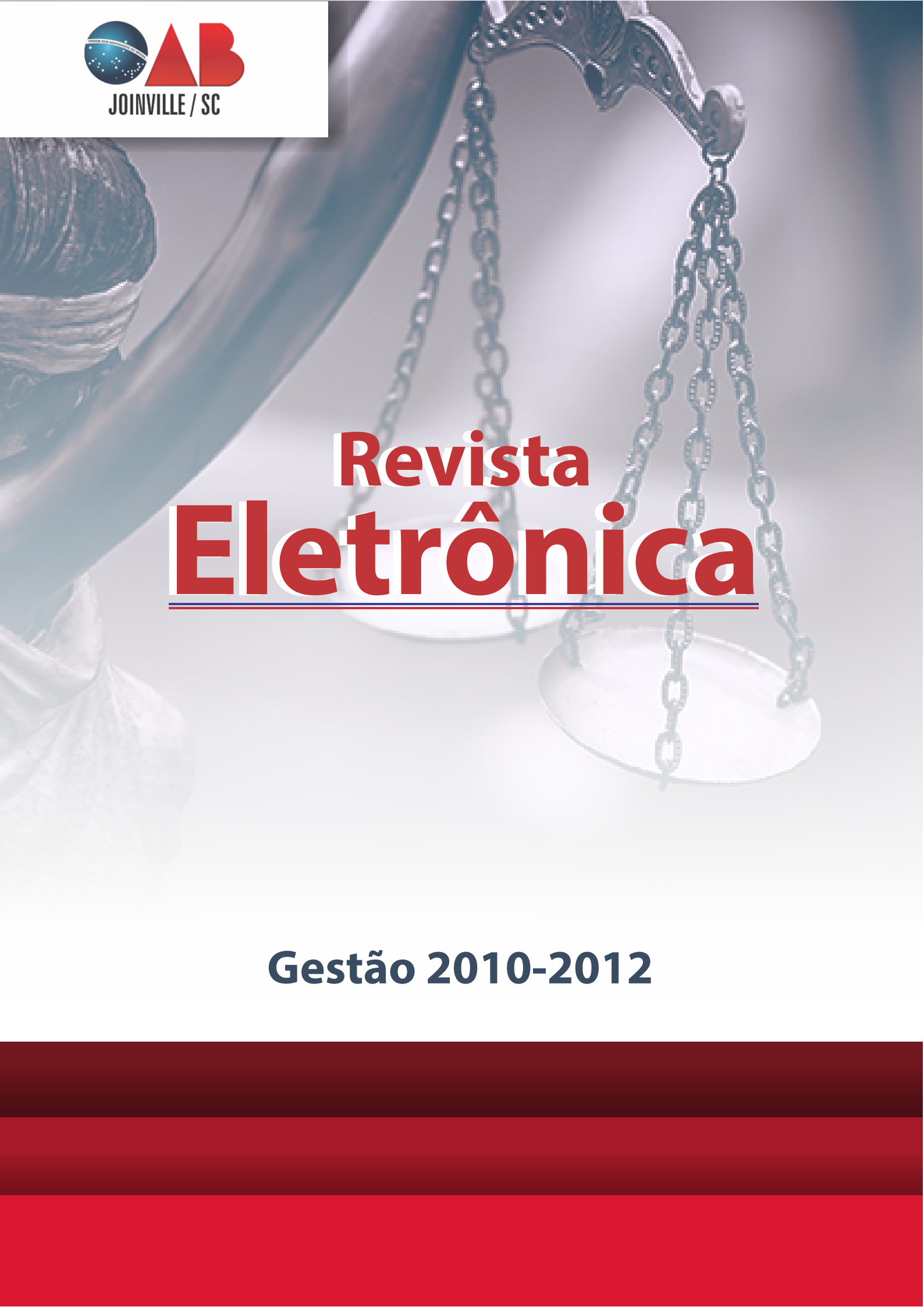




Revista Eletrônica

Gestão 2010-2012

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da **Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC**.

