. Por isso, esse tipo de consultoria termina por manifestamente estreitar a conduta governamental, em certo aspecto, inibindo-a.

Outra particularidade da Justiça Administrativa italiana é que ela possui prazo decadencial curto de 60 dias para “ações de anulabilidade” e 180 dias para “ações de nulidade”³.

Não possui sua Justiça Administrativa competência para substituir-se à Administração Pública. Entende-se, do mesmo modo que no Brasil, que isso equivaleria à invasão de Poderes. Ainda assim,

2 No direito italiano, apesar de termos um Poder Judiciário dito uno, verificamos que a denominada ‘Giustizia Amministrativa’, é um ramo separado, destacado e independente que cuida com exclusividade das causas que englobam a Administração Pública. Mas não é toda e qualquer causa da qual participe o Estado Administração que sinaliza a competência da Justiça Administrativa, mas, tão somente, daquelas causas decorrentes do Poder de império do Estado. O que acima, então, denominamos de relação hierarquizada ou verticalizada entre Estado e cidadão. São exemplos dessa competência os atos de desapropriação, a concessão de licenças ou a constituição de uma licitação pública. E o cidadão casualmente lesado nessas circunstâncias, no direito italiano, não possui direito subjetivo, mas “interesse legítimo” que é um status posicional diferenciado. É, pois, nesse contexto de prática de “ato administrativo de poder” que reveste a subsequente atuação do Juiz Administrativo. Sua função essencial é atuar sobre os vícios desses atos, seja por incompetência, violação legal ou excesso de poder. É o Juízo natural dos “interesses legítimos”. A violação desses interesses também possibilita consequente ressarcimento, conforme paradigmática decisão da Corte de Cassação através da Sentença n° 500/1999.

3 Essas diferentes ações, do mesmo modo que no direito brasileiro, exprimem o nível de falha do ato que se pretende afastar ou consertar: anulabilidade, nulidade ou inexistência.

entretanto, existe o conhecido “*Giudizio di Ottemperanza*” que permite execução imediata contra a Fazenda Pública nos casos em que já existe pronunciamento (sentença) anterior contrário ao ato ou ao provimento governamental. Outra possibilidade é o denominado efeito conformativo da sentença. Nessa hipótese, além do dispositivo da decisão, a própria fundamentação traz sugestões ou inclinações das opções legislativas possíveis de serem seguidas pelo Executivo.

Acerca desse marcante e controvertido papel da Justiça Administrativa Italiana, ainda podemos arregimentar a importante decisão da Corte Constitucional Italiana nº 204/2004⁴, delineando as competências entre aquela especializada e os Juízos Ordinários.

Poder-se-ia, por fim, indagar a existência e o papel da Advocacia de Estado no direito italiano. Se é verdade que em nível constitucional atual essa instituição não se encontra contemplada, historicamente, possui papel indispensável na formação do Estado italiano. É que nos antigos ducados da Toscana, Sicília ou mesmo no antigo Pontifício do Papado, verificou-se que quando se tinha estruturado um corpo técnico profissional exclusivo (Advocacia de Estado) as causas públicas guardavam maior zelo, ordem, uniformidade e segurança. Foi, portanto, o insucesso do Estado nas causas diante do Judiciário que demandou a necessidade da criação de um corpo próprio de Advocacia Pública de Estado. Ela iniciou atuando perante o Juízo Civil, depois incluiu o Administrativo e, então, assumiu todos os ramos de defesa pública. Hoje cuida da defesa de praticamente todos os entes públicos por competência direta ou convênios com os entes regionais e locais. Esse crescimento de atuação e importância e, ao mesmo tempo, a omissão regulatória constitucional da instituição, a nosso ver, revela certa contradição contida na ordem jurídica italiana.

A *Avvocatura di Stato*⁵ (Advocacia de Estado) na Itália, por fim, é uma instituição independente, respondendo com exclusividade e reserva legal pela defesa do Estado em Juízo. Esse monopólio legislativo encontra-se disciplinado na Lei nº 103/1979. Apenas verificamos se tratar de uma instituição com necessidade de ampliação quantitativa de quadros, conquanto, intrinsecamente, sejam seus membros estruturados em carreira, sempre concursados e possuam direito a honorários, além de remuneração equivalente a de magistrados.

4 Para maiores detalhes e aprofundamento acerca da citada decisão sugerimos consultar: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0204s-04.html>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

5 Para maiores detalhes e aprofundamento sobre a Advocacia de Estado na Itália sugerimos consultar: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1979-04-03;103>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

A Lei nº 241 de 1990⁶ traz diversas situações da necessidade ou possibilidade de consulta e proferimento de pareceres em matéria administrativa em suas diversas especificidades: obrigatórios, facultativos, de conformidade e (semi)vinculantes.

A Advocacia de Estado na Itália, embora se trate de uma instituição independente no exercício de suas funções, taxonomicamente, encontra-se atrelada à Presidência do Conselho de Ministros, associando-se mais à Administração Pública que a qualquer outra corte. E essa aproximação possui apenas a limitação de ordem tecnojurídica, permitindo melhor compreensão e alcance da vontade do administrador e da própria finalidade dos atos a serem por ele praticados na gestão governamental. Tudo isso, ao mesmo tempo, sem criar qualquer embaraço ou vinculação no elaboração de pareceres à administração pública, favorecendo, desta forma, o papel consultivo natural da advocacia pública.

Já o Brasil não segue o modelo francês de Justiça Administrativa. Isso quer dizer que o Poder Judiciário só se pronuncia a destempo ou posteriormente. Seu posicionamento, o mais das vezes, implica corolário indenizatório e/ou anulatório, causando impacto aos cofres públicos direta ou indiretamente.

Não possui um ramo específico do Judiciário para tratar das causas administrativas, mas possui, ao menos no nível federal, evolução suficiente para concentrar as causas administrativas na Justiça Federal (competência em função da pessoa) ou em varas específicas no trato das matérias de ordem administrativo-tributária, no âmbito da Justiça Estadual, no caso, dirigidas aos interesses dos Estados-Membros.

O prazo decadencial e o prescricional na ordem jurídica brasileira para interposição de ação administrativa contra o Estado são muito mais elásticos (essencialmente quinquenal) em relação ao exíguo lapso temporal imposto na legislação italiana. Isso permite uma atuação mais acautelada por parte do administrado e mesmo a possibilidade de transitar pela via administrativa sem receio de perder o direito futuro e sucessivo de questionar o mesmo problema perante o Judiciário de modo definitivo.

Afora a similitude dos regramentos orçamentários de índole contábil aos quais se submetem as Administrações perante as Cortes de Contas tanto no Brasil como na Itália, não há papel relevante conferido a nenhum órgão ou instituição no Brasil na emissão de pareceres, sobretudo de caráter vinculante ou (semi)vinculante. A não ser as súmulas

6 Para maiores detalhes e aprofundamento acerca da citada decisão sugerimos consultar: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0204s-04.html>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

vinculantes do Supremo Tribunal Federal, mas que geralmente não possuem características administrativas e nem adotam controle prévio, não possuem efeito preventivo; ao contrário, delineiam normatização posterior ou subsequente de atos administrativos já praticados. Também as Súmulas da Advocacia Geral da União que, em certas situações, poderiam vincular a própria administração, em função da fragilidade e da interferência aos quais padecem os órgãos consultivos, não se servem para aperfeiçoar o controle da administração, mas representam com maior ou menor intensidade os interesses mediatos do governo. Essas limitações (ou lacunas) provocam uma (sub)utilização, aparelhamento ou condicionamento dos órgãos consultivos na medida em que deixa a administração pública irregrada. Ela, então, tende a se utilizar e a generalizar as orientações porventura recebidas de sua consultoria somente quando correspondem a seus interesses imediatos. E, então, a desprezá-las quando em detrimento de propósitos que nem sempre estão amparados em verdadeira discricionariedade. Esse entrave ou condicionamento atual é fruto da politização centralizadora (concentração de poder) e da ausência de vinculação dos pareceres proferidos, quando, pior, sequer são produzidos por membros que possuem verdadeira autonomia funcional, restando o controle interno, destarte, limitado e defeituoso. Consequência natural subsequente: alta litigiosidade judicial e grande impacto financeiro ao erário público.

Ao contrário da Itália, se por um lado, no Brasil, a Advocacia Geral da União encontra resguardo constitucional direto, de outro, seus membros não possuem igualitário tratamento institucional ao conferido, por exemplo, aos membros do Ministério Público ou aos membros do Judiciário. Além da questão de autonomia funcional e financeira, a Advocacia Geral da União possui integrantes que não são concursados nas suas fileiras. Outra falha grave é que suas carreiras de apoio são reconhecidamente insuficientes. Portanto, seus profissionais não possuem quantitativo, isenção, nem estabilidade necessários à fiel defesa do Estado.

É visivelmente uma instituição que poderia contribuir muito mais para o desenvolvimento nacional, orientando os gestores públicos, antecipando e evitando problemas, diminuindo gastos públicos, estabelecendo pareceres, inclusive vinculantes ou (semi)vinculantes, por integrantes tecnicamente independentes, possibilitando normatizar os atos e procedimentos da Administração, sobretudo quando já se sabe a postura do Judiciário em determinados temas repetitivos. Ou seja, a maior profissionalização da AGU pode representar um melhor mecanismo de controle e mesmo de aperfeiçoamento da própria Administração Pública.

A potencialidade da Advocacia Geral da União é ainda desconhecida. Ela pode servir como órgão de composição de conflitos entre órgãos e entes da Administração Pública. Possui aptidão para operar como órgão consultivo padrão e obrigatório para os gestores públicos. Tem conhecimento e capilaridade jurídica de amparar com significativo sucesso os demais Poderes do Estado. Pode, entre tantas outras possibilidades, servir como elemento de racionalização de demandas judiciais, diminuindo o quantitativo de ações contra o erário nacional e qualificando as demandas que porventura venham a ser propostas ao Judiciário.

3 CONCLUSÕES

Nem o Brasil nem a Itália pautam a gestão pública na sistematização e otimização da produção e do controle dos atos administrativos. Perdem ambos os países em planejar e produzir atos mais aperfeiçoados e em sintonia com o ordenamento jurídico.

Na Itália podemos perceber um viés de interferência do Poder Judiciário sobre os demais Poderes da República em função da participação consultiva (inclusive vinculante), além da jurisdicional, particularmente sobre os atos da Administração Pública. Esse duplo papel encontra-se constitucionalizado.

Pauta-se, a nosso ver, o ordenamento jurídico italiano numa convivência de um contencioso administrativo incompleto, na medida em que as decisões administrativas podem ser revistas pela Justiça Administrativa - que é ramo exclusivo afeto a demandas administrativas hierarquizadas ou verticais.

Sua Advocacia de Estado (*Avvocatura di Stato*) é atualmente incompleta. Possui quantitativo de procuradores e advogados insuficientes ao desempenho legal ampliado e em nenhum aspecto condiciona a administração pública em seus pareceres.

Já no Brasil a Advocacia Geral da União padece de maiores problemas: carece de independência financeira e funcional. Ressente-se de carreira de apoio. A exclusividade funcional, embora aqui constitucionalizada, na prática, não é obedecida pelos governos.

As atribuições consultivas, portanto, não são bem aproveitadas nem cá nem lá. Afinal de contas, em ambos os países, os pareceres perante a administração (governo) são apenas opinativos e não vinculantes. E aqui no Brasil ainda se mostram piores: os controles internos são dependentes e parciais. Ou, em outras palavras, em forte aspecto, são subordinados aos gestores públicos, o que não ocorre com tanta intensidade na Itália.

Se na Itália há o tradicional controle indireto feito pelo Judiciário Administrativo (*Giustizia Amministrativa*) sobre a Administração Pública; no Brasil, a interferência é mais radical, pois parte do Executivo sobre as instituições de consultoria e controle interno, em particular, a Advocacia Geral da União, representando em muitos aspectos, aparelhamento Estatal e produção de atos administrativos imperfeitos. Alta litigiosidade e jurisdicalização de demandas, além da descrença nos órgãos da Administração Pública como um todo são consequências decorrentes.

Em síntese conclusiva, verifica-se que menos pela diversidade das estruturas jurídicas em si e mais em virtude das incompletudes e desrespeitos institucionais, nos dois sistemas, tanto o Brasil quanto a Itália são países com altos níveis de ineficiência da Administração Pública. Possuem intensos desvios no trato da coisa pública; apropriação e locupletação do Estado por parte dos governantes; altos índices de corrupção, sobretudo entre aqueles que contratam com o Estado; além da sonegação generalizada de tributos.

Essa realidade sugere sejam aperfeiçoadas e fortalecidas as estruturas institucionais de fiscalização, auditoria, controle e consultoria sobre os respectivos governos, impedindo-se a subordinação e a interferência hoje existentes destes sobre aqueles, de forma a garantir o exercício técnico e jurídico pleno e imparcial no interesse público do Estado e não do governo, parametrizando, se necessário, as ações da administração pública como um todo, isto é, delimitando ou circunscrevendo o raio de possibilidades dos atos administrativos aos limites e desígnios norteadores do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova: Cedam 2005.

CARINGELLA, Francesco. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Napoli: Dike Giuridica Editrice, 2010.

CASSETTA, Elio; FRACCHIA Fabrizio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffrè, 2012.

CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

DE VALLES, Arnaldo. *Elementi di Diritto Amministrativo*. Padova: Cedam, 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

RONZANI, Dwight Cerqueira. *Direito Administrativo Concreto*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O PROCESSO ELETRÔNICO COMO GARANTIA AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL: O PARADIGMA BRASILEIRO E O CONTEXTO ITALIANO

ELECTRONIC LEGAL PROCEDURE, A GUARANTEE TO THE REASONABLE DURATION OF PROCESS: BRAZILIAN PARADIGM AND ITALIAN CONTEXT

*Otávio Augusto Buzar Perroni
Procurador Federal
Especialista em Direito Processual Civil pela
Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Necessidade, possibilidade e utilidade do processo eletrônico; 1.1 Necessidade; 1.2 Possibilidade; 1.3 Utilidade; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: Discute-se, neste artigo, a necessidade, a possibilidade e a utilidade do uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais, por meio do instrumento denominado “processo judicial eletrônico”. Analisam-se o paradigma do Brasil – país no qual vem se realizando uma experiência positiva – e o contexto da Itália, notadamente quanto ao princípio da celeridade processual. A Era da Informação agrega celeridade, qualidade e quantidade e as relações jurídicas fáticas multiplicam-se, mas seu ritmo não é acompanhado pelas relações jurídicas processuais. Uma tutela jurisdicional justa e célere obriga o operador do direito a compreender técnicas processuais como reais instrumentos de realização dos direitos materiais. Nesse contexto, o processo eletrônico é a técnica processual identificada com a Era da Informação e com seu suporte na realidade social: porque é necessário um modelo processual mais célere, para alcançar a justiça; é possível, como já ocorre com novo modelo de processo brasileiro; e é útil, ao implementar a terceira onda renovatória da ideia de acesso à justiça, simplificando a burocracia e evitando, inclusive, responsabilização por descumprimento da razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Novas Tecnologias. Processo Eletrônico. Acesso à Justiça. Duração Razoável. Brasil. Itália.

ABSTRACT: This paper concerns with necessity, possibility and usefulness of new technologies in the course of judicial process, in communication of acts and in transmission of pleadings, through the instrument called “electronic legal procedure”. In focus are the Brazilian paradigm – country where it is being conducted a positive experience – and the context of Italy, notably about rapidity of legal process. The Information Age puts speed, quality and quantity together and the juridical rapports are multiplied, although this pace is not followed by the legal procedural rapports. A fast and fair jurisdictional protection forces jurists to comprehend that procedural technique is nothing more than an instrument to effective rights. In this context, electronic legal procedure is the technique linked to the Information Age and also to the social reality that it stands for: because it is necessary to develop a faster procedure model to achieve justice; it is possible, as it occurs on the Brazilian new model of procedure; and it is useful, on implementing the third wave of reform, on the way of access to justice, simplifying bureaucracy and avoiding responsibility for non-compliance with process’ reasonable duration.

KEYWORDS: New Technologies Law. Electronic Legal Procedure. Access to Justice. Reasonable Duration. Brazil. Italy.

INTRODUÇÃO

“Já de algum tempo, questões de Direito de Informática vêm se difundindo nos corredores acadêmicos, embora de forma pontual e carente de sistematização, em descompasso com o necessário tratamento global exigido pelo tema”¹. Algumas mudanças relevantes ocorreram no arcabouço legislativo processual, mas nenhuma delas, ao menos no ponto de vista do Direito das Novas Tecnologias, foi tão importante quanto a inserida, no Brasil, pela Lei n.º 11.419/06. Este é seu art. 1º:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Mas seria necessária, útil e realmente possível a transposição desse ícone do formalismo jurídico – o processo – para um mundo etéreo de *bits e links*?

Com a lei brasileira de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, uma mudança de parâmetro – e, quiçá, de pensamento e comportamento –, começou a ser implementada. A “Era da Informação” entende celeridade, qualidade e quantidade, como sinônimos de necessidade, o que não há como contestar. E não há como afastar o pressuposto de Thomas Kuhn².

A partir de tal constatação, firmam-se duas premissas: as relações jurídicas tendem a uma multiplicação exponencial com o desenvolvimento da comunicação cibernética; as relações jurídicas reguladas pelo direito formal (positivo) não conseguem seguir o passo das primeiras.

Para agravar o problema, sabe-se que as relações jurídicas de direito material necessitam de um instrumento dentro do qual são discutidas (seja o processo judicial, seja os meios alternativos de

1 PERRONI, Otávio Augusto Buzar. *O contrato eletrônico no Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. Consideração inaugural.

2 A respeito da mudança de paradigma do papel. In: KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

controvérsia). O Relatório do Anteprojeto que culminou na Lei n.º 11.419/06, afirmou que

quando se trata da questão judiciária no Brasil – é consenso que os mais graves problemas se situam no terreno da velocidade com que o cidadão recebe a resposta final à sua demanda. A morosidade é, sem dúvida, o principal fato gerador de insatisfação com o serviço judiciário, como revelam todas as pesquisas realizadas sobre o assunto.³

É consenso, também, que uma prestação jurisdicional lenta equivale a uma quase não-prestação; em outras palavras, menos catedráticas e mais profanas, trata-se de uma “injustiça”. Quando se fala em prestação jurisdicional, a demora do provimento equivale a uma falha, pois, quando enfim for concretizada, encontrará uma situação fática completamente diferente daquela que justificou sua invocação, transformando o processo-Estado em um instrumento inócuo e desacreditado.

Estado tão inócuo e desacreditado que ele mesmo – Estado não-prestador – é condenado pela sociedade em razão da excessiva duração das demandas judiciais. No âmbito da Itália, isso, além de fórmula de eloquência, traduz seríssimo problema prático. E político.

Veja-se o caso histórico “Gloria Capuano vs Itália”⁴: o Tribunal de Estrasburgo fixou a responsabilidade do Estado italiano pela excessiva duração do processo, ao reconhecer a violação do art. 6º, § 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, por consequentes danos patrimoniais, ligados às perdas financeiras experimentadas por Gloria Capuano, e por outros não patrimoniais, *provocados pela prolongada incerteza e ansiedade envolvendo o resultado e as repercussões do processo*.

De acordo com Erasto Villa-Verde Filho:

A Corte de Estrasburgo só conhece petições de cidadãos de seus Estados-Membros se observado o princípio da subsidiariedade, no sentido de que o sistema supranacional deve intervir somente onde não possa prover o interno. Portanto, se o Estado não é capaz de

3 BRASIL, Diário da Câmara dos Deputados, 29 dez. 2001, p. 68190.

4 VILLA-VERDE FILHO, Erasto. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro. In: ESCOLA DA AGU. *1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee* - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 21, v. 1 (set. 2012), p. 124.

cumprir autonomamente suas próprias obrigações de tutela, o que constitui específica obrigação de qualquer uma das partes contraentes, a competência se transfere para a Corte de Estrasburgo.⁵

Aí se revela a *necessidade* de implantação de modelos processuais mais céleres.

Quanto à *possibilidade* do processo judicial eletrônico, a questão gira em torno de três bases: a) automatização do processo judicial, em face de princípios de direito processual, como acesso à justiça e devido processo legal, sempre sob a óptica da ponderação dos valores “celeridade” e “segurança jurídica”; b) modelo de processo eletrônico, em especial a Lei n. 11.419/2006 do Brasil e o Decreto n. 44, 21 fevereiro 2011, na Itália, em que se analisam o processo e os documentos eletrônicos, sua autenticidade, integridade e segurança (criptografia e assinatura digital) e: c) elementos do processo, sujeitos processuais e seus atos, no modelo eletrônico.

No tocante à *utilidade* dessa técnica processual, simples contraposição entre as realidades jurídica e fática realça o abismo entre uma e outra. Perfeitas as palavras de Roberto Aguiar, inserindo a ciência jurídica no campo da “artesanía”, em processo de produção que remonta, no máximo, ao séc. XIX, que a torna inapta a operar com velocidade:

As redes, a des-hierarquização e a desformalização ainda não são o forte do direito contemporâneo, pois a velocidade não tem fronteiras e o direito tem. A velocidade não tem ritos e o direito os cultua.⁶

Mais uma vez, o paradigma da mudança – ou mudança de paradigma? – de Kuhn. Óbvio fique, no entanto, que a informatização de procedimentos, atos e ritos processuais não é solução para todas as causas da “crise de velocidade do Judiciário”. O trunfo é simplificar, diminuir e expurgar práticas burocráticas, na medida do possível, que se revelam anacrônicas. Ainda de acordo com o Anteprojeto de Lei acima citado,

É necessário agora – simultaneamente ao término da fase de aquisição de equipamentos nas unidades restantes – avançar em direção à integração de todos os atores que intervêm em um processo judicial

5 VILLA-VERDE FILHO, op. cit., p. 124.

6 AGUIAR, Roberto. *Os filhos da flecha do tempo*: pertinências e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000. p. 89.

[...], de modo a que crescentemente os procedimentos judiciais utilizem ao máximo os avanços tecnológicos disponíveis.⁷

Dentro de um dos problemas existenciais do Direito – a dicotomia entre segurança e celeridade – há a necessidade de serem avaliadas novas formas de prestação jurisdicional.

A realidade factual corresponde às novas técnicas processuais, implementadas com o processo judicial eletrônico, e a verdade evidente consiste na conclusão pela necessidade, utilidade e possibilidade de uso desse novo modelo. Segundo Miguel Reale⁸, o embasamento teórico neste ramo do Direito, a *Juscibernética* ou *Cibernética Jurídica*, “se propõe a compreender a conduta jurídica segundo modelos cibernéticos”. Trata-se, portanto, de *mudança de valores* que embasam determinada norma. É necessário que se diga, desde já, que “celeridade” é o valor máximo aqui defendido, sem olvidar – obviamente – a segurança jurídica.

Em primeira vista, parece impossível a convivência de ambos os princípios. No entanto, já adiantando algumas linhas, a celeridade advinda com a informatização muitas vezes torna a jurisdição mais segura. A título de ilustração teórica geral, considere-se uma ideia traçada por Carnelutti:

Partindo da ideia de que em geral, objeto é o resultado de uma observação da realidade, objeto jurídico é aquilo que se observa do Direito ou, em outras palavras, um objeto é jurídico quando o que se observa responde ao conceito que se tem do Direito [...]

Quando é considerado assim, o objeto jurídico consiste em uma porção que se corta e separa, mediante a abstração, do resto da história, como faria quem corta um ramo ou separa um fruto de uma árvore, porque não necessita do resto da árvore ou dos frutos. Desse modo, o objeto se nos apresenta com a veste de ato jurídico [...]. Mas, ainda quando seja resultado de uma abstração, o fato em si mesmo não se presta a nos proporcionar o conhecimento da estrutura do Direito, porque, dito com a maior sinceridade possível, é algo que se

7 BRASIL, *Diário da Câmara dos Deputados*, 29 dez. 2001. p. 68191.

8 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 81.

move, e para ver como é feita uma coisa é preciso antes de tudo que esteja parada.⁹

É preciso, portanto, enxergar o Direito como realidade dinâmica. Carnelutti, contudo, diz que também é necessária a precedência do exame estático do Direito ao dinâmico, pois, sendo trabalho de demonstração, e *não de descobrimento, deve* preceder o simples ao complexo¹⁰. Explicando sua “teoria dos objetos do direito, ou teoria das coisas”, disse, à época, que o jurista não houvera enfrentado aqueles que eram, no ponto de vista do objeto, os mais graves problemas da consideração estática dos fenômenos jurídicos. Disse que aí terminara a parte antiga da teoria das coisas e que, em breve, se poderia julgar se a antiga estrutura era idônea para conter toda a realidade que a complicação crescente e progressiva do direito punha perante os olhos¹¹. O autor identificou, como *ponto de rotura*, a angústia da teoria tradicional para abranger os novos fenômenos que diziam respeito ao *regime jurídico da eletricidade*, o que serve de base para raciocínio analógico aplicável ao processo judicial eletrônico:

A princípio, os juristas ficaram perplexos perante o problema da definição e tratamento dos fenômenos jurídicos relativos à eletricidade. Um episódio típico, que tem mesmo o valor de uma parábola, foi o do furto de eletricidade. Perante o caso de um indivíduo que, ligando uma tomada ao fio que passa em frente da sua janela, ilumina sua casa à custa e sem consentimento do produtor da eletricidade, elevava-se como barreira o hábito de considerar coisa só *id quod cerni vel tangi potest*, pelo que a eletricidade, que nem se toca, nem se vê, não parecia poder ser coisa, nem por isso, objeto de um furto. Tal foi a força do hábito que, na Alemanha, para que tais fatos fossem punidos, foi necessário promulgar lei especial. Sinal, certamente, da maior ductilidade da inteligência latina é que os nossos magistrados tenham preferido inverter o silogismo, e, em vez de deduzir do fato de a eletricidade não ser uma coisa que esta não se pode roubar, terem deduzido da verificação de que pode ser roubada a conclusão de que deve ser

9 CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del Derecho*. Trad. de lo italiano: Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 141. Tradução livre.

10 *Ibidem*, p. 142.

11 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 245.

uma coisa. Na verdade, que a eletricidade, logo que foi utilizada para fins práticos, se tenha tornado coisa a respeito da qual têm lugar conflitos de interesses, e que destes conflitos tenham resultado contratos e delitos, constituía objeto de relações de direito.¹²

Eis a justificação deste artigo: o meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, mediante o “processo judicial eletrônico”, como real – pois necessário, possível e útil –, instrumento de efetivação da prestação jurisdicional célere.

1 NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E UTILIDADE DO PROCESSO ELETRÔNICO

1.1 NECESSIDADE

Por decorrência direta da leitura do art. 5º da Constituição Federal de 1988, afirma-se, com base no inciso XXXVI e no próprio *caput*, assim como no inciso LXXVIII, que “celeridade” e “segurança” têm natureza de norma principiológica constitucional. Também na *Costituzione della Repubblica Italiana*, em seu art. 11:

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. *La legge ne assicura la ragionevole durata.*

Tais normas têm natureza de “garantia”, ou seja, são normas impostas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo:

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc... constituem é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como *garantia do correto exercício da função jurisdicional*. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é *condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa*. [...] [quando]

¹² Ibidem, p.245.

houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia – caracterizando a denominada atipicidade constitucional –, a consequência será a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior.¹³

Assim, consideram-se os seguintes fatores: celeridade e segurança jurídica são valores erigidos ao pedestal de princípios constitucionais processuais, ambos manifestações do devido processo justo e legal, cuja infringência resulta em sanção decorrente ou da própria Constituição ou dos *princípios gerais do ordenamento* – frisem-se esses últimos.

Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 47, faz referência ao princípio da celeridade:

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed *entro un termine ragionevole* da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

Ainda, no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil, o Tratado sobre o Funcionamento da *União Europeia* estabeleceu o princípio do recíproco reconhecimento das decisões judiciais e extrajudiciais e, para assegurar o atingimento desse objetivo, foram concedidas competências específicas à União para garantir, entre outros, um efetivo acesso à justiça¹⁴. Este é o art. 81, do Tratado:

1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 59-60 e p. 62-63.

¹⁴ FARINA, Massimo. *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. Forlì: Expert Edizioni, 2011. p. 9.

a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;

[...]

c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;

d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;

e) *un accesso effettivo alla giustizia*;

f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessário promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;

[...]

Atendendo à razoabilidade lógica, esses conceitos devem ser avaliados conforme os critérios valorativos que vigoram na sociedade de onde exsurgem. Deve-se fazer uma leitura do problema de acordo com os valores sociojurídicos que, atualmente, regem o raciocínio jurídico – ou dever-se-ia fazê-lo.

Mas... e quando a realidade fática distancia-se sobremaneira da realidade jurídica?

Tome-se por premissa inicial a notória morosidade dos processos judiciais brasileiro e italiano. O direito não consegue acompanhar o ritmo ditado pela sociedade, ficando à mercê de situações não amparadas pelos textos legais, afrontando o princípio da segurança jurídica. E essa afirmação torna-se patente com relação ao processo judicial. Mas *ubi societas ibi ius*: o direito deve se adaptar às incessantes mutações sociais, e não o contrário. “De nada servirá o direito no caso concreto quando, pelo passar de longos anos, já se perder o objeto da lide, ou quando a decisão já encontrar constituída outra situação que a dispense ou a torne inócua”¹⁵.

Há de se reformar, pois, o processo civil. De acordo com Mauro Cappelletti, três são os principais problemas do movimento reformador processualista:

15 COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e a reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

o obstáculo *econômico* [...]; o obstáculo *organizador* [...]; o obstáculo propriamente *processual*, mediante o qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.¹⁶

A terceira onda renovatória do processo, referente à superação do terceiro obstáculo, justamente preocupa-se

com fórmulas para simplificar os procedimentos, o Direito Processual e o Direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, dentre outros, sobre o princípio da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do juiz e a *instrumentalidade* do processo.¹⁷

Entretanto deve-se lembrar: a jurisdição – e todos os seus consectários científicos, conceituais etc. – é apenas *uma das técnicas de resolução de conflitos* deflagrados no plano do direito material. Ao seu lado devem ser incentivados e desenvolvidos métodos de autocomposição, como mediação, conciliação, negociação, assunto cujo tratamento extrapola o presente trabalho, mas não pode deixar de ser lembrado.

Para que se chegue a um processo mais efetivo, é necessário que o operador do direito tenha em mente formas de melhoramento da atividade estatal, como, no caso proposto, a racionalização efetiva do processo jurisdicional, quando se entender o processo como simples *instrumento para resolução de conflito*, e não uma entidade imutável, protegida por dogmas e auto-suficiente. O processo deve atender ao seu fim: possibilitar ao Estado, por meio da técnica jurisdicional, resolver efetivamente os conflitos de direito material, e isso só se dará no momento em que esses próprios meios resultem na satisfação material do direito.

Indaga-se, portanto: um processo atenderia a seu escopo social ao imutabilizar eternamente práticas cartorárias retrógradas que hoje não têm mais justificativa para existir? Ou, ainda, haveria justiça ao se proferir uma sentença dez, quinze anos depois de a demanda ter sido proposta, quando, muitas vezes, a situação fática que lhe deu ensejo já não existe mais ou já mudou tanto que não mais justifica uma decisão

16 Apud RIBEIRO, Antônio de Pádua. *As novas tendências do Direito Processual Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo10.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2008. p. 2.

17 *Ibidem*, p. 3.

judicial? E como ficam os demais direitos fundamentais, perante a necessidade de se desenvolver um processo célere?

A questão foi abordada parcialmente sob o aspecto reparatório, e não preventivo, pela lei italiana n. 89, de 24 de março de 2001, a chamada Legge Pinto:

Art. 2. Diritto all'equa riparazione

1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.

2. Nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione.

Ainda, há de se observar que, na mesma posição hierárquica dos direitos fundamentais da celeridade e da segurança jurídica, existem outros tantos, como cidadania, soberania, que, em juízo de proporcionalidade e razoabilidade, podem prevalecer sobre a celeridade processual. O afastamento de qualquer um deles *só se justifica em casos excepcionalíssimos, nos quais outros princípios gerais do ordenamento devam se sobrepor. Tal harmonia é possibilitada* pela incidência do princípio da proporcionalidade, composto por aspectos de adequação, necessidade, proporcionalidade estrita e não excessividade, o que, segundo Ada Pellegrini, é “o justo *equilíbrio entre os meios empregados e os fins* a serem alcançados”¹⁸, em consonância com os postulados de Cappelletti e Garth.

Portanto, não há de se falar que a superelevação da celeridade jurisdicional faça brotar a insegurança jurídica: ambas devem conviver, mas, em casos específicos, elas devem ceder a valores preponderantes identificados em um conflito de princípios.

É esse raciocínio que deve direcionar a atuação do operador do direito atual, rumo à efetivação das medidas processuais em busca de uma resolução

18 GRINOVER, op. cit., p. 28.

justa e legítima dos conflitos sociais. Mas promover o princípio da razoável duração do processo faz com que haja diminuição da segurança jurídica?

Celeridade e segurança jurídica, em determinado caso concreto, podem – e devem – ceder a quaisquer outros princípios que se repute preponderantes. Ou seria razoável um processo extremamente rápido, que gere uma coisa julgada absolutamente eterna e viole a soberania do Estado ou a cidadania?

Ora, basta invocarmos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, norte para toda e qualquer sistematização de direitos fundamentais nos Estados contemporâneos. A Declaração erige como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que dá suporte axiológico à interpretação de quaisquer normas jurídicas internas ou internacionais.

Dessa forma, basta que estejam em conflito a segurança jurídica e a celeridade processual, de um lado, e a dignidade, de outro, para que esta se sobreponha àquelas, em raciocínio de grande valor social e válida fundamentação jurídico-constitucional.

Portanto, toda essa projeção teórica conduz à seguinte conclusão: segurança jurídica e celeridade, mais que princípios constitucionais que devem conviver pacificamente, são princípios constitucionais que devem atender às finalidades maiores do Estado Democrático de Direito. Segurança jurídica e razoável duração do processo nada são se a dignidade da pessoa humana, valor máximo da sociedade atual, for violada em um processo, ainda que seguro e célere.

E é visando à garantia do princípio da celeridade, sem ferir o da segurança, que se constitui a *necessidade* de implementação do processo eletrônico. A questão incide, sem dúvida, em um dos grandes conflitos de paradigmas pelos quais o direito, como ciência, está inserido nos últimos anos: a preponderância do primeiro valor, celeridade, em face do segundo. Mas tornar a prestação jurisdicional *célere, por meio da informatização dos instrumentos judiciais*, significa, mais que isso, dar-lhe eficácia social. E ainda mais: oferecer a prestação jurisdicional rápida é, também, uma forma de garantir a segurança jurídica, conforme se vê nos itens seguintes.

1.2 POSSIBILIDADE

Segundo o art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.419/2006 do Brasil: meio eletrônico é “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais”; e transmissão eletrônica é “toda forma

de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores”.

Conforme o Decreto n. 44/2011 italiano, procura-se, também, traçar as regras técnicas para adoção, nos processos civil e penal, das tecnologias da informação e da comunicação. Segundo Villeco:

il regolamento in questione costituisce un ulteriore impulso al processo di informatizzazione dell'amministrazione della giustizia perché dà attuazione ai principi stabiliti dal CAD e alle varie disposizioni di rango primario contenute nel citato codice, alla luce delle vigenti disposizioni processuali, in particolare per quanto riguarda la trasmissione telematica degli atti processuali in base a quanto disposto dalle singole norme¹⁹.

Aqui, ressalta-se a ideia principal da implantação de um processo eletrônico: a *mudança de suporte de materialização do processo*, do meio físico (papel) para o eletrônico (virtual). Em um processo eletrônico ideal, não haverá mais documentos físicos. Passarão a ser chamados de documentos eletrônicos, considerados como “a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares” (art. 2º, I, Projeto de Lei n.º 1.483/99). *É importante, também, salientar o art. 8º da Lei n.º 11.419/06:*

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Fica expressamente definido que a informatização do processo judicial pode ser total, o que eliminaria todo e qualquer suporte material (i. e., *não-eletrônico*) na *tramitação processual*, o que, em princípio, pode gerar questionamentos mais conservadores:

certo caráter misonicista de aplicadores e teóricos do Direito, de receio perante o inovador, vem obstando o livre desenvolvimento

19 VILLECCO, Alessandra. *Il processo civile telematico*. Milano: Utet Giuridica, 2011. Aggiornamento, p. 1.

das formas contratuais eletrônicas. [Fábio Ulhôa] Coelho²⁰ chega a afirmar que “estamos tão acostumados com o uso do papel para suportar informações que não ficamos seguros diante do novo suporte. O Código de Hammurabi foi escrito numa pedra e talvez seus contemporâneos desconfiassem da perenidade das regras, se lhes fossem apresentadas escritas num papiro”.²¹

Assim também acontece com o processo eletrônico. Parafraseando Fábio Ulhôa Coelho, estamos tão acostumados com o manuseio do processo-papel que um “processo eletrônico” poderia soar como ficção científica. Imaginar o conjunto de atos e termos do processo, segundo Moacyr Amaral²² “fora de seu lugar natural”, o papel, às vezes poderia ser mais difícil do que o que realmente é.

Na Itália, por sua vez,

*l'uso degli strumenti informatici nell'amministrazione dela giustizia è avvenuto in modo graduale, seguendo un percorso evolutivo che, iniziando con la gestione di archivi elettronici per la raccolta di atti e di documenti sperimentata presso alcune sedi pilota, è poi approdato a un'utilizzazione dinamica delle strutture informatiche a supporto dell'attività processuale delle parti e dell'ufficio giurisdizionale.*²³

Outra questão diz respeito à *acessibilidade dos autos*. Eles são armazenados em bancos de dados, nos quais as informações relativas aos mais minuciosos detalhes do processo podem ser recuperados quase que instantaneamente, gerando uma economia no tempo despendido em atividades cartorárias. Ainda: todos os atos processuais podem utilizar como base dados de outros atos já praticados, o que acarretaria considerável economia de trabalho. E mais: a eliminação do meio papel já implica o fim de alguns atos processuais e práticas cartorárias retrógradas, como juntada de documentos, localização de autos, numeração de folhas, costura de volumes, impressão de certidões etc.

Isso porque os autos do processo eletrônico são considerados como um arquivo de computador. Mas como limitar o acesso a esse arquivo, já

20 COELHO, Fábio Ulhôa. *Contrato eletrônico: conceito e prova*. São Paulo: Tribuna do Direito, fev. 2000. p. 8.

21 PERRONI, op. cit., p. 25.

22 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual*, v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 292.

23 VILLECCO, op. cit., p. 45.

que às partes, aos juízes e aos demais sujeitos do processo são atribuídos ônus e competências específicos no processo?

A partir dos cadastros iniciais no sistema, cada sujeito processual é identificado automaticamente no processo e o sistema só permite o acesso a determinados documentos àquele competente para fazê-lo. A identificação correta dos sujeitos depende da implementação de *assinaturas digitais*. Basta que haja um sistema de assinaturas eletrônicas certificado por Autoridade Certificadora credenciada, para que o requisito da identificação idônea seja atendido. Assim preconizam os parágrafos do art. 169 do Código de Processo Civil, com a redação introduzida pela Lei n.º 11.419/06,

§ 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

As peças que compõem o processo eletrônico são os *documentos eletrônicos*, atos praticados e arquivados em meio eletrônico.

Em sua acepção tradicional, sempre se identificou o conceito de documento com o de “coisa”, no sentido de matéria. Chiovenda o entende como “toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente”²⁴. Mirabete, entretanto, não exige que o documento seja fisicamente tangível: “é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de um ato dotado de significação ou relevância jurídica”²⁵. Por ser uma sequência de *bits* que não se prende a um meio específico, não há que se falar em original e cópia de um documento eletrônico. Essa *sequência de bits* pode ser reproduzida milhares de vezes, em outros meios, e o documento continuará sendo o mesmo. Nesse sentido, o art. 11 da Lei n.º 11.419/06:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário,

24 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1969. p. 127.

25 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 312.

na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1o Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

[...]

§ 5o Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

Fica claro não haver distinção entre original e cópia dos documentos que compõem o processo eletrônico. Depois de praticado o ato, seu acesso será bloqueado para qualquer tipo de edição ou exclusão, admitindo apenas sua leitura. Havendo a necessidade de desentranhamento, o juiz autorizará a exclusão do arquivo e o sistema, automaticamente, lavrará certidão do ato. Na Itália, “*l’attuale fonte normativa che regola la formazione e l’efficacia dela documentazione informatica è costituita dal d. lg. 7.3.2005, n. 82, che forma il codice dell’amministrazione digitale (CAD)*”²⁶.

A partir dessas definições, considera-se o ato dotado de significação e relevância jurídica produzido e mantido em meio eletrônico como um documento eletrônico idôneo.

É, enfim, hábil o documento eletrônico a compor os autos do processo judicial civil eletrônico. No entanto, é necessário analisar dois requisitos desses documentos: a autenticidade e integridade. Autenticidade é a atribuição de determinado conteúdo a quem se julga ser seu autor. Segundo Carnelutti, ela é uma coincidência entre o autor aparente da informação e o autor real²⁷. Integridade, por sua vez, diz respeito à exata

26 VILLECCO, op. cit., p. 21.

27 CARNELUTTI apud SANTOS, op. cit., p. 389.

coincidência entre mensagem expressa e a informação recebida, isto é, sem o menor tipo de mudança no conteúdo transmitido.

O documento físico, não raras vezes, é objeto de falsificação, seja no tocante a sua autenticidade, seja quanto a sua integridade. Como, então, garantir essas duas qualidades em um documento eletrônico?

Aqui surge a *criptografia* como técnica capaz de garantir a integridade e a autenticidade. Antes restrita aos meios militares, hoje é largamente utilizada em transações virtuais, em sites de compras, em canais de televisão por assinatura. Há duas espécies de criptografia: a simétrica e a assimétrica. Na primeira, chamada de chave privada, há uma única senha, que serve tanto para codificar a mensagem quanto para decodificá-la, isto é, com a mesma chave o emissor criptografa a mensagem e o receptor a decifra. Serve, mais ou menos, como uma chave convencional de portas, em que uma pessoa tranca a fechadura e a outra, naturalmente, pode abri-la com a mesma chave. Essa senha deve ser mantida em sigilo, com uso restrito às partes que dela querem se valer, sob pena de um terceiro de má-fé utilizá-la para outros fins. No processo eletrônico, tal método seria útil no caso de arquivamentos de autos baixados, pois apenas o tribunal teria acesso à chave privada, além de atender ao disposto no §2º do art. 13 da Lei n.º 11.419/06:

Art. 13. O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.

[...]

§ 2º O acesso de que trata este artigo dar-se-á por qualquer meio tecnológico disponível, preferentemente o de menor custo, considerada sua eficiência.

No entanto, atos que exigem uma mínima comunicação bilateral, na qual a mensagem viaja por um espaço virtual, o método simétrico não assegura integridade e autenticidade. Como garantir, então, ao mesmo tempo a publicidade, integridade e autenticidade dos atos processuais, já que a publicidade também é restringida, em alguns casos, pela própria Lei 11.419/06, como expresso no § 6º do art. 11? A resposta está no segundo método de criptografia: a assimétrica. Aqui, há duas chaves, cujas senhas são calculadas por

um programa computacional. Então, o usuário escolhe uma para ser sua chave privada, semelhante àquela da criptografia simétrica, mas deve escolher uma denominada chave pública, que será divulgada publicamente aos interessados nos atos processuais eletrônicos (partes, juízes, Ministério Público etc.). A diferença, portanto, entre este método e o primeiro consiste no fato de que se usa a chave privada para encriptar e a pública para decodificar, garantindo-se, ao mesmo tempo, autenticidade, integridade e publicidade aos atos processuais eletrônicos.

Outra vantagem da criptografia assimétrica, por utilizar esse binário de senhas pública e privada, é a possibilidade de se criar as *já referidas assinaturas digitais*. De acordo com a Lei n.º 11.419/06, no inciso III do § 2º do artigo 2º, assinatura eletrônica consiste nas

- a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
- b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Também na Itália, “la firma elettronica è stata introdotta nel ordinamento con il d. lg. n. 10/2002, dettato sulla base della Direttiva 199/93/CE”²⁸. Mas a nova concepção de assinatura eletrônica avançada consiste em um

insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati (lett. *q-bis*, art. 1 Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD).²⁹

Tais disposições indicam a construção, ou ao menos o começo, de uma identidade digital, apta a gerar qualquer tipo de autenticidade eletrônica, cuja validade não pode ser contestada, já que emitida por um órgão dotado de fides e autorizado por uma Autoridade Certificadora, instituída e fiscalizada sob os auspícios do próprio Estado.

28 CONTALDO, Alfonso; GORGA, Michele. *Il processo telematico*. Torino: Giappichelli Editore, 2012. p. 78.

29 VILLECCO, op. cit., p. 34.

Portanto, não devem prosperar os argumentos que criam barreiras à aceitação da segurança dos documentos eletrônicos. Por muitas vezes, e em razão de todos os cuidados normativos que já cercam a questão, os atos processuais eletrônicos podem ser tornar mais seguros que os atos realizados em papel, pois o risco de sofrerem alguma interferência humana (falsificações) ou natural (deterioração do papel, má conservação de autos arquivados) é menor.

Com base nisso, afirma-se que *ato processual eletrônico* é aquele ato praticado dentro de uma relação jurídica processual deflagrada num procedimento marcado por contraditório, cujo suporte é eletrônico. O art. 154 do CPC não exige forma específica para os atos processuais, com exceção dos expressamente previstos em lei. É o aspecto mais relevante do princípio da instrumentalidade das formas, por meio do qual se deve verificar se o ato atingiu suas finalidades, quais sejam, autenticar e fazer certa uma atividade, além de atender aos próprios objetivos do processo, independentemente da forma adotada³⁰. É interessante a colocação de Piero Calamandrei a respeito do formalismo exarcebado:

A história das instituições judiciais demonstra que as formas adotadas originariamente para alcançar certos fins tendem a sobreviver a sua função e a permanecer cristalizadas na prática mesmo depois de terminada sua justificação histórica, como fim em si mesmas; assim, às vezes, o valor puramente instrumental das formas que deveriam servir para facilitar a justiça, degenera em formalismo e as mesmas se convertem em objeto de culto cego como fórmulas rituais que têm por si mesmas um valor sacramental (na linguagem forense, com efeito, o procedimento se chama “rito”). E, em tais casos, não deixa de ter fundamento a repugnância dos profanos, entre os quais é comum a crença de que o procedimento mata o direito.³¹

O princípio da instrumentalidade tem relevância inegável, já que a forma dos atos processuais eletrônicos muda completamente, e, nem por isso, implica-se violação dos princípios processuais. Ao contrário. A utilização de atos processuais eletrônicos fomenta a instrumentalidade, na medida em que dá mais efetividade a atos, hoje, extremamente retrógrados, e mesmo extingue outros desnecessários para o processo eletrônico (numeração de folhas, costura de volumes etc.).

30 SANTOS, op. cit., v. 2, p. 63-64.

31 CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 257.

Repita-se: dever-se pensar o processo judicial eletrônico como um arquivo computacional de acesso restrito, *mutatis mutandis*, com configuração semelhante à das páginas da Internet. O hipertexto e a hipermídia no processo são ferramentas poderosas para acessibilidade de informações, que, além de garantir o cumprimento da finalidade dos atos, garante-o com eficácia inimaginável quando do manuseio de autos de papel.

Cintra, Grinover e Dinamarco subdividem os *atos processuais das partes* em: postulatórios, dispositivos, instrutórios e reais. “Os três primeiros constituem declarações de vontade, enquanto o último, como a próprio designação indica, resolve-se em condutas materiais (não-verbais) das partes”³². “Postulatórios são aqueles mediante os quais a parte pleiteia dado provimento jurisdicional (denúncia, petição inicial, contestação, recurso)”. “Dispositivos são aqueles através dos quais se abre mão, em prejuízo próprio (ou seja, através de que se dispõe), de determinada posição jurídica processual ativa, ou mesmo da própria tutela jurisdicional”³³, a exemplo da desistência do processo, de recurso, renúncia à faculdade de recorrer etc. Instrutórios são os destinados a convencer o juiz, e os reais são as condutas materiais das partes no processo, pagando custas, exibindo documentos etc.³⁴. Com relação aos atos instrutórios, como sua finalidade é convencer o juiz da veracidade das afirmações feitas pela parte³⁵, a utilização de recursos de hipertexto e hipermídia facilitam muito a consulta das provas, o que, de certa forma, garante efetivamente o princípio do contraditório. Já os atos dispositivos seriam afetados, por exemplo, quando as partes abrirem mão de determinado prazo recursal e o próprio sistema emitir uma certidão. Com relação aos atos materiais, é fácil imaginar a utilização do sistema, por exemplo, quanto ao pagamento de custas. O procedimento seria análogo ao de transferências bancárias largamente feitas pela Internet.

Mas a estruturação do processo eletrônico com o uso de hipertexto e hipermídia mudaria, substancialmente, muitas situações classificadas entre os atos postulatórios. Por exemplo, a petição inicial, hoje, é um documento escrito em um suporte físico, observados os requisitos do art. 282 do CPC. Com a adoção da petição inicial

32 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 356.