Escopo

Estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de científicos, preferencialmente inéditos.

Além dos advogados, o público alvo abrange os operadores das demais carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica OAB Joinville é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica da OAB Joinville - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam, necessariamente, posições da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC, nem de seus dirigentes.

Gratuidade

A participação no Conselho Editorial da Revista se dá em caráter voluntário, não remunerado. Pela publicação dos artigos não serão devidos direitos autorais ou qualquer espécie de remuneração ao(s) autor(es).

Publicação seriada com código ISSN

A Revista Eletrônica OAB Joinville está identificada pelo código ISSN 2178-8693, requerido ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo.

Valida a publicação como repositório de artigos científicos exigido para diversos fins, como programas de pós-graduação, inserção na Plataforma Lattes, CNPQ, dentre outros.

Endereço para correspondência

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacu
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br ou pelo **fale conosco**.

A DEMOCRACIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO INTERESSE DAS ELITES

PEDRO WELLINGTON ALVES DA SILVA. Acadêmico do 2º ano do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville. pwdireito@yahoo.com.br

RESUMO

A democracia consiste em um sistema de governo no qual os postos políticos são ocupados por pessoas selecionadas pelos que vão ser sujeitos do seu governo. Mas como essas pessoas têm legitimidade para impor suas vontades com força de lei para todo o restante do corpo social? Este trabalho vem demonstrar a importância da compreensão do sistema democrático, bem como sua evolução no decorrer da história e quais os meios que podem ser utilizados para conceber um povo mais cidadão e menos público. O objetivo geral do trabalho será avaliar a relação entre as elites e as majorias na formação e desenvolvimento da democracia. Os objetivos específicos consistem em verificar a capacidade da população para exercer a democracia, quais os meios pelos quais o povo exerça, de fato, sua soberania e quem são os detentores de seu controle.

SUMÁRIO

Introdução - 1. A incapacidade do povo - 2. A democracia grega - 3. Quem são os escolhidos - 4. A elite e a maioria - 5. Mecanismos de participação popular - 6. Transparência dos atos do governo - 7. Por que a própria população não se governa? – 8. Conclusão - Referências.

Palavras-chave: Democracia; Direitos fundamentais, Participação social.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo destaca que são os “representantes do povo brasileiro” que são responsáveis pelo governo e tomam as decisões relevantes para o futuro da nação. São estes representantes que, em regra, tanto decidem quanto propõem aquilo que vem a ser considerado posteriormente como lei, e assim, sendo obrigatório o seu cumprimento.

A idéia fundamental da democracia é, para Friedrich Muller, a determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo.¹ Mas o que justifica uma parcela mínima da população determinar normas com força de lei para todo o restante da população? E ainda, o que faz com que essa minoria imponha suas regras, muitas vezes até se utilizando da força, de forma legítima?

O objetivo destas perguntas não é propor uma resposta definitiva, mas sim demonstrar que elas devem ser formuladas, pois uma vez que se vive em uma democracia, é fundamental que se compreenda como ela deveria funcionar e como ela de fato funciona.² Quais os meios que temos para conceber um povo mais cidadão e menos público. E ainda, se a democracia na qual vivemos é realmente democrática.

Qual a importância de um governo transparente, público, onde a população esteja sempre ciente dos atos do governo, para que assim a elite dominante não suprima os direitos fundamentais dos cidadãos, em benefício de seus próprios interesses.

1. A incapacidade do povo

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na democracia “o governo é sempre exercido por uma minoria, sempre é uma minoria que governa enquanto a maioria não faz mais do que obedecer”.³ Quando o povo escolhe um representante para defender os interesses da nação, está concordando com o plano de governo bem como as políticas a serem utilizadas por ele. Ocorre que quando esse representante passa a obter proveitos em benefício de pequenos grupos, deixando de desempenhar seu cargo em função do bem estar, o restante da população incrivelmente se sente satisfeita e nada faz para mudar esse quadro. Quando se chega ao ponto em que a população serve apenas para obedecer, ela dissolve-se perdendo sua qualidade de povo⁴.