33 Ibidem, p. 358.

34 Ibidem, p. 359.

35 BAPTISTA, op. cit., p. 164

eletrônica, duas mudanças principais se observariam: o suporte de sua realização não seria mais o papel, e sim um sistema fornecido pelo tribunal respectivo; e a forma de organização de seu texto seguiria, basicamente, aquele raciocínio de composição de uma página da Internet. A Lei n.º 11.419/06 define que:

Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Com relação à mudança da organização do texto da petição inicial, talvez possa haver uma dificuldade maior. Hoje, trata-se de um texto de leitura linear, em que referências a documentos se misturam com alegações e argumentos. No meio eletrônico, onde a leitura geralmente é fragmentária (veja-se a Internet), tais referências levariam, por um simples clique, ao exato ponto no documento instrutório anexado facilitando a leitura da causa. O próprio advogado preencheria determinados campos de conteúdo controlado, em formulário eletrônico do sistema desenvolvido pelo tribunal, campos esses relativos ao art. 282 do CPC, que converteriam o formulário em arquivo com estrutura de página da Internet. Dessa forma, os sujeitos processuais, ao compulsar os autos, bastariam clicar sobre a palavra marcada como *hiperlink* e seria aberta uma nova janela, com o conteúdo referente ao respectivo documento eletrônico, também já juntado naquele formulário. A vantagem desse método é possibilitar o uso de hipermídia, por meio do qual se poderia anexar um documento visual, sonoro ou mesmo audiovisual, acessíveis ininterruptamente.

De acordo com a art. 15 da Lei n.º 11.419/06, alguns requisitos devem constar nessas petições eletrônicas:

Art. 15. Salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal.

Ademais, fica expressamente definido que a realização de tais atos pode ser feita diretamente, sem a necessidade de intervenção do cartório judicial, conforme dispõe a Lei n.º 11.419/06:

Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

Isso, sem dúvida, permite afirmar que o peticionamento eletrônico implica enorme economia de trabalho burocrático cartorário, que pode ser aproveitado mais eficientemente em outro tipo de atividade. Na Itália,

l'art.4, comma 1, d.p.r. n. 123/2001 dispone, inoltre, che i provvedimenti e gli atti del processo possono essere compiuti come documenti informatici sottoscritti con firma digitale, e tanto in forza ed in applicazione del principio della libertà delle forme processuali espresso dall'art. 121 c.p.c.³⁶

A verificação da tempestividade dos atos processuais é tratada no art. 3º da Lei n.º 11.419/06:

Art. 3º Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico.

Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.

³⁶ CONTALDO, op. cit., p. 82.

Quanto à *atividade do juiz* no processo, “distinguem-se duas categorias de atos processuais: provimentos; e atos reais (ou materiais)”³⁷. “Provimentos são pronunciamentos do juiz no processo [...] e contêm a decisão sobre uma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas”³⁸, e os materiais “não têm qualquer caráter de resolução ou determinação”³⁹, que podem ser instrutórios (inspeção em pessoas ou coisas) ou de documentação (rubricar folhas dos autos). Com relação aos *atos de provimento*, o raciocínio é análogo ao dos atos instrutórios das partes, cada ato judicial seguiria um formulário, com campos determinados, que seriam convertidos em arquivo de hipertexto. Dessa forma, prazos processuais, intimações e outras comunicações seriam realizadas automaticamente, após a conclusão do ato. Com relação aos *atos materiais*, prevê-se a realização de audiências por videoconferência. No entanto, este último tema é extremamente controverso, que foge aos limites deste artigo.

Também segundo a doutrina adotada, “a cooperação dos *auxiliares* da Justiça no processo faz-se por meio de atos de movimentação, documentação, comunicação e execução”⁴⁰, incluídos a conclusão dos autos para o juiz, a autuação, a expedição de mandados e ofícios, a confecção de certidões e termos, e a realização de intimações e citações. Com os autos eletrônicos, o serviço de autuação, previsto no art. 166 do CPC desaparece por completo, pois, ao propor a demanda, o advogado, na petição inicial, já está cadastrando a natureza do feito, os dados das partes, a especificação dos documentos etc. e o sistema atribui-lhe automaticamente um número de registro, numeração das folhas e realiza outros atos previstos no art. 168 do CPC. Além disso, a distribuição é feita imediatamente após o registro da petição eletrônica no sistema, eliminando diversas práticas cartorárias, que atrasam o curso do processo. Também a atividade de juntada desaparece por completo, já que o próprio sistema “junta” automaticamente os documentos encaminhados por meio dos formulários eletrônicos disponibilizados. Com relação aos atos de expedição, o art. 141 do CPC enumera as atividades relativas aos serventuários cartorários e a Lei n.º 11.419/06 permite que todos os atos sejam realizados pelo meio eletrônico:

37 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 356.

38 Ibidem, p. 357.

39 Ibidem, p. 357.

40 Ibidem, p. 358.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Art. 7º As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico.

Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

É interessante notar, também, a possibilidade de, nos autos eletrônicos, intimações serem geradas automaticamente em razão da natureza do ato judicial ou cartorário que o precedeu. Eis o teor do art. 5º, § 4º, da Lei n.º 11.419/06:

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

A Lei n.º 11.419/06 largamente dispõe sobre a publicação eletrônica de atos judiciais:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Na Itália,

con l'enorme di modifica al codice di procedura civile, introdotta com l'art. 51 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, nel quadro più generale di riforma del rito civile, il nostro legislatore non solo ha introdotto importanti novità in tema di comunicazioni e notificazioni telematiche, ma si è anche preoccupato – per rendere obbligatorio l'utilizzo della telematica [...]. Le notificazioni e le comunicazioni di cui al comma 1 dell'art. 170 e dell'art. 192, dovranno essere, quindi, effettuate per via telematica all'indirizzo elettronico comunicato dagli avvocati.⁴¹

Por fim, terminado o processo, exige-se um grande trabalho logístico de *arquivamento* (estrutura, limpeza, conservação etc.). No entanto, o arquivamento dos autos eletrônicos é extremamente simples e econômico, ainda mais com a inafastável expansão dos serviços de *cloud computing*. Com isso, também se garante maior facilidade na manipulação futura dos autos arquivados, atendendo ao requisito da perenidade da informação, condição *sine qua non* para se admitir a validade dos documentos eletrônicos (art. 12, § 1º, da Lei n. 11.419/06):

Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico.

§ 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

[...]

§ 5º A digitalização de autos em mídia não digital, em tramitação ou já arquivados, será precedida de publicação de editais de intimações ou da intimação pessoal das partes e de seus procuradores, para que, no prazo preclusivo de 30 (trinta) dias, se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de algum dos documentos originais.

⁴¹ CONTALDO, op. cit., p. 174.

Ainda sobre o armazenamento de informações, dispõe o art. 16 da Lei n.º 11.419/06:

Art. 16. Os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.

Também o § 2º do art. 154 do CPC prevê que “todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei”.

Portanto, diante de todo o exposto acerca dos atos processuais eletrônicos, torna-se clara a conclusão sobre a *possibilidade* de utilização do processo judicial eletrônico.

1.3 UTILIDADE

O problema gira em torno, basicamente, da ideia de “acesso à justiça”, expressão desenhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, bem sintetizada no direito pátrio por Cândido Rangel Dinamarco:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Dados objetivos do Conselho Nacional de Justiça indicam, claramente, a existência de uma sobrecarga processual na Justiça brasileira, o que, por si só, implica concluir que o processo judicial brasileiro não é célere. Apenas a título exemplificativo, a pesquisa “Justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário, ano 2005”, do CNJ, registrou um índice médio da “taxa de congestionamento [de processos] no segundo grau” na Justiça Federal de 63,66%. Por sua vez, o índice médio da “taxa de congestionamento [de processos] no primeiro grau” na Justiça Federal foi de alarmantes 73,08%, ou seja, apenas um em cada quatro processos não teve seu trâmite prejudicado pelo “congestionamento” judicial.

Exatamente o mesmo ocorre na Itália:

la crisi del sistema della giustizia civile in Italia almeno da due decenni è oggetto di continue analisi sociologiche e giuridiche. La grande mole di processi pendenti – che incidono direttamente e negativamente sul sistema economico del paese – altro non rappresenta se non l'arretratezza procedurale e strutturale dell'attuale *arcaico metodo di organizzazione del lavoro nel processo*.⁴²

Assim, em um simples raciocínio silogístico, o processo, por não ser célere, viola a garantia do “acesso à justiça”; em consequência, está a violar direito fundamental expressamente protegido nas constituições brasileira e na italiana. Em específico na Itália, prevê-se legalmente a reparação justa no caso de violação da duração razoável do processo, na já citada *Legge Pinto*:

Art. 2. Diritto all'equa riparazione

[...]

2-bis. Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. Il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di arte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari.

2-ter. Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni.

2-quater. Ai fini del computo non si tiene conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l'impugnazione e la proposizione della stessa

⁴² CONTALDO, op. cit., p. 1.

Especificamente nessa lei, a violação da duração razoável *implica a aplicação de uma sanção ao Estado*:

Art. 2-bis Misura dell'indennizzo

1. Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo.

2. L'indennizzo e' determinato a norma dell'articolo 2056 del codice civile, tenendo conto:

a) dell'esito del processo nel quale si e' verificata la violazione di cui al comma 1 dell'articolo 2;

b) del comportamento del giudice e delle parti;

c) della natura degli interessi coinvolti;

d) del valore e della rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte.

3. La misura dell'indennizzo, anche in deroga al comma 1, non puo' in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice.

Portanto, os princípios constitucionais, normas por meio das quais se traça o espírito constitucional do processo, ditam padrões, não só para o direito processual, como para toda a atividade desenvolvida em um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 do Brasil e a Constituição Italiana procuram ampliar ao máximo o acesso ao Estado-juiz, ao Estado Democrático de Direito. Mas o amplo acesso ao Estado-jurisdição, em franca proteção do princípio da segurança jurídica, acabou por revelar-se uma das origens de um novo problema: a demora da prestação judicial.

Então, instaurou-se um movimento científico-legislativo que pretendeu dar preponderância a outro princípio, o da celeridade. Aí a origem das reformas legislativas, como as já citadas ao longo do texto, tanto no Brasil quanto na Itália, e das manifestações doutrinárias.

Cássio Scarpinella Bueno afirma que:

o processo civil deve ser lido e relido à luz da Constituição Federal. Há uma correlação necessária entre ambos e uma inegável dependência daquele nesta. Tutela jurisdicional não é só dizer o direito; é também realizá-lo. Ao lado de uma “juris-dição” tem que haver uma “juris-satisfação.

Assim, neste momento da ciência jurídica, prega-se a devida efetivação da tutela jurisdicional, pela entrega concreta do bem da vida. Não se pode exigir do jurisdicionado a utilização de via mais longa e tortuosa, por meios antiquados e – diria mesmo – antijurídicos, se por outra forma seu direito concretizado seria com mais efetividade atingido.

É nas lições de Cappelletti e Garth que se encontram as considerações pertinentes ao “acesso à justiça”, a que eles atribuem o poder de dar “efetividade aos direitos sociais”, afirmando que sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, as denominadas ondas renovatórias⁴³. A primeira, em linhas gerais, diz respeito à garantia de adequada representação legal dos pobres. A segunda objetiva tutelar os interesses difusos e coletivos. E a terceira preocupa-se basicamente com a simplificação de procedimentos.

A contribuição dessa teoria à melhoria do processo civil brasileiro pode ser exemplificada, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965) da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). Com a Lei n.º 11.419/06, a simplificação processual adviria com a implantação do processo eletrônico. São palavras do relator do Anteprojeto que deu origem ao último diploma:

Sob a perspectiva jurídica, devemos reconhecer que a proposta traz uma contribuição ao relevante tema da eficácia dos procedimentos judiciais, principalmente não que diz respeito à sua celeridade e à economia que beneficiará tanto o Poder Público, que arca com o funcionamento da máquina judiciária, quanto à parte no que diz respeito aos custos processuais. Assim, a proposta se nos afigura relevante [...].⁴⁴

43 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

44 BRASIL, *Diário da Câmara dos Deputados*, 29 dez. 2001, p. 68192.

Informam, ainda, Cappelletti e Garth que:

a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo, que [...] quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou filigranas. O que se busca é a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, [...] pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo.⁴⁵

Mas o princípio da efetividade deve ser compreendido em dois planos: o do direito material e o do direito processual. No plano do direito material, inicialmente, há o bem da vida, que é elevado à categoria de juridicamente protegido ou não. Há partes subjetivas, indivíduos que compactuam, a seu dispor, mas em consonância com a lei, sobre esse bem da vida, ao que, genericamente pode se chamar de obrigação. A obrigação (grosso modo) tem um desfecho alternativo: ou é cumprida ou não o é. Sendo cumprida, o direito realiza-se plenamente no plano material. Não o sendo, o problema está configurado. Esse inadimplemento, apelidado de conflito, é resolvido potencialmente por meio de algumas técnicas: autocomposição (mediação, negociação, conciliação) e heterocomposição (arbitragem e jurisdição).

Dito isso tudo, chega-se a uma conclusão inafastável, antecipada em momento anterior deste trabalho: a *jurisdição* – e todos os seus consectários científicos, conceituais etc. – *é apenas uma das técnicas de resolução de conflitos deflagrados no plano do direito material*. Para que se chegue a um processo mais efetivo, é necessário que o operador do direito tenha em mente duas formas de melhoramento da atividade estatal: o desenvolvimento dos meios de resolução de disputas extra-jurisdicionais; e a racionalização efetiva do processo jurisdicional. Da primeira, não trataremos neste trabalho, como já ressaltado em outro ponto acima. Mas, quanto à racionalização do processo, dentro do meio de resolução jurisdicional, deve-se entender o processo como *simples instrumento para resolução de conflito*, e não uma entidade imutável, protegida por dogmas e autossuficiente.

O processo deve atender ao seu fim: possibilitar ao Estado, por meio da técnica jurisdicional, resolver efetivamente os conflitos de direito material, e isso só será dado a partir do momento em que esses próprios meios resultem na satisfação material do direito.

⁴⁵ Ibidem.

Essa é a razão do movimento reformador processualista mais recente no Brasil e é verificada na simples leitura dos arts. 461, 461-A e 475-A e seguintes do Código de Processo Civil e, principalmente, da Lei n.º 11.419/06, que instituiu um novo modelo de procedimento judicial: o eletrônico.

Segundo Fabienne Hohl:

O sistema judiciário é o reflexo da sociedade. Na medida em que esta se modifica, especialmente no que se refere aos seus aspectos econômicos e sociais, o direito material também evolui, devendo ser modernizado e adaptado às novas exigências. Assim, os caminhos em busca de uma melhoria de tutela jurisdicional não impõem a descoberta de novas técnicas de solução dos conflitos, mas, sim, uma nova combinação de técnicas já existentes⁴⁶.

Na Itália também se fala de “estratégias para enfrentar a crise da justiça civil”, desenvolvendo-se, assim como no Brasil, os meios alternativos de controvérsia, as políticas de inovação judiciais e o emprego dos instrumentos de informática⁴⁷.

Consideradas as especificidades conceituais, técnica processual não deve se confundir com tutela jurisdicional. Então, quais as diferenças entre técnica processual e tutela dos direitos? De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁸, há diferença entre forma em sentido estrito e formalismo processual (técnica processual). “Embora o CPC, art. 154, contemple o princípio da liberdade das formas, os principais atos processuais são eminentemente formais (petição inicial, citação, contestação, sentença)”⁴⁹. Em resumo, *técnica processual* é uma predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Em complementação, Dinamarco⁵⁰ entende que, toda técnica é eminentemente instrumental, que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade.

46 HOHL, Fabienne. *La réalisation du droit et les procédures rapides: evolution et réformes*. Fribourg: Éditions Universitaires, 1994. p. 11.

47 CONTALDO, op. cit., p. 4 e ss.

48 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

49 Ibidem.

50 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 273 e 274.

Por seu turno, *tutela dos direitos* é a atuação, a atividade da jurisdição com vistas à ordem jurídica e ao direito subjetivo, quando ameaçado ou violado. De acordo com Moacyr Amaral Santos,

a função jurisdicional do Estado visa à atuação da lei aos conflitos de interesses ocorrentes, assim compondo-os e resguardando a ordem jurídica. Sua finalidade é manter a paz jurídica, o que se dá com a afirmação da vontade da lei e consequente atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Atuando a lei, a jurisdição faz justiça. Desse modo, tutela a ordem jurídica e, consequentemente, o direito subjetivo, quando ameaçado ou violado⁵¹.

Portanto, a ideia de acesso à Justiça – notadamente quanto à terceira onda renovatória –, por si só, justifica principiologicamente a *utilidade* do processo judicial eletrônico, desde que o procedimento por ele instaurado conecte-se à sistemática processual já consagrada, colocando-se no lugar de procedimentos retrógrados e permitindo seu desenvolvimento de acordo com os princípios processuais.

2 CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento das linhas acima, uma mesma questão se impunha, com renitência, a cada nova ideia pensada, verificada e lançada: como a tutela jurisdicional justa (porque célere e segura) obriga o operador do direito a compreender a técnica processual de modo a propiciar a efetividade da tutela dos direitos?

Dê-se eco a estas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “o processo para tutelar de forma adequada as diferentes posições sociais e as diversas situações de direito substancial não pode desconsiderar o que se passa nos planos da realidade social e do direito material”⁵².

O jurista contemporâneo não deve admitir que práticas ritualísticas retrógradas, como a aposição manual dos números de cada uma das folhas nos autos, a “costura” de volumes com fios de barbante e tantíssimas outras, nem todas referidas nas linhas acima – mas todas muito bem conhecidas pelos juristas –, constituam obstáculo a uma prestação jurisdicional justa, célere e segura.

51 SANTOS, op. cit., p. 70.

52 MARINONI, Luiz Guilherme. *O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2221>>. Acesso em: 7 set. 2013. p. 4.

Na introdução, disse-se que a “Era da Informação” agrega celeridade, qualidade e quantidade. Ora, as relações jurídicas fáticas multiplicam-se exponencialmente com a comunicação cibernética; as relações jurídicas formais não conseguem acompanhar o ritmo das primeiras; e as relações jurídicas processuais parecem correr mais ao longe ainda. Isso também foi dito.

Responde-se, pois, à pergunta que encabeça esta conclusão: a ideia de uma tutela jurisdicional justa, célere e segura obriga sim o operador do direito a compreender as técnicas processuais como reais instrumentos para efetivar a tutela dos direitos materiais, os bens da vida. E o processo eletrônico é uma dessas técnicas processuais. E o processo eletrônico é a técnica processual identificada com a Era da Informação e seu necessário suporte na realidade social. E o processo eletrônico é a técnica processual da Era da Informação.

E o é porque se revelou necessária a implantação de um modelo processual mais célere, pois é consenso que uma prestação jurisdicional lenta equivale a uma “injustiça”; porque se confirmou como possível, a partir do exemplo concreto do arcabouço legislativo referido; e porque se revelou útil, ao simplificar, diminuir e mesmo expurgar práticas cartorárias contraproducentes, para atingir ao que se chamou de acesso à justiça em sua terceira onda renovatória.

Portanto, diante da pergunta inaugural e da obrigação imposta ao operador do direito, afirma-se: a implementação concreta do processo judicial eletrônico é medida necessária, possível e útil, tendo por horizonte a transformação de ritos e procedimentos formais em instrumentos capazes de efetivar o direito fundamental à tutela jurisdicional célere e segura.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto. *Os filhos da flecha do tempo: pertinências e rupturas*. Brasília: Letraviva, 2000.

BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

BRASIL, *Diário da Câmara dos Deputados*, 29 dez. 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: DIDIER, Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del Derecho*. Trad. de lo italiano: Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONTALDO, Alfonso; GORGA, Michele. *Il processo telematico*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. Contrato eletrônico: conceito e prova. *Tribuna do Direito*, São Paulo: fev. 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário, ano 2005*. Disponível em: <www.cnj.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2013.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e a Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001.

FARINA, Massimo. *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. Forlì: Experta, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HOHL, Fabienne. *La réalisation du droit et les procédures rapides: evolution et réformes*. Fribourg: Éditions Universitaires, 1994.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos. *Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2221>>. Acesso em: 7 set. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

PERRONI, Otávio Augusto Buzar. *O contrato eletrônico no Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *As novas tendências do Direito Processual Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo10.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VILLECCO, Alessandra. *Il processo civile telematico*. Milano: Utet Giuridica, 2011.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro. In: *Publicações da Escola da AGU*, 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, ano IV, n. 21, v. 1, set. 2012.



A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL. O CONTEXTO DA ITÁLIA EM FACE DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

THE REASONABLE TIME GUARANTEE UNDER THE PERSPECTIVE OF EFFECTIVENESS OF CIVIL PROCEDURE: THE CONTEXT OF ITALY IN FRONT OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Paulo Issamu Nagao

Juiz de direito em São Paulo (SP). Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Autor da obra: Do Controle Judicial da Sentença Arbitral, Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O conteúdo da efetividade do processo; 1.1 O princípio da celeridade; 1.2 O correlato princípio da segurança jurídica; 1.3 A justiça das decisões; 2 As construções jurisprudenciais no âmbito do Estado italiano e da Corte Europeia de Direitos Humanos; 3 As principais causas da demora da prestação jurisdicional; 4 Proposições para a lentidão da atividade judicial; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo tenciona, a partir do panorama italiano e da jurisprudência no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, na aplicação e interpretação da garantia da duração razoável prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos e nos diplomas constitucionais, a fornecer subsídios para reflexões em torno do tema mundialmente conhecido, a demora do trâmite do processo. Para tanto, apontou-se a essencialidade dos demais elementos integrantes do amplo conceito de justo e equo processo, que, na atuação concomitante, repercutem no grau de efetividade da prestação jurisdicional. E, por fim, foram mencionados eventuais fatores que acarretam a lentidão do processo judicial, bem como apresentadas algumas propostas para o tratamento do fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. CEDU. Efetividade. Duração Razoável do Processo. Demora da Prestação Jurisdicional. Causas e Soluções.

ABSTRACT: The article aims, from the Italian context and decisions of the European Court of Human Rights, in the application and interpretation of the guarantee of reasonable time inserted in the European Convention on Human Rights and constitutional documents, to provide subsidies for reflections around the world-renowned theme, delay of process duration. Therefore, the essentiality of other elements of the broader concept of fair trial and due process of law was pointed out, which, in acting simultaneously, affect the degree of effectiveness of judicial response. And, finally, possible factors that lead to slowness of the judicial process, as well as some proposals to treat the phenomenon were mentioned.

KEYWORDS: Fundamental Rights. ECHR. Effectiveness. Reasonable Duration of Process. Delay of Judicial Response. Causes and Solutions.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a razoável duração do processo, fundada na máxima “*justice delayed is justice denied*”¹, embora esteja atualmente no foco da comunidade jurídica mundial, acentuada pelo debate suscitado diante das recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Strasbourg (Corte Europeia de Direitos Humanos)², com base na garantia em epígrafe inserida na Carta Política de 1950 (Convenção Europeia sobre direitos humanos) para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais³, é

1 Frédéric Edel. *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*. p. 6.

2 Não se confunde com o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, denominação conferida pelo Tratado de Lisboa assinado em 2007, que, como uma das instituições que integram à U.E., tem a competência, em especial, sobre matéria de interpretação da legislação europeia.

Os casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos relacionados à duração do processo alcançaram o patamar de quase metade do universo de feitos por volta do ano 2003, tendo se estabilizado, em seguida, na ordem de um terço do total de julgamentos. Cf. European Court of Human Rights, *2003 Annual Report*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004. p. 71.

Em dezembro de 2012 o número de casos referentes à violação ao disposto no art. 6º da Convenção representava 31,17% do total. De 1959 a 2012 foram proferidos 2.229 julgamentos em face do Estado italiano, sendo que desse conjunto 1.171 aludiam à problemática da duração do processo. Cf. European Court of Human Rights, *2012 Annual Report*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2013. p. 153 e 158.

3 Mencionem-se outros documentos em que foi enfatizada a preocupação com a proteção jurídica dos direitos inalienáveis da pessoa humana: a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948 (art. 10), a Convenção Americana de Direitos de San José de Costa Rica de 1969 (art. 8º, § 1º, primeira parte – refere-se à expressão “prazo razoável”) e o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos aprovado pela ONU em 1966 (art. 14, § 4.c – consta o direito do acusado no âmbito penal de ser julgado “sem demora excessiva”).

Não mais se questiona a superação da tese de mera norma programática, de forma a impor aos seus destinatários a justa expectativa de concretização através de remédios disponibilizados pelo sistema. Conforme assinala Canotilho, “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 396. (destaque no original)

No mesmo sentido de que haveria uma íntima ligação entre direitos e garantias, anotou Ruy Barbosa que “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro junta-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, v. 5, p. 181.

Diante da interface necessária entre direito e processo, tendo a maior parte das constituições modernas incorporado os direitos invioláveis do homem e das liberdades individuais, é imperativo o brocardo ubi remedium ibi jus. Com efeito, “se ‘garanzia’ implica sempre ‘protezione’ (o comunque predisposizione di mezzi idonei ad assicurarla in concreto), e se non sempre l’attribuzione’ solenne di un ‘diritto’ si traduce, a livello costituzionale, in un riconoscimento ‘garantito’, a fortiori la presenza di un efficace sistema di ‘garanzie’ (non soltanto formali, ma anche giurisdizionali) appare ormai irrinunciabile – a qualsiasi livello di tutela, nazionale o soprannaturale – per la ‘protezione’ dei diritti individuali, inclusi nel patrimonio fondamentale ed inalienabile della persona umana”. Luigi Paolo Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, p. 301-302.

tema recorrente, atingindo todos os quadrantes da era moderna⁴, e já se evidenciava igualmente no direito romano.⁵

É certo, todavia, que o desenvolvimento da atividade voltada à prestação jurisdicional, através do *iter* procedimental, perante órgão competente, em função da natureza e fisiologia do discurso jurídico, essencialmente argumentativo⁶, pressupõe o decurso de tempo necessário para que se elabore uma resposta estatal justa, observadas as garantias mínimas inerentes ao devido processo legal, de modo que, sublinhe-se, não se toleraria, exatamente, a demora reincidente, desarrazoada e desproporcional, o que colocaria em risco a própria integridade do bem jurídico tutelado, situação ensejadora inclusive da pretensão reparatória, ou a imposição de medidas eficazes em face dos responsáveis.

De outro lado, assinala-se que o componente temporal não pode ser tomado de forma exclusiva no contexto maior da efetividade tendo em vista a presença de outros valores importantes a serem considerados, com destaque para a segurança jurídica. Se, por um lado, a eventual condenação à obrigação de fazer para a autoridade nacional proceder à adoção de remédio preventivo⁷, ou de pagar determinada indenização pecuniária, representasse, de modo reflexo, a recomposição do dano suportado pela demora injustificada, sob outra ótica, *não constituiria*, de *per se*, a automática fruição do bem jurídico específico pretendido através do método de trabalho denominado processo.

Em que pese o novo cenário imposto pela evolução da matéria no plano legislativo, na doutrina e jurisprudência, afigura-se importante suscitar o aprofundamento da indagação em torno das soluções alvitadas pela Corte Europeia, ou seja, se as medidas determinadas seriam aptas a promover a efetiva remoção dos obstáculos que acarretam a eternização das demandas judiciais, ou deixariam intocadas as verdadeiras causas da

4 Fritz Bauer, em conferência realizada no Brasil em 1982, já demonstrava preocupação com a aceleração do processo e que as queixas sobre a morosidade da justiça sempre existiram também na Alemanha, apontando várias causas para o fenômeno. *O papel ativo do juiz*, passim.

5 Cf. Luigi Paolo Comoglio, *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*, p. 73, nota de rodapé n. 2.

6 De acordo com Chaïm Perelman, a solução no âmbito jurídico implica uma prévia argumentação suficientemente sólida e esse esforço, por obra da doutrina e da jurisprudência, é que favorece a evolução do direito. *Lógica jurídica. Nova retórica*, p. 191.

7 A Corte de Strasbourg estatuiu a incumbência dos Estados membros de dotar-se dos meios apropriados ao cumprimento dos objetivos previstos na Convenção de Direitos Humanos, eis que os seus subscritores teriam assumido a obrigação de resultado, de sorte que as questões referentes à administração da justiça não poderiam ser suscitadas como meramente organizativas. Cf. *Moreira de Azevedo v. Portugal*, 23.10.1990, Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57645>>. Acesso em: 8.9.2013.

patologia para cuja superação se exigiria provavelmente a intervenção coordenada de várias providências eficazes.

1 O CONTEÚDO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

A efetividade encerra a noção de qualidade ou estado daquilo que é efetivo, eficiente, eficaz e que traduz o efeito desejado⁸ e, aproximando-se da ciência do processo, é o grau de implementação do seu escopo mais latente, isto é, segundo Chiovenda, a concreta entrega do bem da vida, em toda a sua extensão, a quem tem direito⁹, ou, em seu sentido teleológico, o conteúdo relacionado com o resultado prático do processo.¹⁰

Não se realiza, em sua plenitude, a tutela dos direitos e garantias previstas no diploma comunitário, em normas internas, ou de qualquer ordenamento jurídico, no tocante à justa expectativa de prestação jurisdicional apenas com a vista na celeridade ou no tempo de trâmite do processo, assim como, igualmente, haverá aniquilamento do escopo se a preocupação estiver pautada tão somente no fator segurança¹¹ e, ademais, da mesma forma, aquele fim estará comprometido, tornando-se desprovida de razão toda a atividade judicial, caso for negligenciado o conteúdo ou a justiça das decisões. É a convergência desses valores, ou o equilíbrio dessas importantes forças complementares, que determinará a dimensão da efetividade, ou seja, o quanto o processo será eficaz como técnica adotada na consecução de uma das tarefas mais salientes do Estado – o exercício do poder-dever da jurisdição.¹²

8 De acordo com Luís Roberto Barroso, “efetividade, [...] significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. *Temas de direito constitucional*, v. III, p. 71.

9 CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 39-40.

10 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 351.

Na visão contemporânea, a atenção deve estar voltada sempre para a crise do direito material, na busca incessante de alternativas para a solução de conflitos de modo seguro e tempestivo, mediante tutelas efetivas, atendendo-se, em concreto, à vontade do legislador. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 58.

11 Registre-se que há autores que utilizam a expressão efetividade processual como sinônima de celeridade, em contraste com outros valores, notadamente o da segurança. Cf. Alexandre Salgado Marder, *Das invalidades no direito processual civil*, p. 89.

Nota-se, ainda, a aproximação daquele termo ao sentido de obtenção do resultado, da justiça e descoberta da verdade, em confronto com o valor celeridade. Cf. Ladislao Gaspary, *I tempi del processo civile nell'ordinamento ungherese contemporaneo*, p. 184-185.

12 A propósito, Barbosa Moreira adverte para o risco do rompimento dessa harmonia, v.g., quando o sistema privilegia o esgotamento de todas as possibilidades para a apuração dos fatos em detrimento da duração

1.1 O PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Consagrada inicialmente na doutrina, a preocupação com a dimensão temporal do processo adquiriu foro de juridicidade, sobretudo após a última Guerra Mundial, com a previsão de garantias mínimas nos diplomas normativos em escala supranacional e nos ordenamentos internos.¹³ E, no conjunto das garantias elementares dos indivíduos, a celeridade, juntamente com outros componentes essenciais, conecta-se à noção ampliada da efetividade. Ao discorrer sobre ela em termos de tutela jurisdicional no sentido temporal, especial preocupação deve ser carreada ao tema das relações entre a duração do processo e a garantia constitucional de ação e de defesa. Com efeito, o processo apresenta o seu lado mais problemático e vulnerável diante da necessidade de passar por um determinado número de fases interligadas estruturalmente, o que requer o decurso de tempo antes de atingir o seu fim natural.¹⁴

A propósito, Luigi Paolo Comoglio, à vista do panorama fornecido por diversos documentos, defendeu a concepção de modelo mínimo de garantias no qual se sobressai uma variedade de elementos constantes, *e.g.*: a igualdade das partes diante do juiz, a independência, a imparcialidade, a pré-constituição dos órgãos judicantes, a publicidade das audiências e das decisões judiciais, o contraditório sobre bases paritárias e a defesa técnica em juízo, o direito à prova, a preservação do acesso à justiça estatal, independentemente de qualquer discriminação subjetiva, e a duração razoável do processo.¹⁵

Em linhas gerais, a duração do processo indica “o intervalo de tempo entre a propositura da ação e a sua decisão”, podendo compreender ainda o lapso posterior necessário à execução.¹⁶ A dificuldade prática

razoável do feito, tendo em vista que “nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 171.

13 Cf. Art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

Cf. Art. 111 da Constituição italiana: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

14 Cf. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, p. 270-271.

15 *Ética e técnica del ‘giusto processo’*, p. 317.

16 Vincenzo Vigoriti, *Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália*, p. 145.

Giuseppe Tarzia professa que a razoabilidade do tempo deve ser mensurada separadamente – para o processo de cognição de um lado e para aquele executivo, a fim de permitir a aferição da distantia temporis

consiste na aferição do elemento quantitativo razoável desse segmento temporal, na catalogação de situações hipotéticas, das diversas variáveis do caso singular, como a natureza da causa, a tutela pretendida, a complexidade do litígio, a extensão da fase probatória, o número de pessoas envolvidas no litígio, entre outras circunstâncias, apenas para mencionar os aspectos internos mais visíveis do processo. A propósito, não se pode confiar, ainda, no método usual de análise comparativa de registros estatísticos, vez que se ignoram as implicações assimétricas de ordem sociológica ou empírica.¹⁷

Giuseppe Tarzia aponta o decurso de tempo injustificado como fator determinante para a configuração do descumprimento da garantia do prazo razoável: “tempi morti non giustificati, contrapposti ai normali tempi di svolgimento del processo”.¹⁸ Mencione-se o paradigma de interpretação adotado pela Corte de Strasbourg, que tem levado em conta os seguintes critérios:

- a) a particularidade, a complexidade ou a natureza do caso concreto (inclusive de ordem econômica e da quantidade de pessoas envolvidas);
- b) o comportamento adotado pelas partes, que podem ditar uma conduta dilatatória ou contrária ao cumprimento dos prazos processuais, e, por último;
- c) a atuação do órgão jurisdicional competente, que pode se ressentir da falta de organização do aparelho judicial, ou da ineficácia do sistema legal interno.¹⁹

Em verdade, o enunciado respeitante à *délai raisonable*, que retrata norma de conteúdo aberto e indeterminado, invoca a noção de proporcionalidade, do imperativo de se observar a ponderação e o equilíbrio, aferível somente na análise da situação específica em face de infinitas possibilidades de combinação na experiência judiciária, impondo-se na sua aplicação e interpretação uma árdua tarefa, sem

entre a demanda de condenação e o procedimento satisfativo. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, p. 734-735.

17 Cf. Bryant G. Garth. *Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective*, passim.

18 Op. cit., p. 732.

19 Cf. *Korbely v. Hungary* (Application n. 9174/02), Judgment: Strasbourg, 19 September 2008; *Péllissier and Sassi v. France* (Application n. 25444/94), Judgment: Strasbourg, 25 March 1999.

perder de vista que “fare presto è possibile fino al punto nel quale non si comprometa il fare bene”.²⁰

1.2 O CORRELATO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Paralelamente ao princípio da celeridade ou da duração razoável do processo na concretização da efetividade da prestação jurisdicional, comparece o da segurança, vez que o instrumento de realização dos escopos da jurisdição deve transmitir um substrato mínimo de garantias às partes inseridas no contexto de disputa, bem como à comunidade em geral, tudo a prestigiar um aceitável grau de previsibilidade e certeza nas relações sociais, de maneira que, como anotou Canotilho:

Os indivíduos têm o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.²¹

À margem de qualquer conotação axiológica de que possa ser impregnado o sentido etimológico do vocábulo, já que segurança remete inicialmente à ideia geral de *stablishment*, simbolizado pelos princípios da liberdade e da legalidade (art. 5º, II, da Constituição brasileira), trata-se de componente inafastável para a preservação da ordem e da paz social, um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, o que não significa, entretanto, a imposição de imobilismo, ou desprezo à saudável evolução social e ao consequente esforço de aperfeiçoamento das instituições.²²

O princípio da segurança jurídica vem estampado em vários dispositivos constitucionais, especialmente no rol dos direitos e garantias

20 Gaetano Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, p. 501.

Repele-se, portanto, a “busca obsessiva de *celeridade a qualquer preço*, tudo resultando numa resposta de baixa qualidade, muito aquém daquela que deveria receber o jurisdicionado”. Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 339.

21 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

22 Nesse sentido, Eros Roberto Grau alerta para que não se confunda *segurança* com *imobilidade*, devendo aquela ser concebida como resultante da ordenação do *movimento*. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 188.

fundamentais²³, e desses preceitos se extrai o seu significado em dois planos (direito material e processual) em face da indispensável oferta do suporte instrumental confiável e eficiente para, em caso de provocação, se concretize o império da vontade do direito ameaçado ou lesado.²⁴

Sem dúvida, a fórmula *due process of law*, adotada pelos Estados modernos de tradição democrática, é a expressão máxima do princípio da segurança jurídica no âmbito do processo (civil, penal, trabalhista, fiscal, administrativo e outros)²⁵, através da concessão de garantias em seus importantes desdobramentos, como a previsão de órgãos e autoridades previamente constituídos, o contraditório, a ampla defesa, bem como a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e a vedação de provas ilícitas, além de outros princípios subjacentes.²⁶

23 E.g.: art. 5º da CF do Brasil, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

24 Como consectário desse princípio, Canotilho destaca a operacionalização em três níveis: relativamente a atos normativos, atos jurisdicionais e atos da administração. Op. cit., p. 257.

Tal princípio mantém estreita correlação com o da proteção da confiança (alguns autores o consideram como um subprincípio ou uma dimensão específica daquele), como elementos do Estado de Direito, sendo que “a segurança jurídica está conexiada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. Idem, ibidem, p. 257. (destaques no original)

25 Existe um desdobramento material dessa cláusula (*substantive due process*), teoria elaborada pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, permitindo-se a avaliação de determinados aspectos materiais dos diplomas legislativos e dos atos administrativos, sem que implique a quebra do princípio da separação de Poderes ou funções.

26 A Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no seu artigo 6º, sob o título: direito a um justo julgamento (*Right to a fair trial*), diversas garantias processuais, incluindo-se a segurança jurídica, consubstanciada em vários princípios e subprincípios, *in litteris*:

“1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court”.

Nesse contexto, a precaução com a adequada proteção dos direitos inalienáveis na esfera jurisdicional, cujo descumprimento pode dar ensejo à pretensão reparatória ou assecuratória, não prescinde do resguardo do ‘processo equo e justo’, ou seja, da observância das garantias processuais mínimas, entre as quais a segurança jurídica, inclusive no empenho dos países aderentes à Convenção Europeia a uma adequada possibilidade de tutela ou de remédio efetivo em caso de qualquer violação dos direitos reconhecidos. Decorre dessa constatação, de acordo com Luigi Paolo Comoglio:

il fatto che non soltanto la necessità imprescindibile di una tutela giurisdizionale, ma anche le esigenze di effettività delle sue possibili forme si siano tradotte in altrettante garanzie fondamentali, assurgendo la dignità di norme-cardine, costituisce indubbiamente la novità centrale di queste esperienze.²⁷

Prossegue o mesmo autor no sentido de que a noção de justo processo, com a sua carga potencial de valores ideológicos, expressos ou não, pertencentes à cultura e às tradições internacionais do *fair trial*, *due process of law*, ou *procès équitable*, tem sido também consagrada internamente pelos Estados e, por conseguinte, a efetividade do processo, em seu sentido maior – justo, seguro e com tempo de trâmite aceitável, estaria alicerçada por elementos integrativos de garantia, de modo que se deduz a insuficiência da aceitação solitária do preceito relativo à *ragionevole durata di ogni processo*.²⁸

É intuitivo que a concretização do *due process of law* demanda concurso de tempo e recursos materiais e humanos, porquanto está ínsita em todo o processo a ideia de procedimento – sequência ordenada de atos praticados no tempo e no espaço (aspecto objetivo) – no desenvolvimento da relação processual em contraditório, em que há atuação de poderes, faculdades, deveres ou ônus (aspecto subjetivo)²⁹, de maneira que o eventual açodamento

27 COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo, p. 308-310.

28 Idem, *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*, p. 93-94.

A garantia à tempestividade da tutela jurisdicional prevista no art. 111 da Carta Política italiana deve ser interpretada conjuntamente com o disposto no seu art. 24, in verbis: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”.

Do conceito de justo processo resultante dos princípios constitucionais desponha o contraditório como um pressuposto insuprimível para o direito de defesa e, vice-versa, a inviolabilidade desse último representa condição mínima para uma adequada realização do contraditório que se atua com a paridade de armas. Cf. Antonio Didone, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, p. 99.

29 Cf. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 248; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 206-211.

e a falta de observância dessas cautelas poderão implicar a anulação do feito e o seu retorno às fases anteriores, com evidente prejuízo à celeridade.

Embora aqui seja inviável o aprofundamento do tema, mencione-se ainda um importante elemento de tradição interna que pode influenciar diretamente no trâmite processual, ou seja, o modelo adotado, em cada ordenamento, pelo legislador, no exercício de sua ampla discricionariedade na escolha de sistemas à realização de fins consagrados na Carta Política, em termos de poder de impulso do juiz na condução do processo, conquanto não se possa no atual contexto desconsiderar o dever, constitucionalmente orientado, de adoção de instrumentos processuais que não só não retardem a conclusão de cada processo singular, mas sirvam para acelerar, o quanto possível, a conclusão de todos os processos.³⁰

A título de ilustração, encontra-se em curso na atualidade um intenso debate doutrinário em torno das vantagens da concepção publicística e privatista do processo civil, variando o pêndulo entre a opção, de um lado, pela ampliação dos poderes do juiz para que, como um verdadeiro gestor, gerencie, da forma que melhor lhe aprouver, pautado no interesse social, o seu andamento, e, em outra extremidade, a adoção de sistema que conferiria às partes a primazia dos poderes de iniciativa e desenvolvimento do processo.³¹

1.3 A JUSTIÇA DAS DECISÕES

Como se extrai das considerações anteriores, tanto a duração razoável do trâmite processual quanto a preservação da segurança na sua condução *não se revelam* princípios, valores, finalidades ou vetores absolutos, mas sim complementares e que devem ser cumpridos simultaneamente, impondo a sua harmonização em cada situação concreta, sob a perspectiva da efetividade, compreendida como aptidão para, em tempo hábil e razoável, através da atuação previsível, firme e confiável dos instrumentos processuais adequados, gerar respostas concretas e úteis *à sociedade e notadamente* aos litigantes e a todos que de alguma forma têm interesse numa determinada controvérsia.

No entanto, de nada valeria a atividade jurisdicional, especialmente no estágio atual da ciência do direito constitucional-processual, ainda que

30 Cf. DIDONE, op. cit., p. 14.

31 O movimento que se opõe à publicização se autodenomina *revisionista*, que qualifica aquela orientação como de origem antiliberal e autoritária, em contraposição à visão garantista do processo civil. Nesse sentido, em conferência mundial de 2.006, diversos juristas aprovaram uma moção em que se fez crítica contundente à 'publicização' do processo civil e ao conseqüente aumento dos poderes do juiz, o que, para os subscritores, redundaria na diminuição dos direitos das partes. Cf. Juan Montero Aroca, *Proceso civil e ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Coord. Juan Montero Aroca), passim.

formalmente observados tais preceitos, se o escopo principal não fosse considerado, uma vez que o processo é mero instrumental para a efetivação do direito na sua faceta substancial, ou seja, somente com a plena realização do sentido de justiça³², consectário principal do Direito, cumprirá a sua missão estatal e, portanto, se qualificará de justo e equo.

Em acréscimo, é impensável a redução da importante função estatal de pacificação social à visão meramente burocrática ou tecnicista do processo, com o objetivo voltado exclusivamente ao aspecto estatístico, como a produção em série de decisões, sem se atentar para elementos valorativos essenciais que estão na base de todo o conflito³³, bem como para os atributos do devido processo legal, eticamente edificado, capaz de oferecer aos seus participantes as garantias fundamentais para a sua legitimação, e esse entendimento *não colide com* a preocupação com o elemento temporal, ou o término do processo, que não é o fim em si mesmo, haja vista que “a eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”.³⁴

2 AS CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO ESTADO ITALIANO E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Tendo em conta a incorporação no texto constitucional italiano, na extensa fórmula do justo e equo processo, da expressão *la ragionevole durata* (art. 111, 2ª parte)³⁵, e à vista do compromisso formalmente assumido como Estado-membro da União Europeia³⁶, a desafiadora

32 O termo é plurívoco, comportando diversas acepções, e não é infenso à avaliação subjetiva e individualizada, além de suscitar exame sob múltiplos aspectos teóricos, de forma que é aqui adotado em sentido genérico de resultado prático decorrente da decisão judicial que empresta aos destinatários o sentimento de paz social e de que o justo prevaleceu com a resolução do conflito. De acordo com Aristóteles, “recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário, e em algumas cidades-Estado os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo”. *Ética a Nicômaco*, p. 107.

33 Acentua-se a importância da justiça das decisões judiciais nessa seguinte passagem: “en el proceso se satisfacen pretensiones, pero no de cualquier modo, sino de manera distinta, según que la pretensión aparezca, a los ojos del tercero imparcial que juzga, fundada o no, es decir, justa o no, variando el sentido de la satisfacción en cada caso, pues una pretensión justa se satisface mediante su actuación, y una pretensión injusta, mediante su denegación. Si las pretensiones procesales se satisficieran de cualquier modo, acaso se obtendría la seguridad, pero de ninguna manera la justicia”. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 39.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 347.

35 A redação atual foi introduzida pela norma constitucional de 23 de novembro de 1999.

36 O tratado de instituição da União Europeia foi assinado em Maastricht pelos Estados-membros em 1992, em cujo documento se sacramentou a adesão dos signatários à Convenção Europeia dos Direitos do

realidade da demora exagerada no trâmite de feitos judiciais tem atraído a atenção dos doutrinadores, legisladores e julgadores.

A primeira condenação do Estado italiano de que se tem notícia perante a Corte de Strasbourg, por violação ao direito à razoável duração do processo civil, com base no art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia, remonta ao célebre caso *Capuano*, cujos fatos de origem datam do ano de 1971, quando uma moradora da cidade de Roma adquiriu um pequeno apartamento para veraneio, com terraço e vista para o mar, mas que, diante da construção posterior de outras unidades pelo anterior proprietário, o acesso à praia e, assim, a sua servidão de passagem teriam sido afetados.

E, assim, infrutíferas as providências anteriores e ajuizada a demanda judicial, a autora enfrentou delongas processuais, sendo que a primeira audiência foi designada para janeiro de 1977 (termo inicial considerado para efeito de cômputo da duração razoável), a sentença foi proferida, em primeiro grau, em julho de 1983, sem que, em instância recursal, houvesse sido decidida a causa ao menos até o dia 25 de junho de 1987, data do julgamento da reclamação interposta, em dezembro de 1980, perante a Corte Europeia, a qual reconheceu o dano e condenou o Estado-membro a indenizá-la pela soma daquela época de oito milhões de lira.³⁷

Nessa atmosfera foi promulgada a denominada *Legge Pinto*³⁸, a qual previu o direito à pretensão reparatoria por dano patrimonial ou não, decorrente da inobservância daquela garantia, através de demanda a ser proposta durante o trâmite do processo que se encontra em atraso, ou, sob pena de decadência, até seis meses contados de seu término (art. 4º), à Corte de Apelação da sede do juízo onde se processa o feito em que teria havido a violação (art. 3º, § 1º), sendo que o pronunciamento deveria ocorrer em até quatro meses, mediante decreto de execução imediata, com previsão de recurso à Corte de Cassação (art. 3º, § 6º).

Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual fora firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950.

37 Cf. CAPUANO v. Italy, 25.6.1987. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57458>>. Acesso em 6 set. 2013.

38 Lei italiana n. 89, de 24 de março de 2001, publicada na Imprensa Oficial em 3 de abril de 2001.

A doutrina italiana lançou, logo após a rápida aprovação do texto legislativo, críticas fundadas àquilo que foi atribuído como um simples paliativo, e não como uma verdadeira solução para o mal da duração excessiva dos processos, porquanto não lhes assegurava as condições para a redução do tempo de trâmite. Ademais, se a finalidade era deflacionar o contencioso perante a Corte Europeia, a fórmula alvitrada teria provocado o risco de congestionamento nos tribunais internos, paralisando os órgãos judiciários já agravados pelo trabalho ordinário, já que a legislação previu o prazo diminuto de quatro meses para a pronúncia do decreto de equa reparação. Cf. DIDONE, op. cit., p. 22-24; FALLETTI, Elena. *Il dibattito sulla ragionevole durata del processo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e lo Stato italiano*, p. 339.

Ademais, o legislador italiano consagrou os critérios basilares anteriormente adotados pela Corte Europeia para perscrutar a violação do termo razoável do processo, ou seja, a forma de investigar se um período de tempo levado a efeito na situação em particular deve ser reputado inaceitável: a complexidade do caso, o comportamento das partes e do juiz do procedimento (art. 2º, §2º).³⁹ Para o dimensionamento ou apuração do dano, o legislador limitou a sua ocorrência ao período excedente ao tempo considerado razoável (art. 2º, § 3º).

Apesar da promulgação da norma interna, com o que o Estado italiano visou diminuir a pressão por reformas estruturais do sistema judicial e processuais, registrou-se acentuada divergência, no aspecto da comparação sincrônica (entre ordenamentos contemporâneos), no campo da construção jurisprudencial, entre a Corte Europeia e as cortes italianas (de Apelo, de Cassação e Constitucional), muito embora, paulatinamente, se tenha observado o movimento de harmonização do direito, através da atividade hermenêutica, na direção dos enunciados proclamados pelo Tribunal de Strasbourg.⁴⁰

*É natural que a capacidade do direito encampado pela União Europeia de produzir efeitos diretamente nos Estados membros se traduza em conflitos decorrentes da incompatibilidade entre as normas existentes nesses diferentes níveis, tanto pela previsão de conteúdo diverso em normatização interna precedente, ou quanto pela desarmonia entre o disposto pela União e aquela supervenientemente estatuída no âmbito interno, sendo que, em geral, os confrontos são resolvidos com o princípio do primado do direito da União, através do qual é vedado que as normas nacionais criem obstáculos à sua aplicação nos Estados membros, comportando, para assegurar a tutela jurisdicional de normas comunitárias de efeito imediato, até a suspensão, ou a ab-rogação da norma interna incompatível.*⁴¹

39 "It reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities". *Korbely v. Hungary*, 19.9.2008, Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88429>>. Acesso em: 9.9.2013.

40 Alessandra Citati e Valentina Zambrano apontam a tendência verificada nos tribunais internos italianos a adequar-se à jurisprudência da Corte europeia relativamente a determinados aspectos. *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*, passim.

Na esfera da Corte constitucional italiana também se percebeu a aderência ao primado do direito da União Europeia sobre a norma interna, dissipada tal dúvida após a consagração do novo texto do art. 117 da Carta Magna, *in verbis*: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario".

41 Cf. Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, p. 260-269.

De início, interessante questão decorre dos dispositivos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigos 13 e 35, § 1º), pois, não obstante o interessado devesse primeiramente esgotar todos os remédios adotados pelo ordenamento interno, em função do princípio geral da subsidiariedade, e tendo sido, ademais, a previsão do recurso interno da “Lei Pinto”, logo após a sua promulgação, reputada eficaz sob o escrutínio da Corte europeia⁴², passou o mesmo Tribunal, de modo sistemático, a rejeitar a preliminar de objeção de suposta ausência da prévia utilização dos mecanismos internos, sob o argumento de que não se demonstrava capaz de proporcionar a justa e total reparação do dano em face da garantia da razoável duração do processo.⁴³

A legislação italiana previu o direito à reparação de dano (art. 2º, § 3º, alíneas “a” e “b”) e a jurisprudência consolidou o entendimento de que quanto à lesão de índole não patrimonial, extensível à pessoa jurídica, presumir-se-ia a sua ocorrência *in re ipsa*, ou *id quod plerumque accidit*, isto é, sem a necessidade do ônus do substrato probatório do caso singular, e a Corte Europeia adotou, em 2004, como parâmetro para o cálculo da *equa riparazione*, o importe indenizatório entre 1.000 e 1.500 Euros por ano, podendo sofrer diminuição ou aumento, atingindo a cifra de 2.000 Euros, quando os direitos envolvidos forem particularmente relevantes ao indivíduo.⁴⁴

42 Cf. Brusco v. Italy, 6.9.2001. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22642>>. Acesso em: 9 set. 2013.

43 No caso Scordino v. Italy, julgado em 29.7.2004, nota-se a clara flexibilização do princípio da subsidiariedade, através do qual o governo italiano argumentava que não teria havido a exaustão dos remédios internos para o fim de atribuição do valor da indenização pretendida, pois os requerentes não teriam recorrido à Corte de Cassação contra a decisão da Corte de Apelação. O tribunal de Strasbourg lembrou que a objeção já tinha sido afastada na decisão datada de 27.3.2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61973>>. Acesso em: 9.9.2013.

Assim, observou a Corte Europeia que o disposto no atual art. 35 da Convenção deve ser interpretado com certa elasticidade, abstraído do excessivo formalismo, levando-se em conta a avaliação das circunstâncias do caso concreto, inclusive a situação pessoal da parte recorrente, sobretudo quando evidenciada a omissão estatal reiterada no provimento de tutela efetiva. Cf. *Akdivar and Others v. Turkey*, §§ 65 usque 69, 16.9.1996, End. acessado em 8.9.2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58062>>.

Em realidade, a Corte europeia tem reafirmado, como fundamento de decisão, a ocorrência de prática administrativa incompatível com a Convenção diante da obrigação positiva do Estado membro de adotar providências gerais para reformar as suas instituições e procedimentos judiciais internos, na medida em que demonstrado o descumprimento institucionalizado do direito ao tempo razoável, envolvendo certos tipos de litígio, sendo que a infração recorrente poderia constituir até uma circunstância agravante. Cf. Frédéric Edel, op. cit., p. 36/39.

44 Cf. DI NICOLA, Francesco de Santis. *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell'“equa riparazione” per il dano non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, p. 31 e 42; CITATI, Alessandra; ZAMBRANO, Valentina, op. cit., p. 139.

A partir do caso *Scordino v. Italy*, em cujo julgamento se assentou a ineficácia do remédio interno, a jurisprudência italiana, que antes arbitrava valores inferiores, foi compelida a reconhecer a liquidação de danos morais de acordo com os parâmetros monetários delineados pela Corte europeia; isso, sem dúvida, trouxe sérias repercussões no erário público dado que a legislação específica enunciava que o suprimento das indenizações estaria atrelado à limitação orçamentária (art. 3º, § 7º). Todavia, a doutrina tem lembrado que a justificativa do esaurimento dos fundos disponíveis não obstaría o cidadão prejudicado de recorrer à Corte supranacional, com base no art. 41 da Convenção, com o fim de obter uma reparação plena, sem qualquer vinculação financeira.⁴⁵

De igual maneira, verificou-se a discordância em relação ao período a ser considerado no cálculo da indenização, pois, à vista da legislação italiana, tomava-se em conta o tempo excedente ao da razoável duração (art. 2º, § 3º, alínea “a”), posição que restou superada no âmbito da Corte de Strasbourg, a qual fez prevalecer a retroação de seu cômputo à data do início das providências adotadas pelo requerente.

Com efeito, fundada no direito à pretensão reparatória integral, a Corte supranacional dispensou o prévio esgotamento da via doméstica e modificou o critério de cálculo inicialmente apresentado pela Corte de Cassação italiana, sob o entendimento de que o lapso temporal a ser computado deveria, em regra, iniciar-se a partir da instauração do procedimento administrativo, ou do ajuizamento da ação, tendo como termo *ad quem* a data da última decisão prolatada em conformidade com o sistema legal interno.⁴⁶

Acrescente-se que, em relação ao método de verificação do tempo de duração *standard* do processo compreendido como razoável ou aceitável, a Corte europeia já tomou como presunção, tirantes as circunstâncias específicas do caso individual, o equivalente ao período de três anos para o trâmite em primeiro grau, dois anos em segundo e um ano em terceiro.⁴⁷

Com supedâneo no art. 41 da Convenção Europeia, a Corte de Strasbourg tem admitido pedido de compensação financeira suplementar formulado pelo interessado *si et in quantum* o montante arbitrado de acordo com o direito interno tivesse representado uma reparação pecuniária parcial.

45 Cf. FALLETTI, Elena, op. cit., p. 362, nota de rodapé n. 126.

46 Cf. *Musci v. Italy*, 29.3.2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72931>>. Acesso em: 9.9.2013, e *Riccardi Pizzati v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72930>>.

Na fixação do termo final pode ser considerada a data da efetiva execução da decisão doméstica, se essa fase ocorrer posteriormente à prolação daquela. Cf. Frédéric Edel, op. cit., p. 25-33.

47 Cf. CITATI; ZAMBRANO, op. cit., p. 137-138.

3 AS PRINCIPAIS CAUSAS DA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Constata-se em escala mundial, independentemente do sistema jurídico em vigor – direitos codicísticos, *common law*, ou híbrido – a propalada crise da jurisdição, compreendida como expressão do poder estatal, com a função precípua de solucionar, mediante provocação, os conflitos sociais com autoridade e justiça, visando à manutenção da ordem jurídica e a consequente pacificação entre os seus membros, através do exercício do competente poder-dever pelos órgãos previamente instituídos, a quem naturalmente se imputa a responsabilidade pelo atraso na prestação jurisdicional.

É certo que, em primeiro plano, desponta o elemento mais visível dessa conjuntura, a expressão numérica envolvendo a atividade judiciária, isto é, a evolução geométrica de feitos em todas as instâncias em comparação com o contingente populacional e do quadro de juízes e funcionários⁴⁸, porém há vários componentes, de diversas origens e natureza, que se agregam e contribuem para a instalação e perpetuação dessa realidade.

A implementação do processo efetivo em seu sentido abrangente pode apresentar barreiras de muitas ordens; num corte progressivo, desde a ocasião do ingresso das partes interessadas no aparelho estatal, durante o seu trâmite por meio do qual se deduzem pretensões e alegações, no instante do julgamento da causa depois de ultrapassada a fase da produção de provas e, por derradeiro, quando da administração de medidas de cumprimento da decisão proferida, de forma que, a depender do resultado final, a atuação do Estado poderá constituir-se em evidente denegação do dever de administrar justiça em concreto.

Os empecilhos podem originar-se da prévia atividade legislativa, da elaboração malsucedida tanto da norma de direito substancial quanto de natureza processual⁴⁹, cuja aplicação equivocada ocasionará,

48 A comparação estatística entre o aumento da população, o número de feitos em trâmite e a quantidade de magistrados em atividade, conquanto sirva de importante elemento de análise, por si só, não permite o exame acurado da situação em sua integridade, uma vez que é essencial a consideração de todos os fatores que conduzem ao congestionamento do Poder Judiciário. Mesmo que a preocupação fosse voltada tão somente à aferição da funcionalidade da máquina judiciária, há implicação de diversas ordens, pois o *aggiornamento* da estrutura e gestão administrativas requer muito mais que a automática elevação do número de cargos, tudo a confirmar a complexidade do panorama que ora se descortina.

49 Nessa direção, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta como uma das principais causas do overload do Poder Judiciário a injustiça das leis de direito material que induziria “as pessoas a recorrer ao Judiciário, na busca de uma solução mais equânime”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo, p. 89.

ineludivelmente, interferências no momento do ingresso em juízo, no desenvolvimento das etapas processuais, comprometendo ainda a fluidez e a segurança do método estatal de solução de controvérsias, alcançando até a justiça e a utilidade prática das decisões judiciárias.

A lentidão da justiça que se delinea com traços de similitude em diversas localidades pode ser apreendida sob algumas perspectivas comuns: primeiramente, sob o aspecto da atuação da força institucional do Poder Judiciário no contexto político entre outros poderes constituídos; segundo, sob o ponto de vista interno, estrutural e administrativo, analisada através da forma de funcionamento de sua máquina e grau de eficiência; e, ainda, sob o enfoque relacionado ao tratamento conferido aos processos, na execução de sua atividade-fim, que envolve o manejo do instrumento de realização dos escopos da jurisdição e da legislação que trata da matéria procedimental.⁵⁰

Embora o tema não dispense aprofundamento, inclusive com o concurso de ciências afins, com vistas à pesquisa, em sua completude, das causas da ineficiência da jurisdição, a título de ponderação, é possível mencionar, a partir da realidade brasileira, um elenco meramente exemplificativo, de origem multifatorial, para a expressiva quantidade de processos em andamento, tais como a cultura demandista, a fúria legislativa, o binômio judicialização da política e politização do Judiciário, o ativismo judicial, a crise de efetivação dos comandos judiciais, a desigualdade na distribuição dos encargos processuais entre os litigantes, o gigantismo judiciário que alimentaria o fluxo de demandas, a litigiosidade contida e a divulgação deficiente de outros meios de composição de conflitos.⁵¹

De todas as motivações hauridas para explicar o efeito não se poderia deixar de acentuar um importante dado sociológico relacionado ao incremento da participação social e política dos indivíduos, observada na época hodierna, em regra geral, na maioria dos países, impulsionada pela expansão dos meios de comunicação. Por conseguinte, com a maior conscientização da garantia do acesso à justiça, que trouxe ao mesmo tempo à tona o problema da “litigiosidade contida” do passado, essa

⁵⁰ Cf. SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*, passim.

⁵¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*, p. 44/168. Podem-se mencionar, ainda, outros fatores extraprocessuais que impedem a desejável efetividade, entre os quais “o excesso de causas no sistema (a determinar as chamadas etapas mortas do processo), a composição numérica adequada dos quadros que administram justiça (juízes e serventuários em geral), a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores estaduais, municipais, da República, da Fazenda, defensores públicos, funcionários da justiça, peritos etc. e principalmente de uma mentalidade que não seja apenas tecnoburocrática, mas empenhada na realização dos valores fundamentais do processo e da Constituição”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 77.

realidade tem contribuído para o aumento das demandas judiciais.⁵² Alie-se a isso o comportamento ainda fomentado por muitos profissionais e doutrinadores do direito no sentido de privilegiar a busca de soluções conservadoras para as controvérsias, com a remessa dos conflitos exclusivamente ao Poder Judiciário.⁵³

Como é notório, a sociedade contemporânea tem assistido, sobretudo desde os meados do século XX, às profundas mudanças em vários campos do conhecimento humano (social, político, econômico, ambiental, cultural, científico e tecnológico), com reflexos diretos na quantidade e na configuração dos conflitos, que, em geral, se tornaram mais complexos, de cunho essencialmente político e social, como resultado da massificação de interesses, na sua grande maioria antagônicos pelo inexorável alcance a multiplicidade de pessoas e grupos, dando margem a situações e problemas não imaginados no conjunto de lides meramente individuais de outrora.⁵⁴

E, nesse contexto, as mudanças experimentadas pela sociedade brasileira, por exemplo, são o retrato das transformações processadas na maioria das localidades no tocante ao modo de vida do início do século passado, em que predominavam interesses geralmente restritos à esfera individual, ou ao núcleo reduzido de pessoas. Sem dúvida, a face mais reveladora desse movimento é a multiplicação dos conflitos de massa na esteira da globalização político-econômica.⁵⁵

Ademais, a cultura do litígio e a solução adjudicada, em que se enfatiza a opção pela sentença judicial, acompanhadas, em muitos casos, do afastamento do dever de probidade e lealdade das partes também representam circunstâncias que, se não lhes possa atribuir a exclusividade da crise da prestação jurisdicional, contribuem sobremaneira para o congestionamento da máquina judiciária, que poderia estar menos

52 Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisaram, em meados do século passado, os empecilhos ao pleno acesso à justiça e apresentaram três propostas: a promoção da assistência judiciária para os necessitados, o aprimoramento da representação jurídica para os interesses difusos e a superação de barreiras sob um novo enfoque e, nessa última abordagem, trouxeram entre uma variedade de sugestões a reforma dos procedimentos judiciais e o uso de métodos alternativos para a decisão de causas judiciais. *Access to Justice*, v. I, p. 5-124.

53 Cf. WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação, passim, e Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, passim.*

54 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 130.

55 Em termos universais, a feição da justiça se alterou desde o princípio do último século, popularizando-se, especialmente pela pressão da mídia e da litigância de massa, pois que “autores e réus são cada vez mais cidadãos comuns, ao contrário dos litigantes da época liberal, tipicamente grandes negociantes ou grandes proprietários”. Cf. GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa. Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*, p. 10.

sobrecarregada com o incentivo dos meios alternativos de solução de conflitos, ou o encorajamento de diversas técnicas de superação de divergências baseadas em métodos de atenuada confrontação.

A mentalidade voltada à solução de conflitos através de método exclusivamente adversarial reforça, também pelo incentivo psicológico e pedagógico, o paradigma do comportamento contencioso, através do qual a sociedade passa a considerá-lo como a única via possível, ou a melhor solução, o meio mais eficaz, para a restauração do sentimento de justiça e da paz social, de modo que não se pode, indiscutivelmente, desprezar tal componente motivacional que tenderá a estabelecer maior resistência à eventual mudança de conduta, contribuindo, por via de consequência, para a elevação do acervo de processos. Esse raciocínio vale, sobretudo, para os agentes políticos e juízes que ainda relutam em incorporar na prática cotidiana a utilização dos meios alternativos.⁵⁶

4 PROPOSIÇÕES PARA A LENTIDÃO DA ATIVIDADE JUDICIAL

Ao se referir à crise enfrentada pelo Poder Judiciário é corrente imputar-se-lhe a morosidade na condução de sua função típica e a ineficiência no manejo de seu método de trabalho, contudo, como se vê da sucinta exposição acerca de suas possíveis causas, a realidade se mostra demasiadamente intrincada, posto que aquelas remetem a fatores de múltiplas origens, a exigir o desafio de superação com a concorrência de diversas proposições, não se antevendo remédio isolado e autossuficiente para o seu combate.⁵⁷

De início, na seara política, diversamente da época pretérita (séculos XVIII e XIX) em que se apresentava como poder secundário⁵⁸,

56 Para a superação de eventual resistência e na esteira da valorização dos métodos de autocomposição, o Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, atualmente em curso na Câmara dos Deputados, apresenta dispositivo nos seguintes termos: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (art. 3º, § 3º, do Texto Substitutivo aos Projetos de Lei nºs 6025, de 2005, e 8046, de 2010, Relator: Dep. Paulo Teixeira).

57 A título de exemplificação, no aspecto procedimental, deve ser rechaçado o excessivo formalismo, justificável apenas para conferir segurança jurídica, prestigiando-se a sua flexibilização de acordo com a natureza do bem jurídico em discussão e, com base nessa circunstância, também seria importante a propagação dos métodos alternativos de solução de controvérsia e a implantação de sistemas eficientes de gerenciamento de feitos. Da mesma forma, apregoa-se a mudança de mentalidade dos juízes, mantendo-se a vigilância nas mudanças sociais e que assumam o papel de efetivo agente transformador da sociedade e, nesse ponto, imbrica-se a sua essencial função de intérprete das normas e dos valores nelas incorporados.

58 Hamilton na célebre *The Federalist* escreveu como transparecia o poder judicial no período que se sucedeu imediatamente à Revolução Francesa: "La judicatura, por la naturaleza de su función, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución porque tendrá la mínima capacidad de dañarlos o

a independência do Judiciário na quadra atual deve ser traduzida em realidade no campo de sustentação das forças institucionais do Estado, cujo fortalecimento no concerto dos demais Poderes propiciará o fomento de melhores condições, em ação conjunta e coordenada, para a concretização dos objetivos comuns e fundamentais, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a qual contempla inclusive a efetivação das garantias e direitos dos cidadãos (art. 3º, I, da CF brasileira).⁵⁹

Por outro lado, não mais se aceita a visão retratada pela teoria positivista ou da legalidade estrita, a qual preconizava a limitação da atividade do juiz à mera observância de textos normativos em sua literalidade, como se fosse simplesmente *la bouche de la loi*⁶⁰, porquanto a teoria original da separação de poderes ou funções deve ser entendida na conjuntura política em que foi formulada, quando se contestava o regime monárquico então em vigor e se pretendia a vedação de privilégios.⁶¹ De efeito, sob as vestes da jurisdição contemporânea, é essencial o papel de intérprete qualificado das normas jurídicas, nas suas espécies, de acordo com a moderna doutrina, de princípios e regras, sobretudo na época em que, dado o dinamismo da vida moderna, prepondera a opção pela técnica legislativa que confere ao julgador abertura considerável para preenchimento de seu significado valorativo no caso concreto.

Outro aspecto a ser enfrentado se refere à administração da máquina judiciária, que implica uma gestão profícua envolvendo todos os aspectos humanos e materiais em busca da realização do fim específico. O incremento da eficiência dos serviços de incumbência do Poder Judiciário passa necessariamente, além da adequação do quadro, pelo aperfeiçoamento de juízes, capacitação de funcionários, estruturação de carreiras que privilegie o mérito e a motivação, sem prejuízo da incorporação de novas tecnologias, estudo aprofundado e criterioso para corrigir eventuais distorções na distribuição das unidades judiciárias, atendendo-se a fatores

violarlos [...]. La judicatura [...] no tiene influencia sobre la espada o la bolsa, ni mando sobre la fuerza o la riqueza de la sociedad y no puede ningún tipo de resolución activa. Se puede decir verdaderamente que no tiene fuerza ni voluntad, sino simplemente juicio [...]. Esto prueba incontestablemente que la judicatura es sin comparación el más débil de los tres departamentos del poder". Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*, p. 25.

59 Mencione-se, como preocupação que se insere na atuação política no contexto da harmonização de poderes, a questão da destinação de verbas financeiras condizentes para o bom funcionamento da estrutura judiciária e o aprimoramento de seu serviço público. Apesar do autogoverno da magistratura, a independência do Poder Judiciário e a apregoada autonomia administrativo-financeira, o montante de seu recurso é definido anualmente pelo Legislativo, inclusive com contingenciamentos a cargo do Poder Executivo.

60 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. p. 5.

61 Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. I, p. 34.

objetivamente considerados, como a realidade geográfica, política e social, a quantidade e as características da demanda local.

Para tanto, impõe-se um rígido planejamento orçamentário e implementação de metas, com revisões periódicas, e a execução de medidas administrativas dependerá, em grande medida, como antes assinalado, do fortalecimento político do Judiciário em relação aos demais Poderes, quando houver necessidade de definição e aporte de verbas financeiras e recursos indispensáveis à boa administração da justiça.

É indubitável, portanto, que se denota essencial ao cumprimento da missão constitucional da prestação jurisdicional plena a atuação administrativa eficiente, inclusive na condução levada a efeito pelo juiz na gestão de recursos humanos e materiais que estão sob sua responsabilidade⁶², contudo o resultado dessa atividade dependeria também do concurso de todos aqueles que participam diretamente do método de trabalho denominado processo⁶³, com ênfase ainda na forma de comportamento das partes e dos advogados, e, igualmente, da qualificada atuação do legislador na formulação de normas materiais harmônicas, coerentes, inteligíveis e conectadas com as legítimas aspirações da sociedade, bem como na

62 José Renato Nalini, comentando a importância dos novos critérios regulamentados pelo Conselho Nacional de Justiça para a seleção de juízes, que privilegia outros atributos além da mera erudição dos candidatos, afirma que o juiz atualmente não pode prescindir de noções de outras ciências, como da Sociologia do Direito e, principalmente, de Administração Judiciária, pois “não poderá desconhecer aspectos gerenciais da atividade judiciária, como administração e economia. Não se esqueceu o produtor da norma de exigir gestão de pessoas. O magistrado precisa estar atento às transformações sociais, conhecer comunicação social e a opinião pública. Debruçar-se sobre os mecanismos de resolução, assumindo como tarefa sua estimular os sistemas não judiciais de composição de litígios”. *Tema irrelevante*, passim.

Inserir-se ainda no extenso campo da atividade administrativa que toca ao Poder Judiciário, sem prejuízo da responsabilidade civil dos juízes nas hipóteses legais, o dever de fiscalização no âmbito correicional quanto a eventuais desvios praticados no exercício da função, bem como a preocupação com a deontologia da magistratura, pois os valores éticos e morais de seus membros jamais poderão ser negligenciados, sob pena de comprometer os pilares de sustentação e a legitimidade da instituição essencial ao Estado Democrático de Direito.

63 Da mesma forma, Giuseppe Tarzia propugna uma ação coordenada que perpassaria a atuação restrita no âmbito das atividades do juiz, em termos em que: “la garanzia della ragionevole durata investe anzitutto l’organizzazione giudiziaria, nella sua più ampia accezione: impone al legislatore – sia il legislatore ordinario o il legislatore delegato – come al Governo nell’esercizio del potere regolamentare, una congrua allocazione di uomini (magistrati, altri componenti dell’ufficio giudiziario, ausiali), di risorse e di mezzi per la funzionalità della giustizia; ed esige un adeguato apparato sanzionatorio nei confronti di chi colpevolmente violi il dovere di tempestività della tutela giurisdizionale”. Op. cit., p. 736.

Recentemente, na Itália, tem se observado uma intensa disputa política, na esteira das propostas de reforma da justiça na tentativa de debelar a crise atual, que apresenta a sua fonte no passado, entre a magistratura e a classe dos advogados, registrada essa contraposição nos documentos oficiais do Ministério da Justiça e do órgão unitário da Advocacia quanto à interpretação dos dados relativos à duração dos processos. Cf. FALLETTI, op. cit., p. 339-341.

elaboração de ordenamento processual sintonizado com os valores e princípios que regem a ciência do direito processual.⁶⁴

Registre-se, portanto, o aprimoramento da efetividade também pela via legislativa, incluindo-se a reforma da legislação processual civil. O projeto que se encontra em trâmite no Congresso Nacional brasileiro traz, por exemplo, tendo em vista que se trata de uma irreversível realidade, diversas previsões acerca da prática de atos processuais por meio digital, os denominados “autos ou processo eletrônico”. Igualmente, cogitam-se, entre outras medidas, a reformulação dos procedimentos, a simplificação da fase recursal e a adoção de outras técnicas processuais para o incremento da celeridade e da segurança, como a rejeição liminar da demanda e tutela da evidência, o incidente de tratamento de demandas repetitivas, a valorização dos precedentes por meio de julgamento por amostragem e de acordo com o teor das súmulas consagradas.⁶⁵

No âmbito da condução judicial do processo, adquire contornos dramáticos o tema do excesso ou desvio cometido pelos titulares dos atos processuais, especialmente na época em que a busca da melhoria do mecanismo estatal para a solução de conflitos não tolera chicanas e abusos que vão de encontro a todos os ideais de justiça, de modo que o correto enfrentamento do problema é de suma importância, com vistas a propiciar aos interessados a garantia do embate nos limites da razoabilidade e do *fair play* e, nessa empreitada, muito além das incursões legislativas, são fundamentais a alteração de mentalidade e cultura dos litigantes e seus advogados, bem como a atuação firme e equilibrada do juiz.⁶⁶

É que, apesar da garantia fundamental de demandar, não tem o indivíduo a permissão para contender, ou prolongar o litígio, sem efetivo interesse, com o único intento de prejudicar a outra parte ou o Estado e, analogamente, se lhe assiste o amplo direito de defesa e de comprovar

64 É que, como bem enfatizou Barbosa Moreira, “deficiências técnicas na formulação da norma acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que costumam alimentar-se incidentes processuais, [...], e concorrem para multiplicar os recursos [...]. Não é preciso sublinhar a gravidade dos prejuízos que daí decorrem para a causa da efetividade. Não se trata apenas do prolongamento excessivo deste ou daquele pleito: a sobrecarga de trabalho que tudo isso atira sobre os órgãos judiciais, designadamente sobre os tribunais superiores, afeta por força a qualidade do produto, sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das pautas intermináveis, e afogando no pantanal da rotina quaisquer esperanças de desenvolvimento jurisprudencial”. Op. cit., p. 172.

Acréscete-se, ainda, a atuação do Poder Executivo na edição prolifera de medidas provisórias, o que contribui para o fenômeno da “inflação legislativa” tão nocivo ao país, fator de geração de insegurança social e potencialização de conflitos que sobrecarregam ainda mais o Poder Judiciário.

65 Cf. Texto Substitutivo aos Projetos de Lei n.ºs 6025, de 2005, e 8046, de 2010, Relator: Dep. Paulo Teixeira.

66 Nesse ponto, pode-se lembrar da importância de uma ação educativa que repercute sobre os costumes forenses. Cf. Nicolò Trocker, op. cit., p. 291.

as alegações, de utilizar todas as formas consentidas em lei, não lhe é permitido, de outro lado, *v.g.*, apresentar requerimentos infundados e imbuídos do pretexto de provocar atrasos e despesas, ou retardar ou impedir o exame da causa, de modo que quem assim procede abusa de seu direito de ação e defesa. Inexiste incompatibilidade entre o respeito ao devido processo legal e a conduta leal no processo, embora alguns pensem em sentido contrário, pois aquelas prerrogativas terminam exatamente no ponto onde passa a configurar o abuso.⁶⁷

Finalmente, não é por demais reforçar a importância da valorização dos meios alternativos de resolução de conflitos no conjunto de propostas para o incremento da efetividade da prestação jurisdicional. Em que pese a ausência de unanimidade, entre entusiastas e críticos, em torno da aceitação e eficácia desses métodos – ADR, e todo o debate político em torno da questão⁶⁸, merece destaque a constatação de que, sem bem conduzidos, a sua prática, em diversos lugares, nas suas variadas formas, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem, de modo exclusivo ou em combinação, tem proporcionado resultados positivos na tarefa de superação de divergências, através da remoção de motivos de natureza sociológica e/ou psicológica que estão à base das pretensões resistidas, abrindo-se, ao menos, novas possibilidades para o gerenciamento da quantidade e duração do processo.⁶⁹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se o risco de que as decisões em torno do descumprimento da garantia da duração razoável proferidas pela Corte Europeia *não possam* se traduzir na plena efetividade da prestação

67 Cf. TARUFFO, Michele. *Abuso del processo: profili comparatistici*, p. 157.

Francesco Cordopatri menciona casos de abuso relativos a atos processuais, exemplificando, no campo das provas, o requerimento de um número exorbitante de meios instrutórios, ou quando uma parte impede o adversário ao exercício do direito à prova, ou utiliza provas obtidas de maneira imprópria ou ilícita e, no âmbito das impugnações, quando apresenta um recurso infundado e de qualquer modo com tal pretexto, ou se inicia uma execução sem fundamento. *Abuso del processo*, v. II, p. 132-133.

68 Cf. DIDONE, op. cit., p. 130-137; KOJIMA, Takeshi. *A planetary system of justice – conceptualizing the relationship between litigation and ADR*, p. 452-457; ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, p. 27-31.

Luigi Paolo Comoglio apresenta reflexões sobre as cautelas no emprego da conciliação e mediação no âmbito da justiça civil italiana, em especial no tocante à imparcialidade do juiz e à observância também pelos defensores dos parâmetros fundamentais da retidão, lealdade e probidade. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela*, p. 97-98.

69 Como observado por Rodolfo de Camargo Mancuso, um dos motivos da crise numérica dos processos esteja na “cultura demandista, em boa parte acarretada por uma leitura ufanista e irrealista do acesso à Justiça e pelo corolário desestímulo aos outros meios auto e heterocompositivos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 54.

jurisdicional, se confinadas apenas como remédio pedagógico e profilático, seja sob o ponto de vista da conjugação de todos os elementos do justo e equo processo, representados pela celeridade, segurança jurídica e justiça das decisões, ou, ainda, em termos da própria implementação dos pronunciamentos, caso não removidas as profundas raízes, remontando-se inclusive a passados distantes, sobre as quais se encontram fincados os fundamentos do fenômeno da lentidão do processo da atualidade.

É inafastável, no trato com o processo, o compromisso com a diligência, que é elemento indissociável, sob pena de se sucumbir a erros, o que resume a ideia de efetividade compreendida na necessidade de atentar aos valores contrastantes e simultâneos da celeridade e segurança, cuja duração dos trabalhos poderá exigir maior quantidade de tempo, de acordo com, além de eventuais questões de ordem extraprocessual, as diversas circunstâncias da causa levada à apreciação, tais como a sua complexidade, a sua natureza, a quantidade de sujeitos parciais, a extensão da atividade probatória, a possibilidade de interposição de recursos e a dificuldade na efetivação de medidas de execução.

Analisado o tema da efetividade do processo nos seus desdobramentos, a duração razoável é mais um dos aspectos a serem hauridos, de maneira que, para a realização do escopo em sua plenitude, é indispensável o concurso de esforços e a atuação de todos que *não só intervêm diretamente* no processo em concreto (sujeitos processuais), mas também daqueles que contribuem, mesmo que de forma reflexa, na definição da quantidade numérica, a duração, a qualidade do julgamento e o cumprimento das decisões, isto é, a própria eficiência, na sua integridade, do instrumento estatal de realização de justiça.

Diante do exposto, conclui-se que a tentativa incessante de debelar, isoladamente, o inimigo traduzido pela excessiva duração de feitos judiciais, tal como a busca do lendário Santo Graal empreendida na Idade Média, não poderia se transformar na panaceia para todos os males que afligem a atividade jurisdicional, senão mais um passo para a evolução da ciência do direito e, nessa empreitada, a experiência jurisprudencial europeia, sobretudo por obra da Corte supranacional de Strasbourg, na sua tarefa de harmonização do direito comunitário, embora tenha exibido nos últimos tempos um *quantum leap* em relação aos casos submetidos, vem ratificar o longo caminho ainda a ser trilhado em direção à plena efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra* (orient. e revista da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. tradução de Torrieri Guimarães. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, v. 5, São Paulo: Saraiva, 1934.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Temas de Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, v. 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, v. III, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, v. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Depalma, 1943.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Néelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 5.

_____. GARTH, Bryant. *Access to Justice*, v. I, Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, Nápoles: Jovene, 1960.

CITATI, Alessandra; ZAMBRANO, Valentina. *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*. Disponível em: <<http://www.sioi.org/media/GruppoGRicercatori/7.Convergenze%20e%20divergenze%20tra%20la%20giurisprudenza%20italiana%20ed%20europea%20in%20materia%20di%20ragionevole%20durata%20del%20processo%20e%20di%20diritto%20allequo%20indennizzo.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 151, set/2007.

_____. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, v. I, 1994.

_____. *Etica e tecnica del 'giusto processo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*. v. II, Padova: CEDAM, 2000.

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea*. quarta edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2010.

DIDONE, Antonio. *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009.

DI NICOLA, Francesco de Santis. *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell' "equa riparazione" per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*. Disponível em: <www.studiolegalegiovanniromano.it/includes/php/scaricaFile.php?codice=22>. Acesso em: 3 set. 2013.

EDEL, Frédéric. *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, Human rights files, n. 16, 2007.

FALLETTI, Elena. Il dibattito sulla ragionevole durata del processo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e lo Stato italiano. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, AJURIS, v. 33, n. 101, mar. 2006.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del Diritto Processuale Penale*, 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

FRANÇA. European Court of Human Rights. *2003 Annual Report*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004.

_____. European Court of Human Rights. *2012 Annual Report*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2013.

GARTH, Bryant G. Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective. *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, v. II, 1994.

GASPARDY, Ladislao. I tempi del processo civile nell'ordinamento ungherese contemporaneo. *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, v. II, 1994.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa. Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_2830.doc>. Acesso em: 26 ago. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Madrid: Civitas S.A., t. I, 1998.

HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, terceira edición actualizada, 1998.

KOJIMA, Takeshi. A planetary system of justice – conceptualizing the relationship between litigation and ADR. *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, v. I, 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. I, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. (Coord. Juan Montero Aroca), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

NALINI, José Renato. Tema irrelevante. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110307/not_imp688787,0.php>. Acesso em: 29 ago. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. revista, atualizada e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica. Nova retórica*. tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, n. 21, mar./abr./maio 1994.

TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: Profili comparatistici. *Revista de Processo*. n. 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1999.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, t. I, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. *Revista de processo*, n. 43, jul./set. 1986.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *Participação e Processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1. ed. São Paulo: DPI, 2.005.

A AVVOCATURA DELLO STATO NO DIREITO EUROPEU EM PERSPECTIVA COM O SISTEMA BRASILEIRO

*THE AVVOCATURA DELLO STATO IN THE EUROPEAN LAW IN
PERSPECTIVE TO THE BRAZILIAN SYSTEM OF LAW*

*Raphael Greco Bandeira
Advogado da União*

*Doutorando em Direito Constitucional - UnB
Mestre em Filosofia Ética e Política - UnB*

Especialista em Direito Administrativo aplicado à prática/CEAD-UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A distinção entre governo e administração nos lindes da advocacia de estado; 2 A experiência da *Avvocatura dello Stato* e o *Consiglio dello Stato*; 3 A importação brasileira do modelo norte-americano; 4 Um modelo de Advocacia de Estado para o sistema brasileiro; 5 A transnacionalidade do conceito de “Justiça”; 6 A distinção entre autonomia e independência funcional; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O amadurecimento institucional da Advocacia-Geral da União passa pela melhor compreensão da *Avvocatura dello Stato* italiana, por inúmeras razões. Pretende-se, aqui, apresentar algumas dessas motivações que nos levariam a usar a inspiração da experiência da Itália, dentre as quais por ser o maior paradigma em termos de Advocacia de Estado. Destacam-se, assim: primeiro, a compreensão do funcionamento do direito administrativo italiano desde o *Consiglio dello Stato*; segundo, a distinção brasileira da Itália e aproximada da doutrina liberal americana dos remédios constitucionais; terceiro, a atuação internacional em termos de direito regional e internacional; por fim, o modelo de lei orgânica da *Avvocatura dello Stato* italiana e sua estrutura impessoal.

PALAVRAS-CHAVE: *Avvocatura dello Stato*. Funções Essenciais à Justiça. *Consiglio Dello Stato*. Estado Democrático de Direito. Atuação Internacional.

ABSTRACT: The institutional maturity of the brazilian General Attorney Office can happens through the comprehension of the italian State Attorney Office, for several reasons. It's intended, here, to show some of those motivations inspired in italian experience, among them to be the best paradigm in terms of State Attorney Office. It means, then: first, the comprehension of italian administrative law since the State Council; second, the brazilian distinction from Italy and the approach to american liberal doctrine of constitutional remedies; third, the international agency in terms of regional and international law; finally, the model of organic law of italian State Attorney Office and its impersonal structure.

KEYWORDS: State Attorney Office. Essencial Functions for Justice. State Council. Democratic State of Law. International Agency.

INTRODUÇÃO

Compete à Advocacia-Geral da União zelar pela Justiça na União Federal.

Creio que o modelo italiano é o que mais confere efetividade e essa pretensão por seus fundados e explícitos fundamentos de Advocacia de Estado. No entanto, é preciso trazer como nós, brasileiros, em termos propedêuticos, situamos nossa Advocacia Pública.

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

CAPÍTULO IV

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

[...]

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Nossa Carta Magna estabeleceu que compete à Advocacia-Geral da União-AGU representar o ente federativo da União na qualidade de função essencial à Justiça. A fim de chegar à adequada compreensão do sentido constitucional desse mister, é preciso situar a Advocacia Pública, ou Advocacia de Estado, entre os demais partícipes no desempenho das funções essenciais à Justiça. Antes, contudo, fora desse capítulo da Constituição, a magistratura situa-se no capítulo anterior como agente político na qualidade de “Poder Judiciário”. Isto é, como órgão de poder, encontra-se no jogo de equilíbrio de poderes entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo dentro do funcionamento republicano que, nos dizeres constitucionais, deve ser em harmonia e que a doutrina afirma como em um sistema de freios e contrapesos.

Compreendida a magistratura, vejamos a base do sistema que se encontra na advocacia privada. O advogado privado possui desempenho basilar, porém essencial, porque “administra a justiça” (Art. 133 da CF/88). Ele movimenta, assim, uma estrutura e a instrumentaliza, articulando os interesses de seus clientes. A justiça objetiva e efetiva deve

ser o resultado do confronto entre duas partes patrocinadas por seus causídicos.

Em seguida, o Ministério Público terá uma função político-sociológica de pacificação social (Art.127 da CF/88). Sobretudo em termos de participação nos conflitos levados ao judiciário ou nos potenciais conflitos quando, por exemplo, atua elaborando Termos de Ajustamentos de Conduta ou quando promove suas atuações em desmonte de atuações de agentes criminosos, com ou sem a ajuda dos órgãos policiais. Isto é, será “essencial à função jurisdicional” e ao regime democrático. Enquanto instituição muito já existe em sede doutrinária a respeito de sua relevante função. Contudo, o enfoque aqui será da advocacia pública, especialmente do ente União Federal, e da *Avvocatura dello Stato*.

A Advocacia-Geral da União está diretamente ligada à representação da União Federal, seja judicial ou extra-judicialmente. No entanto, diferentemente do advogado privado, que presta contas a seu cliente, ou do Ministério Público, que promove a paz social no exercício jurisdicional e a democracia no resguardo das ações transindividuais, a Advocacia Pública exerce seu patrocínio advocatício balizado pelos princípios gerais do direito administrativo que orientam o Estado Democrático de Direito. Isto é, no tem a responsabilidade de não apenas atuar no contencioso jurisdicional, mas deve na área consultiva zelar para que as práticas gestoras sigam os trilhos da legalidade e da legitimidade no âmbito do Poder Executivo. Assim, deve zelar pelas correção das políticas públicas e ser a figura mais próxima do gestor público. Nas entranhas do exercício da poder político e transitando entre o três poderes (no judiciário, pelo contencioso; no legislativo, por exemplo, quando se fundamenta um veto presidencial; e no executivo participando da gestão política e impedindo a violação aos princípios da Administração Pública). O seu devido equacionamento institucional, de forma impessoal, como é modelar a *Avvocatura dello Stato* italiana, constitui-se em sinônimo direto e imediato de respeitabilidade e segurança da difusão de Justiça, em sentido objetivo, para os órgãos de poder, apto ao fortalecimento das instituições republicanas e do Estado Democrático de Direito (Art. 1º da CF/88).

Deve-se acentuar que sua natureza jurídica, por força do próprio texto constitucional é de “instituição” e não de mero “órgão público” do poder executivo (exerce suas funções essenciais à justiça em outras esferas de poder conforme já mencionado acima), nem chega a qualidade de poder político (capítulo anterior da Constituição, que compete à Magistratura no sistema de freios e contrapesos mencionados, porque aproximado de maneira *impessoal* ao Poder Executivo). Como instituição, abstratamente,

deve atuar dentro dos princípios da Administração Pública, no âmbito do Poder Executivo Federal, de maneira que defende a “Administração”, em que os gestores variam conforme o sistema eleitoral.

Seu mister de atuação é matizado pelos princípios da Constituição Federal em seu Artigo 37, *caput* sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por seu caráter de função essencial à Justiça, é refratário a preferências incompatíveis com o princípio da impessoalidade, e pauta-se por uma atuação respaldada motivadamente com o fundamento em lei. Com rechaço à malversação da coisa pública para interesses privados em detrimento das políticas públicas previstas no orçamento. Em suma: com respeito à moralidade publicidade e gestão eficiência, porque de todos e para todos.

A proposta do presente artigo é aprofundar os estudos a respeito da *Avvocatura dello Stato*, como modelo de inspiração para o direito administrativo brasileiro, sem descuidar de incompatibilidades existentes.

Dessa forma, nessa oportunidade, não se pretende uma comparação entre modelos simplesmente. Interessa, nessa oportunidade, colocar a experiência da *Avvocatura dello Stato* não a partir dela mesma, mas desde uma análise lógico-sistemática do direito europeu e, apenas após, então partir para uma comparação trans-localista ancorada no sentido de Justiça. Enfim, não basta dizer que no Brasil fazemos do modo X e na Itália de maneira Y. Interessa saber por que chegamos ao resultado X e não Y e como podemos construir uma análise entre Brasil e Itália – aliás sendo mais adequado transpor essa proposta para “Comunidade Européia” – dentro de uma perspectiva mais ampla em sentido W.

Ora, se estamos com um direito contemporâneo em mudança, com: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, regionalismo, globalização e pós-modernidade, e aí por diante; não faz mais sentido indagar a respeito de um país estrangeiro como uma experiência distante, mas uma como um vizinho de bairro. Será nessa perspectiva de aproximação que se pretenderá analisar a um só tempo não apenas semelhanças como dessemelhanças de modelos na sua novação que transcende e supera a problemática local e regionalista, atingindo uma visão desterritorializada.

1 A DISTINÇÃO ENTRE GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO NOS LINDES DA ADVOCACIA DE ESTADO

Advocacia de Estado ou de Governo?

A fim de iniciar a análise do direito administrativo italiano é necessário desfazer possíveis confusões conceituais no sistema do direito brasileiro, por meio do qual se pode compreender, em perspectiva, o

sistema da Itália. Assim, é necessário balizar a análise dos fundamentos. A partir da doutrina administrativista brasileira, desde os manuais de direito administrativo. Refiro-me, especificamente, no âmbito da Administração Pública, à distinção entre “governo” e “administração”, para depois tecer considerações mais profundas. Vejamos como se põe a distinção entre os dois conceitos.

A noção de “Governo”, nos dizeres de Hely Lopes Meireles constitui-se na “*expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente*”. Por sua vez, para esse mesmo doutrinador, quando se trata de “Administração” não se fala em prática de atos de governo, mas “*tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos*”. Vê-se, já de início, a distinção entre o caráter político quando se refere a governo e a dimensão mais burocrática e derivada quando se trata de administração.

De acordo com Maria Sylvia Z. Di Pietro “*não há uma separação precisa entre os dois tipos de funções*”, e, em termos técnicos, define que “*a função política compreende as atividades colegislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia*”. Além disso, apesar de reconhecer alguma existência de função política no legislativo e de considerar a função política do judiciário apenas de modo restrito ao exercício da jurisdição, é explícito destacar o poder executivo no exercício da função política, “*como aquela que traça as grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação, verifica-se que o Poder Executivo continua, na atual constituição, a deter a maior parcela de atuação política*”. Acentua, ainda, que a função política está mais relacionada com a Constituição “*e dizem respeito à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais*”.

Essa ideia de Governo associada fortemente ao Poder Executivo encontra-se no pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “*embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo*”. A razão ocorre porque “*tendo em*

1 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 65.

2 Ibidem.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: atlas. 2010. p.51.

4 Ibidem.

5 Ibidem, p.53.

6 Ibidem, p.51.

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1992. p.191.

mãos a vida econômica, pelo controle de câmbio, dos meios de pagamento, do fisco, veio o Executivo a transformar-se no árbitro da vida social, cujas opções governam a tudo e a todos⁸.

Essa prevalência do executivo, a rigor, vem de encontro ao que pretendiam os constitucionalistas no modelo inicial de formação da Constituição Norte Americana. Era no sistema de freios e contrapesos entre os poderes, tal como desenhado desde os debates federalistas, que se acreditava atingir um equilíbrio e distribuição de poderes, como acentua o constitucionalista Roberto Gargarella, ao relembrar os fundamentos desse sistema que se preocupava com a noção de mais propriamente “política” do que se entende “Governo”:

Como disse Hamilton, “[se dermos] todo o poder às maiorias, elas oprimirão a minoria. [Já se dermos] todo o poder à minoria, ela oprimirá as maiorias. Do que precisamos, então, é dar poder a ambos os grupos [para evitar assim o risco das opressões mútuas]⁹”.

Assim, a preponderância do Executivo, estaria mais atrelada à uma atuação que envolva metas, objetivos e ações de governo, conforme as palavras de César Kirsch estaria abrangido no conceito de políticas públicas, uma vez que a ele compete “*elaborar e executar um programa político, ou uma subpolítica, sem a participação do Legislativo*¹⁰”.

A distinção teórica fica mais clara na distinção de Ronald Dworkin que faz entre princípios e políticas. Constitui-se em política “*o tipo de padrão [standard] que estabelece uma meta a ser atingida, geralmente um tipo de desenvolvimento econômico, político ou social de uma comunidade*¹¹”. De outra maneira, os princípios invocam a “*justiça, ou equidade, ou alguma dimensão de moralidade*¹²”. Ou como sintetiza o autor: “*Argumentos*

8 Ibidem.

9 GARGARELLA, Roberto. *Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois*. p. 176. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>.

10 KIRSCH, César. Advocacia-Geral da União e o Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 2006. V. XVI. p.52.

11 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978. Livre-tradução resumida de “I call a policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change)”.p.22.

12 Ibidem. Livre-tradução resumida de “I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle”.p.22.

*de princípios são argumentos que tem por intenção estabelecer um direito individual; argumentos de políticas são argumentos que tem por intenção estabelecer uma meta coletiva*¹³”.

Como se observa, os conceitos de Governo e de Administração são distintos. A concepção de função política, assim chamada de Governo, atrai para si o conceito de decisões que envolvam a sociedade, relacionado, que leve em consideração metas e objetivos relacionados ao representante e ao grupo político. Por outro lado, o conceito de Administração traria, em si, uma impessoalização da máquina e do funcionamento contínuo sem envolvimento de opções políticas, mas dentro dos ideais mais claros de “legalidade” que remontam à concepção de que as decisões devam ser tomadas dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, em atendimento ao comando do Artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

A questão que se coloca é: a Advocacia-Geral da União exerce função de política ou função de justiça? À noção de função política tem-se o paradigma utilitarista e consequencialista de metas. À noção de função de justiça tem-se que o paradigma da moralidade existe como imperiosa baliza em sua atuação.

A Constituição Federal de 1988 expressamente inclui o exercício da Advocacia relacionada entre as funções essenciais à justiça. Ou seja, o Advogado Público não define qual a meta de governo *deve ou não* ser atendida, mas *como se pode* atuar para atingir a meta escolhida. Importa, tão somente, que a escolha ou o programa político de governo atenda aos princípios da legalidade e de legitimidade; ou seja, de justiça. Não um sentimento de justiça, mas uma justiça que seja entendida dentro de um espectro de moralidade. Não por outra razão a Advocacia-Geral da União possui competência para agir em ações de improbidade administrativa. Ora, a Lei nº 8.249/92, explicitamente, é direcionada para o controle daqueles atos de gestão, cuja decisão inicial muitas vezes pode ser política, mas que ultrapassa os limites ou *standards* da legitimidade. Caso fosse uma Advocacia de Governo não poderia atuar nas ações de improbidade, que se pautam por imperativos de moralidade, como é consagrada e expressa a sua participação para o seqüestro de bens, conforme a Lei nº 8.429/92:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens

13 Ibidem. Livre-tradução de: “*Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal*”. p.90.

do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Dessa forma, o Advogado Público da Advocacia-Geral da União, no sentido de legalidade estrita, deve estar atento aos elementos do ato administrativo do Poder Executivo de competência (atuação dentro das atribuições), finalidade (atingimento do interesse público e não de particulares) e forma (impedir formas proibidas). Nesses três elementos realiza uma análise meramente da “Administração” enquanto tal. Já nos elementos de “Governo”, que seriam o mérito do ato administrativo, composto de motivo e objeto, deve estar atento à existência de motivação em atos administrativos decisórios e que o objeto atenda à legalidade e à legitimidade motivados (lícito, possível, proporcional/razoável, determinado e atingidor da finalidade pública de modo eficiente). No consultivo orientará a prática da gestão público, no contencioso defenderá o ato lícito e legítimo, e reintegrará a União Federal dos atos ilícitos administrativos praticados ou se oporá aos não praticados, assim resguardando o Estado Democrático de Direito.