Para que se possa exercer a democracia, se fazem necessários dois requisitos: educação e participação. O primeiro é mais importante que o segundo, pois não necessariamente se

¹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da Democracia*. São Paulo: RT, 2009. p. 57.

² Deve-se salientar que muitas vezes a realidade não consegue se aproximar do modelo ideal, daí a diferença entre o ser e o dever ser. A democracia na atualidade se distancia muito do seu modelo ideal, uma vez que o povo de fato não tem força política, salvo no momento das eleições. Momento este que é único e que será demonstrado mais adiante no decorrer deste trabalho.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 23

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato...* cit, p. 36.

precisa participar, podem-se eleger representantes (democracia representativa), mas sem educação o simples fato de eleger tais representantes pode se tornar um ato insensato. Fica ainda mais evidente a visão de Ferreira Filho, quando diz: “é preciso educar para a democracia, pois a democracia não é forma de governo para qualquer povo, em qualquer momento⁵.

A falta de capacitação dessa população trás como consequência a exploração por parte dos representantes, pessoas que se utilizam da demagogia para lucrar em cima dos miseráveis que se contentam com migalhas.

Nota-se um ciclo de corrupção no qual basicamente os representantes são eleitos por dizer aquilo que a população quer escutar. Muitas são as propostas que visam à simpatia do maior número de eleitores, e assim a eficácia, a relevância social, deixa a desejar, pois já não se propõe algo de real importância, mas algo fútil que a maioria goste.⁶ Então por mais que uma parcela mínima da população se aprofunde e tenha discernimento suficiente para separar o joio do trigo, políticos honestos dos desonestos, apenas isso não basta para se ter uma democracia plena, se esse empenho se restringe a uma minoria.

2. A democracia grega

Voltemos para o modelo de democracia grega que até hoje nos influencia, guardadas as suas devidas proporções. Os gregos viviam em uma democracia não representativa, mas sim direta. No que dizia respeito às decisões pertinentes a Polis, todos opinavam e demonstravam seus argumentos, defendendo-os eloquentemente. Foi de fato um modelo que extremamente nos influenciou no atual modelo democrático. Entretanto não se deve deixar de observar a distinção entre quem tinha e quem não tinha o direito de participar da política na Grécia. Na realidade todos os cidadãos participavam, mas apenas uma pequena parcela da população era considerada cidadã. Mulheres, escravos e estrangeiros não tinham esse privilégio que resumidamente era de poucos.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato...* cit, p. 27.

⁶ Rousseau diferencia a vontade de todos e a vontade geral. Enquanto a primeira representa apenas os interesses particulares, todos aglomerados. Sendo retirados estes interesses particulares sobraria a vontade geral, que consistiria no interesse comum, não mais o particular. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato...* cit, p. 46.

Os gregos já previam que em uma democracia muito extensa não se poderia lograr êxito. Em outras palavras deixar certas decisões importantes nas mãos de pessoas que não tem capacidade de argumentar e nem propor alguma benfeitoria não era lá uma atitude muito sensata na visão dos gregos.

Realmente temos uma herança grega que infelizmente não absorveu o que tinha de mais funcional; a participação. Enquanto os próprios cidadãos gregos participavam da política, atualmente elegem-se representantes. Embora esta seja uma forma de participação indireta da política, é difícil conseguir fazer com que um representante busque fielmente os interesses de quem o elegeu, tendo em vista o grande número da população. Enquanto na Grécia considerava-se apenas uma parcela da população como cidadãos, tenta-se hoje a ferro e fogo proporcionar esse privilégio a todos. Mas será que essa distorção que se fez do modelo grego é melhor? Não restaria dúvida que seria melhor, se a população tivesse consciência de sua relevância bem como o peso do seu voto.