A Advocacia-Geral da União não atua como um advogado privado, que tenha como meta o máximo de benefício do cliente. Assim não se constitui em um corpo de advogados que devem atender ao interesse, nos dizeres de Ronald Dworkin, do *standard* político. Isso comprometeria a lisura institucional. Nas palavras de César Kirsch:

A atividade preventiva da AGU deverá esgotar a análise de todas as possibilidades jurídicas que cercam o plano político, a fim de tentar encontrar, pelo menos, uma opção que seja viável para o tomador de decisão. Essa opção pode ser, inclusive, minoritária na doutrina, mas o importante é que tenha lógica jurídica capaz de sustentar a ação estatal que será eventualmente desenvolvida.

Contudo, quando for juridicamente impossível deflagrar o projeto político, o membro da AGU não só deverá manifestar-se pela

reprovação da política pública discutida, mas também coibir qualquer atitude confrontante com o sistema jurídico posto. Se necessário for, deverá adotar as medidas legais cabíveis contra o potencial dilapidador do patrimônio público, provocando, inclusive, o Ministério Público para eventuais providências criminais.

Isso, porque o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que tem como um de seus pilares de sustentação os princípios da legalidade e da moralidade. A estes princípios, o governante e o membro da AGU devem submeter-se de maneira absoluta e incondicional¹⁴.

A atuação do advogado público passa pelo crivo da implementação não de objetivos políticos, mas de princípios impessoais e legais de justiça. A legitimação discursiva por meio de princípios, dentro do paradigma pós-positivista em que vivemos, já apresenta um lastro amplo o suficiente de argumentação apto a possibilitar, sem fugir do princípio da legalidade a efetividade à justiça. Um conceito de justiça dentro dos parâmetros de constitucionalidade e legalidade existentes.

O Brasil, assim como a Itália, movimentam o Estado, seja enquanto Administração (máquina impessoalizada de *per se*), seja enquanto Governo¹⁵ (com metas de políticas públicas legais e legítimas), sendo, conseqüentemente, Advocacias de Estado. Isso porque inserimo-

14 KIRSCH, César. Advocacia-Geral da União e o Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 2006. V. XVI. p.71.

15 Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública – Realidade e Perspectivas para o Próximo Milênio. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: v. 10, dez. 2001. p. 1287: “Paradoxalmente, o Poder Executivo, que é o direito beneficiário da atuação da advocacia de Estado, com honrosas exceções, tem minimizado ou desconhecido o seu papel de controle de legalidade, valendo esta observação para os agentes de todos os planos políticos. Em decorrência, desconsideram o status constitucional das Procuradorias e insistem em tratá-las como órgãos da administração ativa, o que acaba provocando enormes distorções, além de impedi-las de exercer eficientemente a plenitude de seus deveres, no controle judicial e extrajudicial dos superiores interesses da ordem jurídica do Estado, à sua cura. A difundida má vontade e a problemática inaceitação, pelos agentes políticos, da função de controle de legalidade, a cargo das Procuradorias, não raras vezes aparecem como um timoso ressaibo de sombria herança absolutista, que conseguiu sobreviver ao Estado liberal, e logrou reviver no Estado do bem-estar social e, principalmente, florescer no Estado socialista. Muitas vezes, porém, não revelam mais que uma formação autocrática e a expressão de uma anacrônica cupid dominans, em que o acato à lei não é mais que um recurso de retórica. Essa lamentável atitude não só degrada o próprio agente político, como merece o interesse público, decepçiona os homens de bem e desestimula todos os profissionais que, por vocação, se dedicam ou pretendam se dedicar à advocacia de Estado, por acreditar na missão construtiva e civilizadora do Direito. Finalmente, mas com o mesmo resultado prático, têm-se os agentes políticos que, a pretexto de ser “eficiente”, relegam a segundo plano o controle de legalidade. Para esses, os Procuradores só os atrapalham, com seus cuidados exagerados e locubradas exigências formais”.

nos no Estado Democrático de Direito como função essencial à justiça por mandamento constitucional.

Será na Itália que teremos o paradigma institucional da *Avvocatura dello Stato* no qual podemos espelhar nosso sistema brasileiro. Essa compreensão é capaz de ficar mais evidente após a análise do direito administrativo, agora a partir do sistema italiano, de seu nascimento com a estrutura do *Consiglio dello Stato* e formação e unificação da Itália, como passará a analisar.

2 A EXPERIÊNCIA DA *AVVOCATURA DELLO STATO* E O *CONSIGLIO DELLO STATO*

O modelo é possível, existe, e funciona perfeitamente.

O *Consiglio dello Stato* é um modelo de gestão da atividade administrativa que ultrapassa o mero âmbito de análise do desvio de poder nos moldes da doutrina francesa do *Détournement de Pouvoir* (ou doutrina do abuso de poder), como tradicionalmente poderíamos compreender o funcionamento de uma Corte Administrativista se olhássemos pelo prisma do direito brasileiro. O processo de formação deste órgão italiano encontra-se não apenas no bojo da consolidação da *Avvocatura dello Stato*, como também do próprio processo de unificação do Estado Italiano ocorrido em 1865. Um dos últimos, juntamente com a Alemanha, a se compor como nação na Europa.

O *Consiglio di Stato* surgiu em 1831, para exercer uma espécie de monarquia esclarecida italiana, ou como um poder moderador superior de funções políticas quando ainda inexistente o parlamentarismo. Portanto uma forma de conferir maior representatividade da autoridade monárquica¹⁶. Com o tempo, passa a amadurecer sua função impessoal e de movimento da máquina administrativa, despolitizando-se em certa medida, de seu sentido original e obtendo feições jurisdicionais distintas do poder judiciário da justiça ordinária. A noção de Justiça, aqui, é o resultado de um processo histórico de consolidação e amadurecimento institucional e estatal. A Justiça não parte do poder judiciário, mas existe de forma desencarnada tanto no poder judiciário como no executivo, sem vinculação estrita ao executivo. Ao contrário, precisamente para apartar-se da figura do monarca e garantir um Estado representativo.

16 Confira-se a respeito de uma classificação histórica de sua formação em cinco fases: VENTURINI, Adriana; LIMA, Rômulo. Soluções de Conflitos Administrativos pelo Executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana. In: *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*. Ano IV, n.21. v.1 (set. 2012). Brasília: EAGU. 2012.

Sua primeira previsão constitucional surgiu apenas na Constituição Italiana em 1948, com a seguinte redação:

TÍTULO III

O GOVERNO

Sessão I

O Conselho de Ministros

[...]

Sessão II

A Administração Pública

[...]

Sessão III

Os órgãos auxiliares.

Art. 100. O Conselho de Estado é órgão de consultoria jurídico-administrativo e de tutela da justiça na administração. O Tribunal de Contas exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos de Governo, e também o sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas pela lei, no controle sobre a gestão financeira das entidades às quais o Estado contribui em via ordinária. Reporta diretamente às Câmaras sobre o resultado da verificação efetuada. A lei assegura independência das duas Instituições e de seus membros perante o Governo.

[...]

TÍTULO IV

A MAGISTRATURA

Sessão I

Ordenamento Jurisdicional.

Art. 101 A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes só são sujeitos à lei.

[...]

Art. 103 O Conselho de Estado e os outros órgãos de justiça administrativa têm jurisdição para a tutela perante a Administração Pública de interesses legítimos e, em particular, assuntos indicados

pela lei, também de direito subjetivos. O Tribunal de Contas tem jurisdição nos assuntos de contabilidade pública e nas outras especificadas pela lei. Em tempo de paz, só têm jurisdição para os crimes militares cometidos por pessoas pertencentes às Forças Armadas.

Como se nota, com a Constituição de 1948 fica consolidada pela norma excelsa italiana o *Consiglio di Stato*. Sua previsão, contudo, é dúplice, reproduzindo a sua inspiração com tradição moderadora. Fica claro, no entanto, que é um órgão não apenas integrante do Poder Executivo, mas que também exerce a magistratura, com previsão em títulos distintos na Constituição da Itália. A ideia de “Justiça”, acentue-se, já se faz presente com uma conotação de representatividade popular (Artigo 100, *supra*). Isto é, sem uma vinculação explícita do órgão seja exclusivamente ao Executivo, seja ao Judiciário, mas exercendo, a um só tempo, as funções consultivas e jurisdicionais no âmbito estatal, portanto, de maneira impessoal e como representante de justiça.

Antes mesmo de sua previsão constitucional, sua competência já podia ser encontrada de forma dividida, de um lado, no aspecto consultivo e, de outro lado, no aspecto jurisdicional e distinto da justiça ordinária. É importante conferir suas atribuições desde o nascedouro. Nesse sentido, deve-se conferir o Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, em que se delineiam suas competências:

14. O *Consiglio di Stato*:

1º emite parecer sobre as propostas de lei e sobre as atribuições de cada natureza, pelas quais seja solicitado pelo Ministro do Rei.

2º formula aqueles projetos de lei e regulamentos que sejam cometidos ao Governo.

15. Quando o parecer do *Consiglio di Stato* é solicitado por lei o decreto real ou ministerial que o segue de ter a fórmula “ouvido com parecer do *Consiglio di Stato*”.

16. O voto do *Consiglio di Stato* é solicitado:

1º sobre todas as propostas de regulamentos que pelo art. 1, n.7, do Régio Decreto de 14 de novembro de 1901, n. 466 22, são sujeitos à aprovação do Conselho de Ministros;

2º sobre execuções de provisões eclesiásticas, por meio das quais existe o decreto real;

3º sobre todos as coordenações em texto único de leis ou de regulamentos, salvo estabelecido diversamente por lei;

4º sobre recursos ao Rei contra a legitimidade de procedimentos administrativos, sobre os quais sejam exauridos ou não possam propor-se pedidos de reparação por via genérica 23;

5º sobre convenções ou sobre contratos submetidos à aprovação pela lei 24, ou que importem empenhos financeiros que não encontrem resposta em empenho regularmente definido por lei;

6º em todos os outros casos em que seja requerido por lei.

Nos casos previstos no n.4 nesse artigo, quando o procedimento seja contrário ao parecer do *Consiglio di Stato*, deve-se fazer constar do decreto real que foi também ouvido pelo Conselho de Ministros.

Os recursos indicados no n.4 do §1º, não serão mais admitidos após 180 dias a contar daquele em que o recorrente teve comunicação do procedimento: e devem ser notificados tanto a autoridade que emitiu o procedimento e como a que tiver interesse direto nos termos estabelecidos pelo regulamento.

Capítulo I – Das atribuições do *Consiglio di Stato* em sede jurisdicional.

26. Cabe ao *Consiglio di Stato* em sede jurisdicional decidir sobre recursos de incompetência, de excesso de poder ou violação de lei, contra atos e procedimentos de uma autoridade administrativa ou corpo administrativo deliberante, que tenham por objeto interesse individual ou de ente jurídico moral; quando os próprios recursos não sejam de competência da autoridade judiciária, nem se tratem de matéria devida à jurisdição ou às atribuições contenciosas de corpo ou colégios especiais.

O recurso, que não implique em incompetência ou excesso de poder, não é admitido contra as decisões que sejam concernentes a controvérsias alfandegárias 26 ou a questões sobre o serviço militar.

30. Nas matérias deferidas à exclusiva jurisdição do *Consiglio di Stato*, este conhece também todas as questões relativas a direitos.

Permanecem, todavia, sempre reservadas à autoridade judiciária ordinária as questões referentes a direitos patrimoniais correlatos à pronúncia de legitimidade do ato ou procedimento contra o qual se recorre, e às questões prejudiciais concernentes ao estado e à capacidade dos indivíduos privados, salvo aquele que se trata da capacidade postulatória e à resolução do incidente de falsidade¹⁷.

Destaca-se a competência do Artigo 16, §4º do Régio Decreto em que se fala explicitamente, e de forma impessoal, em “legitimidade dos procedimentos”. Essa a função apenas contemporaneamente foi “traduzida” enquanto princípios da administração pública limitadores do poder abusivo. Assim, refere-se de modo impessoal à Justiça enquanto definidora abrangente do *Consiglio di Stato*, seja por sua função consultiva ou seja por sua função jurisdicional.

Ora, nessas linhas, se na França falava-se da teoria do desvio ou excesso de poder, na Itália essa conotação é mais robusta e designa um sentido de *legitimidade dos atos administrativos*.

Muito embora a Constituição Federal brasileira de 1988 fale do princípio da impessoalidade em seu Artigo 37, essa ideia de legitimidade correlata à racionalidade motivadora dos atos administrativos, com exposição de fundamentos de fato e de direito, apenas ficou mais explícita por meio dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade de que trata a Lei nº 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Assim, no contexto do direito administrativo brasileiro a *legitimidade* fica mais clara por meio dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade motivada, e sobretudo com a aplicação do demais princípios administrativo-constitucionais.

Contudo, não temos essa noção de uma jurisdição administrativa como na Itália, porque o que aqui se entende por jurisdição administrativa, em sede de direito processual, é àquela em que não existe litígio (a chamada *justiça voluntária* ou de natureza administrativa). Na Itália, contudo, a jurisdição administrativa decide as matérias de interesse do particular com a Administração fora da jurisdição ordinária e de igual valor.

17 Livre tradução.

Com o desenvolvimento da Itália, já no século XIX, são instituídos os Tribunais Administrativos Regionais, que passam a ser a primeira instância da jurisdição administrativa. Sua competência foi instituída pela Lei nº 1034, de 6 de dezembro de 1971¹⁸, funcionando o *Consiglio*

18 Livre tradução: Art.1. 1. São instituídos tribunais administrativos regionais, como órgãos de justiça administrativa de primeiro grau. 2. As suas circunscrições são regionais e compreendem as províncias que fazem parte das regiões individuais. Eles têm sede nas capitais das regiões. 3. Nas regiões de Lombardia, Emilia-Romagna, Lazio, Abruzzi, Campania, Puglia, Calabria, Sicilia são instituídas seções desmembradas, as quais a sede e a circunscrição serão estabelecidas nas normas de atuação da presente lei prevista no artigo 52. 4. Uma seção desmembrada com ordenamento especial é instituída na região de Trentino-Alto Adige. Ela tem sede em Bolzano e sua disciplina será promovida em outra lei. 5. O tribunal administrativo regional do Lazio, além de ser uma seção desmembrada, tem três seções com sede em Roma. Art. 2. O tribunal administrativo regional decide: a) sobre os recursos já atribuídos pelos artigos 1 e 4 do texto único aprovado no régio decreto de 26 de junho de 1924, n. 1058, e sucessivas modificações, na junta provincial administrativa com sede jurisdicional; b) sobre os recursos de incompetência, por excesso de poder ou por violação de lei contra atos e procedimentos emitidos: 1) pelos órgãos periféricos do Estado e pelos entes públicos de caráter ultra-regional, com sede na circunscrição do tribunal administrativo regional; 2) pelos entes públicos não territoriais com sede na circunscrição do tribunal administrativo regional e que, exclusivamente nos limites da mesma, exercem a sua atividade; 3) pelos entes públicos territoriais incluídos na circunscrição dos tribunais administrativos regionais. Art. 3. 1. São conferidos à competência dos tribunais administrativos regionais os recursos de incompetência, excesso de poder ou violação de legalidade contra atos e procedimentos emitidos pelos órgãos centrais do Estado ou pelos entes públicos de caráter ultra-regional. 2. Para os atos emitidos pelos órgãos centrais do Estado ou de entes públicos de caráter ultra-regional, cuja eficácia é limitada territorialmente à circunscrição do tribunal administrativo regional, e para aqueles relativos a funcionários públicos em serviço, na data de emissão do ato, com ofício com sede na circunscrição do tribunal administrativo regional, a competência é do próprio tribunal administrativo regional. 3. Nos outros casos, a competência, para os atos estatais, é do tribunal administrativo regional com sede em Roma; para os atos dos entes públicos de caráter ultra-regional é do tribunal administrativo regional no qual a circunscrição tem sede o ente. Art. 4. Nas matérias indicadas nos artigos 2 e 3 a competência conferida aos tribunais administrativos regionais para os recursos tendo por objeto direitos e interesses de pessoas físicas ou jurídicas, de cuja tutela não seja atribuída à autoridade judiciária ordinária, ou a outros órgãos jurisdicionais. Art.5. 1. São conferidas na competência dos tribunais administrativos regionais os recursos contra os atos e procedimentos relativos às relações de concessões de bens públicos. Aplicam-se, para fins de individualizações do tribunal competente, o §2º e o §3º do artigo 3. 2. Mantém-se a jurisdição da autoridade judiciária originária para os litígios concernentes à reparação, honorários e outros respectivos e aqueles dos tribunais de águas públicas e dos tribunais superiores de águas públicas, nas matérias indicadas nos artigos 140-144 do texto único de 11 de dezembro de 1933, n. 1775. Art. 6º. 1. O tribunal administrativo regional é competente para decidir sobre recursos concernentes a litígios em matéria de operações as eleições dos conselhos municipais, provinciais e regionais. 2. Com a decisão dos recursos o tribunal administrativo regional exercita os poderes e adota os procedimentos referidos no artigo 84 do texto único aprovado pelo decreto do Presidente da República de 16 de maio de 1960, n. 570, modificado pela lei de 23 de dezembro de 1966, n. 1147. 3. Permanecem à salvo, para as ações populares e as apelações permitidas para os eleitores, a norma do artigo 7 da lei de 23 de dezembro de 1966, número 1147, e do artigo 19 da lei de 17 de fevereiro de 1968, n. 108. Art.7. 1. O tribunal administrativo regional exerce jurisdição de mérito nos casos previstos no artigo 27 do texto unido de 26 de junho de 1924, n. 1054, e naqueles previstos no artigo 1 do texto único de 26 de junho de 1924, n. 1058. 2. O tribunal administrativo regional exerce jurisdição exclusiva nos casos previstos pelo artigo 29 do texto único de 26 de junho de 1924, n. 1054, e naqueles previstos pelo artigo 4 do texto único de 26 de junho de 1924, n. 1058, e sucessivas modificações, e nas matérias referidas pelo artigo 5, §1º, da presente lei. 3. O tribunal administrativo regional, no âmbito de sua jurisdição, conhece também todas as questões relativas a eventuais ressarcimentos de dano, também por meio de reintegração na forma específica, e para outros direitos patrimoniais decorrentes. Ficam reservadas para a autoridade judiciária ordinária as questões prejudiciais concernentes ao estado e à capacidade dos indivíduos privados, salvo

di Stato com competência, então reduzida, de segundo grau, como se apresenta:

Art. 33. 1. A sentença dos tribunais administrativos regionais tem eficácia executiva.

2. O recurso de apelação ao *Consiglio di Stato* não suspende a execução da sentença impugnada.

3. O *Consiglio di Stato*, todavia, a pedido da parte, quando possa, em fase de execução da sentença, vir a ocorrer dano grave e irreparável, pode dispor, mediante decisão motivada emitida na câmara do conselho, que a execução seja suspensa.

4. Sobre o pedido de suspensão o *Consiglio di Stato* manifesta-se em sua primeira audiência sucessiva à interposição do recurso. Os defensores das partes devem ser ouvidos pela câmara do conselho, onde poderão fazer requerimentos.

5. Para a execução da sentença não suspensa pelo *Consiglio di Stato* o tribunal administrativo regional exerce os poderes inerentes ao juízo de razoabilidade ao julgado referido no artigo 27, §1º, número 4), do texto único das leis sobre o *Consiglio di Stato*, aprovado pelo régio decreto de 26 de junho de 1924, n. 1054, e sucessivas modificações.

Desse modo, para compreender como a *Avvocatura dello Stato*, nascida da *Avvocatura Erariale* em 1876, chegou a uma estrutura de funcionamento imparcial e independente de promoção da Justiça, é necessário ter em mente a sua formação na estrutura de uma Itália recém unificada derivada do amadurecimento do *Consiglio di Stato*.

Se a *Avvocatura dello Stato* pautou-se por esse *princípio de legitimidade* este se encontrava implícito no direito público italiano. Decorre de um processo de independência do poder político monárquico a fundação do *Consiglio di Stato*. Isto é, de uma origem mais evoluída

quando se tratar de capacidade postulatória, e para a resolução de incidente de falsidade. 4. O tribunal administrativo regional julga também o mérito nos casos previstos pelos artigos 29, números 2), 3), 4), 5) e 8) do texto único de 26 de junho de 1924, n.1054. Art.8. 1. O tribunal administrativo regional, nas matérias que não possua competência exclusiva, decide com eficácia limitada por todas as questões prejudiciais ou incidentais relativas a direitos, cuja resolução seja necessária para pronunciar a questão principal. 2. A resolução do incidente de falsidade e as questões concernentes ao estado e à capacidade dos indivíduos privados permanecem de exclusiva competência da autoridade judiciária ordinária, salvo quando se tratar de capacidade postulatória.

da doutrina de excesso ou abuso de poder francesa para um sentido autêntico de representatividade dos órgãos e instituições estatais refratários àquelas pressões exercidas tradicionalmente pela monarquia.

Se essas são as origens da Advocacia de Estado, para fins de melhor compreensão da necessidade de sobreposição dos modelos italiano e brasileiro, deve-se destacar que a influência norte-americana também se fez presente no Brasil, deslocando, por isso, a essencialidade da noção de justiça do executivo para que esta fosse mais sintonizada no Poder Judiciário. Esse resgate do sentido de justiça difuso entre os três órgãos de poder é o que nossa Constituição pretende com as “funções essenciais à justiça”.

Vejamos, então, como no Brasil, como a símile do que ocorreu com seus vizinhos latino-americanos que tendem a concentrar o poder político no poder executivo, ligou mais esse conceito de justiça à poder judiciário como importação de uma experiência dos Estados Unidos da América.

3 A IMPORTAÇÃO BRASILEIRA DO MODELO NORTE-AMERICANO

A adoção de um modelo de Advocacia de Estado na linha européia do direito italiano não seguiu uma adaptação direta e imediata no Brasil em razão da opção, no surgimento do período republicano com a Constituição de 1891, a uma parcial importação do modelo norte-americano.

Dentro de uma tradição de Estado Liberal, com direitos e garantias fundamentais das chamadas “liberdade negativas”, tem-se que correlato ao direito lesionado existiria um meio assecuratório desse direito. Tem-se no Brasil *“a noção de remédios, usada em seu sentido figurado, por óbvio, é boa, já que tanto denota o fato de servirem para prevenir lesões como para reparar aquelas que eventualmente já tenham ocorrido”*¹⁹.

Ora, não há no direito italiano o Mandado de Segurança! Como na Itália a legitimidade difunde-se com o conceito de justiça para os três poderes da república, não faz sentido a justiça ordinária, praticada pelo Poder Judiciário, controlar os abusos. Da imparcialidade do *Consiglio di Stato* decorre a possibilidade de atuar com neutralidade a respeito dos próprios atos estatais. Vai-se, assim, além da possibilidade de rever os atos ilegais como pode atuar o Poder Executivo brasileiro; de modo que, naquele sistema, é possível decidir em caráter jurisdicional os atos administrativos dentro do próprio Poder Executivo, sem que se falem em remédios posteriores perante o Poder Judiciário.

19 AVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010. p.889.

Todavia, disso não resulta incompatibilidade com o Brasil. Ao contrário, nosso direito administrativo possui fortes influências européias como corolários das conquistas de Revolução Francesa. Todavia, nosso constitucionalismo influenciou, em alguma medida, a prática administrativista, a ponto de impossibilitar uma adoção integral seja de um sistema constitucional-administrativista norte-americano, seja de um sistema estatal italiano. Ao adotarmos ambos criamos um modelo próprio que necessita de aprimoramento.

No Brasil, sobretudo com Rui Barbosa, introduzimos uma ideia de um juiz-médico diante da Constituição, pois, para ele:

*as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem a existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias*²⁰.

A noção de direitos liberais remete a uma noção de Estado-violador. Como advertem as lições de Paulo Bonavides:

Ora, foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico do nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.²¹

Assim o Poder Judiciário, sem um respectivo concorrente “poder moderador” ou “conselho de estado”, invocou a si o princípio da inafastabilidade: “*que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo*”²², cuja previsão remete ao Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, em que: “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

20 BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. p.121-124. *apud*: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 886.

21 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2007. p.529.

22 DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. p.204.

No Brasil, a noção de jurisdição²³ ficou a cargo do Poder Judiciário. Não acredito, no entanto, que essa noção de Estado-violador corresponda ao sentido de “função essencial à Justiça” de competência da Advocacia-Geral da União. Digo isso independentemente de que vigorem entre nós os “remédios constitucionais”.

Se a tradição americana difere, nesse sentido, da lógica do *Consiglio di Stato*, também aqui entre nós, sobretudo com a noção de princípios de razoabilidade-proporcionalidade motivada, também exercemos o controle de legalidade e de legitimidade dos atos da Administração Pública, ainda que não de forma independente da jurisdição ordinária como na Itália.

Nosso nível de maturidade institucional, portanto, carece de fortalecimento da neutralidade e da impessoalidade uma vez que não tivemos em nossa história institucional um órgão superior e de relevância como o *Consiglio di Stato* no Brasil.

Como fazer então?

4 UM MODELO DE ADVOCACIA DE ESTADO PARA O SISTEMA BRASILEIRO

De grande contribuição acadêmica para a elaboração de uma normatização da Advocacia Pública brasileira são os estudos do Professor emérito Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, inspirado pelos mais nítidos ideais de implementação dos princípios da Administração Pública de legalidade e de legitimidade (neste último em que também se incluem, dentre outros porém basicamente, os princípios constitucionais do Artigo 37: *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*), trouxe, pois, as linhas mestras de um sistema compatível para a Advocacia de Estado Brasileira mais próxima aos moldes da *Avvocatura dello Stato* italiana e com inspirações no constitucionalismo alemão.

Do direito tedesco tem-se a incorporação brasileira da noção de Estado Democrático de Direito, compreendendo a possibilidade de articulação da legalidade e da legitimidade como expressão da representatividade popular²⁴.

23 A respeito do conceito de jurisdição: “Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).” CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2008. p.147.

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. Interesse Público*, v. 1, n. 4, p. 9-22, out./dez. 1999. “Esta concepção, que tanto deve ao desenvolvimento do constitucionalismo alemão,

Conforme defende, o advogado público, a um só tempo, implementa essa carga axiológica de aplicabilidade das normas de direito público, como também orienta o gestor para a adequada e justa aplicação da lei²⁵. O festejado doutrinador chega a pensar no advogado público inserido no papel civilizatório do direito como finalidade estatal, quando afirma: “*Ora, as atividades dos Procuradores de Estado se situam de pleno entre as atividades-fim, ou seja, aquelas voltadas ao estabelecimento, à manutenção e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica*”²⁶ 27.

Para fins de implementação desses princípios de Justiça por meio da Advocacia Pública, é peremptório o professor a respeito dos advogados públicos que: “*não podem se eximir de continuar a atuar como órgãos independentes, sempre que se trate, prioritariamente, de defesa da ordem jurídica*”²⁸. Não necessita, como afirma com propriedade, “de

exalta o princípio fundante da legalidade, instituidor de um Estado de Direito, de par com o princípio fundante da legitimidade, instituidor de um Estado Democrático, qualificando, assim, a própria fonte de poder do Estado, o povo. Resta indagar se a afirmação do art. 1º da Constituição Federal, de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e nesta ordem, que sem ser a cronológica, é, contudo, a lógica, vem a ser uma norma ôntica ou uma norma comportamental?”.

25 Ibidem. “*Parece inegável a existência de um dever geral, exigível de todo o agente público, de manter o Estado Democrático de Direito. Mas como não se trata de um conceito estático, mas, ao contrário, de um conceito dinâmico do que deva ser esse Estado, pois se exige um permanente devir, através de constantes atuações de provedoria de interesses, deve haver um correspondente dever, cometido a específicos agentes, de provocá-las com esse propósito; ou seja, um dever peculiar para quem escolha como profissão promover a justa aplicação do direito.[...] O advogado público, até mesmo por essa condição, deve repudiar qualquer tipo de litigância de má-fé. Seu norte ético indesejável há de estar no princípio da confiança legítima, que necessariamente as pessoas hão de ter no Estado Democrático de Direito. Está-se, assim, tanto diante de um princípio deontológico do exercício da profissão de advogado, quanto, com maior peso, de um princípio ético fundante das próprias relações entre cidadão e Estado. É conclusão que decorre da própria hierarquia axiológica das atividades desenvolvidas por um Estado Democrático de Direito, a que se chega por uma leitura construtiva das competências constitucionais, à luz de discrimines precisados por ALESSI e que, desde 1970, na primeira edição de meu Curso de Direito Administrativo, tenho sustentado, distinguindo entre as atividades-fim e as atividades-meio do Estado. Como hoje é amplamente reconhecido, as primeiras, as atividades-fim, visam ao estabelecimento, manutenção e aperfeiçoamento da ordem jurídica, enquanto as atividades-meio são todas as demais que a própria ordem jurídica cometa ao Estado.*”

26 Ibidem.

27 Acredito que o advogado público siga essas linhas dinâmicas de implementação do direito, todavia, não acompanho o credo de um papel civilizatório do direito, o que decorre, dentre outros, do doutrinador alemão Jürgen Habermas. Isso porque penso que existe dispositivos de biopoder na estrutura estatal que desarticulam essas possibilidades. A esse respeito confira-se a Revista da Escola da AGU nº 17: Direito Constitucional e Biopolítica.

28 Ibidem. “*É que os interesses da Fazenda do Estado podem ser disponíveis segundo a lei, ao passo que o interesse da preservação da ordem jurídica é constitucionalmente indisponível. Por isso, a missão da advocacia de Estado é constitucional, para que se garanta que seu cumprimento se sobreponha a quaisquer outros deveres ou limites de imposição legal. Realmente, os advogados públicos não necessitarão de autorização hierárquica para atuar como órgãos independentes, uma vez que, do contrário, frustrariam sua missão de controle da legalidade e mantenedora e aperfeiçoadora da ordem jurídica, que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça, pois,*

autorização hierárquica para atuar como órgãos independentes”. Por isso, defende a privatividade das funções; uma vez que se distingue o *múnus* do advogado público do que ocorre com a nomeação para cargos em comissão *ad nutum*, porque estes são submetidos à confiança do gestor, enquanto àqueles somente à Lei e ao Estado Democrático de Direito. Por definição, a advocacia pública, ao ter por fundamento a essencialidade da justiça não se compatibiliza com a vontade que não seja da lei e de provimento *exclusivamente* técnico (desprovida de sentido “ao nuto” do gestor que preocupado com o Governo define metas)²⁹. Voltaremos à questão da independência em seção posterior.

Como se resume em suas lições, ao se referir aos Advogados Públicos de que fazem parte os Procuradores de Estado e os membros efetivos da Advocacia-Geral da União:

Compete, ainda, ao Procurador, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de virem a adotar as providências normativas ou concretas, destinadas à afirmação do primado dos valores jurídicos democráticos, sempre que se apresentem as ocasiões concretas de fazê-lo, ou seja, naquelas oportunidades, dentro ou fora de processo judicial ou administrativo sob seus cuidados, em que possa ser mais evidente o cabimento das recomendações.

Esse dever é do Procurador, enquanto órgão constitucional. É, portanto, institucional, como membro de Procuratura, e não burocrático, não admitindo, como já se expôs, ser cerceado, nem limitado, nem condicionado, mesmo por lei, sob pena de caracterização de abuso de poder, se perpetrado pela hierarquia do órgão coletivo de criação infraconstitucional (Procuradorias-Gerais), uma vez que o Procurador do Estado é, por definição constitucional, um órgão unipessoal.

no caso, a essencialidade dessa atuação não é o decidir de direito, mas será sempre, e em qualquer circunstância, o promover o direito”.

29 Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado e as Novas Competências Federativas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre: 22 (51) :11-19, 1995: “para que esta atuação repouse em exclusiva discricionariedade técnica e seja despolitizada, é necessário que haja privatividade das funções de advocacia do Estado. De outra forma, os agentes políticos e administrativos inconformados com o controle poderiam se valer de serviços jurídicos avulsos, prestados por advogados privados, descompromissados com os interesses indisponíveis. A profissionalização da advocacia desses interesse é, por isso, princípio constitucional implícito que garante, por sua vez, os princípios substantivos que regem a administração pública e, mais além, o próprio Estado Democrático de Direito”.

Mas a esse dever do Procurador, corresponde um correlato direito dos agentes políticos de receberem esses subsídios, uma vez que o interesse público primário sempre estará na sustentação dos princípios da ordem jurídica administrativa estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição.

Finalmente, a satisfação desse dever de ofício do Procurador, a ser exercido pelas vias burocráticas, não impede que as chefias hierárquicas dos respectivos órgãos coletivos manifestem suas próprias opiniões sobre os temas, em divergência ou em concordância. A tanto e a não mais que isso vai a hierarquia legal, jamais inibindo ou condicionando o cumprimento dos deveres constitucionais³⁰.

Dessa forma, por meio de abalizada doutrina, a mesma impessoalidade existente no *Consiglio di Stato* faz-se presente no direito público brasileiro, portanto, com paralelos entre a *Avvocatura dello Stato* e a Advocacia-Geral da União. Há um princípio europeu de função essencial à justiça que os orienta. De uma tradição que também remete à noção de desvio ou excesso de poder francesa, assim como da dimensão de Estado Democrático de Direito, em balizas de legalidade e de legitimidade existentes no direito alemão e italiano.

Mas o conceito de justiça limita-se a um Estado-Nacional?

5 A TRANSNACIONALIDADE DO CONCEITO DE JUSTIÇA

É preciso, nessa etapa, compreender a extensão do conceito de justiça.

A *Avvocatura dello Stato*, uma vez que a Itália é integrante da Comunidade Européia, participa ativamente no processo de integração e harmonização da legislação comunitária regional. Daí, não se deve pensar no sentido restrito ao conceito de *Stato*, mas sim na dimensão regionalista e de articulação da justiça estatal. Ou seja, a representação italiana ocorre não apenas na esfera nacional como também comunitária e internacional. O mesmo ocorre, timidamente, com a Advocacia-Geral da União tanto em sede de Mercosul (regional) como internacional (como Corte de Haia, Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, Tribunal Penal Internacional, dentre outras).

A integração normativa comunitária ocorre gradualmente. Tome-se o caso da Itália para fins de paradigma. Por exemplo, por meio de

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, out. /dez. 1999. p. 9-22.

recursos interpostos perante os *Tribunali Amministrativi Regionali – TAR* que cheguem à Corte Européia de Direitos Humanos. Ou ainda, *verbi gratia*, com a adoção na jurisdição ordinária de Diretivas da Comunidade Européia elaboradas pelo Parlamento Europeu, que muitas vezes encontra oportunidade de implementação por meio da *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*.

Dessa forma, o conceito de Justiça, no moldes regionais da Europa, facilmente transita com a representação italiana pela *Avvocatura dello Stato* dentro do processo de harmonização da normativa européia, sobretudo no campo da construção jurisprudencial e principiológica.

Entre nós, muito embora o Mercosul possua uma normativa e uma organização judiciária, não existe um paralelo quando se trata de aplicabilidade e efetividade das normas regionais.

Vejamus uma atuação internacional. O caso, por exemplo, dos *Retreadead Tyres*, fora dos limites territoriais do Estado brasileiro. Esse conflito internacional demonstra claramente a dificuldade de representatividade com uma função essencial à Justiça a ser desempenhada pela Advocacia-Geral da União, com o caso indo desde os tribunais do Mercosul, passando pela Organização Mundial do Comércio-OMC e dependendo, finalmente, da definição com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101-3 pelo Supremo Tribunal Federal.

Gostaria de, sem entrar no mérito das temáticas desenvolvidas, apresentar alguns exemplos de decisões que demonstraram a necessidade de exercício das funções essenciais a justiça ultrapassa a sede nacionalista estatal. Um caso na Itália e esse brasileiro.

Vejamus um caso italiano. No caso Lautsi, como forma de ilustrar a questão do direito comunitário europeu, a questão surgiu quando pais de duas crianças alegaram que o crucifixo presente em uma escola pública de Abano Terme, em Pádua na Itália, ofenderia sua laicidade requerendo um provimento, de retirada do símbolo religioso da escola pública, perante o Tribunal Administrativo Regional de Veneza. Este considerou infundado o pedido, assim como o *Consiglio di Stato* e a *Corte Costituzionale*. Assim, os pais indignados, recorreram à Corte Européia de Direito Humanos-CEDH, situada em Estrasburgo na França, em que foi admitido tal princípio de laicidade. Contudo, mediante recurso italiano, e a *Avvocatura dello Stato* tem participação ativa na CEDH, o caso foi revertido na Câmara Alta, ao entender-se que o cristianismo compõe a cultura européia e, por essa razão, não haveria sentido em falar-se de laicidade, no que foi acompanhado por dez países que atuaram como terceiros interessados, além de organizações não governamentais e

da própria Santa Sé. A decisão da Corte entendeu que o crucifixo possui um valor religioso e que, por uma questão de justiça, não ofenderia a um princípio de pluralismo educativo de uma sociedade democrática. Assim, em âmbito regional, esse é um exemplo solucionado o perante a comunidade europeia com representação supra-nacional.

No Brasil, o caso dos pneumáticos ilustra como ainda é preciso fortalecer o sistema regional. Isso porque a matéria inicialmente de interesse local entre Brasil e Uruguai ao invés de ser resolvido no âmbito do Mercosul teve diversos caminhos chegando a incluir a participação da Comunidade Europeia em litígio perante a Organização Mundial do Comércio - OMC. Vejamos o caso para entender como o sistema brasileiro atua em âmbito internacional.

O Brasil possuía a Portaria/DECEX nº 8 de 2000 que proibia a concessão de licença para importação de pneus usados ou recauchutados, como um *standard* político de mercado nacional. No mesmo sentido a Resolução/CONAMA nº 258/1999. Algumas liminares foram conferidas para derrubar os normativos e franquearem o livre comércio. O Uruguai, entendendo-se prejudicado, acionou um Tribunal *Ad Hoc* perante o Mercosul, tendo sido julgados em 09 de janeiro de 2002 como contrários aos princípios regionais e determinou que o Brasil adaptasse sua normativa interna. A defesa brasileira não apresentou fundamentos sanitários ou ambientais, que em litígio semelhante entre Uruguai e Argentina foi usado como argumento, embora sem êxito. A partir de 2003 a Comunidade Europeia passou a provocar o Brasil em tratativas, com consulta formal em 23 de junho de 2005, sem composição, e sendo constituído em 20 de janeiro de 2007 um painel de solução de controvérsias. O governo brasileiro então fortaleceu sua defesa, incluídas questões ambientais, tendo sido decidido o caso por relatórios do painel em 12 de junho de 2007, seguido do órgão de apelação em 03 de dezembro de 2007. No painel o Brasil provou que havia relação com a transmissão de doenças, mas o órgão de apelação rejeitou os argumentos considerando como medida discriminatória injustificada. O Brasil, então, internamente foi ao Supremo Tribunal Federal e, com a ADPF 101-3, proibiu a importação de pneus recauchutados, sem discriminação seja aos produtos provenientes do Mercosul seja aos provenientes da comunidade europeia. Todavia, é de se ressaltar, nada impede que outros painéis sejam reabertos em âmbito regional ou internacional que tenham por argumento o livre-comércio (argumento que prevaleceu tanto no Mercosul como na OMC).

Os casos demonstram que a representatividade extra-judicial da Advocacia-Geral da União, na promoção do Estado Democrático de

Direito e como função essencial à Justiça ultrapassa as linhas dos estados nacionais. De maneira que *de lege ferenda* é de se institucionalizar adidância internacional em âmbito da Advocacia-Geral da União (cite-se um exemplo os *adidos agrícolas*³¹), seja em sede regional como internacional, a exemplo das funções desempenhadas pela *Avvocatura dello Stato*.

6 A DISTINÇÃO ENTRE AUTONOMIA A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Mas como conferir a neutralidade do desempenho da Justiça ao advogado público?

Ao serem vistos os modelos italiano e brasileiro, assim como em sentido regional e internacional, passa-se a amadurecer o enfoque no tocante ao ofício do advogado público no âmbito da *Avvocatura dello Stato*. Inicie-se com sua competência assim encontra-se prevista no Régio Decreto de 30 de outubro de 1933, nº 1611:

1. A representação, o patrocínio e a assistência em juízo das administrações do Estado, mesmo se organizadas em ordenamento autônomo, são promovidas pela Advocacia de Estado.

Os advogados de Estado exercem as suas funções previamente a todas as jurisdições e em qualquer sede e não têm necessidade de mandato, nem mesmo no caso nos quais as normas ordinárias exigem o mandato especial, bastando que conste por sua qualidade.

[...]

18. A Advocacia do Estado é constituída pela Advocacia-Geral e pelas advocacias distritais.

A Advocacia Geral tem sede em Roma.

As Advocacias Distritais têm sede em cada capital da região e, ainda, onde são instituídas sedes de corte de apelo.

Nas circunscrições da corte de apelo de Roma as atribuições da advocacia distrital são exercitadas pela Advocacia Geral do Estado. Na circunscrição da corte de apelo de Turim a Advocacia de Turim tem competência também para o Vale da Aosta³².

31 Um exemplo a ser seguido de paradigma é o dos adidos agrícolas com disciplinado no Decreto 6.464/2008, que assim definiu a representatividade para fins negociais, no que valeria o mesmo para fins jurídicos da Advocacia-Geral da União: "Art. 4º Fica autorizado o exercício da atividade de adido agrícola junto às Missões Diplomáticas do Brasil em Buenos Aires, Bruxelas, Genebra, Moscou, Pequim, Pretória, Tóquio e Washington".

32 Livre-tradução.

No mesmo sentido, definindo as atribuições, tem-se a Lei nº 103 de 1979:

9. A Advocacia-Geral do Estado promove a representação e a defesa da administração das justiças, perante: a Corte Constitucional, a Corte de Cassação, os Tribunais Superiores de águas públicas e demais jurisdições supremas, inclusive administrativa, e colégios arbitrais com sede em Roma, bem como desde os primeiros procedimentos em colégios internacionais ou comunitários.

As advocacias distritais promovem a representação e a defesa em juízo das administrações nas respectivas circunscrições.

Os advogados e os procuradores de Estado podem ser encarregados da representação e da defesa das administrações em causas que desenvolverem fora da circunscrição de seu ofício, mediante proposta do advogado distrital e prévio parecer do *comitato consultivo*.

Sem prejuízo da faculdade da Advocacia-Geral do Estado em fornecer consulta sobre questões de máxima relevância em qualquer matéria, a advocacia distrital do Estado promove a consulta no resguardo de todos os ofícios em sua própria jurisdição³³.

É importante notar, contudo, que a forma com que a Advocacia-Geral da União escolheu trouxe um modelo de gestão mais centralizado na figura do Advogado-Geral a União. Se tirarmos um paralelo entre a Lei nº 103 de 1979 da *Avvocuta dello Stato* e a Lei Complementar nº 73 de 1993 ao traçar as competências do Advogado-Geral da União, notamos que o modelo brasileiro é centralizador. Isto é, não existe a mesma perspectiva dialógica institucional da *Avvocatura dello Stato* que, no desempenho de suas funções essenciais à justiça, compartilha suas atribuições com o ‘Conselho de Advogados e Procuradores do Estado’, com o *Comitato Consultivo*, com o ‘Conselho de Ministros’. No caso brasileiro, as competências centralizam-se na figura da autoridade máxima, que se reporta tão somente ao Chefe do Poder Executivo na figura do Presidente da República, para, em momento posterior, serem distribuídas as atribuições. Isto é, sem o mesmo sentido de compartilhamento de gestão da Itália. Veja-se o paralelo:

33 Livre-tradução.

Lei Complementar nº 73 de 1993	Legge nº 103 del 1979
<p>Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:</p> <p>I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;</p> <p>II - despachar com o Presidente da República;</p> <p>III - representar a União junto ao Supremo Tribunal Federal;</p> <p>IV - defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação;</p> <p>V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial;</p> <p>VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;</p> <p>VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes;</p> <p>VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração;</p> <p>IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público;</p> <p>X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;</p> <p>XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;</p> <p>XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;</p> <p>XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;</p> <p>XIV - baixar o Regimento Interno da Advocacia-Geral da União;</p>	<p>15. O artigo 15 do texto único aprovado pelo régio decreto de 30 de outubro de 1933, n. 1611, é substituído pelo seguinte: 'O Advogado-Geral do Estado: determina as diretivas inerentes às tratativas das tarefas contenciosas e consultivas; preside e convoca o conselho dos advogados e procuradores do Estado e o <i>comitato consultivo</i>; coordena todos os ofícios, os serviços e o pessoal da Advocacia do Estado e supervisiona suas organizações, fornecendo as oportunas disposições e instruções gerais; resolve, ouvido o <i>comitato consultivo</i>, as divergências entre pareceres, seja entre os ofícios distritais da Advocacia do Estado, seja entre estes e a administração particular; atribui os advogados e procuradores em serviço na Advocacia-Geral do Estado das tarefas contenciosas e consultivas, por meio dos critérios estabelecidos pelo <i>comitato consultivo</i>; refere-se periodicamente ao Presidente do Conselho de Ministros sobre as atividades desenvolvidas pela Advocacia de Estado, apresentando relatórios especiais, e relatórios também prontamente de eventuais carências legislativas e de problemas interpretativos que emergirem no curso da atividade da instituição; faz as propostas e adota os procedimentos expressamente atribuídos em sua competência, e qualquer outro procedimento relacionado aos ofícios e ao pessoal da Advocacia de Estado que não seja atribuído a outra autoridade. Em caso de impedimento ou de ausência do advogado geral é substituído pelo vice advogado geral com maior idade no cargo³⁴.</p>

³⁴ Livre-tradução

<p>XV - proferir decisão nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares promovidos pela Corregedoria-Geral e aplicar penalidades, salvo a de demissão;</p> <p>XVI - homologar os concursos públicos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União;</p> <p>XVII - promover a lotação e a distribuição dos Membros e servidores, no âmbito da Advocacia-Geral da União;</p> <p>XVIII - editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições;</p> <p>XIX - propor, ao Presidente da República, as alterações a esta Lei Complementar;</p>	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Tema relevante é o que diz respeito à atuação dos profissionais advogados de estado se houver divergência de entendimentos. Uma vez que a advocacia não é uma ciência exata, encontra-se passível de diversidade hermenêutica. No âmbito da *Avvocatura dello Stato*, podem-se distinguir dois tipos de conflitos: de um lado, os conflitos puramente consultivos entre o advogado público e o Ministro de Estado e, de outro lado, o conflito consultivo ou contencioso, entre advogados públicos de sede regional e central. Neste último caso, a fim de evitar conflitos internos e de garantir a devida impessoalidade e neutralidade institucional, mencione-se, desde já, a possibilidade de encaminhamento de análise ao *Comitato Consultivo* a fim de dirimir a controvérsia, assim respeitando a independência funcional. Conforme dispõe a Lei nº 103/79:

12. As divergências que surgirem entre o ofício competente da Advocacia de Estado e a administração interessada, a respeito da instauração de um juízo ou à resistência do mesmo, são resolvidas pelo Ministro com competência indelegável.

[...]

19. Os advogados e procuradores do Estado: tratam das tarefas contenciosas e consultivas a eles atribuídos; em caso de divergência de opiniões nas tratativas de tais tarefas com o Advogado Geral, com o vice Advogado-Geral ou com o Advogado Distrital, podem pedir, apresentando por escrita, a manifestação do *comitato consultivo* e, se esse for contrário a sua visão, em ser substituído no tratamento da tarefa a respeito da qual é surgida a divergência de opiniões; podem ser substituídos na tratativa das tarefas a eles confiada no caso de ausência, impedimento ou razão justificada; quando ocorrerem graves motivos podem ser substituídos, com procedimento motivado, pelo

Advogado-Geral ou pelo Advogado distrital do Estado. Ao contrário de tal procedimento, pode ser proposto recurso em trinta dias ao conselho dos advogados e procuradores do Estado.

Os procuradores do Estado promovem também ao Ministério Público para as causas tratadas pelos advogados e pelos outros procuradores de Estado, segundo as disposições dos dirigentes dos escritórios, ao qual estão ligados³⁵.

Como se vê, no primeiro caso, de conflito consultivo entre o advogado público e o gestor da pasta ministerial respectiva, apenas o Ministro de Estado, a lei diz ser por “incompetência indelegável”, pode discordar de manifestação de advogado público. No segundo caso, conforme mencionado, no conflito entre advogados públicos a respeito de tese o *Comitato Consultivo* de modo impessoal dirime a controvérsia e designa qual o advogado público está com a melhor tese e pode continuar com os procedimentos da causa. Assim é definida a competência do *Comitato Consultivo* de acordo com a Lei nº 103/73:

26. O *comitato consultivo* é ouvido pelo Advogado Geral quando se tratam de questões de máxima ou de particular relevância, bem como sobre o mérito das diretivas internas de caráter geral para a coordenação no tratamento das tarefas contenciosas e consultivas.

O *comitato consultivo* também:

1. dirime, ouvidos os interessados, as divergências de opiniões que surgem no tratamento das tarefas contenciosas e consultivas entre advogados, que exercem funções diretivas, e advogados, que são designados para as mesmas tarefas;
2. estabelece os critérios de máximas para designação das tarefas contenciosas e consultivas dos advogados e dos procuradores do Estado.

É sempre faculdade do Advogado Geral dispor que pareceres pedidos pela Advocacia Geral são prestados pelo *comitato consultivo*.

A pedido do Advogado Geral, quando são necessárias particulares cognições técnicas, o *comitato consultivo* pode ser integrado por

35 Livre-tradução.

funcionários do Estado ou de entes públicos, que participam na sessão sem direito de voto.

Os pareceres são subscritos pelo presidente do comitativo consultivo e pelo relator.

Dessa forma, não existe na *Avvocatura dello Stato* italiana a figura do parecer-normativo como vinculante da atuação do advogado público. No Brasil, o Presidente da República possui essa possibilidade de normatização ao aprovar pareceres do Advogado-Geral da União ou elaborados pelo Consultor-Geral da União e, *in continenti*, aprovado por ambos. Assim vinculando os advogados públicos a teor do Artigo 28, inciso II da Lei Complementar nº 73/93³⁶.

Além disso, na *Avvocatura dello Stato* existe como cargo em comissão apenas a escolha do Advogado-Geral da União italiano, que pode não ser membro de carreira, muito embora na prática o seja. Não dispõe ele, portanto, de escolha de consultores ou demais membros não integrantes da carreira para compor o “um pessoal”.

Além disso, na *Avvocatura dello Stato*, o ‘Conselho dos Advogados e Procuradores do Estado’, penso, terá seu paralelo nos Conselho Superior e na Corregedoria-Geral, ambos da Advocacia-Geral da União. Assim podem ser apresentados, comparativamente:

36 Assim dispõe a Lei Complementar nº 73/93: “Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: [...] II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União; [...] TÍTULO V Dos Pareceres e da Súmula da Advocacia-Geral da União. Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer. Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República. Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas. Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar. § 1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos. § 2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União. Art. 44. Os pareceres aprovados do Advogado-Geral da União inserem-se em coletânea denominada “Pareceres da Advocacia-Geral da União”, a ser editada pela Imprensa Nacional”.

Lei Complementar nº 73/93	Legge nº 103 del 1979
<p style="text-align: center;">Capítulo II</p> <p>Da Corregedoria-Geral da Advocacia da União</p> <p>Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições:</p> <p>I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União;</p> <p>II - promover correição nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços, e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;</p> <p>III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;</p> <p>IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;</p> <p>V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;</p> <p>VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União.</p> <p>Art. 6º - Compete, ainda, à Corregedoria-Geral supervisionar e promover correições nos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União.</p>	<p>23. O conselho dos advogados e procuradores do Estado, além de exercitarem as atribuições da comissão permanente para os advogados e procuradores do Estado previstas no Régio Decreto 30 de outubro de 1933, números 1611 e 1612, e sucessivas modificações, promove:</p> <p>1. a manifestação de parecer sobre a distribuição dos advogados e dos procuradores do Estado entre a Advocacia Geral e a Advocacia Distrital fundamentado em critérios por ele pré-determinados;</p> <p>2. a manifestação de parecer sobre alocação dos advogados e procuradores recém nomeados aos vários cargos e em ordem para cada demanda ou proposta de transferência;</p> <p>3. a formulação e justiça aos quais os artigos 2, 3 e 5 da presente lei e para reexaminar depois de dois anos os juízos desfavoráveis;</p> <p>4. decisão e recursos propostos pelos advogados e procuradores do Estado contra os procedimentos do art. 19 da presente lei;</p> <p>5. a manifestação de parecer sobre a contribuição dos encarregados de vice advogado geral do Estado, de advogado distrital do Estado e de secretário geral, a respeito da norma dos artigos 16, 17 e 18 da presente lei, e sobre sua colocação fora das funções de advogados do Estado;</p> <p>6. a manifestação de parecer sobre a contribuição dos advogados e procuradores do Estado de qualquer tipo de encargo;</p>

<p style="text-align: center;">Capítulo III</p> <p>Do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União</p> <p>Art. 7º - O Conselho Superior da Advocacia-Geral da União tem as seguintes atribuições:</p> <p>I - propor, organizar e dirigir os concursos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União;</p> <p>II - organizar as listas de promoção e de remoção, julgar reclamações e recursos contra a inclusão, exclusão e classificação em tais listas, e encaminhá-las ao Advogado-Geral da União;</p> <p>III - decidir, com base no parecer previsto no art. 5º, inciso V desta Lei Complementar, sobre a confirmação no cargo ou exoneração dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos à estágio confirmatório;</p> <p>IV - editar o respectivo Regimento Interno.</p> <p>Parágrafo único. Os critérios disciplinadores dos concursos a que se refere o inciso I deste artigo são integralmente fixados pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União.</p>	<p>7. o exercício da função de comissão disciplinar nos confrontos dos advogados e procuradores do Estado à norma do art. 24 da presente lei;</p> <p>8. a designação dos advogados do Estado que devem fazer parte do comitativo consultivo.</p> <p>Os atos do consíglío são públicos e os advogados e procuradores do Estado podem examiná-lo e extrair cópia. O consíglío dos advogados e procuradores do Estado e o consíglío permanente pelo pessoal referido nos artigos 8 da lei 22 de maio de 1960, n. 520, e 32 da lei de 5 de abril de 1964, n. 284, reunidos em sessão conjunta, constituem o conselho de administração da Advocacia do Estado. O consíglío de administração da Advocacia de Estado promove:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. a manifestação de pareceres e a formulação de propostas sobre a organização e sobre a atuação dos serviços; 2. a fixação de critérios para a distribuição, entre os vários officios da Advocacia do Estado, das somas alocadas no orçamento para cada rubrica de despesa; 3. a exercitar as outras atribuições previstas no art. 146 do Decreto do Presidente da República de 10 de janeiro de 1957, n. 3, e sucessivas manifestações, à exceção daquela reservada no que se refere ao consíglío dos advogados e procuradores do Estado na presente lei e ao comitativo permanente para o pessoal das disposições contidas no parágrafo precedente.
<p>Art. 8º - Integram o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União:</p> <p>I - o Advogado-Geral da União, que o preside;</p> <p>II - o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, e o Corregedor-Geral da Advocacia da União;</p> <p>III - um representante, eleito, de cada carreira da Advocacia-Geral da União, e respectivo suplente.</p>	

<p>§ 1º - Todos os membros do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União têm direito a voto, cabendo ao presidente o de desempate.</p> <p>§ 2º - O mandato dos membros eleitos do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União é de dois anos, vedada a recondução.</p> <p>§ 3º - Os membros do Conselho são substituídos, em suas faltas e impedimentos, na forma estabelecida no respectivo Regimento Interno.</p>	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Como se nota, no item 7 do Artigo 23 da Lei nº 103/79, a atividade correicional é exercida pelo Conselho de Advogados e Procuradores do Estado, sem uma definição orgânica correicional ou sem a possibilidade de questionar o mérito da tese jurídica, cuja atribuição e eventual redistribuição de advogado público responsável pela tese pode ser promovida pelo *Comitato Consultivo*.

Por essas razões, entendo que seria mais adequado falar que no Brasil ainda não conquistamos um modelo de independência funcional como é o caso da *Avvocatura dello Stato* da Itália. Para isso, que nosso sistema fosse paralelo ao modelo italiano seriam necessárias as seguintes medidas:

- (1) reformulação das competências do Conselho Superior e da Corregedoria a símile do Conselho de Advogados e Procuradores do Estado;
- (2) criação de um órgão que fosse responsável não pela simples uniformização de entendimentos (como feito atualmente pela Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União), mas de um órgão próprio conferidor de independência funcional desempenhando as funções realizadas pelo *Comitato Consultivo*;
- (3) um sistema descentralizado distinto dos pareceres normativos pois se estes são precedentes que funcionam como “*stare decisis*” é preciso um sistema flexível para que possam ser aplicados também outros instrumentos dinâmicos como “*distinguishing*” e o “*overruling*”, isto é, que haja liberdade do advogado público, atuando motivadamente, se possível perante o “*Comitato Consultivo*”.

Se nossa autonomia para o exercício da função de advocacia ainda depende de fortalecimento de nossa instituição da Advocacia-Geral da União, a Itália e sua *Avvocatura dello Stato* muito tem a nos ensinar.

7 CONCLUSÃO

Temos ainda muitos desafios.

A independência funcional da Advocacia-Geral da União ainda depende de um amadurecimento de que pode ser espelho o paradigma da *Avvocatura dello Stato*. Nossa autonomia ainda carece de uma construção institucional mais neutra e imparcial. Além disso, é preciso atentar que o desempenho das funções essenciais à justiça demanda uma consolidação do desempenho regional e internacional.

O desempenho de funções essenciais à justiça está em nossas mãos!

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. República: teoria e prática. *apud*: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2007.

CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2008.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1992.

GARGARELLA, Roberto. *Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois*. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>.

KIRSCH, César. Advocacia-Geral da União e o Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 2006. V. XVI.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado e as Novas Competências Federativas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre: 22 (51):11-19, 1995

_____. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, out. /dez. 1999.

_____. Advocacia Pública – Realidade e Perspectivas para o Próximo Milênio. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 10, dez. 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010.

VENTURINI, Adriana; LIMA, Rômulo. Soluções de Conflitos Administrativos pelo Executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana. In: *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: 'Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*, ano IV, n.21, v.1, set. 2012. Brasília: EAGU. 2012.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO EUROPEU E BRASILEIRO

*HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF THE BASIC RIGHTS IN BRAZIL
AND IN EUROPE*

*Reginaldo de Castro Cerqueira Filho
Advogado da União
Especialista em Direito Público*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Eficácia horizontal ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais; 2 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares no Direito Europeu; 3 Fundamentos para uma vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais na Constituição do Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste artigo estudaremos a aplicação da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais, denominada pelos alemães de *Drittwirkung*, fazendo um estudo comparativo entre o direito brasileiro e o europeu. Trata-se de verificar se os particulares, em suas relações jurídicas, estão obrigados a respeitar esses direitos, de que forma e qual o alcance dessa vinculação. Originariamente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi questionada na Alemanha, conforme será exposto. Duas grandes correntes argumentam que os direitos fundamentais vinculam os particulares de forma (i) direta ou imediata ou (ii) indireta ou mediata, levando-se em conta a sua previsão constitucional. Dentro delas surgiram variantes que procuram solucionar as diversas vicissitudes que são encontradas nos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. *Drittwirkung*. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Estado do Bem Estar Social.

ABSTRACT: In this work we will compare the application of the so-called horizontal effectiveness of the basic rights, called *Drittwirkung* by the Germans. We will verify whether individuals, in their legal relationships, are obliged to respect these rights.

KEYWORDS: Horizontal Effectiveness of the Basic Rights. *Drittwirkung*. Principle of Human Dignity. Welfare State.

INTRODUÇÃO

Neste artigo estudaremos chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais, denominada pelos alemães de *Drittwirkung*. Trata-se de verificar se os particulares, em suas relações jurídicas, estão obrigados a respeitar esses direitos, de que forma e qual o alcance dessa vinculação.

Originariamente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi questionada na Alemanha, conforme será exposto. Porém, isso restou superado em boa parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, que adotaram a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso não impede que o estudo do tema, ainda hoje, seja intrigante, pois permanece a discussão acerca da forma e alcance dessa vinculação.

Duas grandes correntes argumentam que os direitos fundamentais vinculam os particulares de forma (i) direta ou imediata ou (ii) indireta ou mediata, levando-se em conta a sua previsão constitucional. Dentro delas surgiram variantes que procuram solucionar as diversas vicissitudes que são encontradas nos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

No desenvolvimento do Estado na História, com o advento, principalmente, mas não exclusivamente, do Estado Social, observou-se que não apenas do poder estatal poderiam partir ataques aos direitos fundamentais. A reorganização social fez surgir entidades privadas poderosas: grandes corporações, bancos, indústrias, sindicatos, igrejas, organizações-não-governamentais etc. Essas entidades, a despeito de serem entes privados, concentram grande parcela do poder social, o que as leva, em muitos casos, a cometer o abuso desse poder.

Fica a questão: pode-se, nas relações jurídicas envolvendo agentes privados, argüir violação a um direito fundamental, exigindo-se seu cumprimento ou a respectiva reparação? De que forma os direitos fundamentais vinculam os particulares? Qual é o alcance dessa vinculação?

O objeto central desse artigo será a problematização desse tema, em um estudo comparado, procurando sistematizar e refletir sobre as diversas posturas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

1 EFICÁCIA HORIZONTAL OU VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram inicialmente idealizados como forma de contenção e limitação dos poderes do Estado Soberano. A partir da metade do século XX, com a constituição do Estado Social,

que teve ampliada as suas funções, bem como uma crescente participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que violações às clássicas liberdades individuais não partiam apenas do poder público, mas também de setores da própria sociedade.

Analisando a Lei Suprema polonesa, Krystian Complak observa que:

La Constitución contiene normas importantes no sólo para el orden legal público, sino también para toda clase de relaciones entre las personas. Fuera de la estructura del poder estatal hay en la sociedad otros géneros de la dominación. Ellos no son menos sojuzgadores que los que caracterizan las estructuras políticas.¹

São três os marcos históricos para a consecução do Estado Liberal: a Revolução Gloriosa inglesa, de 1688; a independência das colônias inglesas da América do Norte, em 1776; a Revolução Francesa, de 1789. Seguiram-se a esses acontecimentos os documentos principais de idealização dos direitos fundamentais que foram o *Bill of Rights* inglês, em 1689; a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, o *Bill of Rights* americano, em 1791; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a primeira Constituição Francesa, de 1791.

A construção do Estado de Direito ou Estado Liberal teve como pilares (i) a separação dos poderes, (ii) os direitos fundamentais e (iii) o princípio da legalidade. Se, anteriormente, o poder estava concentrado no monarca, no Estado Liberal cresce a força do Poder Legislativo, uma vez que até os direitos fundamentais estão a ele submetidos, pois dependentes de lei para sua efetivação.

Verifica-se que os direitos fundamentais ficavam à mercê do Poder Legislativo, pois ainda não havia a consciência de subordinação das leis à Constituição. O comando social derivava das leis.

Em face da conscientização da necessidade de também conter o Legislativo, a chamada crise do constitucionalismo liberal do início do século XX, e a queda dos regimes totalitaristas na Alemanha e Itália, ocorreu, gradualmente, a mudança do Estado Liberal para o Estado constitucional, do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito.

O principal ponto ressaltado é o reconhecimento da supremacia constitucional. Dessa supremacia decorre a elevação do status dos

1 COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. Cuestiones Constitucionales, p. 53-66.

direitos fundamentais, que antes advinha da lei, agora surge a partir do texto supremo de um Estado. Desta forma, passam a constituir limites a todos os poderes públicos.

Fora a questão jurídico-constitucional, verificou-se na sociedade uma mudança de colocação no que tange às violações dos direitos fundamentais. Nas lições de Gustavo Tepedino, na democracia capitalista globalizada, os tradicionais instrumentos de proteção dos direitos humanos têm pouca serventia, se as políticas públicas e a atividade econômica privada conseguirem escapar aos controles jurídicos. Na era da tecnologia, dos contratos de massa, esses tradicionais instrumentos empregados pelo direito civil – responsabilidade civil fundada na culpa – mostram-se pouco eficazes.²

São também as lições de Cláudia Lima Marques ao referir sobre a crise da teoria contratual clássica, que não conseguia solucionar as novas questões surgidas em decorrência da transformação social. Assim é que, nos novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia, sendo que muitas vezes a manifestação de vontade mostrava-se irrelevante³.

Refere Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, que a ideia de efeito externo dos direitos fundamentais inspirou-se no Direito das Obrigações. Pois neste ramo do direito privado prevalece o conceito de duplo efeito das obrigações, ou seja, além do efeito entrepartes, haveria outro que consistiria no dever de todas as demais pessoas respeitar o direito do credor. Transposta essa construção para o âmbito dos direitos fundamentais, tem-se que eles estão fundamentalmente dirigidos contra o Estado, “enquanto que as entidades privadas se encontram na secundária posição de não poder pôr em causa esses direitos”⁴.

De forma geral, os questionamentos que os doutrinadores fazem a respeito da eficácia externa dos direitos fundamentais podem ser resumidos nos seguintes pontos: (i) os direitos fundamentais vinculam os particulares nas relações que estabelecem entre si? (ii) sendo positiva essa resposta, de que forma ou modo e em que medida ou alcance os particulares estão vinculados a esses direitos?

A resistência em aceitar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está relacionada com o fato das Constituições não fazerem previsão expressa a esse respeito. Examinando alguns textos, Wilson

2 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 61.

3 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 70-71.

4 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 82, 1987. p. 41-51.

Steinmetz cita que fazem expressa menção à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais as Constituições de Portugal (6), no artigo 18.1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”, da Rússia (1993), art. 17.3: “O exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas.” e da Suíça (1998), art. 35: “1. Os direitos fundamentais devem marcar todo o ordenamento jurídico. [...] 3. As autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, por quanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relações entre particulares.”⁵

Observa o professor Gomes Canotilho⁶ que, apesar do tema da eficácia dos direitos fundamentais ter ganhado dimensão a partir da década de 50, o assunto já era tratado na própria idéia de Constituição. Assim, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 não afirmava apenas o valor dos direitos fundamentais perante o Estado, mas dirigia-se também contra a sociedade dominante, o clero e a nobreza.

Idealizados inicialmente com o intuito de conter o poder do Estado Liberal, os direitos fundamentais ganharam amplitude quando se verificou que não apenas do poder público poderiam partir ataques contra as liberdades individuais. Grandes corporações, bancos, sociedades comerciais, associações de classe, igreja, organizações não governamentais dentre outros entes civis detentores de poder econômico-social também podem exercer pressões econômica, política, social e adotar ações que atentam contra os direitos fundamentais.

É o reconhecimento que faz Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima nesta passagem de seu artigo:

[...] É preciso quebrar o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos de minoria dominante, bem como instruir o povo para que tenha consciência e discernimento do exercício de seus direitos políticos, não se deixando manipular pelos detentores do poder (soberanos do mercado). [...]

De acordo com Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima:

Não se pode permitir que a maioria do povo ‘esmague democraticamente’ a minoria, em nome do interesse nacional, nem que a minoria, se detentora do poder de controle social, se utilize

5 STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1289.

periodicamente do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia”.⁷

Já Luis Edson Fachin ensina que: QUAL A OBRA?

No Estado liberal a Constituição regulava apenas as relações entre o Estado e os particulares, enquanto o Código Civil disciplinava as relações privadas. Os direitos fundamentais funcionavam como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, tratava-se de direitos públicos subjetivos, oponíveis em face do Estado. No Direito Privado o princípio fundamental era o da autonomia privada, ou seja, a liberdade de atuação dos particulares, que deveriam pautar suas condutas apenas nas leis civis.⁸

Ocorre que a evolução e a complexidade das relações sociais demandaram uma nova forma de visualização do direito privado. Uma releitura dos estatutos fundamentais do Direito privado foi necessária para que se compreenda “a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio”⁹.

O modelo econômico liberal caracterizava-se pelo afastamento do Estado do mercado, pois o dogma era de que este teria condições de se auto-regular, corrigindo eventuais distorções, sem a necessidade de atuação externa.

Carlos Roberto Siqueira Castro mostra que: “essa concepção primária dos direitos fundamentais não resistiu às mudanças operadas na realidade política, social e econômica, resultando na nova ordem que se convencionou chamar de “sociedade técnica de massa”¹⁰”.

A tese liberal dos direitos fundamentais que os conduziram ao reconhecimento exclusivo de direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais é incompatível com a eficácia externa. A teoria liberal, ao considerar o poder público o único destinatário, não é suficiente para compreender a atual dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante¹¹.

7 LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Ações Afirmativas frente a Particulares. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, p. 251-276.

8 FACHIN, op. cit., p. 317-324.

9 FACHIN, op. cit., p. 317-324.

10 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 246.

11 CANOTILHO, op. cit., p. 591.

É o que leciona Gustavo Tepedino ao aferir a superação deste tipo de sociedade pois:

[...] mostram-se, no entanto, abalados pela crescente demanda da sociedade tecnológica, em que a economia massificada e os avanços científicos colocam em crise a demarcação, antes cristalina, dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando a redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual.¹²

Acrescenta Carlos Roberto Siqueira Castro, após constatar que a finalidade da Sociedade e do Estado é a promoção da dignidade do ser humano, que forçoso é o reconhecimento de uma função social (meta individual) dos direitos revestidos de fundamentalidade para o gênero humano, exigindo-se a extensão da eficácia dessas normas constitucionais ao domínio das relações privadas¹³.

Na virada do século XX, o Estado do Bem-Estar Social e a nova consagração dos direitos constitucionais demandam a atuação estatal a fim de se garantir condições mínimas de vida para a população (saúde, educação, previdência etc.). Os primeiros documentos constitucionais a reconhecerem esses direitos são as Constituições do México de 7 e de Weimar de 9. Aqui o modelo econômico exige a presença do Estado para disciplinar, impor limites e corrigir distorções do mercado, pois se observou a formação de oligopólios e monopólios, prejudiciais à livre concorrência.

Neste quadro a constituição liberal é substituída pela constituição dirigente que promove um projeto de transformação da sociedade. No Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas funções, mas toda a sociedade participa do exercício do poder. Surgem entes civis fortes no âmbito social, detentores de poderes sociais e econômicos.

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade:

A paz social, o bem-estar colectivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente

12 TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 100, dez. de 2005. p. 153-167.

13 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 4, n. 42, ago. 2004. p. 4231-4239.

desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar.

[...]

Os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva, são também valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais [...].

[...]

[...] as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais [...]¹⁴

Observa-se no século XIX, a respeito da regulamentação das relações privadas, o chamado “modelo da incomunicabilidade”¹⁵, ou seja, a Constituição e o Código Civil eram como paralelas, duas realidades a parte, que não se tocavam, senão sob aspectos formais.

A superação desse modelo de incomunicabilidade, conforme Judith Martins-Costa¹⁶, deu-se em razão de três fatores: (i) de ordem sociológica, (ii) de ordem jurídico-dogmática e (iii) de ordem hermenêutica.

O fator sociológico decorre das transformações na vida social provocada pela sociedade de massas. Hoje as liberdades individuais são mais ameaçadas pelos poderes sociais – econômicos, de informação, de tecnologia.

A ordem jurídico-dogmática decorre da expansão dos Direitos de Personalidade. O núcleo da dimensão existencial do Direito Civil passa a ser desenvolvido tendo em vista o “valor-fonte” do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.

Conforme Gustavo Tepedino:

14 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006. p. 248.

15 MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 66 e ss.

16 Idem, p. 70.

[...] Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 8. Assim, a pessoa humana – e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se a categoria central do direito privado, redesenhado pelos valores constitucionais.¹⁷

É neste ponto que a dogmática dos direitos fundamentais volta à questão da multiplicidade dos seus efeitos. Observa-se que, ao lado do dever de abstenção – efeito negativo –, os direitos fundamentais apresentam também efeitos positivos, decorrentes de um dever de proteção, consistente na obrigação do Estado assegurar a proteção ou a promoção das liberdades civis e os demais direitos fundamentais.

Em termos hermenêuticos, verifica-se a necessidade de visualizar o indivíduo não exclusivamente como “sujeito de direito”, a “pessoa” participa dos vínculos jurídicos e sociais, assumindo responsabilidades. As normas jurídicas não se confundem com o seu texto, segundo Judith Martins-Costa:

[...] a sua leitura é conformada por um processo prévio, pré-compreensivo, de modo que a ciência jurídica, como um todo, só ‘si constitui-se contextualmente’, estando, pois, tanto distante do enrijecido formalismo quanto da estéril exegese de regras, sempre pronta a negar a natureza normativa dos princípios.¹⁸

O professor da Universidade de Buenos Aires, Christian Courtis, faz uma abordagem diferente sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Analisa essa vinculação a partir da noção dos direitos humanos dentro do direito internacional¹⁹. Assim, verifica

17 TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 100, dez. de 2005. p. 153-167.

18 Martins-Costa, op. cit., p. 74.

19 COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 406.

que diversos tratados, convenções e pactos internacionais estabelecem previsões que podem ter como destinatários tanto agentes públicos como entes privados.

É o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelecem direitos laborais que vinculam o empregador público e privado²⁰. Ainda, observa que muitos tratados de direitos humanos estabelecem deveres ao Estado no sentido de impor proibições e deveres aos particulares. É o caso, por exemplo, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher²¹.

Em outras situações as normas de direito internacional de direitos humanos estabelecem obrigações estatais destinadas a impedir ou reparar danos que os atos privados possam causar a um bem consagrado como direito humano, como faz a Convenção sobre os Direitos das Crianças, em seu artigo 19. Conclui Courtis que:

[...] numerosas normas de los tratados internacionales que configuran derechos humanos involucran obligaciones de particulares, y no pueden ser entendidas como exclusivamente referidas a las relaciones entre la persona titular del derecho y el Estado.²²

Quanto a sua ideia inicial, de contenção dos poderes do Estado, tratam alguns autores de denominar a eficácia dos direitos fundamentais de “vertical”; nestes casos a questão da vinculação envolverá uma entidade estatal (pública). Observe-se que a recíproca não é verdadeira, ou seja, apesar de o Estado ser titular de alguns direitos fundamentais – por exemplo: propriedade, liberdade de comunicação –, quando o particular atentar contra um direito fundamental do Estado, não haverá uma relação vertical como aqui tratada.

Do outro lado encontra-se a chamada eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais. Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas). Este será o tema tratado neste capítulo, a fim de que possamos chegar, no seguinte, ao estudo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

²⁰ COURTIS, op. cit., p. 408.

²¹ Idem, p. 413.

²² Ibidem, p. 416.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO DIREITO EUROPEU

A discussão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *Drittwirkung* – tinha certa consistência no passado, porém, hodiernamente, pode-se afirmar com certa segurança que não existem grandes controvérsias, pelo menos quanto à possibilidade de vinculação dos particulares²³ aos direitos fundamentais.

Não olvidamos que existam respeitáveis entendimentos contrários à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tais como o de Ernst Forsthoff, para quem a tentativa de fazer valer esses direitos nas relações privadas leva à criação de “conceitos bem intencionados, moralmente louváveis, mas juridicamente nas nuvens”²⁴.

Conforme Forsthoff, os direitos fundamentais não podem ser considerados um sistema de valores, pois são produtos da história constitucional, impondo limites ao Estado, em um determinado momento histórico. Diz:

Ma è fin da ora evidente che introdurre nei diritti fondamentali idee come il ‘sistema di valori’ produrrà determinate associazioni di idee e procedimenti logici. Il sistema di valori indica una dimensione spirituale, ma non tale da avere un posto nel campo dell’interpretazione delle norme giuridiche. L’idea che un regolamento legislativo formi un sistema non è naturalmente estranea all’interpretazione giuridica. Essa consente di trarre dal contesto sistematico conseguenze per l’interpretazione normativa. Così i rapporti speciali di debito o i diritti reali possono essere considerati un sistema. In tal senso i diritti fondamentali non rappresentano un sistema. Como prodotto della storia costituzionale, essi pongono allo stato limiti per la tutela di determinate funzioni individuali che, in costanza di determinate condizioni storiche, appaiono particolarmente degne di tutela. [...] Manca ogni appiglio storico o di altra natura che provi che la normazione sui diritti fondamentali abbia mai seguito concezioni informate ad una sistematica obiettiva.²⁵

23 SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193.

24 FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed. Munique, 1971. Apud: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987. p. 43.

25 *Idem*, p. 203-204.

Crítica, dessa forma, a interpretação dos direitos fundamentais como um sistema de valores, mostrando clara preferência pelos tradicionais métodos de interpretação constitucional:

[...] I motivi che vengono adottati a favore dell'efficacia verso i terzi sono incomprensibili per chi resta nella tradizione della scienza del diritto pubblico e della scienza costituzionale. [...] naturalmente no vi è alcuna possibilità di ricavare dalla Legge Fondamentale, con i mezzi dell'interpretazione tradizionale, l'efficacia verso i terzi e, per chi è rimasto sul piano dell'interpretazione tradizionale, tutti i tentativi di ricavarla da essa non sono che una *petitio principii*.²⁶

Observa Juan María Bilbao Ubillos²⁷, citando Ernst Forsthoff, que doutrinadores e juristas de peso defendem que as ameaças que os agentes privados sofrem quando relacionam entre si, podem muito bem ser resolvidas pelos tradicionais instrumentos do Direito Civil.

Os adeptos da doutrina que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares entendem que a fórmula da *Drittwirkung* é inútil, pois as ameaças procedentes dos particulares estão reprimidas pelas leis civis e penais e não na Constituição, que apenas traça limites nos quais o poder público não pode avançar.

Constata Bilbao Ubillos que a principal bandeira dessa doutrina é o princípio da autonomia privada, que sofreria forte golpe com o reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculariam os particulares. Sintetiza dizendo o professor da Universidade de Valladolid que:

Late en el fondo de estas posturas la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de 'caballo de Troya' que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada.²⁸

Dentro do direito comparado, além do sistema constitucional dos Estados Unidos, pode ser citado, na Europa, o Direito Constitucional suíço, em que prevalece, na doutrina e na jurisprudência, a clássica visão liberal a respeito dos direitos fundamentais.

26 FORSTHOFF, op. cit., p. 211.

27 BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 310.

28 Idem, p. 311.

Exemplo de decisão judicial neste sentido é a proferida pelo Tribunal Federal no caso “Seeling”, de 1954, quando o Tribunal entendeu que prevaleceria a autonomia contratual dos donos de salas de cinema que impediram o acesso de jornalista, o qual havia criticado a programação de exibição cinematográfica. Reconheceu o tribunal que a liberdade de expressão não produz efeitos nas relações privadas²⁹.

Em que pese essas respeitáveis críticas à vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais, a verdade é que essa doutrina vem prevalecendo na maior parte dos países do mundo ocidental.

De uma forma geral, pode-se dizer que na doutrina europeia prevalece a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É o que nos coloca Pérez Luño ao citar que por influência da teoria dos valores, da teoria institucional e da jurisprudência e doutrina alemã, a doutrina do *Drittwirkung der Grundrechte* se desenvolveu nos vários Estados europeus e fora do continente³⁰. Essa eficácia perante terceiros está baseada na necessidade da plena vigência dos valores incorporados nos direitos fundamentais em todas as esferas do ordenamento jurídico.

O autor espanhol, sem tomar partido em relação ao como da eficácia horizontal, apresenta dois argumentos para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O primeiro decorre de uma exigência lógica, partindo de uma coerência interna do ordenamento jurídico, pois caso refutada a tese da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, haveria uma dupla ética dentro da sociedade, uma referente à relação Estado/particular e outra à relação particular/particular, o que não pode ser aceito.

O segundo argumento decorre do reconhecimento da existência dos poderes sociais, econômicos, etc. que, tanto quanto o Estado, são violadores das liberdades e garantias constitucionais³¹.

Já outros problemas surgem quanto a saber como e em que medida esses direitos influenciam as relações privadas. A questão do como as normas fundamentais incidem sobre as relações entre os particulares decorre de um problema de construção. Enquanto que o problema da medida relaciona-se com a colisão de direitos³².

29 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 198.

30 PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 319.

31 Idem, p. 320.

32 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 511.

Delimitando-se ainda o tema, a eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares pode ser analisada sob dois aspectos: (i) substancial e (ii) processual. Materialmente, analisa-se a existência de uma vinculação dos particulares, bem como a sua amplitude e forma. Enquanto, processualmente, a questão levantada diz respeito aos meios processuais existentes para se tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações privadas.

Apenas como referência, podemos vislumbrar no direito comparado europeu diversos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas como, por exemplo, o *référé* na França e na Bélgica, colocados à disposição dos particulares para fazer valer as disposições das normas fundamentais constitucionais³³.

3 FUNDAMENTOS PARA UMA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior não apenas do Estado brasileiro, mas, também, da sociedade, pois contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social do país.

Observa-se, da análise de seu corpo, que a Constituição de 1988 é intervencionista e social, como revela o elenco de direitos sociais e econômicos. Trata-se de modelo para a construção de um Estado Social, que visa à promoção da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, etc.

Apesar de, como dito anteriormente, não existir no Texto Constitucional pátrio, norma expressa que preveja a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isso não é empecilho para que se desenvolva construção jurídico-normativa para chegar a tal conclusão.

E isso porque a Carta Magna, apesar de não prever expressamente, por outro lado:

- (i) não proíbe a vinculação dos particulares,
- (ii) é possível que se chegue a tal conclusão de forma mediata,
- (iii) observa-se, em algumas normas, que, estruturalmente, os direitos fundamentais têm como destinatários os particulares,
e
- (iv) alguns autores defendem que a norma do § 1º do artigo 5º prevê a “máxima otimização” das normas definidoras de

33 MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 24, n. 57 p. 27-36, maio/mar. 1992-1994.

direitos fundamentais³⁴. Esses são argumentos que podem ser levantados para sanar a omissão constitucional a respeito da vinculação dos particulares.

Para Wilson Steinmetz³⁵ o fundamento constitucional para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser um só, mas “um ‘feixe’ ou uma ‘constelação’ de fundamentos constitucionais”. Entende o autor que a vinculação dos particulares decorre de diversos fundamentos constitucionais, alguns com maior “força dogmática”, cita o princípio da supremacia da Constituição, postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio da dignidade da pessoa, e outros com menor “força dogmática”, como o princípio da solidariedade e da aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Outra fundamentação constitucional para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais está no princípio da dignidade da pessoa humana esculpido no Texto Maior no inciso III, art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana Wilson Steinmetz, após expor os pensamentos filosóficos de Immanuel Kant, traz para o direito constitucional essas lições e conclui que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

Ordena: (i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento da pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade proíbe: (i) a ‘coisificação’ ou a ‘objetualização’ da pessoa; (ii) a ‘funcionalização’ (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa.³⁶

34 Neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

35 STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102.

36 STEINMETZ, op. cit., p. 116.

Da mesma forma que os conceitos de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa, a solidariedade é um conceito, originariamente, moral. Como princípio constitucional está previsto no inciso I do art. 3º, sendo tomado como argumento para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a solidariedade foi inicialmente reconhecida na fase do constitucionalismo social, consolidando-se com a formação do Estado Social (*Welfare State*), a partir da década de 30 do século passado.

O princípio da solidariedade liga-se à idéia de bem-estar social das pessoas, garantia das condições mínimas vitais para a sobrevivência do ser humano, a fim de promoção da existência digna. Logo se vê que não pode ser o Estado o único destinatário de tal princípio, vez que ele se irradia sobre a sociedade, regulando, da mesma forma, as relações entre particulares.

Aponta Steimnetz³⁷ como outro ponto a favor de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o chamado princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, estabelecido no § 1º do art. 5º.

Em outro prisma, para uma compreensão sistêmica da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares precisamos analisar três pontos: a fundamentalidade, a concepção de sistema e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a preponderância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e, como não poderia deixar de ser, no direito privado, advém da fundamentalidade das normas que os consagram. A Constituição, como norma fundamental de uma sociedade, regula as atividades estatais e, também, as relações privadas. A autonomia do direito privado não representa a sua independência frente à Constituição.

Tome-se agora a noção de sistema que abarca o ordenamento jurídico, neste sentido, da Constituição como norma fundamental deriva uma série de conseqüências, tais como a aplicabilidade imediata, a força vinculante e posição hierarquicamente superior, o que consolida a aplicação ampla e irrestrita dos direitos fundamentais em todo o ordenamento. São as lições de Eduardo García de Enterría ao dizer que:

[...] asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas

37 Idem, p. 121-122

que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.³⁸

E essa concepção de fundamentalidade permite formular uma teoria acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois como princípios constitucionais não podem deixar de ser considerados pelos entes privados nas suas relações.

Mas, independentemente dessa aceitação geral da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhece-se que diversas questões precisam ser melhores desenvolvidas. Qual a forma dessa vinculação, qual o seu alcance, e, se podemos falar em uma eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais.

Segundo André Ramos Tavares, o reconhecimento de direitos humanos não deve operar-se, hodiernamente, apenas “verticalmente”, pois existe o reconhecimento de privilegiar-se, também, a eficácia horizontal dos direitos humanos³⁹. Porém, entende Tavares que essa eficácia não terá a mesma intensidade que aquela verificada nas relações entre os particulares e o Estado⁴⁰.

Faz ainda a observação a respeito das ações constitucionais de tutela da eficácia horizontal, pois elas serão diferentes, conforme se trate da proteção de um direito declarado, bastando, para tanto, mero processo interpretativo, ou se estiver em questão uma garantia constitucional, que, em sua maioria, tem como destinatário o poder público⁴¹.

O professor Tavares parece tender a aceitar que os agentes privados estão vinculados aos direitos fundamentais de forma indireta, dependendo do legislador infraconstitucional para regular essas relações. Isso porque aponta para o problema da constitucionalização do direito privado, relegando esse a um plano secundário; e, também, pelo risco de transformação do Tribunal Constitucional em verdadeira Corte de Revisão⁴².

Abre margem, porém, para aceitar-se a aplicação direta quando não houver intermediação legislativa, quando os direitos fundamentais estiverem previstos “apenas” no Texto Constitucional, o que entende difícil, em face da amplitude da legislação existente.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 49-50.

39 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 373.

40 Idem, p. 374.

41 Idem, p. 374.

42 TAVARES, op. cit., p. 451.

Em um último comentário a respeito da eficácia horizontal, Tavares leva-nos à discussão dessa eficácia no que tange aos direitos sociais prestacionais. Admite o autor a possibilidade de se exigir, não apenas do Estado, mas, também, do agente privado, a implementação positiva dos direitos fundamentais.

Avançando, a noção de sistema pode ser analisada por diversos ângulos, mas a que nos importa neste artigo é a ideia de sistema como posição e relação jurídicas, ou seja, aquele que permite que o intérprete disponha e utilize de mecanismos do próprio sistema para dirimir as controvérsias surgidas em concreto.

A esse respeito, Robert Alexy comenta sobre o efeito da irradiação das normas de direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico com a ajuda do conceito da ordem objetiva de valores⁴³.

Citando decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Alexy observa que as normas fundamentais não contêm somente direitos subjetivos defensivos do indivíduo frente ao Estado, mas também representam uma ordem objetiva de valores que “vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”⁴⁴.

Essas lições são perfeitamente transportadas para a nossa realidade jurídica, pois em face da positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 88, o reconhecimento de preponderância das normas constitucionais referentes a direitos fundamentais e a irradiação desses direitos para todas as normas infraconstitucionais não podem levar a outra conclusão que não o respeito que os particulares devem ter, em suas relações, aos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

No decorrer da análise das diversas correntes a cerca da aplicação dos direitos fundamentais fizemos algumas considerações e críticas colocadas pela doutrina, tanto europeia quanto brasileira, apontando para um posicionamento sobre o assunto.

Não é mais possível sustentar-se, no direito constitucional contemporâneo, a tese de que os direitos fundamentais não se aplicam às relações privadas. A força normativa da Constituição, os princípios constitucionais, a dignidade humana e a eficácia objetiva dos direitos fundamentais demonstram a falta de sustentação desta doutrina.

43 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 507.

44 Idem, p. 507.

Uma última consideração refere-se à dignidade humana. Como princípio fundamental do Estado brasileiro e, além, da comunidade mundial, o princípio da dignidade humana deve ter primazia em todas as relações jurídicas. Pois a Sociedade, o Estado, o próprio Direito são, todos, instrumentos do fim maior que é o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoría do ordenamento jurídico*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, v. 4, n. 42, ago. 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*, Curitiba, n. 22, nov. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. revista e ampliada São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPLAK, Krystian. *La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca*. Cuestiones Constitucionales. México, n. 3, jul./dic. 2000.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FORSTHOFF, Ernst. La trasformazione della legge costituzionale. In: FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante. Milano, Giuffrè, 1973.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Ações Afirmativas frente a Particulares. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*. Bauru, n. 41, set./dez. 2004.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, v. 24, n. 57, maio/mar. 1992-1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões*. In:

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã.

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 7, n. 27, abr./jun. 1999.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed., revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hemenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOTA PINTO, Carlo Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. atualizada, Coimbra: Coimbra, 1985.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra, 1999.

MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Tradução de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, n. 833, mar. 2005.

- REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Coimbra, v. LXXIV, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 16, 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, ano 7, out./dez. 1999.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 82, 1987.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 100, dez. de 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. III: Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomias. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. In: BIENEMBOJN, Gustavo (org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII. Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.



A TENDÊNCIA AO REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA CIVIL NO BRASIL E NA ITÁLIA

*THE TENDENCY TO RESIZING OF THE OBJECTIVE LIMITS OF CIVIL
RES JUDICATA IN BRAZIL AND ITALY*

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Advogado da União

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos centrais prévios ao desenvolvimento do tema; 2 Os limites objetivos da coisa julgada no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL 8.046/10); 3 As perspectivas para os ordenamentos brasileiro e italiano diante do possível redimensionamento dos limites objetivos da coisa julgada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objeto o estudo da tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada civil no Brasil, ante a iminência de entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), bem como na Itália, com base na moderna doutrina e jurisprudência daquele país. Analisa-se, também, o direito norte-americano, uma vez que tal tendência inspira-se no instituto da *issue preclusion*. Em seguida são expostos os conceitos imprescindíveis à apresentação da proposta do trabalho. Por fim, passa-se à análise das vantagens e desvantagens que poderão advir da efetivação da tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no Brasil e na Itália.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Coisa Julgada. Limites Objetivos. *Issue Preclusion*. Sistemas Brasileiro e Italiano.

ABSTRACT: This paper concerns about the tendency to extension of the objective limits of civil res judicata in Brazil, based in the new Brazilian Civil Procedure Code Project (PL 8.046/2010), as wells as in Italy, based in its modern doctrine and jurisprudence. The North American law is also analyzed, once this tendency is inspired in the institute of issue preclusion. Then, the necessary concepts to the comprehension of the work are exposed. Finally, it presents the likely advantages and disadvantages that may arise of the realization of the tendency to extension of the objective limits of civil res judicata in Brazil and Italy.

KEYWORDS: Civil Procedure. Res Judicata. Objective Limits. *Issue Preclusion*. Brazilian and Italian Systems.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em curso, uma vez mais, o debate acerca dos limites objetivos que deve possuir a coisa julgada civil no ordenamento brasileiro.¹

De acordo com a doutrina restritiva, em vigor desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, e que prevalece até hoje, apenas a parte dispositiva da sentença fica coberta pelos atributos da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada.²

Contudo, o Projeto de novo Código de Processo Civil, que tem como uma de suas diretrizes centrais a uniformização da jurisprudência, reacende a polêmica, ao propor a alteração deste paradigma, estabelecendo a possibilidade de que as questões prejudiciais decididas também passem a ficar sob a égide da coisa julgada.³

1 A discussão acerca dos limites objetivos que a coisa julgada deve alcançar em nosso sistema remonta ao Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 287 assim dispunha: “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.” Acerca deste dispositivo, José Carlos Barbosa Moreira fez as seguintes ponderações: “Logo, se por hipótese a questão foi decidida, com força de coisa julgada em processo anterior, onde constituía objeto principal do julgamento, a disciplina que ao propósito imperativamente se estabeleceu há de ter a virtude de impor-se ao juiz de outro processo, em que ela venha a ser ressuscitada. E, aqui, é indiferente que tal reposição se faça de novo em via principal, ou apenas em caráter prejudicial: em ambos os casos, a vinculação decorrente da res iudicata fará sentir-se com a mesma intensidade. O artigo 287, destarte, se não resolve expressamente o problema de que ora se cuida, ministra, a nosso ver, elementos bastantes para que se chegue, mediante um esforço de raciocínio, à conclusão enunciada: o segundo juiz, ante a questão reproposta como prejudicial, tem de acatar a coisa julgada do feito onde ela foi apreciada principaliter. Bem pesadas as coisas, mais exato será entender-se que, no segundo processo, a prejudicial a rigor não assume o contorno de verdadeira questão. O juiz, a bem dizer, não tem porque examinar de novo a controvérsia e emitir a seu respeito outro pronunciamento; já a encontrando resolvida, limita-se, na verdade, a inserir tal solução na cadeia do seu raciocínio, a pô-la como antecedente lógico da decisão que lhe compete proferir.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. vol. 16. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1967. p. 207. Contudo, como adverte Leonardo Greco, o parágrafo único do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939 gerava infundáveis polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, produzindo, por via de consequência, grande insegurança jurídica em razão da dificuldade de se precisar quais questões constituíam as “premissas necessárias da conclusão”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 310.

2 “Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

3 “Art. 514. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º. O disposto no caput aplica-se à resolução da questão prejudicial, decidida expressa incidentalmente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º. A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam a aprofundamento da análise da questão prejudicial.” Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo

Já na Itália, a tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, apesar de ainda não ter sido contemplada pela legislação projetada, tem sido observada na moderna doutrina e na recente jurisprudência da Corte de Cassação.

Procurar-se-á demonstrar que tal tendência segue a lógica do instituto norte-americano da *issue preclusion*⁴, segundo o qual as questões prejudiciais relevantes para o julgamento de uma ação também restam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não podendo mais ser rediscutidas pelas partes em outras ações.

Estabelecida esta correlação, parte-se para o estudo da *issue preclusion*, com a análise de sua evolução e panorama atual no direito norte-americano.

Por fim, chega-se à etapa principal do artigo, que tem por escopo analisar as possíveis vantagens e desvantagens que poderão advir da efetivação da tendência à ampliação dos limites da coisa julgada no Brasil e na Itália.

1 CONCEITOS CENTRAIS PRÉVIOS AO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

O conceito clássico de coisa julgada proposto por Chiovenda, no sentido de que esta consistiria na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei⁵, não mais se sustenta.⁶

Civil. Relator-Geral: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em 09 maio 2013.

- 4 O § 14.02 do *Restatement (Second) of Judgments*, de 1982, estabelece que: “*The doctrine of issue preclusion (or collateral estoppel) provides that a final judgment precludes relitigation of the same issue of fact or law if: (1) the issue was actually litigated, determined and necessary to the judgment in the prior adjudication; and (2) the circumstances of the particular case do not suggest any reason why it would be unfair to invoke the doctrine. Issue preclusion usually does not carry the identity-of-parties requirement found in claim preclusion, but due process protects genuine strangers to the original litigation from being bound by issue preclusion.*” Disponível em <<http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/civpro/civpro14.htm>>. Acesso em 04 maio 2013. Confira-se a definição de *issue preclusion* elaborada por Robert C. Casad e Kevin M. Clermont: “*The doctrine of issue preclusion rests on the premise that one court should be as capable as any other to resolve the issues in dispute. Once a judgment resolves the issues after the adversary system of adjudication has run its full and fair course, the issues should not again be open to dispute by the same parties in any court. Issue preclusion not only accords with the dictates of fairness but also serves the interests of economy of judicial effort, fosters the certainty and stability of repose, and tends to prevent the anomalous situation, so damaging to public faith in the judicial system, of two authoritative but conflicting answers being given to the very same question.*” CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2001. p. 113.
- 5 De acordo com o clássico conceito de Chiovenda, a coisa julgada material “*Consiste nell’indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata*” [...]. “*La cosa giudicata come risultato della definizione del rapporto processuale è obbligatoria per i soggetti di questo rapporto.*” CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuali Civile*. Napoli: Casa Editrice. Jovene, 1980. p. 906 - 922.
- 6 Conforme sustentado pela melhor doutrina pátria, “[...] os ensinamentos de Chiovenda já não mais podem ser aproveitados nas sociedades pós-modernas, as quais buscam incessantemente a formação de procedimentos de inclusão

Tal conceito foi superado pela aceção desenvolvida por Liebman⁷, a qual foi seguida, entre nós, pelo próprio legislador⁸, assim como por considerável parcela da doutrina, mas que também já não corresponde à noção atualmente prevalente de coisa julgada.⁹

A concepção subsequente surgida na doutrina italiana foi proposta por Fazzalari, a qual se notabilizou pela separação nítida entre os efeitos produzidos pela sentença de mérito e pela coisa julgada.¹⁰

popular processualizada na tomada de decisões estatais. Chioevnda trabalha ainda a formação do provimento como obra do intelecto do órgão julgador, o qual, de forma solitária, é capaz de compreender e aplicar os conteúdos da lei, ao alvedrio de uma participação mais ativa dos interessados. [...] Verifica-se ainda que as ideias do mestre italiano só podem ser tidas como admissíveis em uma concepção de processo como mero instrumento da jurisdição, sem que seja dada à instituição do processo a devida importância advinda do constitucionalismo, o qual erigiu o processo a uma garantia constitucional, na medida em que inseriu seus princípios nos capítulos de direitos fundamentais das constituições modernas. Não mais se admite, no atual estágio de desenvolvimento da humanidade, o exercício da função jurisdicional sem a observância dos princípios institutivos do processo, vez que a aplicação do direito legislado se submete a tal principiologia, circunstância esta menosprezada por Chioevnda. Não basta, dessa forma, que o “Estado-juiz” dirima, em grau de monopólio, os conflitos de interesses entre particulares, mas é essencial que tal atividade estatal se encontre adstrita aos princípios institutivos do processo.” LEAL, Rosemiro Pereira. *O ciclo teórico da coisa julgada: de Chioevnda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 63-64.