Como hoje em dia não se pode obter de todos os cidadãos eleitores uma extrema devoção aos interesses públicos, visto que os mesmos já têm que despender o máximo do seu tempo para garantir o seu sustento, adota-se a democracia representativa. Tal modelo contraria absolutamente o modelo rousseauiano, que nega qualquer tipo de representação da soberania popular.⁷

3. Quem são os escolhidos?

Já dizia Aristóteles que a natureza do homem é viver em sociedade, por ele ser um animal político é da sua essência buscar uma forma cada vez mais adequada de convívio com os demais da sua espécie.⁸ A figura de um líder é fundamental para que haja um mínimo de organização em uma sociedade, pois a massa da população deve possuir um norte, alguém que lhes diga o que fazer. Do contrário o progresso não ocorre, pois haveria inúmeras idéias dispersas em meio à população desordenada. O líder surge então para ordenar tais interesses⁹.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato...* cit, p. 47

⁸ ARISTÓTELES. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

⁹ Segundo Rousseau é fundamental para que possa existir uma cidade um ponto em que todos os interesses estão de acordo. Pode-se concentrar esse ponto na figura de um líder, que tem o papel de representar essa centralidade, ou seja, o interesse geral. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato...* cit, p. 43.

Ademais é preciso se verificar quem são os escolhidos para eleger esse líder. Como foi visto, na democracia grega apenas os cidadãos podiam tomar decisões, mas em uma democracia que precisa ser revestida pelo sufrágio universal para se legitimar, como realizar esta seleção?

Pode-se dizer que estes escolhidos são todos os eleitores e visto que não há nenhuma restrição em especial, apenas ser maior de 16 anos, a princípio está havendo uma democracia no Brasil. Entretanto deve-se ressaltar que a democracia não está no simples fato de votar, mas sim em participar de forma efetiva. Percebe-se que nestas circunstâncias não são todos os eleitores que de fato buscam estarem inseridos na vida política e conseqüentemente são excluídos.

Como ressaltava Friedrich Muller:

A seleção dentro do “povo” pode ser aberta (ideologicamente caracterizada sem delongas em regimes totalitários, em ditaduras partidárias) ou também encoberta por formalismo jurídico (no liberalismo do capitalismo incipiente desde John Lock.¹⁰

Outro modo de excluir implicitamente os indivíduos do eixo político é consumindo-lhes todo o seu tempo. Com um custo de vida alto precisa-se de cada vez mais tempo para se ostentar uma vida digna, essa dedicação exclusiva ao trabalho se dá em detrimento da participação na democracia.

Neste sentido afirma Ferreira Filho:

O desenvolvimento social é função do grau de desenvolvimento econômico. O nível cultural é dependente da economia. Só pode ele crescer na medida em que esta permite que os indivíduos disponham de tempo para cuidar de interesses que não o elementar de permanecer vivo. Não é possível desenvolvimento cultural, e conseqüentemente desenvolvimento político, para quem tenha de dar o máximo de esforço e tempo para obter o mínimo necessário à própria sobrevivência.¹¹

Assim, nota-se uma dependência entre o desenvolvimento econômico, social e político. Não se pode cobrar participação de eleitores que não dispõem de tempo para estarem cientes do

¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da Democracia*. São Paulo: RT, 2009. p. 84.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível...* cit, p. 38.

que ocorre no meio político, pois precisam garantir o seu sustento bem como o de sua família. Com um bom desenvolvimento econômico se pode obter um desenvolvimento social e conseqüentemente político.¹²

4. A elite e à maioria

Nas sociedades modernas a complexidade é tamanha que se torna impossível apenas um homem governar. No entanto torna-se impossível um governo pela maioria, pois ela pode destruir a maquina estatal, assassinar seus dirigentes em um momento de paixão. Para que isso não ocorra é mister que haja uma elite que a oriente e organize.¹³