- 7 Eis a essência de coisa julgada na visão de Liebman: *“Allo scopo di porre fine alle liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore ha fissato un momento in cui è interdotta ogni nuova pronuncia su cio che fu giudicato. Giunto il processo a quel punto, non solo la sentenza non è più impugnabile in via ordinaria ma la decisione è vincolante per le parti e per l’ordinamento e nessun giudice può nuovamente giudicare lo stesso oggetto. Nei confronti delle stesse parti (salva la lontana possibilità di proposizione delle impugnazioni straordinarie). Tutto ciò si esprime dicendo che la sentenza è passata in giudicato, ossia che è divenuta immutabile e in pari tempo immutabile è divenuta anche la statuizione che vi è contenuta, com tutti gli effetti che ne scaturiscono.”* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 269. Na feliz síntese de Adriano Lucio dos Santos, Bruno Ferreira Bini de Mattos e Fábio Henrique Queiroz, Liebman, concebe a coisa julgada como fenômeno que se dá quando esgotados os meios de revisão dos julgados. Para Liebman, a coisa julgada será formada quando a sentença não mais correr o risco de ser impugnada e, por isto, modificada ou anulada. Assim, a partir da coisa julgada, a sentença pode ser considerada inatacável e irrevogável. LEAL, Rosemiro Pereira. Op. Cit., p. 87.
- 8 A conceituação de coisa julgada material pelo artigo 467 do Código de Processo Civil amolda-se à doutrina de Liebman: *“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”*
- 9 Conforme entendimento de Moacyr Amaral Santos: *“Não é a coisa julgada um efeito da sentença, mas a sua própria eficácia, ou aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, e que a torna imutável e indiscutível, quando não mais sujeitas a qualquer recurso, mesmo o extraordinário.”* SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 52. No entanto, a doutrina pátria vem paulatinamente abandonando a concepção de coisa julgada proposta por Liebman. Confira-se, a respeito, o entendimento de Rosemiro Pereira Leal sobre o tema: *“a coisa julgada, com a vigência da Constituição brasileira de 1988, assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade de efeito da sentença de mérito com autoridade a suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial (art. 301, VI, CPC) extintiva do procedimento instaurado.”* LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3.
- 10 Com esta visão de independência entre sentença de mérito e coisa julgada, Fazzalari sustenta que o trânsito em julgado de uma sentença não é determinante para a produção de efeitos materiais. Ao contrário, a eficácia de uma sentença de mérito se projeta para as partes por força própria, sem que seja necessário qualquer trâmite posterior, como a formação da coisa julgada. A correção do pensamento de Fazzalari pode ser confirmada pela simples constatação de que uma sentença civil condenatória de primeiro grau pode desenvolver eficácia plena, ainda que possa ser impugnada, ou seja, antes da formação da coisa julgada. Nas

Passando à doutrina nacional, são dignos de nota os conceitos de coisa julgada construídos por Barbosa Moreira,¹¹ Ovídio Baptista,¹² Botelho de Mesquita¹³ e Cândido Dinamarco.¹⁴

Na acepção de Leonardo Greco, que pode ser tomada como uma adequada definição hodierna para o instituto, coisa julgada é “a

palavras do processualista: “[...] *l’efficacia della sentenza si projeta nel patrimonio delle parti per forza própria, cioè in virtù della sovraordinazione del giudice; essa non ha bisogno del tramite che si vorrebbe individuare*[...]” FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 461-462.

- 11 Após enquadrar a coisa julgada na classe de situações relativas à eficácia preclusiva, José Carlos Barbosa Moreira explica, com a simplicidade e genialidade que lhe são habituais que: “[...] *é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a res judicata tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam os antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente irrelevante – sempre com a ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.*” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-266, p-242-243.
- 12 Na concepção de Ovídio A. Baptista da Silva, os limites objetivos da coisa julgada abarcariam todas as questões suscitadas pelo autor, ainda que não controvertidas pelo réu. Além destas questões, os demais fatos constitutivos correlatos também restariam acobertados pela coisa julgada. Confira-se, a respeito, a seguinte passagem: “[...] *as questões que hão de ficar decididas, na forma da concepção do art. 468, serão as pertinentes à lide proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe emprestou, de modo que a sentença há de abrangê-la integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas pertinentes. Se o fundamento exposto na inicial foram os danos culposamente causados à colheita, ter-se-á de identificar nessa demanda, como seu verdadeiro fundamento (causa petendi), além do fato descrito (sucessos históricos), todos os outros que com ele sejam compatíveis, de modo que a reapreciação dessa mesma cadeia de fatos numa futura demanda resultasse numa decisão discrepante (Schwab). Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) – porque são, na verdade, questão da lide submetida ao autor pelo juiz – todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposo do demandado.*” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 136-137.
- 13 “*Define-se como trânsito em julgado o fato de não estar mais a sentença sujeita a recursos ordinários ou extraordinários. Ocorrido esse fato, torna-se imutável e indiscutível a sentença: não a sentença toda, mas o seu elemento declaratório e a manifestação de vontade a que se vincular o efeito pretendido pelo autor, ou o juízo de improcedência da ação. A imutabilidade e indiscutibilidade, portanto, são efeitos que a lei atribui à conclusão da sentença em decorrência do fato jurídico do trânsito em julgado, não importa qual seja o conteúdo do seu elemento declaratório. A esse efeito se denomina coisa julgada material.*” [...] “*Na doutrina brasileira, a teoria mais próxima à nossa é a exposta por BARBOSA MOREIRA, que não chegou no entanto à ruptura, que preconizo, entre elemento e efeito declaratório, sem a qual continuaríamos ainda sem explicação, a meu ver, certos fenômenos.*” BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11-19.
- 14 Para Cândido Rangel Dinamarco, seguidor do pensamento de Liebman, coisa julgada seria o “[...] *status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido: garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 302.

*imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida.*¹⁵

Fixado o conceito atual de coisa julgada, passa-se à definição de questão prejudicial.

José Carlos Barbosa Moreira, em sua célebre tese de livre docência “*Questões prejudiciais e coisa julgada*”, reconstruiu o conceito de questão prejudicial atribuindo-o exclusivamente às “*questões de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões.*”¹⁶

Como exemplo de questão prejudicial¹⁷ pode-se citar a decisão acerca da validade de um contrato ou de determinada cláusula contratual num processo onde o autor postula a condenação do réu ao cumprimento de obrigação fundada naquele instrumento particular.

Neste caso, a resolução da validade do contrato ou de uma de suas cláusulas consistirá em antecedente lógico à definição final de provimento ou desprovimento do pedido de condenação formulado.

Os conceitos de alguns institutos típicos dos ordenamentos filiados à *common law* também devem explicitados, já que a proposta do artigo funda-se em instituto concebido pelo direito norte-americano.

A *issue preclusion* (denominação mais moderna de *collateral estoppel*) torna imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais, as quais não poderão vir a ser rediscutidas em outro processo.¹⁸

15 Antes de alcançar esta definição o processualista explica que: “*A sentença deve por termo não apenas ao processo; na jurisdição contenciosa, sua esfera de atuação mais frequente, ela deve principalmente por termo ao litígio. [...] essa estabilização sempre foi um ideal da jurisdição de conhecimento, qual seja, o de sepultar o litígio, para que aquele que teve o seu direito reconhecido pela sentença possa desfrutá-lo plenamente, não vindo mais a ser molestado pelo adversário com novos ataques ou postulações que ponham em risco o seu gozo. A essa estabilização, que se espera ponha termo ao litígio, pacificando os contendores e à qual diversos sistemas processuais, no curso da História, devam alcançar diverso, é que se convencionou chamar de coisa julgada [...]*” “*Sem coisa julgada não há Estado Democrático de Direito.*” *Instituições de processo civil*, v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 289 e ss.

16 BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 173.

17 Como é cediço, as questões prejudiciais consistem em espécie do gênero questões prévias, as quais também abrangem as questões preliminares, que possuem natureza processual e, uma vez conhecidas, impedem que o órgão julgador analise o mérito da causa. Neste sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2013.

18 GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*. v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011. p. 109-111.

Os requisitos para a sua aplicação encontram-se dispostos no § 14.02 do *Restatement (second) of Judgments*¹⁹, revelando-se indispensável que:

- (a) tais questões prejudiciais, de fato ou de direito, tenham sido efetivamente discutidas e controvertidas pelas partes;
- (b) tais questões tenham sido essenciais para o desfecho do primeiro processo;
- (c) devem ter sido efetivamente decididas no primeiro processo e
- (d) as circunstâncias da segunda ação proposta não devem sugerir qualquer razão que demonstre uma injustiça na aplicação da doutrina.²⁰

19 Por se tratar de diploma inteiramente alheio a nosso ordenamento e cultura jurídica, faz-se necessária uma explanação acerca da natureza do *Restatement (Second) of Judgments*. Pela precisão e completude, é digna de transcrição a elaborada por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates: “O *Restatement* é uma publicação cuja finalidade é expor de forma sistemática as regras do common law dos Estados Unidos. Trata-se de obra coletiva, produzida pelo American Law Institute (ALI), (www.ali.org), um instituto não governamental do qual fazem parte importantes juristas dos Estados Unidos, cujo propósito é desenvolver e unificar a ciência jurídica. O *Restatement* procura expor, de modo tão exato quanto possível, as soluções que estão em maior harmonia com o sistema de common law americano, nas matérias em que as intervenções do legislador não foram muito numerosas. Como todas as obras do ALI, o *Restatement* não tem aplicação cogente, ou seja, não tem força de lei. Sua importância é, porém, reconhecida pela grande maioria das cortes, sendo responsável por estabelecer a abordagem moderna sobre o tema da coisa julgada nos Estados Unidos, com grande aplicação na jurisprudência. Trata-se de obra elaborada no feitiço de verdadeiro código, com artigos e parágrafos dispostos as regras a serem aplicadas, seguidas de amplos comentários e exemplos. Porém, o *Restatement* tem natureza bastante diferente dos códigos dos países de tradição romano-germânica; aquele é apenas uma obra privada e a autoridade que se dá às suas fórmulas é derivada exclusivamente da sua qualidade e do prestígio dos seus criadores, particularmente do relator sob cuja direção foi organizado cada projeto. O *Restatement* é uma espécie de digesto em que se pode descobrir, utilizando um plano sistemático, as decisões da jurisprudência que sejam importantes na espécie. Com efeito, o relator do *Restatement (second) of judgments* foi Geoffrey C. Hazard Jr., tendo sido assessorado por nomes legendários do direito processual civil norte-americano. Não é possível escrever sobre coisa julgada sem mencionar o *Restatement (second) of judgments* [...]” GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 111-112.

20 § 14.02 Issue Preclusion

The doctrine of issue preclusion (or collateral estoppel) provides that a final judgment precludes relitigation of the same issue of fact or law if:

- (1) the issue was actually litigated, determined and necessary to the judgment in the prior adjudication; and
- (2) the circumstances of the particular case do not suggest any reason why it would be unfair to invoke the doctrine.

Issue preclusion usually does not carry the identity-of-parties requirement found in claim preclusion, but due process protects genuine strangers to the original litigation from being bound by issue preclusion.

[1] Identity-of-Issues

Num primeiro momento, a imutabilidade e a indiscutibilidade de tais questões prejudiciais ficava adstrita às partes do processo no qual restaram decididas. Como afirmam Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates, “*Tradicionalmente, portanto, os limites subjetivos da issue preclusion estavam vinculados ao princípio da mutuality.*”²¹

O princípio da *mutuality*, que pode ser traduzido como princípio da reciprocidade, consiste na limitação da aplicação dos efeitos preclusivos da coisa julgada às partes do processo, em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal.²²

O dogma da estrita observância ao princípio da *mutuality* foi superado pela primeira vez no ano de 1942, no julgamento de *Bernhard vs. Bank of America*, ocasião em que a Suprema Corte da Califórnia admitiu que um terceiro, na condição de réu em ação proposta por uma

Issue preclusion (collateral estoppel) can operate only if the legal or factual issues in the original and succeeding proceeding are identical [Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982)], and “where the controlling facts and applicable legal rules remain unchanged.” [Commissioner of Internal Revenue v. Sunne, 333 U.S. 591 (1948)]. A litigant may not escape issue preclusion by couching issues to appear new, even if he can demonstrate that differences in factual support or legal argument might cause the issue to be resolved differently in the succeeding case.

[2] Actually Litigated

Issue preclusion bars relitigation of only those matters that were actually litigated and determined in the prior case. Issues determined in a prior action by motion, such as for dismissal based on failure to state a claim, for judgment on the pleadings, summary judgment, or directed verdict may in fact be raised and tried in future litigation. [Restatement (Second) of Judgments, note 116, § 27, comment d]

[3] Necessary to Judgment

Issue preclusion does not apply to issues that were not necessary to the judgment as such issues are generally not appealable. [Restatement (Second) of Judgments, § 27, comment h]

When alternative issue determinations support the judgment, preclusion is also inapplicable since the judgment is not conclusive with respect to either issue standing alone. [See Restatement (Second) of Judgments § 27, Comment (i)] However, the Restatement regards such determinations as preclusive if both grounds are affirmed on appeal.

[4] Fairness

Issue preclusion in a given case may be deemed unfair where:

(1) it was *not sufficiently foreseeable* at the time of the initial action that the issue would arise in the context of a subsequent action; or

(2) the party sought to be precluded *did not have an adequate opportunity or incentive* to obtain a full and fair adjudication in the initial action.

[Restatement (Second) of Judgments, note 116, *supra*, § 28(5)]

21 GIDI; TESHEINER; PRATES, op. cit. 119.

22 “A coisa julgada – dizia-se – somente se opera reciprocamente. Como somente os sujeitos que foram partes no processo em que a questão foi decidida ficam impedidos de rediscuti-la em novo processo – em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal –, também somente as partes poderiam ser beneficiadas por esse instituto. O princípio da mutuality era bastante simples: como um terceiro alheio ao processo no qual uma determinada questão foi decidida não pode ser vinculado por essa decisão, também não poderá ser por ela beneficiado, não podendo invocar a issue preclusion a seu favor contra um sujeito que tenha sido parte no processo.” Idem, p. 120.

das partes do processo anterior no qual restara decidida determinada questão, invocasse a seu favor a *issue preclusion*.²³

Em *Bernhard vs. Bank of America*, portanto, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a aplicação da *issue preclusion* invocada contra um terceiro em relação ao processo no qual uma questão prejudicial fora decidida. Ao invocar em sua defesa a imutabilidade e a indiscutibilidade daquela questão, o réu se valeu do instituto da *defensive nonmutual issue preclusion*.²⁴

No ano de 1971, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou a possibilidade de não aplicação da regra da *mutuality*, ao julgar o caso *Blonder-Tongue Laboratories vs. University of Illinois*. A partir de então, a restrição da *mutuality* deixou de ser aplicada pelas Cortes dos Estados Unidos da América.²⁵

Já a possibilidade de alegação de *issue preclusion* por uma não parte no processo onde restara decidida a questão prejudicial, na condição de autor de uma nova ação, ou seja, a *offensive nonmutual issue preclusion*, veio a ser admitida somente em momento posterior, no ano de 1978, por ocasião do julgamento de *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*.²⁶

Como consequência da consolidação desta doutrina, o *Restatement (Second) of Judgments* passou a contemplar a possibilidade, bem como elencou os requisitos imprescindíveis à aplicação da *issue preclusion* àqueles que não participaram do processo no qual as questões prejudiciais foram decididas.²⁷

23 Ibidem.

24 No primeiro processo, travado entre *Charles O. Cook e Bank of América*, aquele alegou e comprovou que uma senhora, falecida em 1933, e que se encontrava sob sua tutela, havia lhe destinado dinheiro. Tal questão prejudicial foi apreciada e efetivamente decidida, vindo a ser acobertada pela coisa julgada. No processo subsequente, *Bernhard vs. Bank of America*, o Banco réu suscitou aquela questão, e ao fazê-lo, demonstrou a definição judicial, de caráter imutável e indiscutível, quanto à titularidade do montante, rechaçando a pretensão de Bernhard, no sentido de que os valores seriam da falecida. Restou caracterizada a aplicação da doutrina da *defensive nonmutual issue preclusion*. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/bernhard-v-bank-america-25593>>. Acesso em: 21 maio 2013.

25 GIDI; TESHEINER; PRATES, op. cit., 120.

26 “Em um primeiro julgamento – *SEC vs Parklane Hosiery Co.* – um juiz atestou que a *Parklane Hosiery* cometeu uma fraude, por meio da juntada de uma procuração falsa. Em um segundo julgamento, desta feita, sendo a parte autora a *Shore* e ré a *Parklane Hosiery*, a autora logrou êxito em trazer como questão já decidida – *collateral estoppel* – a fraude verificada no julgamento anterior.” SOARES, Marcos José Porto. O *collateral estoppel* no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012. p. 127.

27 Eis o conteúdo e conceito de *nonmutual issue preclusion* fornecidos pelo *Restatement (Second) of Judgments*:
[5] Nonmutual Preclusion Doctrine
Under due process principles, a stranger to a litigation cannot be bound by its judgment. [*Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979)] However, strangers to a prior litigation may be able to invoke issue

Estes os conceitos imprescindíveis à explanação da proposta deste trabalho.

2 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (PL 8.046/10)

Constata-se hoje uma relevante tendência mundial no sentido de uma maior uniformização da jurisprudência, a qual teria por principais escopos a consagração dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos.

No Brasil, tal fenômeno teve como marco o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual instituiu em nosso ordenamento a súmula vinculante²⁸ e a repercussão geral das questões constitucionais

preclusion against those who were parties, unless it appears unfair to do so (the “*nonmutual preclusion*” doctrine).

In *Parklane Hosiery*, the Supreme Court stated that *non-mutual preclusion should be denied when*:

- (1) sought by one who deliberately bypassed an opportunity to participate in the prior action;
- (2) the stake of the party against whom preclusion would be invoked was deceptively small in the prior action;
- (3) the subsequent proceeding affords significantly more advantageous procedural opportunities for that party; or
- (4) there were inconsistent prior judgments.

Furthermore, *Restatement (Second) of Judgments* § 29 makes clear that issue preclusion is unavailable if the party who would be bound “lacked full and fair opportunity to litigate the issue in the first action or other circumstances justify affording him an opportunity to relitigate the issue.”

A minority of jurisdictions apply the *mutuality doctrine*, precluding strangers from using issue preclusion to its advantage against a party to the prior litigation.

Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/civpro/civpro14.htm>>. Acesso em: 21 maio 2013.

28 A súmula vinculante consiste num enunciado que, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com as regras estabelecidas pelo artigo 103-A (acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/04) da Constituição da República, pela Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (que regulamenta o citado dispositivo constitucional), e pela Resolução n.º 388, de 05 de dezembro de 2008, do STF (que disciplina o seu processamento), possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral. A produção de efeitos com relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta é definida por Rodolfo de Camargo Mancuso como “*eficácia expandida panprocessual*.” Como muito bem apontado pelo processualista, o instituto da súmula vinculante transcende a seara processual, chegando mesmo a deslocar a tônica do nosso Estado de Direito, até então exclusivamente adstrito ao princípio da legalidade, e que, após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, dá um passo decisivo em direção à flexibilização daquele primado, passando a incorporar a jurisprudência como fonte primária de Direito, tal como se verifica nos ordenamentos filiados à *common law*: “*parece acertada a escolha da Emenda à Constituição como instrumento para a inserção (rectius: ampliação) do efeito vinculante das súmulas, e não através de legislação infraconstitucional, porque aí não se trata de matéria apenas processual (quando então se configuraria a competência legislativa da União – CF, art. 22, I), mas antes se cuida de inovação que imbrica com o nosso próprio modelo jurídico-político, no qual foi pactuado o primado da norma legal como fonte reguladora das relações entre os cidadãos e destes em face do Estado (CF, art. 5º, II:*

discutidas em recursos extraordinários,²⁹ que conduziu a uma dessubjetivação, objetivação ou abstratização dos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.³⁰

Caso venha a ser aprovado da forma como hoje se encontra, o Projeto de novo Código de Processo Civil (PL n° 8046/10) dará prosseguimento a esta tendência, cujo núcleo encontra-se consubstanciado no artigo 520.³¹

Dispõe o *caput* do artigo 520, que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável*”, com explícito incentivo à edição de verbetes sumulares em seu parágrafo único.³²

*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” É dizer: dado que o pacto fundamental estabeleceu a norma legislada como o padrão de conduta obrigatório, geral, abstrato e impessoal (forma de expressão principal do Direito), então, por simetria e paridade da forma, só o poder constituinte derivado é que poderia alterar esse registro político-jurídico.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344 - 350.*

29 Conforme entendimento de Nelson Nery Jr., a exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional consiste em pressuposto especial de admissibilidade desse recurso excepcional. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 17.2.2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 979.

30 Não se pretende aqui, em absoluto, desprezar a função primeira dos recursos extraordinários, qual seja, a de satisfazer a aspiração do recorrente em ver revertida decisão hierarquicamente inferior que lhe fora desfavorável. Neste sentido, vide, por todos, as lições de Cândido Rangel Dinamarco: “*Não comungo da ideia de que a ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem instituídos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito ou com o valor do justo. De algum modo, todos os institutos processuais inserem-se invariavelmente num equilibrado conjunto de disposições que favorecem a insistente busca de satisfação de pretensões e disposições destinadas a promover a estabilização do julgado, a bem da segurança jurídica.*” DINAMARCO, op. cit., p. 999. Andrea Proto Pisani também é taxativo ao sustentar que nenhum processo é exclusivamente público ou exclusivamente privatístico. PISANI, Andrea Proto. *Público e privado nel processo civile*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Revista de Processo, n. 207, maio/2012. p. 282-302.

31 Confira-se, a respeito, a seguinte passagem da Exposição de Motivos do PL n.º 8.046/2010: “[...] talvez as alterações mais expressivas do sistema processual, ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito às regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 19. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

32 Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

A ideia de possibilitar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, prevista no parágrafo primeiro do artigo 514 também se situa neste contexto de busca pela efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos.

É importante consignar que o parágrafo primeiro do artigo 514 da versão atual do Projeto de novo Código de Processo Civil representa considerável evolução em relação ao dispositivo original concebido pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar a nova Lei Adjetiva, que não contemplava qualquer exceção ou condicionamento à formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais.³³

A formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais decididas no processo proporcionará segurança jurídica superior, uma vez que tais questões, que no regime atual poderiam voltar a ser suscitadas e discutidas pelas partes em nova ação, passarão a gozar também de indiscutibilidade e imutabilidade.

Neste sentido, Antonio do Passo Cabral, em sua recente tese de doutorado, critica a sistemática atualmente em vigor no Brasil, apontando os problemas decorrentes da limitação da coisa julgada ao dispositivo da sentença:

Ademais, vários inconvenientes práticos surgem da limitação da coisa julgada ao dispositivo também porque esta redução pode ocasionar contradição lógica entre diversas sentenças estáveis, a qual dificilmente pode ser descrita como uma opção consciente de qualquer sistema que pretenda segurança, economia processual e confiança no Judiciário. São contrastes como esses que criam certos desconfortos com a teorização tradicional dos limites da coisa julgada.³⁴

Já os princípios constitucionais da isonomia e da duração razoável dos processos poderão vir a ser potencializados caso venha a se desenvolver, dentre nós, construção análoga à *nonmutual issue preclusion*, conforme se pretenderá demonstrar no tópico a seguir.

33 Neste sentido, confira-se a abalizada crítica feita por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates à proposta original do artigo 490 do Projeto do novo Código de Processo Civil, que possuía a seguinte redação: “Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.” “Ao dizer que qualquer questão prejudicial expressamente decidida terá efeito de coisa julgada, o art. 490 do novo CPC parece incluir questões não necessárias, não essenciais e que não foram adequadamente controvertidas pelas partes. Certamente não foi esta a intenção da Comissão de Juristas, mas o dispositivo deveria ter traçado diretrizes concretas para sua aplicação, evitando infundáveis controvérsias que levarão décadas para serem dirimidas.” GIDI, TESHEINER; PRATES, op. cit. p. 113.

34 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Juspodium, 2013. p. 356.

3 AS PERSPECTIVAS PARA OS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E ITALIANO DIANTE DO POSSÍVEL REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no ordenamento brasileiro, mediante a incorporação de ideia similar à da *issue preclusion*, mais especificamente da noção de *nonmutual issue preclusion* ou *nonmutual estoppel*³⁵ do direito norte-americano, poderá trazer a vantagem de contribuir para a racionalização da forma de julgamento das ações repetitivas.³⁶⁻³⁷

Isto porque o instituto da *defensive/offensive nonmutual issue preclusion* admite, em certas circunstâncias, e desde que atendidos determinados requisitos,³⁸ que um julgamento produza efeitos preclusivos mesmo em relação a terceiros.³⁹

35 Louvando-se na regra prevista no § 29 do *Restatement (Second) of Judgments*, Robert C. Casad e Kevin M. Clermont asseveram que: “The modern approach is that a stranger may invoke collateral estoppel against a former party, unless the former party lacked a full and fair opportunity to litigate the issue in the initial action or unless other special circumstances justify relitigation.” [...] “A defendant in the subsequent action can invoke collateral estoppels against a former party, say, a former plaintiff.” [...] The modern approach also permits a plaintiff in the subsequent action to invoke collateral estoppels against a former party, even a former defendant.” CASAD, Robert C. e CLERMONT, Kevin M., op., cit. p. 174-175.

36 O ordenamento brasileiro já dispõe de vários mecanismos destinados à racionalização destas ações, tais como o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos artigos 476 a 479, o julgamento “por amostragem” dos recursos excepcionais repetitivos, previsto nos artigos 543-B e 543-C e a “sentença liminar de improcedência”, prevista no artigo 285-A, todos do Código de Processo Civil.

37 Como explica Leonardo José Carneiro da Cunha, louvando-se no posicionamento de Antonio Adonias Aguiar Bastos, o que caracteriza as causas repetitivas é a homogeneidade de seu objeto, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas: “Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.” CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 329-347, p. 331.

38 No Direito norte-americano são três os requisitos necessários à extensão da definição de questões prejudiciais a terceiros, a saber: 1) prévia discussão da questão prejudicial pelas partes da primeira ação; 2) resolução da questão pelo tribunal competente e 3) a definição da questão prejudicial deve ter sido imprescindível ao deslinde do objeto da primeira ação. Neste sentido, HAZARD, LEUBSDORF e BASSET: “When issue preclusion is involved between the same parties as those to the original suit, the one who claims its benefit (proponent) must show that the very fact or point now in issue was, in the former action, (1) litigated by the parties, (2) determined by the tribunal, and (3) necessarily so determined. When these conditions are met, issue preclusion may also apply to persons who were not parties to the former action.” HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. *Civil Procedure*. Sixth Edition New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2011. p. 636.

39 Importante destacar que no direito norte-americano tal instituto é empregado com parcimônia, já que, tal como ocorre em nosso ordenamento, vige a cláusula do devido processo legal, de estatura constitucional.

Assim, a adoção da *issue preclusion* pelo nosso ordenamento, mediante a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, poderia vir a possuir o condão de delimitar o desfecho não apenas do pedido deduzido em juízo pelo autor em face do réu (que seria identificado como a parte dispositiva da sentença), mas também de questões prejudiciais⁴⁰ inerentes à demanda.

A resolução do pedido e dessas questões prejudiciais passaria a gozar da imutabilidade e da indiscutibilidade típicas da coisa julgada, fator que traria a vantagem da definição, com segurança, da tese jurídica central para aquele caso, a qual poderia vir a ser aproveitada futuramente em casos idênticos, sem que o Poder Judiciário viesse a ser compelido a proceder a análises inteiramente novas e a partir do “zero” em futuras ações com mesmo pedido e causa de pedir.⁴¹

Consequentemente, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada impediria a indesejável rediscussão das mesmas questões em milhares de processos idênticos.

Esta possível vantagem no emprego da *nonmutual issue preclusion* às ações de massa no direito brasileiro foi vislumbrada por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates:

A utilização da *offensive non-mutual issue preclusion* no direito brasileiro no caso de ações de massa seria bastante simples. Qualquer

Sobre o tema da expansão dos efeitos de um julgamento a terceiros por intermédio da *offensive non-mutual issue preclusion* e o respeito à cláusula do devido processo legal, HAZARD, LEUBSDORF e BASSET advertem que: “*This discussion proceeds from an important major premise: As a general rule, a person’s legal rights may not be concluded without an opportunity to litigate them. Consequently, although not every aspect of the law of preclusion may be constitutionally required, the protection of the opportunity to litigate one’s right is a matter of due process under the Constitution. Because protection of this opportunity is a matter of constitutional right, the exceptions to the general rule are carefully defined.*” HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. Op. Cit., p. 645.

40 “*A questão prejudicial se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento desta, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo.*” FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 11.

41 Neste sentido, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes sustenta que: “*A extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, que tenham sido determinantes para o resultado do julgamento, prestigia os princípios da segurança jurídica e da economia processual, sem afrontar qualquer princípio constitucional relevante, pois a apreciação desses fundamentos sempre será realizada mediante cognição prévia, exauriente e com respeito ao contraditório. É portanto imperioso que o legislador brasileiro abandone a opção de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença e, na esteira dos diversos ordenamentos estrangeiros que se inspiram no collateral estoppel, estenda a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão.*” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tese de doutorado apresentada na USP em 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/fr.php>> Acesso em: 28 jul. 2013.

que seja a defesa alegada pelo réu (exemplo não se trata de uma relação de consumo, não houve culpa do réu, não há responsabilidade civil etc), uma vez que ela seja consistentemente afastada pelos tribunais de forma inequívoca em inúmeros processos, não faz muito sentido permitir a sua rediscussão em todos os casos futuros, apenas sob o argumento técnico de que a coisa julgada ficou adstrita aos dispositivos das sentenças dos processos já julgados.

Cabe aqui adotar o princípio norte-americano de que o réu já teve ampla oportunidade de alegar a sua defesa e os tribunais a rejeitaram. Entendemos que essa empresa não tem o direito de continuar com a postura de negar sua responsabilidade em juízo em processos futuros, litigando ferozmente até o último processo, sob a alegação de que cada processo é um processo.⁴²

Os autores, no entanto, admitem que o emprego da *issue preclusion* e a sua posterior expansão a terceiros (*nonmutual*) em situações jurídicas de massa carece de maior aprofundamento, com especial atenção à fixação de seus requisitos e à correlação entre a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada e o princípio do devido processo legal.⁴³

Deve-se registrar, também, que esta possível vantagem somente se verificaria quanto às ações repetitivas⁴⁴⁻⁴⁵, justamente em razão da existência de uma tese jurídica central ou de questões jurídicas relevantes que lhes sejam comuns.

De fato, para que seja alcançada a racionalização no tratamento das ações isomórficas, a definição dos aspectos centrais da controvérsia jurídica viabilizada pela ampliação dos limites objetivos da coisa julgada teria que ser necessariamente seguida da extensão subjetiva de seus efeitos, em termos semelhantes à lógica que rege a *nonmutual issue preclusion*.

Por outro lado, a extensão dos limites objetivos da coisa julgada em ações individuais ou mesmo coletivas que não tenham por objeto

42 GIDI; TESHEINER; PRATES, op. cit., p. 124.

43 Ibidem, p. 126.

44 Também chamadas de ações isomórficas, de massa ou ainda macrolides.

45 Confira-se, neste sentido, a ponderação de Marcos José Porto Soares: “*Só que é no campo dos direitos individuais homogêneos que reside o maior espaço para a aplicação do collateral estoppel no Brasil, incluindo as situações de responsabilidade civil em massa. Neste sentido, destaca-se a regra do artigo 103 do CDC que estende a vinculação da motivação das sentenças a terceiros, quando a demanda envolver direitos individuais homogêneos.*” SOARES, op. cit., p. 135.

relações jurídicas homogêneas⁴⁶ não traria grandes benefícios ao nosso sistema. Ao contrário, a utilização da técnica da *issue preclusion* em todo e qualquer processo de forma indiscriminada torná-los-ia mais complexos e demorados, sem que houvesse uma substancial contrapartida em termos de promoção da segurança jurídica, isonomia e celeridade de nosso sistema jurisdicional.

À luz da experiência norte-americana com a utilização do instituto, pode-se inclusive afirmar que o emprego da técnica nestas hipóteses consistiria em verdadeira desvantagem, já que produziria o efeito de retardar o desfecho das ações.

É evidente que tal ampliação dos limites da coisa julgada, a princípio objetiva, e, num segundo momento, subjetiva, traz dificuldades, notadamente no que diz respeito ao resguardo das garantias constitucionais do devido processo legal, notadamente do contraditório e da ampla defesa.

Caso a perspectiva que ora se vislumbra venha a se concretizar em nosso sistema processual, isto é, caso venha a entrar em vigor um novo Código de Processo Civil com a regra de possibilidade de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, na forma do já transcrito parágrafo primeiro do artigo 514, ainda assim a posterior evolução para a ampliação subjetiva, nos moldes da *nonmutual issue preclusion*, deverá ser necessariamente precedida da fixação de critérios por parte da jurisprudência e da doutrina.

Já na Itália, a tendência que ora se analisa ainda não foi contemplada por nenhum projeto de lei, mas já é reconhecida em sede jurisprudencial, como ressalta Humberto Theodoro Júnior:

Na Itália, não por meio de reforma legislativa, mas por via de exegese jurisprudencial, vem sendo construída uma noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional, ainda hoje largamente dominante, tanto no próprio direito italiano como no direito comparado.

[...]

46 Como explica Leonardo José Carneiro da Cunha, louvando-se no posicionamento de Antonio Adonias Aguiar Bastos, o que caracteriza as causas repetitivas é a homogeneidade de seu objeto, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas: "*Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.*" CUNHA, op. cit. p. 331.

Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* como a *causa petendi*. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acerto definitivo operado com força de coisa julgada.⁴⁷

O processualista conclui, a nosso ver, com razão, que

Numa época em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito transforma em garantia fundamental a efetividade de um processo de duração razoável e de estrutura voltada para a economia processual (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), a postura da jurisprudência italiana parece mais afinada com as metas do “processo justo” do que a tradicional, cuja conformação se construiu mais à luz do dogmatismo do que da busca de resultados práticos sensíveis à política moderna de tutela jurisdicional facilitada e eficiente.⁴⁸

No âmbito da moderna doutrina italiana que segue o entendimento que vem sendo firmado pela Corte de Cassação, no sentido da admissão da ampliação objetiva da coisa julgada, é digno de transcrição o posicionamento defendido por Virginia Petrella:

L'estensione del giudicato esterno al fatto principale, che rappresenti presupposto logico giuridico della statuizione sul diritto, nei limiti dei predetti nessi tra processi, può essere accolta oggi con maggiore serenità che in passato, alla luce di una nuova lettura del principio del giusto processo civile, offerta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, come processo di ragionevole durata rispetto alla lite nel suo complesso, da realizzarsi anche attraverso la concentrazione delle tutele rispetto all'assetto di interessi nascente da un unico rapporto o fatto produttivo di effetti giuridici o da rapporti legati da un nesso di pregiudizialità dipendenza.^{49 - 50}

47 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=84728>, p. 2. Acesso em: 22 maio 2013.

48 Ibidem.

49 PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce di principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423 e ss.

50 Ainda quanto ao alcance da coisa julgada sob o prisma objetivo na doutrina estrangeira, o doutrinador catalão Jordi Nieva Fenoll sustenta que “*Vanamente trató la Doctrina de limitar la eficacia de cosa juzgada*

Mesmo alguns dos processualistas italianos que compõem a doutrina mais tradicional filiam-se, em certas circunstâncias, a este entendimento da Corte de Cassação. Humberto Theodoro Júnior informa que:

Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, por exemplo, dão como certo o posicionamento da jurisprudência italiana que, para efeito da coisa julgada externa (material), amplia o objeto do decisório para alcançar a hipótese da prejudicialidade lógica, independentemente de formulação de declaratória incidental, nos casos de relação jurídica complexa que vem a ser deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: a pretensão ao aluguel tem como pressuposto lógico necessário a relação locatícia, de modo que a sentença, passada em julgado, de condenação ao aluguel de um determinado período, põe em relevo a existência e a validade da locação. Esse pressuposto da sentença não pode ser ignorado em posterior demanda originada do mesmo contrato. Pelo menos nas relações complexas derivadas de um só contrato, Caponi e Proto Pisani estão acordes com a posição jurisprudencial, no sentido de que o objeto do processo e da coisa julgada não pode ficar limitado à pretensão deduzida em juízo, sob risco de, em sucessivas demandas, em torno de outras prestações derivadas do mesmo contrato, chegar-se a uma grave contradição lógica de julgamento.⁵¹

al fallo de la sentencia. Buena parte de la responsabilidad de que ello haya sido así hay que atribuírsela a CHIOVENDA, que insistió razonadamente en ese punto. Pero sin embargo, es obvio que el pensamiento solo responde, en realidad, a la voluntad de algunos prácticos del derecho de evitar complejidades. Si la cosa juzgada se restringe al fallo de la sentencia, hay mucho menos que interpretar, ciertamente. Pero si nos damos cuenta de que esse fallo solamente puede interpretarse si se acude a los fundamentos de la sentencia, ciertamente la conclusión tradicional debe ser puesta en cuestión. Si además pensamos que el criterio que sigue un Juez para determinar lo que escribe en su fallo es sumamente variable, incluso aleatorio, y que además existe la costumbre en diversos Estados de realizar fallos extraordinariamente extensos y razonados, nos damos perfecta cuenta de lo profundamente cuestionable que resulta restringir los efectos de cosa juzgada al fallo de la sentencia.” NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin de un mito. Santiago: Legal Publishing, 2010, p. 11.

Destaca-se que a Ley de Enjuiciamiento Civil (Código de Processo Civil espanhol), editada no ano de 2000 e em vigor desde janeiro de 2001, passou a contemplar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais: “Artículo 400 Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.” Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.l2t2.html>. Acesso em: 22 maio 2013.

51 THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 4.

A desvantagem que poderia advir para o ordenamento italiano com a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada seria uma possível superior delonga no desfecho dos processos judiciais estritamente individuais, diante do risco das partes procurarem deduzir todo e qualquer fato e fundamento jurídico relacionado, mas não necessariamente aplicável àquela demanda específica, com vistas à formação de coisa julgada favorável sobre todos esses pontos.

Tal desvantagem também existe, em tese, quanto ao nosso ordenamento. Não por outra razão, defende-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada somente nas ações isomórficas, onde o risco de delongas no processo judicial será compensado pela racionalização de centenas ou mesmo milhares de julgamentos.

Demais disso, cumpre ressaltar que a Itália já foi diversas vezes condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos por descumprir o princípio da duração razoável dos processos judiciais, contemplado no artigo 111 de sua Constituição, fator que potencializa o risco ora mencionado.^{52 - 53}

4 CONCLUSÃO

Em síntese, vislumbra-se na perspectiva de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada a possibilidade de maior efetividade dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos judiciais.

Quanto ao primeiro destes princípios, a mera positivação da possibilidade de extensão da imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da coisa julgada às questões prejudiciais já poderia viabilizar a maior concretude da segurança jurídica.

Já no que concerne à potencialização dos princípios da isonomia e da duração razoável dos processos, seria igualmente necessária a ampliação subjetiva da coisa julgada, em moldes semelhantes aos da *nonmutual issue preclusion* do direito norte-americano.

52 Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

53 Pode-se mencionar o caso emblemático Sra. Gloria Capuano vs Itália, no qual restou reconhecida a responsabilidade da Itália pela excessiva duração do processo, ante a violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como consequentes danos patrimoniais, ligados às perdas financeiras experimentadas pela Sra. Capuano, e outros não patrimoniais, provocados pela prolongada incerteza e ansiedade envolvendo o resultado e as repercussões do processo.

Todavia, este segundo passo no redimensionamento dos limites da coisa julgada em ordenamentos filiados à *civil law*, como Brasil e Itália, deverá ser precedido de um amplo amadurecimento em sede jurisprudencial e doutrinária, de modo que venham a ser estabelecidos critérios objetivos para a sua utilização, tal como ocorreu nos Estados Unidos da América.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. v. 16. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1967.

_____. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 ago 2013.

BRASIL. Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil. Relator-Geral: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 09 maio 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Bahia: Juspodium, 2013.

CASAD, Robert C. ; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princippi di Diritto Processuali Civile*. Napoli: Casa Editrice. Jovene, 1980.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*. v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. *Civil Procedure*. Sixth Edition New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tese de doutorado apresentada na USP em 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/fr.php>> Acesso em: 28 jul 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de um mito*. Santiago: Legal Publishing, 2010.

PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce di principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2013.

PISANI, Andrea Proto. Pubblico e privato nel processo civile. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Revista de Processo*, n. 207, maio 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

SOARES, Marcos José Porto. O *collateral estoppel* no Brasil. *Revista de Processo*. v. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=84728>. Acesso em: 22 maio 2013.



CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA – ORIGEM, COMPETÊNCIA E FUNCIONAMENTO

*CONSTITUTIONAL COURT OF ITALY – ORIGIN,
JURISDICTION AND ATTRIBUTIONS*

Rosana Gavina Barros Horostecki

Procuradora Federal atuante no Núcleo Previdenciário da Procuradoria Federal em Santa Catarina. Professora de Direito Civil em diversos cursos preparatórios para exame da OAB e concursos para Juiz do Trabalho e Procurador do Trabalho.

SUMÁRIO: 1 Origem da Justiça Constitucional; 2 Origem da Corte Constitucional Italiana; 3 Composição; 4 A Escolha dos Juízes que a Compõem; 5 O Presidente da Corte Constitucional; 6 O Princípio da Publicidade; 7 O Colegiado; 8 Competência - Controle da Constitucionalidade das Leis e os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade; 9 Solução de Conflitos de Competência Julgamento do Presidente da República em Casos de Traição e Atentado à Constituição; 10 Juízo de Admissibilidade de Referendo Abrogativo; 11 Sede da Corte Constitucional; 12 Estrutura da Corte Constitucional; 13 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este artigo versa sobre a Corte Constitucional da Itália. Origem. Competência. Composição. A escolha dos juízes que a compõem. O controle de constitucionalidade das leis e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Solução de conflitos de competência. Ao final um breve relato sobre o prédio histórico no qual funciona a Corte Constitucional da Itália.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Constitucional Italiana. Origem. Composição. Funcionamento. Competência. Controle de Constitucionalidade. Conflitos de Competência. STF.

ABSTRACT: The present article is about the Constitutional Court of Italy. Origin. Jurisdiction. Attributions. Features. The choice of its judges. The constitutionality control of the laws and its effects. Solving conflicts of jurisdiction. At the end, a brief comment about the historical building where the Constitutional Court is located.

KEYWORDS: Constitutional Court of Italy. Origin. Composition of the Court. Duties. Jurisdiction. Constitutional Control of the Laws. Resolution of Attribution Conflicts. Supreme Court of Brazil (STF).

1 ORIGEM DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A introdução de um sistema de justiça constitucional visando assegurar que todas as fontes normativas sejam criadas em conformidade com as disposições constitucionais está intimamente ligado à natureza da Constituição, se rígida ou flexível. Apenas nos regimes sob uma Constituição rígida, as normas constitucionais estão no vértice da escala hierárquica das diversas fontes de um sistema normativo.

A garantia jurídica de reação diante de eventual violação a tal regra hierárquica é representada pela existência de um sistema de justiça constitucional.

O primeiro conceito de justiça constitucional difusa surgiu nos Estados Unidos da América do Norte, no início do século passado, com a famosa sentença do Chief Justice Marshall em 1803 no caso *Marbury versus Madison* na qual houve o expresso reconhecimento da superioridade da norma constitucional em relação às demais normas infraconstitucionais, tendo o referido juiz determinado que o juiz ordinário não aplicasse determinada lei que era contrária à Constituição.

Deste modo, Marshall ainda enunciou três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade, quais sejam: (i) a supremacia da Constituição; (ii) a nulidade da lei que contrarie a Constituição e (iii) é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição. Surge assim o *Judicial Review*, que impõe ao juiz a verificação da harmonia entre a lei aplicada ao caso concreto e à Constituição.¹

Desde então os juízes americanos mantêm garantida a rigidez das normas constitucionais, observado o princípio do “*stare decisis*”, ou seja o valor vinculante do precedente judicial. Assim, as decisões da Suprema Corte norte-americana vinculam todos os demais juízes americanos e apenas podem ser alteradas pela própria Suprema Corte, em sede de reexame daquela decisão.

Este sistema que permite que qualquer juiz ou tribunal reconheça a inconstitucionalidade de determinado ato jurídico é chamado sistema (ou controle) difuso, em contraposição ao sistema no qual apenas a Corte Constitucional detém poder para tanto.

Este segundo sistema, dito concentrado, que hoje prevalece no ordenamento jurídico europeu, foi previsto inicialmente na Constituição austríaca de 1920, com fulcro em um estudo teórico elaborado por um grande jurista democrático austríaco – Hans Kelsen, criador da Teoria Pura do Direito, com a função precípua de resolver eventuais conflitos

1 <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>> acesso em 29 set. 2013.

legislativos entre a Federação e os Estados (Länder). A solução de tais conflitos exigia um órgão imparcial. Foi então criada a Corte Constitucional.

2 ORIGEM DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

A Corte Constitucional italiana é relativamente jovem, eis que foi criada pela Constituição Federal de 1948. Após a Segunda Guerra Mundial a ideia de uma Corte ou Tribunal ou Conselho Constitucional começa a ganhar vida com as Constituições da Alemanha (1949), França (1958), Iugoslávia (1963), Portugal (1974) e Espanha (1978).

Observando o sistema concentrado instituído pela Constituição austríaca, a Constituição italiana criou um órgão com todas as garantias de autonomia e independência necessárias a este tipo de órgão, com o dever de garantir o respeito à estrita observância da Constituição.

Os motivos que determinaram esta escolha, em detrimento ao sistema americano, foram em parte de natureza técnico-jurídica e em parte de natureza política.

Quanto aos primeiros, salienta-se não apenas a exigência da estrutura regional do Estado italiano, mas também a inexistência no ordenamento jurídico italiano de um princípio análogo ao “*common law*” americano.

Quanto ao motivo de natureza política, importante salientar que a princípio a magistratura era formada sob o regime fascista, e temia-se que os juízes não tivessem garantia suficiente de uma plena aplicação dos novos princípios constitucionais constantes da Carta republicana.

Assim a Constituição designou uma atividade peculiar (jurisdicional e também política) para os magistrados componentes da Corte Constitucional, a qual podem dirigir-se tanto os órgãos do Estado ou das diversas Regiões buscando a solução dos conflitos relativos à interpretação de disposições constitucionais específicas; como os cidadãos comuns, por intermédio de um juiz ordinário.

3 COMPOSIÇÃO

O artigo 135 da Constituição italiana fixa em quinze o número de membros da Corte Constitucional, atribuindo a indicação de cinco juízes pelo Parlamento, cinco juízes pelo Presidente da República e outros cinco advindos dos tribunais superiores ordinário e administrativo (*Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti*).

A influência política sobre os juízes indicados pelo Parlamento ou pelo Presidente da República é, ao menos em parte, equilibrada pela duração relativamente longa (nove anos) do mandato, pela impossibilidade de reeleição e pela previsão específica de certos requisitos profissionais – devem ser magistrados, ainda que aposentados, advindos dos tribunais superiores ordinário e administrativo; professores universitários de matéria jurídica ou advogados com pelo menos vinte anos de exercício.

São previstas constitucionalmente ainda diversas causas de incompatibilidade, como por exemplo no artigo 135.6 verifica-se que não pode ser juiz constitucional membro do Parlamento ou de um Conselho regional, ou mesmo advogado.

A lei 87/1953 estabelece ainda que um juiz constitucional não pode ter qualquer outro emprego público ou privado, qualquer outra atividade profissional, não pode ser síndico ou administrador de uma sociedade com fins lucrativos, nem tampouco ser candidato em eleição política ou administrativa.

Caso a Corte Constitucional seja chamada a exercitar sua competência penal, nos casos de crime de alta traição e atentado à Constituição, a composição da Corte é acrescida de dezesseis juízes não togados, escolhidos de uma lista previamente definida pelas duas Casas do Parlamento.

4 A ESCOLHA DOS JUÍZES QUE A COMPÕEM

Dos quinze ministros do Tribunal Constitucional, um terço é escolhido diretamente pelos integrantes dos tribunais superiores — ou seja, juízes elegem outros juízes.

A Lei 87/1953 e a Lei Const. 2/1967 disciplinam a nomeação dos juízes constitucionais, determinando que dos cinco juízes indicados, três venham da Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), um do Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*) e um do Tribunal de Contas (*Corte dei Conti*).

Para serem eleitos faz-se necessária no primeiro escrutínio a maioria absoluta (metade mais um dos componentes do colégio eleitoral). Caso isso não ocorra, faz-se uma segunda votação entre os candidatos com maior número de votos (com o dobro de candidatos à quantidade que deve ser eleita), e entre estes será eleito aquele que obtiver a maioria relativa dos votos. Em caso de empate, será eleito o que tiver mais idade.

Os cinco juízes indicados pelo Parlamento são escolhidos pelas duas Casas reunidas, com o voto de dois terços dos componentes da Casa nos três primeiros escrutínios; e de três quintos dos componentes (cerca de 570 dos 950 deputados e senadores) a partir do quarto escrutínio.

Os demais cinco são escolhidos por iniciativa própria do Presidente da República, com a aprovação do primeiro-ministro. Muitas vezes o real autor da indicação é o primeiro-ministro, já que o presidente italiano tem funções quase exclusivamente protocolares. O atual, porém, Giorgio Napolitano, reeleito em 2013, é o político mais popular e respeitado da Itália e tem peso na vida política.

No momento da posse, perante o Presidente da República, os juízes da Corte Constitucional devem prestar juramento de fidelidade à República e de observância à Constituição.

São garantias asseguradas aos juízes da Corte Constitucional:

- a) Inamovibilidade;
- b) Não perseguição por suas opiniões e votos expressos no exercício de suas funções;
- c) Ampla liberdade pessoal, salvo em caso de deliberação da própria Corte. Atualmente os juízes desta Corte podem ser réus em ação penal sem necessidade de autorização da Corte e esta pode inclusive determinar medida temporária limitativa da liberdade pessoal de qualquer de seus membros;
- d) Retribuição não inferior ao mais alto salário da magistratura ordinária.