Quando uma elite governante não respeita os direitos da maioria faz com que essa maioria se revolte, não mais aceitando a forma com que são dominados. Ocorre que após o momento em que a maioria se revolta contra uma elite, destruindo-a completamente, esta maioria se torna descontrolada. Surge então, nesse momento, uma elite com a finalidade de controlar essa massa desenfreada, de modo que não se destrua. Essa elite que surge da maioria, em regra, assume as funções da antiga.¹⁴

Este ciclo aparentemente natural, não implica em dizer, necessariamente, que a elite é uma aristocracia, pois esta elite pode ser democrática. Pode-se entender a escolha das elites de forma hereditária, onde são escolhidos os filhos daqueles que desempenharam um papel importante no governo. Podem também ser escolhidos de forma democrática, sendo essa a forma mais aceitável, pois hereditariamente o escolhido muitas vezes não tem os atributos de seu antecessor. Assim haverá uma elite mórbida, sem os atributos necessários para que se mantenha a ordem e o progresso.

Fato é que a massa precisa de uma elite que a governe,¹⁵ sob pena desta se suprimir. Percebe-se que ficam em cheque as garantias individuais frente à vontade da elite dominante. O detalhe é que esta elite sendo eleita de forma democrática, faz com que esses direitos fundamentais sejam assegurados, pois será respeitado o Estado de Direito, o qual é regulado

¹² *A democracia possível...* cit, p. 38.

¹³ *A democracia possível...* cit, p. 24.

¹⁴ *A democracia possível...* cit, p. 24.

¹⁵ *A democracia possível...* cit, p. 24.

pela Constituição. Qualquer ameaça ao que prescreve a constituição, nomeadamente no que tange aos direitos fundamentais, é considerado inconstitucional e ilegítimo.

O fundamento filosófico da democracia está na proteção da liberdade e da igualdade, síntese e suma dos direitos fundamentais decorrentes para o homem de sua própria natureza das coisas.¹⁶ Ela busca o equilíbrio entre o governo estar nas mãos de uma elite, mas que ao mesmo tempo sejam assegurados os direitos fundamentais.

5. Mecanismos de participação popular

Existem meios que a democracia estabelece para que a população exerça sua participação de forma direta, são eles: referendo, plebiscito e lei de iniciativa popular. Estes meios asseguram que o povo possa intervir na criação de projetos (lei de iniciativa popular) bem como a tomada de algumas decisões (referendo e plebiscito). Nota-se que essas aberturas que a democracia representativa proporciona funcionam na realidade como mecanismos de legitimação, pois não se está transferindo absolutamente todo o poder para os governantes, deixa-se ainda uma possibilidade de atuação do próprio povo.

Estes mecanismos de participação popular raramente são utilizados, sendo um dos motivos a sua dificuldade de realização. Uma lei de iniciativa popular, conforme dita a Constituição da República em seu art. 61, II, f, §2: pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Torna-se evidente a tamanha mobilização que uma lei de iniciativa popular exige para que seja realizada. E como já se verificou a tamanha indisponibilidade dos cidadãos para assuntos que vão além de seu trabalho, é difícil de ser apresentada uma lei de iniciativa popular, ficando apenas no papel essa forma de participação direta da população.

6. Transparência dos atos do governo

¹⁶ *A democracia possível...* cit, p. 35.

É mister em uma democracia que a política seja exercida de forma transparente, de modo que as atitudes dos governantes sejam públicas, e assim possam ser avaliadas pelos cidadãos.¹⁷ Desta forma qualquer forma de corrupção é *a priori*, evitada, pois uma vez que um governante tem a possibilidade de agir de forma ilícita, ao ter ciência de que seu ato é público, a tendência é não praticar tais atos.

Este controle público do poder é fundamental para os cidadãos, visto que os governantes se utilizam desta técnica mais sabidamente do que a população, utilizando inúmeros