5 O PRESIDENTE DA CORTE CONSTITUCIONAL

O Presidente da Corte Constitucional é escolhido entre um dos seus membros e eleito pela maioria dos seus componentes.

Seu mandato é de três anos, podendo haver reeleição, sempre é claro dentro de seu mandato de nove anos.

Ao Presidente cabem relevantes funções, dentre as quais destaca-se a decisão em caso de empate entre os demais juízes, bem como a fixação do calendário dos julgamentos.

6 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os julgamentos da Corte Constitucional são públicos, salvo nos casos relativos à segurança do Estado, atentatórios à ordem pública ou a moral, ou por perturbação da ordem pelo público presente à audiência, o Presidente da Corte decida que determinada audiência seja feita a portas fechadas.

Entretanto, as decisões dos juízes contrárias à decisão final (*dissenting opinion*), também ditas minoritárias, não são publicadas.

Assim todas as decisões da Corte são publicadas no Diário Oficial (*Gazzetta Ufficiale*) como fruto de uma decisão unânime, coisa que raramente ocorre na prática.

Tal procedimento impede tanto aos operadores do Direito, como ao público em geral, ter uma informação completa de como se desenvolveu o debate entre os juízes, quais as opiniões de seus membros; mas por outro lado, talvez permita uma maior autonomia dos juízes e liberdade em expressar suas opiniões, sem o medo de eventual crítica da parte política que o nomeou.

7 O COLEGIADO

A Lei 87, em seu artigo 16 determina que a Corte deve atuar com a presença mínima de onze juízes (vinte e um na hipótese da Corte estar atuando como juízo penal) e que as decisões sejam tomadas, por maioria absoluta, na presença de todos os juízes que participaram das diversas fases do processo.

8 COMPETÊNCIA - CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A primeira e fundamental função da Corte Constitucional é exercitar o controle de legitimidade constitucional das leis, garantia da rigidez da Constituição. Trata-se de um controle sucessivo à entrada em vigor de uma lei.

Não se deve confundir com aquele controle preventivo que é exercido pelo Presidente da República ao promulgar uma lei ou ao expedir atos com força de lei.

O objeto deste controle não é apenas a lei aprovada pelo Parlamento, mas também os atos praticados pelo Estado com força de lei, quais sejam, os decretos legislativos, os decretos-leis, as normas de atuação dos estatutos das Regiões sob autonomia especial, os estatutos de direito comum das Regiões.

Acrescem-se a estes ainda os atos com força de lei praticados pelas Regiões (as leis regionais e as leis das duas Províncias autônomas de Trento e Bolzano).

Contudo, não estão sujeitos ao controle da Corte os regulamentos, pois enquanto fonte secundária, subordinados à lei, não podem diretamente conter qualquer violação à Constituição; nem

tampouco os regulamentos parlamentares, apesar de serem fontes primárias, segundo a própria Corte, em contraste com parte da Doutrina, e os regulamentos dos outros órgãos constitucionais.

A Constituição não determina o procedimento de acesso à Corte Constitucional. O artigo 137, ao contrário, remete tal função à lei constitucional que definirá as condições, as formas e os prazos perante o juízo de legitimidade constitucional.

Surge então a Lei 1/1948 regulamentando os procedimentos para submissão à análise da Corte de uma lei ou de um ato com força de lei, dando vida a dois procedimentos distintos: um procedimento incidental e um procedimento principal.

O procedimento em via incidental nasce de uma iniciativa de um juiz comum (seja ordinário ou administrativo), perante o qual foi submetido um caso concreto que ele deve apreciar e decidir.

Aqui deve-se definir exatamente a noção de juiz “*a quo*”, que é o sujeito habilitado a submeter à Corte uma questão de legitimidade constitucional. O artigo 23 da Lei 87/1953 refere-se a “autoridade jurisdicional”, a qual foi dado a princípio uma interpretação literal e restrita.

A Corte Constitucional, após diversos impasses, adotou então com base em uma noção de “atividade jurisdicional” não abstrata, mas específica, uma interpretação extensiva.

No curso de um processo, o juiz pode convencer-se que uma certa disposição legal, que deve ser aplicada naquele caso, apresente certa dúvida de legitimidade constitucional. Tal dúvida pode partir por iniciativa própria do juiz ou provocado por qualquer das partes, ou ainda pelo representante do Ministério Público.

Neste caso o juiz suspende o processo, criando assim um incidente processual e submete a questão de legitimidade constitucional daquela disposição legislativa perante a Corte Constitucional, a única habilitada a decidir a questão.

O ato que suspende o processo e o submete ao órgão da justiça constitucional é denominado “*ordinanza motivata di rinvio*”, o qual deve conter:

- a) Indicação da disposição legislativa cuja legitimidade constitucional é objeto da dúvida;
- b) A indicação das disposições constitucionais que se entende violadas;

- c) Os motivos relevantes, devendo o juiz fundamentar que a sua decisão depende necessariamente da aplicação daquela disposição legislativa ora impugnada (*il giudizio di rilevanza*);
- d) Por fim deve o juiz demonstrar que dúvidas existem acerca da constitucionalidade daquela disposição (*il giudizio di non manifesta infondatezza*).

A decisão de submissão desta questão à Corte Constitucional está sujeita a um regime próprio de publicidade. Deve ser publicada no Diário Oficial para que todos os cidadãos tenham conhecimento da dúvida constitucional suscitada, mas também para permitir aos outros juízes, que porventura devam aplicar aquelas disposições legislativas em suas decisões, que suspendam seus processos e aguardem a decisão da Corte Constitucional. Também são intimadas daquela decisão de envio as partes do processo, o Ministério Público, o Presidente do Conselho (no caso de tratar-se de uma lei federal) ou o Presidente da Junta Regional (no caso de uma lei regional).

Nota-se portanto que neste procedimento há uma combinação daquele modelo difuso de justiça constitucional com o modelo concentrado, envolvendo também o juiz comum no controle de constitucionalidade das leis, com uma atuação não decisória (que é reservada à Corte), mas de iniciativa e de filtragem das diversas questões que possam advir da aplicação de uma determinada lei em uma controvérsia específica.

Uma vez vetado o acesso direto do cidadão comum perante à Corte (apesar de permitido em outros sistemas europeus de justiça constitucional, como por exemplo na Espanha e na Alemanha), faz-se necessária a avaliação prévia pelo juiz comum.

Ao apreciar a questão, a Corte emite uma sentença de reconhecimento (*sentenza di accoglimento*) ou de rejeição (*sentenza di rigetto*).

A sentença de reconhecimento produz a nulidade da norma legal declarada inconstitucional, não podendo mais ser utilizada pelo juiz que promoveu a questão, nem por qualquer outro juiz que venha a decidir uma controvérsia baseada naquela norma; não podendo mais ser aplicada pela administração pública, nem utilizada por qualquer outro sujeito. Esta declaração de inconstitucionalidade tem efeito “*erga omnes*” a partir do dia seguinte ao de sua publicação. São reconhecidos ainda não só efeitos “*ex nunc*”, mas também alguns “*ex tunc*”.

A diferença entre os efeitos de uma sentença de reconhecimento e os efeitos de uma sentença de rejeição verifica-se essencialmente em relação ao juiz *a quo*, eis que na sentença de rejeição, o juiz deve aplicar em sua decisão aquela lei por ele impugnada.

Importante ressaltar ainda que a sentença de rejeição não atribui à norma legal impugnada um selo definitivo de constitucionalidade, pois a mesma pode ser novamente submetida à Corte, sob outros fundamentos, e pode ser posteriormente declarada inconstitucional.

Além das sentenças de reconhecimento ou de rejeição, a Corte profere ainda outros tipos de sentença:

- a) Sentença interpretativa baseada no *diritto vivente*, que é o direito que resulta de interpretações jurisprudenciais consolidadas de determinadas disposições legais;
- b) Sentença aditiva, na qual a Corte declara a inconstitucionalidade da disposição legal impugnada na parte na qual deixou de prever algo que deveria ter previsto. Seu efeito será integrar a norma.
- c) Sentença ablativa, nesta a Corte declara a inconstitucionalidade do dispositivo legal na parte que prevê algo que não deveria ter sido previsto naquela lei. Seu efeito será eliminar a disposição impugnada.
- d) Sentença substitutiva, na qual a Corte declara a inconstitucionalidade da disposição na parte que prevê uma coisa, quando deveria ter previsto outra. Seu efeito será impor ao juiz comum a aplicação da norma conforme interpretação da Corte.

Quanto ao controle direto de constitucionalidade de uma lei, só há uma hipótese possível, qual seja o conflito entre uma lei federal e uma lei regional, no qual o Estado ou uma Região (ou Província autônoma) tenha uma lei contrária à Constituição, ou ainda no caso de conflito de competência legislativa.

Via de regra, o motivo que leva à impugnação de uma lei regional pelo Governo Federal é a falta de respeito do legislador regional no tocante à sua competência legislativa. Esta impugnação de uma lei regional por parte do Estado é uma forma de controle de constitucionalidade preventivo, eis que precede a promulgação e a entrada em vigor daquela lei regional impugnada.

Uma lei regional também pode ser impugnada perante à Corte por uma outra Região dentro de sessenta dias da publicação da referida lei.

A legitimidade para impugnar uma lei federal cabe ao Presidente da Região dentro de trinta dias da publicação daquela lei.

Neste caso também será proferida uma sentença de rejeição ou uma declaração de inconstitucionalidade da lei regional (ou provincial) ou ainda da lei federal impugnada.

Sendo proferida uma sentença de reconhecimento, o seu efeito será impedir a promulgação e a conseqüente entrada em vigor daquela lei regional ou provincial.

No caso de lei federal será determinada sua imediata anulação.

Entretanto, sendo proferida uma sentença de rejeição, seu efeito será consentir a promulgação e a entrada em vigor da lei regional, ou consentir a aplicação da lei federal.

Um outro efeito da decisão da Corte é definir implicitamente a competência normativa do Estado e das Regiões (ou Províncias autônomas) naqueles casos.

9 SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

O artigo 134 da Constituição atribui ainda à Corte Constitucional uma segunda função, qual seja a de dirimir conflitos de atribuições que possam existir entre os poderes do Estado, entre o Estado e as Regiões, ou ainda entre as próprias Regiões.

10 JULGAMENTO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASOS DE TRAIÇÃO E ATENTADO À CONSTITUIÇÃO

A terceira e última atribuição atribuída à Corte Constitucional pelo artigo 134 da Constituição italiana é aquela de julgar o Presidente da República nos casos em que o Parlamento, em sessão conjunta, autorize a abertura de processo por crime de alta traição e atentado à Constituição.

Anteriormente à aprovação da Lei Const. 1/1989 a Corte também atuava nos casos de crimes ministeriais (praticados por Ministros de Estado). Contudo, essa competência atualmente pertence à justiça comum.

O único caso em que a Corte atuou em sua competência penal foi no caso “Lockheed”, em 1979, no qual dois ex-Ministros do Governo foram acusados de corrupção junto a uma empresa americana interessada

em vender aviões a Itália. Um foi absolvido e o outro condenado. Em razão deste processo ter levado anos, impedindo a Corte de analisar os demais casos, houve a alteração legal supra mencionada com relação aos crimes ministeriais.

Quanto ao procedimento neste caso, faz-se mister salientar que o julgamento deve ser realizado pelo pleno, acrescido dos dezesseis juízes agregados. Havendo empate, prevalecerá a decisão mais benéfica ao imputado.

Esta sentença é irrevogável e somente pode ser revista pela própria Corte, caso após a condenação surjam fatos novos que provem o desconhecimento pelo imputado dos fatos a si atribuídos.

11 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DE REFERENDO ABROGATIVO

A atribuição da Corte Constitucional de valorar a admissibilidade das proposições de referendo para revogação de leis, apesar de mencionada pelo artigo 75.2 da Constituição italiana, deriva de previsão legal contida no artigo 2 da Lei Const. 1/1953 e do artigo 33 da Lei 352/1970.

Trata-se da única hipótese na qual a Corte decide sem a existência de partes processuais (neste caso o Governo, os Conselhos regionais ou o Comitê que promoveu o pedido de revogação). Contudo, a estes é permitido apresentar seus fundamentos.

A Corte decide em sua composição plena e sua sentença tem efeito limitado ao caso.

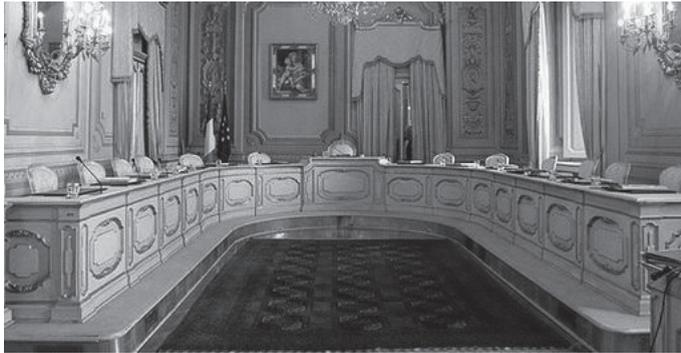
12 SEDE DA CORTE CONSTITUCIONAL

O Palazzo della Consulta, sede da Corte Constitucional, está localizado em Roma na Piazza del Quirinale, ao lado do Palazzo del Quirinale, sede do Presidente da República, em um obra arquitetônica de inigualável beleza construída em 1737, por ordem do papa Clemente XII.

No período entre 1871 e 1874 foi a residência dos príncipes Umberto (futuro rei Umberto I) e sua esposa Margherita di Savoia.

Sucessivamente tornou-se a sede do Ministério das Relações Exteriores, e posteriormente do Ministério das Colônias.

Tornou-se a sede permanente da Corte Constitucional com o advento da Lei 265/1958 e nele podem ser vistos numerosos afrescos, esculturas em mármore de Carrara e deslumbrantes lustres de cristal de Murano.



13 ESTRUTURA DA CORTE COSTITUZIONALE²



² Fonte: Corte Costituzionale – Roma 2002. 3. edizione aggiornata a cura dell'ufficio stampa – Roma 2009.

II - IN SEDE NON GIURISDIZIONALE



III - GIUDIZI E MODI DI ACCESSO ALLA CORTE

A - GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SU ATTI LEGISLATIVI



B - GIUDIZI PER CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE SU ALTRI ATTI (NON LEGISLATIVI)



C - GIUDIZI SULL'AMMISSIBILITÀ DEI REFERENDUM ABROGATIVI

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma corte constitucional é, por definição, um órgão do judiciário ou diverso, cuja principal função é julgar a constitucionalidade de leis, emitindo pareceres sobre elas e decretos dos poderes Executivo e Legislativo, em consonância com correta aplicação da Constituição. Já uma suprema corte tem caráter de última instância, de corte de apelação. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – não é autêntica corte constitucional, pois acumula funções de corte constitucional e suprema corte.²

Muito embora a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 92 que cabe ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a guarda da Constituição, verifica-se que na verdade este é um tribunal híbrido (constitucional e corte de apelação).

Diante do crescente aumento das demandas judiciais é de suma importância que como a Corte Constitucional italiana, nosso Supremo Tribunal Federal se ocupe exclusivamente da guarda da Constituição Federal, estabelecendo prazo para mandato de seus membros, sem reeleição, deixando para o Superior Tribunal de Justiça a função de corte de apelação.

REFERÊNCIAS

CARETTI, Paolo; DE SIERVO, Ugo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Seconda Edizione, Torino -G. Giappichelli Editore,

DALLARI, Dalmo de Abreu. Uma corte constitucional para o Brasil. *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 43, nov. 2001.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

2 <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>> acesso em 29.09.2013



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, UM PARALELO ENTRE BRASIL E ITÁLIA

*THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE, A PARALLEL BETWEEN BRAZIL
AND ITALY*

Sandra Sordi

Advogada da União

Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade civil do Estado brasileiro; 1.1 Conceito de responsabilidade civil estatal; 1.2 Evolução das teorias da responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro; 1.3 A Legislação sobre responsabilidade civil da Administração no direito brasileiro; 1.4 Requisitos configuradores da Responsabilidade Objetiva do Estado; 1.5 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal; 2 Reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública sob o enfoque da evolução jurisprudencial italiana; 2.1 Natureza da Responsabilidade da Administração Pública na Itália; 2.1.1 Tese da Responsabilidade Extracontratual; 2.1.2 Tese da Responsabilidade Contratual do Contrato Social Qualificado; 2.1.3 Tese da Responsabilidade *sui generis*;

2.2 Elementos caracterizadores da Responsabilidade da Administração Pública; 2.3 Síntese da Responsabilidade da Administração Pública na Itália; 2.4 O ressarcimento pelo equivalente; 2.5 Ressarcimento de forma específica; 2.6 Ressarcimento por *danno erariale*; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O objetivo deste estudo é comparar em linhas gerais o tratamento dado nos sistemas jurídicos brasileiro e italiano à temática da responsabilidade extracontratual do Estado. Dentre as peculiaridades de cada sistema jurídico, surge como ponto fulcral de divergência a necessidade imposta pelo direito italiano, para que se caracterize a responsabilidade da Administração Pública, que o particular lesionado prove que o evento danoso decorreu de culpa “*lato sensu*” da Administração Pública, sendo que no direito pátrio vigora a tese da responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco Administrativo. Ademais, trata da responsabilização do agente público, explanando a teoria da responsabilidade por *danno erariale* e das formas de ressarcimento do dano sofrido pelo particular.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Extracontratual do Estado. Responsabilidade do Agente Público. Responsabilidade por *Danno Erariale*. Ressarcimento do Dano Injusto Sofrido pelo Particular.

ABSTRACT: The purpose of this study is to compare in general terms the treatment given to the thematic of the Extracontractual Liability of the state between the Brazilian and the Italian juridical systems. Among the peculiarities of each juridical system, a determining point of divergence comes to sight that is, the necessity imposed by the Italian Law in order to characterize the liability of the public administration; the private individual must prove that the personal injury occurred on account of the public Administration negligent culpa “*lato sensu*”, taking also into consideration the fact that in the Italian Law there is the thesis of the objective liability by the Theory of the Administrative Risk. Furthermore, it deals with ascribing responsibility to the public servant by defining the Theory of liability for *danno erariale* and of the ways of indemnification to the private individual who was victimized by a personal injury.

KEYWORDS: Extracontractual Liability of the State, Ascribing Responsibility to the Public Servant, Liability for “*Danno Erariale*”, Indemnification of the Unjust Private Injury to the Private Individual.

INTRODUÇÃO

A temática a ser tratada restringe-se a responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos, traçando um paralelo entre os sistemas jurídicos brasileiro e italiano.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

De início, cabe pontuar que contrariamente ao direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito, no direito administrativo, ela pode decorrer de comportamentos que embora lícitos, causem a determinadas pessoas ônus maior que o imposto aos demais membros da coletividade.

Como preleciona José Alfredo de Oliveira Baracho:

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.¹

1.2 EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução das teorias da responsabilidade civil estatal se sucedeu da seguinte maneira:

a) Irresponsabilidade do Estado

Durante à época dos Estados Absolutistas vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, que sendo soberano, não podia causar males. Daí se afirmar na França: “Le roi ne peut mal faire”, ou na Inglaterra: “The king do no wrong”.

¹ Apud MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*, p. 230.

Na prática, havia uma separação entre os agentes estatais e o Estado, de maneira que na melhor das hipóteses, se o particular lesado quisesse alguma reparação pelo prejuízo injustamente suportado, teria de exercer seus direitos diretamente em face do agente público.

Posteriormente, a construção pretoriana passou a reconhecer a responsabilidade do Estado, ainda que à margem de textos legislativos.

- e) *Teoria da Responsabilidade com culpa* (ou seja, deve ter culpa, com base em uma concepção civilista). Só haveria indenização caso o ato lesivo fosse ato de gestão, entendidos como tais, os atos praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, visando a consecução e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.

Exclui-se assim da responsabilização os danos decorrentes de atos de império, definidos como sendo aqueles praticados pela Administração com todas as prerrogativas de autoridade, decorrentes de um direito exorbitante imposto coercitivamente ao particular.

Desta feita, apartava-se a pessoa do Rei, insuscetível de erro, da pessoa do Estado, através de seus agentes, que praticavam atos de gestão.

- c) *Teoria da culpa administrativa (culpa anônima ou falta do serviço)* – Esta teoria não mais separa atos de império dos atos de gestão. Também chamada de teoria da culpa do serviço público, procura desvincular a responsabilidade do Estado da noção de culpa do agente público, vindo a considerar a culpa do serviço público, quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, caracterizando assim, a “faute du service”, incidindo a responsabilidade do Estado, independentemente da aferição de culpa do agente público.
- d) *Teoria do risco administrativo*. Dispensa a verificação do fator culpa. Pode acionar diretamente o Estado, que responderá sempre que demonstrado o nexo de causalidade entre o ato do seu agente e o dano injustamente sofrido pelo particular.

Esta teoria funda-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, donde, para compensar essa desigualdade individual, pelo princípio da igualdade, surgirá a obrigação equitativa de todos os outros componentes

da coletividade de indenizar, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Como bem preleciona José Afonso da Silva:

Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova de culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.²

Na Teoria do Risco Administrativo permite-se afastar a responsabilidade estatal nos casos de exclusões donexo causal, por fato exclusivo da vítima, caso fortuito e força maior, fato exclusivo de terceiro, ex: surfista ferroviário, chuvas torrenciais causadoras de enchentes, etc.

e) Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco, onde o Estado deve indenizar em qualquer situação. Sustenta a indenização mesmo na culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Esta teoria foi abandonada na prática por levar a abusos e injustiça social, subsistindo apenas de maneira excepcionalíssima, por exemplo, para receber a indenização do DPVAT – seguro de acidente de carro que é pago, independentemente da culpa do acidentado.

1.3 A LEGISLAÇÃO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil estatal, no ordenamento brasileiro, está positivada no art.5, incisos V e X da Carta Magna:

Art. 5º caput – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed. p. 632.

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No capítulo da Administração Pública da Constituição Federal Brasileira está prevista a responsabilidade civil objetiva em seu art. 37, § 6º:

Art. 37 ‘caput’ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” e, também, ao seguinte: [...] § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ressalte-se que o termo agente mencionado no referido inciso 6º do artigo 37 da Constituição Federal deve ser interpretado em sentido amplo, segundo a teoria do riscos, considerando não apenas o servidor, que envolve a relação de trabalho, mas como também membros dos poderes da República, servidores, agentes sem vínculo típico de trabalho, agente colaboradores sem remuneração, etc. O Estado somente será responsável se o seu preposto estiver no exercício das funções ou esteja se conduzindo a pretexto de exercê-la. As pessoas jurídicas responsáveis poderão ser: União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas, agentes políticos e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

No âmbito das legislações infraconstitucionais, o Código Civil de 2002 traz em seu art.186 a regra geral da responsabilidade Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Já o art.188 do Código Civil brasileiro descreve atos que não constituem categoria de ato ilícito, afastando, assim, a responsabilidade civil.

Art. 188: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O Código Civil pátrio prevê em seu art. 927, parágrafo único, que independente de culpa, haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade desenvolvida pelo agente causador do dano, pela sua própria natureza, causar risco para os direitos de outrem. Reza referido artigo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Insta alertar que o artigo 927 do código civil pátrio constitui-se numa cláusula geral de responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único. Em inovação importantíssima, podemos dizer que o ordenamento brasileiro, atualmente, vive um sistema dualista de responsabilidade civil em que coexistem o sistema subjetivo e objetivo através de suas cláusulas gerais (art. 186 e 927, parágrafo único do CC).

Exemplo de atividade que expõe a risco, na conformidade do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil é a atividade nuclear, dado a enormidade dos riscos decorrentes de sua exploração, também foi adotada a teoria do risco integral. A Constituição em seu art. 21, XXIII, “d” determina que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. Todavia, o art. 8º da Lei 6.453/77 exclui a responsabilidade do operador pelo dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

Conclui-se da análise da legislação pátria em vigor que a regra geral para que se configure a responsabilidade civil estatal nas ações comissivas do Estado é desnecessário provar culpa do agente ou do serviço público.

1.4 REQUISITOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Com relação aos requisitos para o dever de ressarcimento do Estado, são eles:

- 1) O responsável pelo ato danoso deve se revestir da qualidade de agente da administração pública, termo este, que abrange não só os servidores públicos, pessoas jurídico-políticas, como também as autarquias, as fundações as empresas

públicas e as sociedades de economia mista e, ainda, empresas permissionárias e concessionárias de serviço público.

- 2) Dano – a existência do dano correspondente a uma lesão de direito da vítima, certo e injusto. O dano poderá ser: emergente; lucro cessante; moral ou perda de uma chance.
- 3) Nexo de causalidade – é preciso que haja nexo de causalidade entre ato comissivo da Administração e o dano causado.

1.5 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Para sua defesa em juízo, o Estado poderá alegar: inexistência do fato administrativo, inexistência do dano, ausência do nexo causal, lesado foi o único causador do dano ou ao menos contribuiu de alguma forma para que o dano tivesse surgido (art. 945 CC), fatos imprevisíveis (caso fortuito ou força maior)

Observe-se contudo, que a ocorrência de força maior, somada à omissão da Administração, ensejará a responsabilização, como na hipótese de inundação provocada por tempestade e pela falta de limpeza das galerias pluviais (teoria da culpa do serviço público-faute du service).

Com relação a culpa da vítima é necessário se diferenciar se a mesma foi exclusiva ou concorrente. Se exclusiva, elide a responsabilidade do Estado, se concorrente, a atenua.

2 RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ENFOQUE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ITALIANA

Na Itália, numa fase inicial a jurisprudência se posicionava de maneira bastante restritiva a respeito da tutela ressarcitória dos prejuízos decorrentes da lesão de interesses legítimos.

Eram dois os argumentos que sustentavam esse posicionamento mais restritivo, um deles de ordem substancial e outro de ordem processual. No plano substancial a jurisprudência identificava o dano injusto como a lesão a um direito subjetivo.

Sob o enfoque processual, a estrutura bifásica do sistema italiano de justiça administrativa era refratária a qualquer possibilidade de reconhecimento de responsabilidade da Administração Pública,

uma vez que o Juiz Ordinário, munido do poder de condenar ao ressarcimento do dano era privado de jurisdição perante uma demanda ressarcitória que tivesse por objeto o dano decorrente de lesão a um interesse legítimo de particular, por outro giro, o juiz administrativo podia conhecer dessa lesão a um interesse legítimo, mas era desprovido do poder de condenar ao ressarcimento do dano.

Ocorre, que uma radical inversão no enfoque da ressarcibilidade dos interesses legítimos ocorreu com a publicação da sentença nº 500 de 1999, com a qual a Corte de Cassação (2ª Instância da Justiça administrativa) esposou a tese segundo a qual o artigo 2043 do código civil italiano resume uma cláusula geral primária que atribui o direito ao ressarcimento do dano cada vez que ocorrer um dano injusto, reconhecendo de tal modo a falta de fundamento da tese que pretende limitar o ressarcimento apenas para as situações em que ocorrer lesão a um direito subjetivo, mas pelo contrário o dano deve ser ressarcido quando houver injusta lesão a qualquer interesse protegido pelo ordenamento, entretanto, este posicionamento não significa a ressarcibilidade indiscriminada de qualquer interesse legítimo, uma vez que para se ter direito a ressarcibilidade torna-se necessária a ocorrência concomitante dos requisitos objetivo e subjetivo do ilícito.

2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA

A natureza jurídica da responsabilidade da Administração Pública sempre foi objeto de debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Numa visão sintética, podemos dizer que no curso do tempo a responsabilidade da Administração Pública submeteu-se alternadamente aos seguintes paradigmas:

- Responsabilidade extracontratual;
- Responsabilidade contratual pelo inadimplemento da obrigação nascendo de um contrato social qualificado;
- Responsabilidade pré-contratual;
- Responsabilidade *sui generis*.

2.1.1 TESE DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL (AQUILIANA)

A primeira posição da jurisprudência a respeito da natureza jurídica da Administração Pública é aquela que a classifica como responsabilidade aquiliana com fundamento no artigo 2043 do código civil italiano, que reza:

“Art.2043. Risarcimento per fatto illecito.

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”³

Trata-se da tese abraçada pela sessão de cassação com a sentença n° 500 de 1999.

Nesse julgamento a sessão unida superou anterior orientação que identificava injustiça do dano com a mera lesão aos direitos subjetivos e definiu interesse legítimo com a posição de vantagem reservada a um sujeito em relação a um bem da vida objeto de um procedimento administrativo e consistente na atribuição a tal sujeito do poder de influenciar no correto exercício de poder, de modo a possibilitar a realização do interesse decorrente do bem.

Segue o histórico princípio estatuído pela Sessão Unida da Corte de Cassação com a sentença n. 500 depositada em 22 de julho de 2000.⁴

Risarcibilità dell’interesse legittimo: la storica sentenza delle Sezioni Unite

Cassazione civile , SS.UU., sentenza 22.07.1999 n° 500

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l’attività illegittima della

3 “Qualquer fato doloso ou culposo que ocasiona a outrem um dano injusto, obriga aquele que praticou o fato a ressarcir o dano.” (tradução livre)

4 Sentenza n °. 500 de 22 de julho de 1999. (Altalex, 2 marzo 2000) in [www. Altalex.com/index.php?idnot=364](http://www.Altalex.com/index.php?idnot=364)

P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

A sentença 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação fixou como requisitos da responsabilidade da Administração Pública:

- Ocorrência de evento danoso
- Estabelecer se o dano se qualifica como dano injusto, em relação à sua incidência sobre um interesse relevante do ordenamento. Este último pode assumir, indiferentemente seja a consistência de um direito subjetivo absoluto ou relativo, seja a forma de interesse legítimo, quando resulta funcional à proteção de um determinado bem da vida.
- Nexo causal
- Se o evento danoso decorreu de dolo ou culpa da Administração Pública (elemento subjetivo)

2.1.2 TESE DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO "CONTRATO SOCIAL QUALIFICADO"

Esta tese enquadra a responsabilidade da Administração no paradigma pré-contratual, sendo que a ruptura da tratativa entre particular e Administração, sem motivo idôneo que a justifique constitui para a Administração fonte de responsabilidade pré-contratual, uma vez que a Administração deve adotar um comportamento de boa-fé, lealdade e retidão.

A classificação da responsabilidade da Administração Pública por lesão de interesse legítimo, em termos de responsabilidade extracontratual implica a limitação do ressarcimento do dano ao "interesse negativo", ou seja, aquele consistente nas perdas decorrentes da não conclusão do contrato e da perda de oportunidade de realizar outros contratos.

2.1.3 TESE DA RESPONSABILIDADE "SUI GENERIS"

Tese segundo a qual no direito público quando configurada uma lesão a um interesse legítimo, se está na presença de uma figura peculiar de ilícito qualificado por ilegítimo exercício de poder, se enquadrando nas diversas formas de responsabilidade previstas no direito civil.

2.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação fixou os pressupostos da responsabilidade da Administração Pública:

a) Elemento Objetivo

Constituído pelo evento danoso, que deve ser qualificado como dano injusto, em relação a sua incidência sobre um interesse relevante para o ordenamento.

Quanto ao elemento objetivo caracterizador da responsabilidade, a Corte de Cassação se posicionou no sentido de que a mera ilegitimidade do ato não é suficiente para justificar a responsabilidade da Administração Pública, sendo, ao invés necessário que se verifique que a atividade ilegítima tenha causado lesão ao interesse do bem da vida, que está interligado ao interesse legítimo.

b) Nexo Causal

Deve haver um liame causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) da Administração Pública e o evento.

Trata-se de verificar qual seria o resultado do procedimento, se o fato antijurídico não tivesse se produzido e se a Administração tivesse agido corretamente.

Para se caracterizar o nexos de causalidade, deve ser feita uma dupla verificação:

- A ligação material entre a conduta e o evento deve referir-se aos artigos 40 e 41 do Código penal italiano. Mencionado artigo 40 dispõe sobre o nexos causal, afirmando que ninguém poderá ser punido por um fato previsto em lei como crime, se o evento danoso ou perigoso, do qual depende a existência do crime, não for consequência de sua ação ou omissão.

Prosegue afirmando, que não impedir a ocorrência de um evento, quando existe obrigação jurídica de impedir, equivale a ocasioná-lo.⁵ O artigo 41 do código penal, por sua vez prescreve que o concurso de causas pré-existentes, concomitantes ou supervenientes não excluem o nexo causal, salvo se isoladamente causaram o dano⁶.

- O fato ilícito e o dano dele decorrente possam se subsumir aos artigos 1223 e 1227 do código civil, conforme dispõe o artigo 2056 do código civil.⁷ Referido artigo 1223 do código civil explicita que o ressarcimento inclui além do prejuízo atual os lucros cessantes, desde que decorrerem de consequência imediata e direta da conduta danosa. Já o artigo 1227 do código civil trata do concurso do credor para a ocorrência do fato culposo, prescrevendo que se o credor (particular lesado) concorreu para causar o dano, o “quantum” do ressarcimento será reduzido conforme a gravidade da culpa e as consequências dela derivadas. A segunda parte do artigo 1227 do código civil afirma que não será devido o ressarcimento pelos danos que o credor podia evitar usando ordinária diligência.

c) Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo refere-se à caracterização de dolo ou culpa por parte da Administração pública:

-
- 5 Código Penal Italiano, art. 40. Rapporto di causalita in <http://WWW.altalex.com>:
Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.
- 6 Código Penal Italiano, art. 41 .Concorso di cause in <http://WWW.altalex.com>: Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.
- 7 Art. 1223. Risarcimento del danno in <http://www.altalex.com/>
Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.
Art. 1227. Concorso del fatto colposo del creditore in <http://www.altalex.com/>
Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.
Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

A) CULPA – anteriormente ao advento da sentença da Corte de Cassação de 22 de julho de 1999, nº 500, a jurisprudência apontava no sentido de que a culpa da Administração decorria da própria ilegitimidade procedimental declarada no ato administrativo, independentemente da natureza do vício. Com a prolação da dessa sentença nº 500 de 1999, passou-se a sustentar que para que se atribuisse responsabilidade à Administração Pública era necessário não apenas a ocorrência de uma ilegitimidade, mas também uma valoração da culpa, por parte da Administração Pública, considerada como órgão público, de modo que a culpa restará configurada no caso da execução do ato ilegítimo advindo da violação da regra de imparcialidade, retidão e de boa administração, regras essas com *status* de princípios norteadores da função administrativa.

O bom andamento e a imparcialidade da Administração Pública estão assegurados constitucionalmente, conforme previsão expressa do artigo 97 da Constituição italiana, que reza:

Art. 97-*La pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento d'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e d sostenibilità d debito pubblico.*

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo Che siano assicurati Il buon andamento e l'imparzialità d'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate Le sfere di competenza, d atribuzioni e Le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.”

O bom andamento da Administração Pública decorre de uma atividade administrativa que corresponda aos cânones da eficiência e da eficácia.

Nesse sentido, Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella esclarecem que:

Sul piano legislativo, va segnalata d legge generale sul procedimento amministrativo (241/1990), secondo cui “l'attività amministrativa

persegue i fini determinati dalla legge *d è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità.*⁸

A jurisprudência italiana interpretou de forma variada o requisito da culpa, ora se entendendo que a culpa se infere da grave violação de lei ora entendendo que a violação da lei é mero indício, presunção da culpa.

Por fim, saliente-se que a jurisprudência da Comunidade Européia aponta para uma noção objetiva da responsabilidade da Administração Pública, separada do requisito da culpa, dispondo o Tratado da União Européia, em seu artigo 340º que:

Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União Européia deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções⁹

- b) DOLO – elemento subjetivo que fundamenta a responsabilidade da Administração quando possa ser imputada ao agente público.

Regra geral o ente público responde pelos danos causados pelos seus agentes públicos conforme art. 2042 do Código Civil. Por outro lado, pela regra da solidariedade passiva, prevista no artigo 28 da Constituição Italiana, os particulares podem pleitear ressarcimento pela lesão injustamente sofrida, de maneira indiferente contra Administração ou seu agente público, conforme reza referido artigo:

i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Já com relação à Administração Pública assumir a responsabilidade pelos atos dolosos praticados por seus agentes, a doutrina se posiciona de duas formas distintas:

8 BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*, p. 251.

9 Versão Consolidada do Tratado da União Européia, número 2010/C 83/01, 53º ano, 30 de março de 2010.

- Se o agente age com específica intenção de causar danos a terceiros, a responsabilidade recai exclusivamente sobre o mesmo.
- Se a conduta do agente público se pautou dentro de suas atribuições funcionais, a Administração terá responsabilidade solidária.

2.3 SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA

Para restar caracterizada a responsabilidade aquiliana, prevista no artigo 2043 do Código civil italiano, cabe ao particular lesionado o ônus de provar os elementos constitutivos da responsabilidade administrativa: fato ilícito, dano injusto, nexo causal entre fato e dano e dolo ou culpa da Administração.

Quando a lesão jurídica injustamente sofrida for de natureza contratual, surge a seguinte peculiaridade: Na fase antecedente a assinatura do contrato, vigoram as regras de direito público, todavia a fase que se sucede à assinatura do contrato, sujeita-se à disciplina própria de direito privado, com a aplicação do artigo 1218 do Código Civil italiano, em caso de inadimplemento.

O artigo 2050 do código civil italiano disciplina a responsabilidade por exercício de atividade perigosa, estabelecendo que aquele que ocasiona dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios usados, deve ressarcir se não provar que adotou todo o cuidado para evitar o dano.

A jurisprudência admite a aplicação do artigo 2050 do C.C. para alguns setores da atividade ferroviária.

Um importante marco na jurisprudência sobre a responsabilidade estatal ficou por conta da aplicação do art. 2051 do c.c., que prescreve que o particular que sofreu o dano deve demonstrar que sofreu um dano decorrente da periculosidade intrínseca do bem público, como por exemplo, o dano sofrido em estradas perigosas, cabendo a administração pública provar que adotou cautelas idôneas para evitar o dano.

2.4 O RESSARCIMENTO PELO EQUIVALENTE

O artigo 30, inciso 2 do código de processo administrativo estatui que poderá ser pedida a condenação ao ressarcimento pelo equivalente, de maneira que a regra geral é o ressarcimento pelo equivalente, que leva em conta o dano emergente e os lucros cessantes.

Para se quantificar o dano decorrente da atividade administrativa utiliza-se com frequência da técnica equitativa de liquidação prevista no artigo 1226 do código civil italiano. O juiz administrativo deve ainda considerar os critérios valorativos previstos no artigo 1227 do código civil italiano, quais sejam:

- se a culpa do credor concorreu para causar o dano, o ressarcimento será diminuído segundo a gravidade da culpa e das consequências dela derivadas
- se o credor podia ter evitado o dano usando ordinária diligência, o que incluiu utilizar-se tempestivamente dos instrumentos de tutela previstos em lei.

2.5 RESSARCIMENTO DE FORMA ESPECÍFICA

O artigo 30, inciso 2 do código de processo administrativo, depois de haver apontado a regra geral do ressarcimento pelo equivalente, acrescenta que do dano injusto derivado do ilegítimo exercício da atividade administrativa ou da falta da atividade administrativa obrigatória, havendo o preenchimento dos requisitos do artigo 2058 do Código Civil, poderá o ressarcimento do dano ser pedido de forma específica.

O ressarcimento de forma específica constitui-se numa forma alternativa ao ressarcimento pelo equivalente e, enquanto tal é caracterizado pela possibilidade de se restabelecer a situação jurídica existente no momento anterior à ocorrência do dano, de modo a garantir ao lesionado a mesma utilidade jurídica a que teria direito se não tivesse ocorrido uma lesão decorrente de conduta ilícita.

Para que se viabilize o ressarcimento de forma específica, faz-se necessário além do preenchimento dos requisitos gerais do art. 2043 do código civil, fato ilícito, dano injusto, nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano sofrido e dolo ou culpa, que se atenda ao disposto no artigo 2058 do código civil, que condiciona o ressarcimento de forma específica ao preenchimento dos seguintes pressupostos: Possibilidade e que o ressarcimento não acarrete excessiva onerosidade para o devedor.

Muito utilizada na indenização decorrente de ações anulatórias, onde o ressarcimento do dano surge como tutela residual e integrativa.

O artigo 34 do código de procedimento administrativo inova prevendo a possibilidade que a sentença condenatória traga além do pagamento de uma soma em dinheiro a título de ressarcimento do dano,

a adoção de medidas idôneas para tutelar a situação jurídica concreta, criando assim uma nova ação de condenação atípica.

2.6 A RESPONSABILIDADE POR DANNO ERARIALE

Por força do disposto no artigo 28 da Constituição Italiana, os funcionários e agentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis segundo as leis civis, penais e administrativas, dos atos praticados com violação de direito. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e ao ente público. O agente público será responsável pelos atos praticados com violação do direito, seja no confronto com o particular, quando responderá sob a forma de responsabilidade civil ou penal, seja perante a Administração Pública, sob a forma de responsabilidade administrativa e contábil.

O funcionário incorre em responsabilidade administrativa quando por inobservância dolosa ou gravemente culposa das suas próprias atribuições públicas, aja causado um prejuízo à Administração Pública.

A responsabilidade administrativa do agente é também conhecida como responsabilidade por *danno erariale*. O instituto da *condono erariale* foi introduzido pela lei financeira de 2006¹⁰ e se configura quando o agente público agindo com dolo ou culpa grave causa um prejuízo ao patrimônio público, sujeitando o mesmo à jurisdição da Corte de Contas.

Outro princípio característico da responsabilidade pelo dano ao erário se baseia compensação de danos e lucros, de modo que a Corte de Contas pode reduzir a punição aplicada ao agente público se a sua conduta danosa trouxe vantagem econômica para a Administração.

Concluindo, são elementos constitutivos da responsabilidade por *dano erariale*:

- inobservância de atribuição funcional ou obrigação decorrente de serviço público;
- dolo ou culpa grave;
- ocorrência de um prejuízo economicamente avaliável pela Administração Pública;
- Nexo causal entre o fato do agente e o dano ao erário.

¹⁰ Art. 1, comma 231 ss., lege 23 dicembre 2005, n.2 266.

Cumprе observar, que a regra é a responsabilização por dano erariale recair sobre um agente público, entretanto a Corte de Cassação, através da sentença prolatada em sessão unida nº 17660 de 19 de julho de 2013 reconheceu que um particular ou qualquer sujeito que gerir dinheiro público e que não utilizar os recursos públicos para a destinação que lhes foi reservada, também responderá por *danno erariale*.

Com relação à tipologia do *danno erariale*, a Corte de Contas identificou que juntamente ao dano ao erário em sentido estrito, de natureza patrimonial, também coexistem:

- dano pelo mau serviço prestado, considerado àquele que acarreta desperdício de recursos públicos em flagrante afronta ao princípio da eficiência;
- dano à imagem da Administração Pública. A ação judicial por dano à imagem pública só pode ser intentada se houver sentença condenatória irrevogável por delitos cometidos contra a Administração Pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta explanação, apresentamos a regulamentação jurídica sobre Responsabilidade do Estado da maneira como é tratada no Brasil e na Itália.

Verificamos que cada um dos ordenamentos jurídicos possuem pontos convergentes e divergentes, entretanto a diferença fundamental reside no trato dos atos comissivos praticados pelo agente público causadores de prejuízo ao particular.

O Brasil adota a Teoria do Risco Administrativo, pela qual, bastará ao particular provar a ocorrência do dano, nexο causal ente o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador do serviço público e a oficialidade da conduta lesiva.

Já para a doutrina italiana, o particular terá de provar todos esses requisitos e também dolo ou culpa da Administração Pública.

Cumprе ressaltar, que esta diferenciação influi diretamente na questão do ônus da prova. No Brasil, na hipótese de ter havido um dano injusto sofrido pelo particular em decorrência de atos praticados pelos agentes públicos, o ônus da prova recairá sobre a Administração Pública, que para se eximir da mesma, terá de provar a ocorrência de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente, quando neste último caso a responsabilidade do Estado será mitigada, diminuindo-se o *quantum* da indenização.

Por outro giro, no direito italiano, o particular lesado é quem terá de provar a culpa ou dolo da Administração Pública, que, no mínimo, faltou com seus deveres de boa fé, imparcialidade e boa administração.

No direito brasileiro cabe ação regressiva do Estado contra o servidor público, no caso da Administração Pública ter sido condenada a indenizar em razão de ato lesivo praticado pelo agente público, que agiu com dolo ou culpa.

Por sua vez, o direito italiano apresenta em seu arcabouço jurídico a figura do *danno erariale*, que resulta da responsabilidade do agente público que agindo com dolo ou culpa grave causar prejuízo ao patrimônio público, ficando sujeito à jurisdição da Corte de Contas.

Outras modalidades de *danno erariale* são o dano causado pela prestação de serviço de má qualidade e dano à imagem da Administração Pública, quando houver uma anterior condenação por delitos praticados contra a Administração Pública.

A despeito das peculiaridades de cada sistema jurídico, podemos dizer que tanto a Administração Pública no Brasil, quanto na Itália se norteiam pelos mesmos princípios constitucionais, de legalidade, impessoalidade, moralidade, economicidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal Brasileira, já o direito italiano sintetiza esses mesmos princípios no artigo 97 da Constituição da República Italiana, se referindo aos princípios do bom andamento e da imparcialidade da Administração Pública.

Percebe-se à guisa de conclusão, confrontando os sistemas jurídicos brasileiro e italiano, que o direito brasileiro se preocupou em oferecer uma proteção mais efetiva ao particular, que dispensa fazer prova de culpa *lato sensu*, podendo acionar diretamente o Estado, que responderá sempre que demonstrado onexo causal entre o ato do seu agente e o dano injustamente sofrido pelo particular, enquanto a Itália se concentrou em assegurar maior proteção à própria Administração, especialmente com o advento do instituto do *danno erariale*, através do qual o agente público responde pelo prejuízo causado ao patrimônio público ou por violação aos interesses públicos juridicamente protegidos, diretamente perante uma Corte de Contas.

REFERÊNCIAS

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*, 10. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

CARVALHO Fº, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAROFOLI. *Compendio di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Roma: Neldiritto Editore, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

SCOCA, Franco Gaetano. *Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

LEGISLAÇÃO

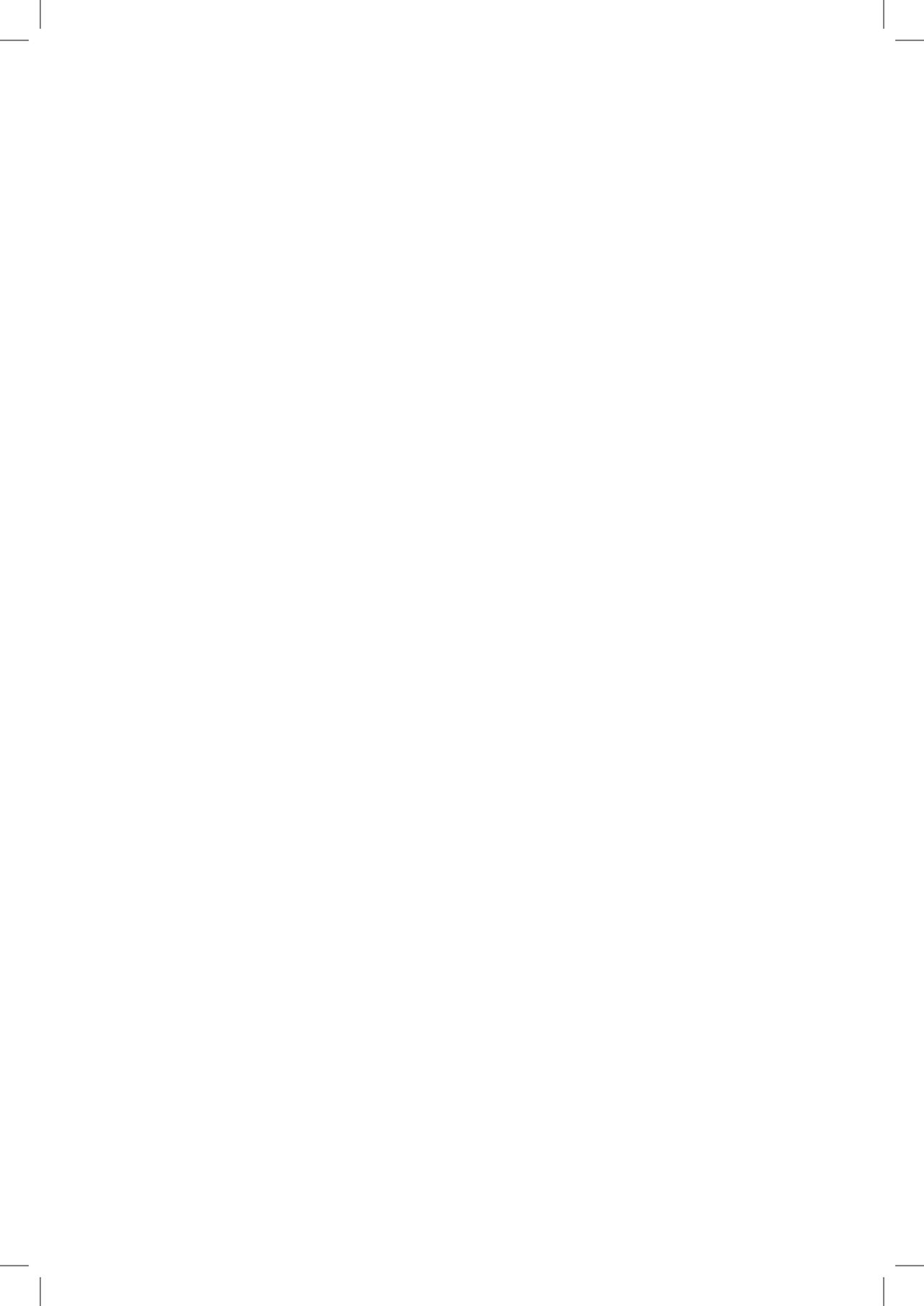
Costituzione della Repubblica Italiana, Roma, Editore Segreteria Generale della Camera dei Deputati, 2012.

Versão Consolidada do Tratado da União Européia, número 2010/C 83/01, 53º ano, 30 de março de 2010.

Codice de diritto civile italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.

Codice de procedimento amministrativo italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.

Codice penale italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.



O FEDERALISMO NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEU

FEDERALISM IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Sergio Costa Silva
Procurador Federal
Chefe do Serviço de Gerenciamento
e Prevenção de Litígios na PFE-INSS no Rio de Janeiro

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origens da federação; 2 Federalismo e princípio federativo fora da federação; 2.1 Valor inerente ao federalismo – o pluralismo; 2.2 O estado federal; 2.3 O princípio federativo e seus subprincípios; 2.3.1 A subsidiariedade; 3 A influência do federalismo na União Europeia; 3.1 Dos estados europeus que adotaram a forma federativa de estado; 3.2 A influência do federalismo em estados europeus não federais – o estado autonômico espanhol e o estado regional italiano; 3.3 O federalismo e a União Europeia; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade identificar a forma pela qual se processa a influência do federalismo na União Europeia. Para tanto, inicia-se com uma análise histórica da federação de modo a examinar os fatores ideológicos que a impulsionaram. Em seguida, passa-se a uma análise preliminar do federalismo, da federação e do princípio federativo. Em tal análise, investiga-se em linhas gerais a relação entre o federalismo e o pluralismo, os elementos do Estado federal, e os subprincípios do princípio federativo. Prossegue-se com um estudo panorâmico de algumas federações europeias. Posteriormente, investiga-se a presença do federalismo em Estados europeus não federativos. Finalmente, o artigo tenta identificar, no contexto da integração naquele continente, a forma pela qual o federalismo se incorpora à União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Federação. Federalismo. Integração. União Europeia. Princípio Federativo. Subsidiariedade. Pluralismo.

ABSTRACT: This article has for purpose identify the way in which processes the influence of federalism in the European Union. To do so, it begins with a historical analysis of the federation in order to examine the ideological factors that propelled. Then passes to a preliminary analysis of federalism, the federation and the federative principle. In this analysis, it investigates in general the relationship between federalism and pluralism, the elements of the federal state, and subprinciples of the federative principle. Continues with a panoramic study of some European federations. Subsequently, it investigates the presence of federalism in European states not federal. Finally, the article tries to identify, in the context of integration on the continent, the way federalism joins the European Union.

KEYWORDS: Federation. Federalism. Integration. European Union. Federative Principle. Subsidiarity. Pluralism.

INTRODUÇÃO

Embora de origens distintas, a federação e a União Europeia se assemelham em muitos aspectos, não só pelo processo de agregação que representam, mas também pelas características comuns. Isso conduz à conclusão de que o federalismo, enquanto ideologia, de alguma forma contribui no processo de integração europeu, ao passo que a União Europeia e seus Estados membros (mesmo os não federais) incorporam, ainda que em parte, o princípio federativo.

O presente trabalho tem por finalidade identificar algumas dessas semelhanças, notadamente no que tange à incorporação de princípios inerentes à federação pelos ordenamentos da União Europeia e seus Estados membros, bem como traçar uma visão panorâmica da contribuição do federalismo para tal comunidade e seus Estados.

1 ORIGENS DA FEDERAÇÃO

A federação tem suas raízes no constitucionalismo estadunidense. Em verdade, a origem da federação e do federalismo se confunde com a história da fundação dos Estados Unidos da América.

A revolução americana caracterizou-se como uma reação organizada de treze colônias inglesas na América do Norte contra o imperialismo britânico. Tais colônias, em 1776, declararam sua independência em relação à metrópole inglesa ainda como estados distintos. Organizaram-se, então, como uma confederação, tendo como documento formal os *articles of confederation*.

Tal documento, contudo, estabeleceu um liame incipiente entre os recém libertos Estados, o que gerou a necessidade de sua revisão. Nesse ponto, vale colacionar os apontamentos de FRIEDMAN¹:

The Articles of Confederation (1777) envisioned a loose, low-key group of highly sovereign states. It did not provide for a strong executive. It had no provision for a federal judiciary. Congress, however, got some judicial power [...]

The Articles of Confederation, by common consent, were something of a failure; the Constitution of 1787 was a stronger, more centralizing document.

1 FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American Law*. 3rd.ed. New York: Touchstone, 2005. p.71.

Assim, em 1787, convocou-se a Convenção da Filadélfia, originariamente com a finalidade de revisar os *articles of confederation*, mas que acabou por extrapolar os limites para os quais foi convocada, exercendo poder constituinte originário e elaborando a constituição dos Estados Unidos da América de 1789.

A federação surgiu a partir dos debates travados durante a Convenção da Filadélfia. De um lado, os anti-federalistas defendiam a preservação da soberania dos recém formados Estados. De outro lado, uma linha de pensamento de cunho nacionalista defendia a formação de um único Estado soberano. Dessa tensão, a manutenção da autonomia dos estados apresentou-se como uma condição para que fosse aceita a formação da União. Nesse sentido, vale citar CANOTILHO²:

Na discussão entre os “federalistas” e os “antifederalistas”, no momento da Convenção da Filadélfia, ou seja, da feitura da Constituição americana de 1787, a existência de “Estados” dotados de poderes auto-organizatórios e competências próprias (“momento anti-federalista”) revelou-se como condição ineliminável para a aceitação de um “executivo forte” (“momento federalista”) indispensável a “an extended commercial republic”.

Nesse contexto, surge, assim, a federação como uma engenhosa construção cujo escopo foi conciliar a necessidade de unidade nacional com os anseios de autodeterminação das antigas colônias, vindo a ser positivada na constituição estadunidense de 1789.

2 FEDERALISMO E PRINCÍPIO FEDERATIVO FORA DA FEDERAÇÃO

Embora nos Estados Unidos da América o federalismo tenha impulsionado a constituição do Estado na forma de federação, o fato é que federalismo e federação não obrigatoriamente andam juntos. Nesse sentido, WILLIAMS afirma que “federalism need not necessarily entail statehood”³.

Percebendo tal distinção, bem como o fato de que também o princípio federativo não se confunde com federalismo e federação, MARTINS desenvolve uma visão tridimensional, na qual se diferencia

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 571.

3 WILLIAMS, Rebecca A. Federalism and the European Union. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.19, 2008. p. 393.

numa dimensão mais abstrata o federalismo e seus valores; numa dimensão mais concreta a federação (forma de Estado); e, numa dimensão intermediária o princípio federativo⁴.

O federalismo pode ser compreendido como uma linha de pensamento, uma ideologia, cuja essência é simultaneamente unificadora e pluralista. Acerca do federalismo, leciona CAMPOS⁵:

Federalismo es lo opuesto a unitarismo. Además, combina una fuerza *centrífuga* en cuanto descentraliza al poder, con una fuerza *centrípeta* en cuanto la pluralidad y autonomía de varios estados se integra en la *unidad* de uno solo: el *estado federal*.

Tal pensamento influenciou a ordem constitucional de alguns estados, dando origem a uma nova forma de estado denominada *federação*, ou *estado federal*. Com efeito, embora influenciada pelo federalismo, a federação com este não se confunde, eis que o primeiro caracteriza um conjunto de idéias, ao passo que a derradeira apresenta-se como forma de estado, positivada em uma constituição formal. Nesse sentido, esclarece MARTINS⁶:

É possível afirmar, ainda, que toda federação se constitui a partir desse fenômeno que chamamos federalismo, mas podemos encontrar países que, independentemente da forma de estado adotada, se deixam influenciar pelo federalismo e seus valores.

O princípio federativo, por sua vez, consiste em princípio jurídico. Consoante Celso Ribeiro Bastos, no Brasil, “o princípio federativo juntamente com o republicano são as duas vigas mestras sobre as quais se eleva o travejamento constitucional”⁷. É, assim, um princípio fundamental.

Enquanto princípio jurídico, o princípio federativo encontra-se em um nível intermediário entre o federalismo, mais abstrato, e o estado federal, dotado de maior concretude.

4 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.38.

5 CAMPOS, German J. Bidart. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004. p.49.

6 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.34-35.

7 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p.214.

A opção de um Estado pela forma federativa de Estado implica na adoção, em sua constituição, do princípio federativo. Mas mesmo em Estados não federais, ou até em comunidades de Estados, pode-se perceber a presença de alguns de seus subprincípios, indicando influência do federalismo.

2.1 VALOR INERENTE AO FEDERALISMO – O PLURALISMO

Entendendo-se o Estado como sociedade politicamente organizada, este existe com a finalidade de realizar os valores, os complexos axiológicos, inerentes a uma determinada organização social. E ao fazê-lo, busca realizar o seu mister da melhor maneira possível, com um máximo de eficiência.

Dentro dessa concepção, o federalismo surge como uma ideologia voltada para a realização do valor pluralismo dentro de uma unidade estatal. Nas palavras de MARTINS, “o federalismo [...] é expressão ideológica desse valor complexo chamado pluralismo”⁸.

CITTADINO sustenta que as sociedades tradicionais podiam ser apreendidas como um todo homogêneo, “pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia – todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica, integrada”⁹.

Já a respeito das sociedades democráticas contemporâneas, prossegue a autora:

A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta buscar outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença¹⁰.

Com efeito, é inegável a presença do pluralismo enquanto realidade social nas democracias contemporâneas, nas quais convivem diferentes filosofias, religiões, pensamentos políticos, enfim, diversos modos de ser e de pensar. Isso se dá no plano dos indivíduos, cada qual com sua visão

8 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional*: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.32.

9 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.78.

10 *Ibidem*, p.78.

de mundo, mas também no plano dos grupos sociais, que se organizam das mais variadas formas, bem como no dos Estados, cada um com suas peculiaridades.

Na época da independência dos Estados Unidos da América, essa pluralidade também podia ser percebida em relação às treze colônias. E a constituição americana de 1789 não se limitou a constatar esse pluralismo, mas o valorizou, constituindo-se aquele país como uma federação, que, se por um lado caracteriza-se como uma unidade, por outro preserva as autonomias.

O federalismo, assim, representa uma opção juspolítica de valorização do pluralismo dentro da unidade. Tal pluralismo deixa de ser uma simples realidade observada, e passa a ser um valor. Tem-se, assim, uma ideologia de composição, que não só reconhece, mas preserva e valoriza a diversidade, ao passo que busca a união.

2.2 O ESTADO FEDERAL

Se o federalismo é uma ideologia de valorização do pluralismo na unidade, o estado federal é essa ideologia concretizada em uma forma de estado na qual convivem ao menos dois níveis de poder normativo sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram¹¹.

Nele se distinguem a soberania¹², titularizada pelo Estado Federal como um todo, da autonomia, que pode ser conceituada como o “governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”¹³.

NINO¹⁴ afirma que “la adopción de un régimen federal de gobierno [...] implica adscribirse a una organización complicada del poder, que fue básicamente diseñada por la Convención de Filadelfia”. O fato é que, embora não exista “um modelo único de Estado Federal a ser servilmente

11 “Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território; sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.798.

12 Vale ressaltar que a soberania é titularizada pelo Estado Federal como um todo, e não pela União. Embora na maioria das vezes seja esta que a exerça, quando o faz, o faz em nome do Estado Federal. Essa distinção se torna clara quando se verifica a existência de situações, como a prevista no artigo 23(6) da Lei Fundamental da Alemanha, situação específica na qual serão os Estados a representar o Estado Federal na comunidade internacional, e não a União.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.104.

14 NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p.555.

recebido como modelo necessário”¹⁵, há alguns elementos básicos que são tradicionalmente apontados pela doutrina como caracterizadores de uma federação. Nesse ponto, vale citar TEMER¹⁶:

Verifica-se, pois, três notas que são essenciais à caracterização federal: a) descentralização política fixada na Constituição (ou, então, *repartição constitucional de competências*); b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e c) possibilidade de autoconstituição; existência de constituições locais.

Ao lado desses elementos, existem algumas características que são apontadas como necessárias à *manutenção* da federação. A primeira delas é a *rigidez constitucional*. Ora, de nada adiantaria a repartição constitucional de competências se, adotando o mesmo processo legislativo empregado para elaboração de leis ordinárias, o ente central pudesse alterar a constituição suprimindo competências dos entes locais, ou mesmo extinguindo a federação.

Por outro lado, a manutenção da federação pressupõe a existência de mecanismos de controle da constitucionalidade. Se é elemento caracterizador da federação a repartição de competências em uma constituição rígida, tal repartição só terá eficácia enquanto limite à atuação do legislador ordinário mediante mecanismos que assegurem a observância da mesma por parte do legislador infraconstitucional, vale dizer, de mecanismos de compatibilização entre a lei maior e a ordem infraconstitucional, promovendo-se a adequação desta àquela.

2.3 O PRINCÍPIO FEDERATIVO E SEUS SUBPRINCÍPIOS

A federação, como visto, é uma forma de estado com características específicas. É bem verdade que os estados contemporâneos comportam infundáveis variações, não se podendo estabelecer um modelo rígido de Estado federal. Contudo, podem-se apontar, como já foi visto, alguns elementos mínimos necessários à configuração de uma federação.

O princípio federativo, por sua vez, é princípio jurídico presente nos ordenamentos jurídicos das federações. Os Estados que adotam a forma federativa têm, necessariamente, como princípio fundamental (ao lado de

15 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.798.

16 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.63.

outros) o princípio federativo. Mas, mesmo em estados democráticos não federais, por influência do federalismo, tal princípio acaba sendo, ainda que em parte, incorporado a suas constituições.

Aderimos à classificação de MARTINS¹⁷, que diseca o princípio federativo em subprincípios de três ordens: subprincípios de identificação, subprincípios de manutenção e subprincípios dinâmicos.

Em nossa compreensão, os subprincípios de identificação e de manutenção do princípio federativo, são, em verdade, os contrapontos principiológicos dos elementos de configuração e manutenção da federação. Explica-se. A adoção (e manutenção) da forma federativa de estado impõe a formação do mesmo com determinadas características. Vistas sob o ângulo do Estado enquanto entidade, essas características são os elementos necessários à caracterização ou manutenção da federação. Vistas sob prisma da constituição jurídica do Estado, elas são princípios estruturantes e que decorrem da opção do poder constituinte pela forma federativa.

Já os chamados subprincípios dinâmicos (simetria e subsidiariedade)¹⁸ podem ser compreendidos como aspecto funcional do princípio federativo. Se os subprincípios de identificação e manutenção estão ligados à estruturação da federação como tal, os subprincípios dinâmicos vinculam-se aos ideais do federalismo, densificando os valores do pluralismo, sem prejuízo da unidade.

O primeiro desses princípios, a simetria, é de existência controversa. BORJA, compreendendo a simetria como a obrigatoriedade de “reprodução das instituições e normas da União na organização política e administrativa dos Estados”¹⁹, nega à mesma a natureza de princípio inerente à federação, ao afirmar que “o que pertence à estrutura do Estado federal não é a simetria, mas sim a autonomia”²⁰.

Sua existência enquanto subprincípio do princípio federativo, no entanto, pode ser admitida desde que compreendida como um *mínimo* de uniformidade necessária à manutenção do vínculo entre os entes da federação.

17 MARTINS, Cristiano Franco. Princípio Federativo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.19, 2008. p.5.

18 MARTINS cita, ao lado desses, o princípio da conexão sistêmica ou unidade da constituição, pelo qual “o princípio federativo mantém sempre uma conexão lógico-sistemática com os demais princípios conformadores e estruturantes do Estado”. (Ibidem, p.34). Deixamos, no entanto, de incluí-lo por entender que o mesmo é princípio de hermenêutica constitucional, e não corolário do princípio federativo.

19 BORJA, Célio. Autonomia e suas restrições: simetria e intervenção federal. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.19, 2008. p.54.

20 Ibidem, p.55.

O valor que se cultua no federalismo é justamente o pluralismo, a diversidade, e não a padronização. A simetria na federação é tão somente aquela que se mostre imprescindível à existência da unidade. Nas palavras de MARTINS²¹, “a tendência natural do federalismo é a expansão da pluralidade, conjugada com a subsidiariedade, e não a uniformidade, que sobrevive apenas para garantir o vínculo e a harmonia entre membros diversos”.

2.3.1 A SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade vem sendo muito estudada no direito constitucional e e no direito internacional atuais. Segundo MOREIRA NETO²², tal princípio “diz respeito às relações, de um lado, entre os níveis de concentração de poder e, de outro, entre os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos”.

Em sentido mais amplo, consiste em um enunciado filosófico cujo âmbito de incidência não se restringe às relações entre entidades estatais. Nesse ponto, salienta TORRES²³:

A subsidiariedade tem reflexos em vários domínios [...]. Impende ressaltar, para que não se incorra em restrição indevida, que a idéia concerne sempre ao papel da autoridade genericamente considerada – e não somente ao da autoridade estatal [...].

Tal princípio filosófico ganhou publicidade com a Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI. A respeito de sua origem histórica, vale reproduzir a lição de MOREIRA NETO²⁴:

Trata-se de um moderno *princípio do poder*, cuja origem histórica remonta às práticas políticas da Confederação Helvética, que teve sua divulgação favorecida pelo magistério da Igreja Católica, a partir da orientação da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que nela o enunciou claramente, e, mais recentemente, difundido e estudado

21 MARTINS, Cristiano Franco. Princípio Federativo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, 2008. p.29.

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 88.

23 TORRES, Sílvia Faber. Federalismo e Subsidiariedade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, v. 19, 2008. p. 102.

24 MOREIRA NETO, op.cit., p. 88.

com maior interesse, em razão de sua adoção nos avançados sistemas do constitucionalismo alemão e do direito comunitário europeu.

Influenciou diversas áreas do direito, o que levou à sua releitura enquanto princípio jurídico no âmbito de variados ramos dessa ciência, inclusive no campo do direito constitucional, onde foi associado à federação. Na lição de TORRES²⁵:

Do magistério da Igreja Católica, o princípio da subsidiariedade migrou para o direito público, acolhendo-o oportunamente a doutrina publicística como um dos suportes doutrinários aptos a definir a repartição de competências entre o ente maior e o ente menor.

O fato é que a citada Encíclica declarou que “seria cometer injustiça [...] retirar dos grupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”²⁶. Isso significa dizer que 1) deve ser respeitada a autonomia, a liberdade de atuação, das unidades menores; e 2) só cabe a atuação da unidade maior ante a impossibilidade da unidade menor.

Não é difícil perceber a similitude entre tal doutrina e a ideologia federalista, que impulsionou a incorporação do princípio federativo às constituições de diversos países.

Nesse ponto, vale destacar que SOUZA, após salientar que “a estreita relação entre o princípio da subsidiariedade e o federalismo é praticamente uma unanimidade na doutrina”²⁷, traz notícia da existência de divergência doutrinária acerca das relações entre federação e subsidiariedade. Para uma primeira corrente, a federação seria imprescindível à subsidiariedade. Já uma segunda corrente entende que a federação não seria imprescindível, mas de grande relevância para a concretização de tal princípio²⁸.

Ocorrer que, delimitadas as distinções entre federalismo (ideologia), princípio federativo (princípio jurídico) e federação (forma de estado), constata-se que o federalismo, embora se realize na plenitude no estado federal, vem a influenciar também estados que não adotaram a forma federativa de estado. Por outro lado, o princípio federativo, do qual a

25 TORRES, op.cit., p. 102.

26 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26.

27 SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. *A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 168.

28 Ibidem, p. 168.

subsidiariedade (tomada nesta acepção de princípio jurídico informador da relação entre os entes) é corolário, também se mostra presente, ainda que em parte, em estados não federais.

Assim é que a subsidiariedade, embora encontre condições ideais para sua realização no estado federal, pode estar presente em outras formas de estado, ou mesmo em comunidades supranacionais. Acerca das relações entre federalismo e subsidiariedade, leciona TORRES²⁹:

A vinculação do princípio federativo ao princípio da subsidiariedade é incontestável enquanto os postulados deste se realizam, de forma mais expressiva, na estrutura de uma organização federal [...] Nesse sentido, parece indeclinável concluir-se que não é senão por meio dela que se pode alcançar, de forma mais apropriada, a finalidade do Estado federal, que é, em poucas palavras, justamente a harmonia entre aqueles fatores que lhe servem de alicerce, ou seja, o equilíbrio entre forças contraditórias da unidade e da diversidade.

Desse modo, mesmo Estados não constituídos como federações, e até mesmo comunidades supranacionais, acabam por ser influenciados pelo federalismo, adotando princípios corolários do princípio federativo, dentre os quais se destaca o princípio da subsidiariedade.

3 A INFLUÊNCIA DO FEDERALISMO NA UNIÃO EUROPÉIA

Com efeito, o federalismo surgiu nos Estados Unidos da América, e de lá migrou para diversas nações do mundo, as quais adotaram a forma federativa de Estado. Também no continente europeu, várias nações abraçaram o federalismo, constituindo-se como federações.

Mas as contribuições do federalismo não são restritas às federações, e Estados regionais ou mesmo unitários (como é o caso de Portugal, primeiro país europeu a prever expressamente a subsidiariedade em sua constituição após sua adoção pela União Europeia³⁰), bem como a própria União Européia foram permeados por essas idéias, adotando subprincípios do princípio federativo.

²⁹ TORRES, op.cit., p. 104.

³⁰ SOUZA, op.cit., p. 131.

3.1 DOS ESTADOS EUROPEUS QUE ADORATARAM A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

A forma mais evidente de influência do federalismo no continente europeu está na adoção, por diversos países, da forma federativa de estado. Com efeito, diversos Estados integrantes da União Europeia se constituem como federações. Passamos então a uma análise panorâmica de alguns modelos federativos europeus, sem a pretensão, contudo, de exaurir suas características.

No caso suíço, por exemplo, a forma federativa de estado foi adotada em sua constituição no artigo 3º, que assim dispõe: “Os cantões são soberanos, na medida em que tal soberania não tenha sido limitada pela Constituição Federal; eles exercem todos os direitos não atribuídos à Confederação [tradução nossa]”³¹.

Embora adotando tal constituição a denominação Confederação Suíça, e referindo-se em seu artigo 3º à “soberania” dos Cantões, dito artigo atribui aos mesmos, na realidade, autonomia política, a dispor no sentido de ser a mesma “limitada pela Constituição Federal”. O que ele estabelece, na verdade, é a competência residual dos Cantões, e não soberania. Na lição de MALBERG³²:

Pero el art. 3, antes citado, precisa en qué sentido declara soberanos los cantones: son soberanos en la medida hasta donde han conservado sus derechos de potestad estatal, y donde éstos no han pasado a la Confederación. El lenguaje de la Constitución federal suiza implica, pues, que identifica a la soberanía con los atributos constitutivos de la potestad estatal [...]

Tais menções a “soberania” e “Confederação Suíça” são, na realidade, resquício de momento histórico pretérito da Suíça enquanto confederação, sendo esta, assim, uma federação por agregação³³. Nesse sentido, vale trazer à tona as lições de HORTA³⁴:

31 No original, “Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind”. SUIÇA. Constituição. Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em 16 set. 2013.

32 MALBERG, Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 92.

33 Cf., SOUZA, op.cit., p. 160.

34 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 508.

Soberana, como se sabe, é a União. Os Estados e os Cantões são autônomos. A soberania recorda experiência pretérita na fase confederativa, como ocorreu na Suíça. No caso da Suíça, *Jean François Albert*, esclareceu que a soberania mencionada nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição é uma concessão verbal feita à suscetibilidade dos Cantões.

Também a Alemanha adota a forma federativa de Estado. Em seu artigo 20 (1), a Lei Fundamental alemã estabelece a adoção de uma forma de estado federal, democrático e social³⁵. A federação alemã é comumente citada como sendo exemplo de modelo cooperativo de federação.

Para fins de contextualização do modelo federativo alemão, vale destacar que a doutrina aponta três momentos históricos pelos quais passou o federalismo: o do federalismo dual, o do federalismo cooperativo e o do federalismo de competição.

O primeiro momento histórico é o do federalismo dual, o qual foi o adotado na constituição estadunidense de 1789. Segundo COELHO³⁶:

O momento histórico que consagrou o chamado federalismo dual caracterizou-se por uma rígida separação entre o rol de competências estaduais e federais e, portanto, por clara delimitação dos poderes de cada uma destas esferas. As competências então previstas na Constituição são todas exclusivas, não havendo que se falar em superposição de atribuições.

O segundo momento histórico é o do federalismo de cooperação, e tem como exemplo mais eloquente o federalismo alemão, embora possa também ser apontado na prática constitucional americana após a década de 1930, consoante esclarece SOUZA³⁷:

Mais uma vez, vale tomar os Estados Unidos da América como paradigma. Nesse país, o federalismo cooperativo é entendido como aquele que foi colocado em prática após o *New Deal*, na década de 1930, e que se caracterizou pela crescente intervenção do governo federal sobre a atuação dos governos estaduais, por meio de políticas

35 “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”. ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

36 COELHO, Ana Beatriz de Salles. A verticalização do federalismo no direito norte-americano. *Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano*, Brasília, n. 16, v. 1, 2012. p. 33.

37 SOUZA, op.cit., p. 165.

econômicas e sociais que aspiravam a uma atuação conjunta dos distintos níveis federais [...].

O federalismo de cooperação apareceu como alternativa ao formato dual após a Primeira Guerra Mundial e as crises econômicas que a sucederam, caracterizando-se por “uma maior participação de uma esfera em outra no desempenho das competências”³⁸. A respeito desse momento histórico, salienta COELHO³⁹:

[...] diversos fatores vislumbrados na conjuntura internacional acarretaram o alargamento da cooperação e da solidariedade não apenas entre os Estados-nação mas também, no âmbito interno dos Estados federados, entre o ente central e os Estados-membros, em matérias até então restritas à atuação local e regional.

Assim, ao passo que o modelo dual traz uma rígida separação de competências entre os entes federativos, o modelo cooperativo estabelece uma divisão vertical de competências em áreas compartilhadas de atuação, com influências recíprocas entre os entes, num ambiente de cooperação e solidariedade. São características desse modelo as competências comum e concorrente.

O terceiro momento histórico é o do federalismo de competição. Trata-se, com efeito, de uma constatação feita a partir do final do século XX, quando passou-se a observar uma tendência de reforço à autonomia com características de um federalismo dual, mas com uma configuração assimétrica, notadamente no que tange às desproporções da distribuição de competências.

Nos Estados Unidos, por exemplo, houve a partir da década de 1980 um ressurgimento do federalismo dual, com prevalência da ideia de liberdade institucional, baseando-se as relações entre os entes mais na competição, ao contrário do modelo cooperativo alemão, baseado na interpenetração de competências⁴⁰.

O modelo alemão costuma a ser apontado como exemplo de federação de cooperação. Nele, a legislação concorrente é a de maior extensão. Tal sistema estabelece 1) a competência residual dos

38 SOUZA, op.cit., p. 165.

39 COELHO, op.cit., p. 33.

40 SOUZA, op.cit., p. 188.

estados (Art. 70, 1)⁴¹; 2) as competências exclusivas da Federação e as competências concorrentes serão delimitadas na Lei Fundamental (Art. 70,2)⁴²; 3) prevalência da legislação federal sobre a estadual (Art. 31)⁴³.

Contudo, no âmbito da legislação concorrente (a mais extensa), a competência da Federação para legislar depende do preenchimento de requisitos previstos expressamente na Lei Fundamental (Art. 72, 2):

A Federação tem o direito de legislar sobre as questões abrangida cláusulas 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, todas do parágrafo (1) do artigo 74, se e na medida em que o estabelecimento de condições de vida homogêneas ao longo do território da federação ou a manutenção da unidade da ordem jurídica ou econômica tornem necessária ao interesse nacional a regulamentação federal [Tradução nossa]⁴⁴.

Tal artigo pode ser apontado como incidência do princípio da subsidiariedade no âmbito das relações internas na federação alemã, ao lado do artigo 23 (1)⁴⁵, que prevê tal princípio (ao lado do princípio

41 "Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht". ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em 16 set. 2013.

42 "Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung". ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

43 "Bundesrecht bricht Landesrecht". ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em 16 set. 2013.

44 "Auf den Gebieten des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht". ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

45 "Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3". ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

federativo) como uma das condições sobre as quais deve-se erigir a União Européia.

Característica peculiar é a previsão, no artigo 23 (6), de delegação da representação da República perante a comunidade europeia aos *Länder*, quando envolvida questão precipuamente de competência estadual:

Quando as competências legislativas exclusivos dos *Länder* sobre questões de educação escolar, cultura ou difusão são precipuamente afetadas, o exercício das prerrogativas pertencentes à República Federal da Alemanha como um Estado-membro da União Europeia serão delegadas pela Federação para um representante dos *Länder* designado pelo Bundesrat. Essas prerrogativas devem ser exercidas com a participação de, e em coordenação com, o Governo Federal. Seu exercício deverá ser compatível com a responsabilidade da Federação para a nação como um todo [Tradução nossa]⁴⁶.

Outro exemplo de federação cooperativa é a Áustria. Com efeito, estabelece o artigo 2º da Constituição Austríaca que a Áustria é um estado federal⁴⁷, ao passo que o artigo 15 atribui aos *Länder* (estados) competência administrativa e legislativa residual⁴⁸. Conforme esclarece HORTA⁴⁹, no artigo 10 (1 a 17), elenca as matérias de competência legislativa e administrativa da federação, no artigo 11 (1 a 5), matérias de legislação da federação e execução pelos *Länder*; e no artigo 12 (1 a 8), matérias em que a federação legislará sobre princípios e os *Länder* sobre normas de aplicação e execução.

46 "Wenn im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung, der Kultur oder des Rundfunks betroffen sind, wird die Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union zustehen, vom Bund auf einen vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder übertragen. Die Wahrnehmung der Rechte erfolgt unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung; dabei ist die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren." ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

47 "Artikel 2. (1) Österreich ist ein Bundesstaat". ÁUSTRIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=52166>>. Acesso em: 16 set. 2013.

48 "Artikel 15. (1) Soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im selbständigen Wirkungsbereich der Länder". ÁUSTRIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=52166>>. Acesso em: 16 set. 2013.

49 HORTA, op.cit., p. 491.

Merece destaque, ainda, naquele país, o fato de que é possível, tal como ocorre na Alemanha, a celebração de tratados em matéria de competência estadual pelos próprios estados, consoante dispõe o *artikel* 16⁵⁰.

Já a Bélgica, em 1993, por força de Emenda Constitucional, migrou de um modelo de Monarquia Unitária para uma Monarquia Federal, adotando uma federação de Comunidades e Regiões, consoante passou a dispor o artigo I da Constituição Belga⁵¹.

Dada a pluralidade de comunidades etnicamente distintas que convivem na nação belga, Raul Machado Horta salienta a importância de tal federação no contexto contemporâneo, destacando que “as peculiaridades históricas e linguísticas foram integradas no Estado Federal, realizando finalidade que torna essa forma de Estado a solução adequada ao pluralismo cultural e às diversidades das nações complexas”⁵².

3.2 A INFLUÊNCIA DO FEDERALISMO EM ESTADOS EUROPEUS NÃO FEDERAIS – O ESTADO AUTONÔMICO ESPANHOL E O ESTADO REGIONAL ITALIANO

Formas de estado bastante próximas da federação, o Estado Regional (Itália) e o Estado Autônomico (Espanha) são caracterizados pela coexistência de dois níveis de poder estatal: o poder central e o poder das coletividades territoriais (regiões, na Itália, e comunidades autônomas, na Espanha).

Não são considerados, no entanto, estados federais, sendo frequentemente apontados três caracteres que os distinguem da federação. São eles:

- 1) os Estados-membros da federação elaboram suas próprias constituições;
- 2) os Estados-membros da federação participam da formação da vontade do ente central;

50 “Artikel 16. (1) Die Länder können in Angelegenheiten, die in ihren selbständigen Wirkungsbereich fallen, Staatsverträge mit an Österreich angrenzenden Staaten oder deren Teilstaaten abschließen.” ÁUSTRIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=52166>>. Acesso em: 16 set. 2013.

51 “La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des Régions”. BÉLGICA. *Constituição*. Disponível em: <http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/grondwetFR.pdf>. Acesso em: 16 set. 2013.

52 HORTA, op.cit., p. 508.

- 3) na federação, existem Estados originariamente soberanos que abrem mão de sua soberania em favor da União, ao passo que no Estado regional a autonomia é uma concessão do ente central. Nesse ponto, leciona MIRANDA:

A maior semelhança possível entre Estado regional e Estado federal dá-se quando aquele é integral e as regiões, além de faculdades legislativas, possuem faculdades de auto-organização. Mesmo assim, porém, cabe distinguir:

a) Porque o acto final, a vontade última na elaboração ou na alteração dos estatutos regionais pertence ao poder central; ou seja, as regiões não têm poder constituinte;

b) Porque as regiões tão pouco participam na elaboração e revisão da constituição do Estado, como unidades políticas distintas dele; ou seja, o poder constituinte do Estado é delas independente.

Juridicamente o Estado federal dir-se-ia criado pelos Estados componentes. Pelo contrário, as regiões são criadas pelo poder central [...]⁵³.

Nesses estados, as regiões ou comunidades autônomas gozam de autonomia política prevista na constituição, vale dizer, existe uma descentralização constitucionalmente estabelecida. Todavia, não são dotadas de capacidade de auto-organização, ou seja, não podem elaborar, sozinhas, suas próprias constituições. Consoante FERRARI:

Ademais, aponta-se como traço distintivo entre o Estado regional e o Estado federal a inexistência de auto-organização das regiões, enquanto os Estados-membros de uma federação podem promulgar suas próprias constituições. Embora disponham de alguma autonomia legislativa, a organização das regiões é, em geral, estabelecida por lei do ordenamento central⁵⁴.

Com efeito, a principal distinção entre esse modelo de Estado e a federação é o fato de que no primeiro o estatuto jurídico da coletividade territorial ou é fornecido pela entidade central ou por esta é aprovado.

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t.III, p. 283.

⁵⁴ FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 52.

No mesmo sentido, DUTRA ressalta que “é importante esclarecer que as regiões não possuem poder de auto-organização próprio, vale dizer não detêm poder constituinte [...]”⁵⁵.

Por outro lado, enquanto a federação tem como elemento caracterizador a participação das comunidades locais na formação da vontade central, tal não ocorre nos Estados regionais. Nesse ponto, SOUZA destaca que “é histórica a divisão no Parlamento em dois ramos, um para representação do povo e o outro, dos Estados-membros”⁵⁶.

Aponta-se ainda na doutrina que na federação, as competências da União têm como fundamento os Estados, que para este transferem parcela de seus poderes. Já no estado regional ou autônomo, a União, originariamente soberana, outorga autonomia às regiões ou comunidades autônomas. Nesse ponto, destaca LA PERGOLA:

[...] a autonomia da Região é, na linguagem do constitucionalismo latino, “outorgada”, enquanto aquela do Estado-membro é “originária e residual”, porque subsiste até onde não é limitada pelas competências federais e representa uma liberdade pública inata ao corpo territorial [...]”⁵⁷.

Entendemos que tal critério não pode, no entanto, ser compreendido como uma distinção tendo por base o processo de formação histórica, mas sim uma diferenciação baseada no fundamento de validade dos poderes do ente central e dos entes territoriais, sob pena de não se poder diferenciar o Estado regional da federação por segregação.

Uma vez examinadas as distinções, merece destaque o fato de que o Estado regional e a federação são formas de Estado muito próximas. Assim, em que pese não adotem a forma de Estado federal, os estados regionais acabam por incorporar, ainda que em parte, subprincípios do princípio federativo, dentre os quais merece destaque o princípio da descentralização política, podendo-se falar em repartição constitucional de competências, embora sem capacidade de auto-organização das regiões.

55 DUTRA, Carlos Roberto de Alekmin. O federalismo e o modelo brasileiro de distribuição territorial do poder. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, v.4, p.87, jul.2011. Disponível em: <<http://www.revistadistribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

56 SOUZA, op.cit., p. 139.

57 LA PERGOLA, Antonio. Regionalismo, federalismo e poder externo do Estado: o caso italiano e o direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.632, p.7, jun.1988. Disponível em: <<http://www.revistadistribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

Nas palavras de DUTRA, “os Estados regionais ou constitucionalmente descentralizados podem deter mais autonomia que determinados Estados federais, como servem de exemplo, trazido por Dircêo Torrecillas Ramos, a Espanha e o Brasil”⁵⁸.

No caso italiano, a autonomia das regiões encontra supedâneo no artigo 117 de sua constituição, o qual traz a repartição de competências estabelecendo o sistema de competências enumeradas para o *Stato* (equivalente no Estado regional à União na federação) e residuais para as regiões, nos seguintes termos:

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 e segg.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

[...]

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a [...]

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

[...] ⁵⁹

Fato que evidencia a influência do federalismo no estado regional italiano é a reforma do artigo 123 da Constituição daquele país, que em sua redação original condicionava o estatuto da região a aprovação por lei do *Stato*:

Ogni Regione ha uno statuto il quale, in armonia con la Costituzione e con le leggi della Repubblica, stabilisce le norme relative all'organizzazione interna della Regione. Lo statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali.

58 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. O federalismo e o modelo brasileiro de distribuição territorial do poder. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, v.4, p.87, jul.2011. Disponível em: <<http://www.revistadistribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

59 ITÁLIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

Lo statuto è deliberato dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta dei suoi componenti, *ed è approvato con legge della Repubblica* [Grifos nossos].

O artigo foi modificado sucessivamente em 1999 e 2001 (*leggi costituzionali 22 novembre 1999, n. 1 e 18 ottobre 2001, n. 3*) afastando-se a necessidade de aprovação em lei federal dos estatutos das regiões⁶⁰.

No que tange à participação das regiões no processo legislativo do *Stato*, observa-se que a Itália adota o bicameralismo, mas as duas casas legislativas acabam por se legitimar da mesma forma, ou seja, através da investidura popular, não se podendo falar, assim, em um bicameralismo federal. Segundo LA PERGOLA:

Desta segunda Câmara o Estado regional recebe apenas uma imagem apagada, que, na Itália, é esboçada no disposto na regra constitucional: “o Senado é eleito em base regional” (CF (LGL\1988\3), art. 57); impera, dir-se-ia, a preocupação de obter da investidura popular direta um título idêntico de legitimação democrática para as duas Câmaras do órgão legislativo central⁶¹.

Merece nota, ainda, o fato de que a Lei Constitucional de 18 de outubro de 2001 introduziu expressamente na constituição italiana o

60 “Ciascuna Regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Lo statuto regola l’esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali.

Lo statuto è approvato e modificato dal Consiglio regionale con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi. Per tale legge non è richiesta l’apposizione del visto da parte del Commissario del Governo. Il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione.

Lo statuto è sottoposto a referendum popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale. Lo statuto sottoposto a referendum non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi. In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali”. ITÁLIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

61 LA PERGOLA, Antonio. Regionalismo, federalismo e poder externo do Estado: o caso italiano e o direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.632, p.7, jun.1988. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

princípio da subsidiariedade nos artigos 118⁶² e 120⁶³, princípio esse que se caracteriza como subprincípio dinâmico do princípio federativo.

O Estado autonômico espanhol, por seu turno, aproxima-se da federação por adotar, tal como ocorre na Itália, uma descentralização política prevista na Constituição. O artigo 2º de tal constituição prevê a autonomia das entidades territoriais, ao lado da unidade do Estado Espanhol, ao estabelecer:

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas⁶⁴.

Em que pese, contudo, sejam as comunidades autônomas dotadas de uma esfera de competência legislativa constitucionalmente delimitada, afasta-se o Estado espanhol do modelo federativo uma vez que submete seus estatutos (que fariam as vezes de “constituição” das comunidades autônomas) à aprovação de órgãos federais (no caso, às “Cortes Generales”, órgão legislativo do Estado espanhol)⁶⁵, não havendo que se falar, assim, em auto-organização.

Já em relação ao princípio da subsidiariedade, este não conta com previsão expressa na Constituição da Espanha, ao contrário do que

62 “Art. 118. Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

[...]

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. Itália. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

63 “Art. 120 [...] Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione”. ITÁLIA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

64 ESPANHA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em 13 set. 2013.

65 “Artículo 146. El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley”. ESPANHA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

ocorre na Itália. Diante disso, surge, segundo SOUZA⁶⁶, controvérsia doutrinária acerca de ser ou não este um princípio constitucional implícito. Tal autor salienta, entretanto, que, mesmo não se admitindo uma aplicação geral do princípio enquanto princípio implícito, há áreas de aplicação específica do mesmo.

Assim, em primeiro lugar, no Estado autonômico espanhol haveria a garantia de uma autonomia mais efetiva que a existente no Estado unitário, tendo em vista a descentralização constitucionalmente prevista, o que pode ser visto como incidência do princípio da subsidiariedade.

Em segundo lugar, há na constituição espanhola normas específicas (vestígios) que podem ser relacionadas à subsidiariedade, como, por exemplo, a disposta no artigo 149, 3⁶⁷, que segundo o autor, “equivale a uma orientação de subsidiariedade, no sentido que permite à própria comunidade definir o escopo de sua competência, deixando à autoridade superior o que lhe exorbita a capacidade”.⁶⁸

3.3 O FEDERALISMO E A UNIÃO EUROPÉIA

A União Européia se insere em um processo de integração que teve início com a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951, pelo Tratado de Paris, bem como da Comunidade Econômica Européia (CEE) e da Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM), ambas pelo Tratado de Roma de 1957.

A integração européia passa, então, por um processo de unificação do quadro institucional e de alargamento a novos Estados membros⁶⁹. No que tange ao primeiro, DANIELE ensina que o tratado de Roma trouxe complexidade ao sistema europeu, o que fez com que se buscasse a simplificação de tal estrutura, através de processo cujo objetivo seria

66 SOUZA, op.cit., p. 141.

67 “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.

La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”. ESPANHA. Constituição. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

68 SOUZA, op.cit., p. 144.

69 DANIELE, Luigi. *Diritto Dell'Unione Europea*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 12-14.

a fusão das três comunidades⁷⁰. Quanto ao segundo, trata-se de um processo de admissão de novos Estados à União Européia.

Foi com o Tratado de Maastricht, ou Tratado da União Européia, que esta se concretizou. Com esse Tratado, conforme SOUZA⁷¹, “A União Européia sobrepôs-se às Comunidades, que continuaram a existir de forma autônoma, mas coordenada”.

O Tratado de Maastricht foi seguido por outros tratados, dando continuação ao processo de integração, seja uniformizando instituições, seja ampliando as áreas de cooperação entre os Estados. Contudo, ele não levou, ao menos por enquanto, à adoção de uma Constituição Européia⁷².

Esse processo de integração europeu, embora oriundo de contexto histórico diverso, se aproxima da formação da federação estadunidense não só pelo movimento centrípeto, mas também por estar impregnado da idéia de estabelecer uma unidade permeada pelo valor pluralismo, cerne da ideologia federativa.

RAMOS, após perceber forte correspondência entre os princípios da União Européia e os elementos da federação, chega a visualizar na primeira uma busca da federação (entendimento que se confirma com o fato de haver sido aprovado, embora posteriormente não ratificado por todos os países, um tratado visando a adoção de uma Constituição Européia):

Ao compararmos os elementos do federalismo com os princípios fundamentais da União Européia, percebemos a busca do federalismo, mas ainda está em um processo inacabado. Encontramos a associação de Estados; a participação dos cidadãos nos poderes, o respeito à identidade histórica, cultural lingüística dos Estados-membros e sua estrutura constitucional, próprios do federalismo assimétrico; a subsidiariedade e a cooperação; a personalidade jurídica da União e a superioridade do direito da União⁷³.

70 “I tentativi per semplificare la struttura cominciano subito. L’obiettivo è di pervenire alla fusione delle tre Comunità”. DANIELE, Luigi, op.cit., p. 12.

71 SOUZA, op.cit., p. 76.

72 Chegou-se a aprovar, em junho de 2004, em Bruxelas, um tratado denominado “Tratado que adota uma Constituição para a Europa”. Esse tratado, contudo, não foi ratificado por todos os Estados. Sobre o tema, vale a leitura de DANIELE, Luigi. *Diritto Dell’Unione Europea*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.28-31.

73 RAMOS, Dirceo Torrecillas. As comunidades a caminho da globalização: confederação ou federação? O constitucionalismo por vir: constitucionalismo da verdade, da solidariedade e integracionista: papel da constituição num Estado globalizado: direito constitucional e direito comunitário: adaptação constitucional aos tempos atuais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 40, p.89, jul.2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

No mesmo sentido, WILLIAMS⁷⁴ elenca algumas características federativas da União Européia, dentre as quais destacamos: 1) o fato de ser um sistema de governança baseado, ao menos, em dois níveis de governo; 2) a União Européia contaria somente com as competências a ela atribuídas em tratados, permanecendo os Estados com a competência residual, a semelhança do federalismo americano; 3) os tratados constitutivos somente podem ser alterados pela unanimidade dos Estados (o que se aproxima da rigidez constitucional da federação); 4) jurisdição da Corte de Justiça Europeia sobre cidadãos, instituições européias e Estados.

A isso soma-se o fato de que os princípios jurídicos que compõem o acervo principiológico da União Européia incluem, além daqueles previstos em tratados, uma segunda categoria: os princípios gerais de direito comuns aos ordenamentos dos Estados membros⁷⁵.

Ora, já destacamos nos itens 3.1 e 3.2 a influência do federalismo no ordenamento dos Estados europeus, seja naqueles Estados que adotaram a federação e, conseqüentemente, o princípio federativo na sua integralidade, seja naqueles que, embora adotando a forma de estado regional ou mesmo unitária, encampam valores federalistas e incorporaram em seus ordenamentos subprincípios do princípio federativo.

Diante disso, os valores federalistas acabam por penetrar o ordenamento da União Européia não só por influência direta dessa ideologia, mas também por influência indireta, na forma de princípios gerais de direito comuns aos Estados membros.

4 CONCLUSÕES

O federalismo surgiu nos Estados Unidos da América no período de sua formação, e consiste em uma ideologia ao mesmo tempo pluralista e unificadora. Busca a formação de federações, formas de estado com ao menos dois níveis de poder, e que incorporam os ideais pluralistas do federalismo, adotando como princípio fundamental o princípio federativo.

Aproxima-se o federalismo do processo de integração europeu não apenas pelo fato de que a integração européia e a formação por agregação da federação estadunidense se caracterizam como movimentos centrípetos, mas também pela encampação da idéia de estabelecer uma união permeada pelo valor pluralismo, cerne da ideologia federativa.

74 WILLIAMS, op.cit., p. 406-411.

75 Cf. DANIELE, op.cit., p. 164.

Diversos Estados europeus adotaram a forma federativa de Estado, e, via de consequência, têm como princípio fundamental o princípio federativo, com os seus subprincípios. Trata-se de evidente influência do federalismo.

Mas o federalismo, embora tenha como meta a forma de Estado federal, se mostra presente também em Estados não federais. É o caso, por exemplo, de Portugal, Estado unitário que optou por incorporar em sua Constituição o princípio da subsidiariedade, subprincípio do princípio federativo.

Também os Estados regional italiano e autonômico espanhol recebem influxos do federalismo. Pode-se citar como exemplo disso a descentralização política constitucionalmente prevista, característica típica da federação.

No caso italiano, leis constitucionais reformaram a constituição para incluir expressamente o princípio da subsidiariedade, bem como para afastar a necessidade de aprovação dos estatutos das regiões em lei do *Stato*, aproximando-se, assim, cada vez mais, o Estado regional italiano da federação.

Mas não apenas os Estados recebem influência do federalismo. Também a União Europeia enquanto comunidade a recebe. Essa influência é exteriorizada, em primeiro lugar, pela adoção em seus tratados de princípios que guardam correspondência com princípios inerentes à federação (por exemplo, a subsidiariedade).

Em segundo lugar, a aprovação, em junho de 2004, em Bruxelas, do tratado denominado “Tratado que adota uma Constituição para a Europa”, em que pese este não tenha sido ratificado por todos os Estados, denota a forte presença do pensamento federalista nas instituições europeias.

Finalmente, a introdução nos ordenamentos dos Estados membros de princípios decorrentes do federalismo leva essa ideologia à União Europeia na forma de princípios gerais de direito comuns aos Estados membros.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BORJA, Célio. Autonomia e suas restrições: simetria e intervenção federal. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.19, 2008.

CAMPOS, German J. Bidart. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Ana Beatriz de Salles. A verticalização do federalismo no direito norte-americano. *Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano*, Brasília, n. 16, v.1, 2012.

DANIELE, Luigi. *Diritto Dell'Unione Europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. O federalismo e o modelo brasileiro de distribuição territorial do poder. *Revista de Direito Educacional, São Paulo*, v.4, p. 87, jul.2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American Law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LA PERGOLA, Antonio. Regionalismo, federalismo e poder externo do Estado: o caso italiano e o direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 632, p. 7, jun. 1988. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

MALBERG, Carré de. *Teoría General del Estado*. Tradução de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Princípio Federativo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t.III.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. As comunidades a caminho da globalização: confederação ou federação? O constitucionalismo por vir: constitucionalismo da verdade, da solidariedade e integracionista: papel da constituição num Estado globalizado: direito constitucional e direito comunitário: adaptação constitucional aos tempos atuais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 40, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. *A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo*. Brasília: Senado Federal, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Sílvia Faber. Federalismo e Subsidiariedade. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, 2008.

WILLIAMS, Rebecca A. Federalism and the European Union. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, 2008.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares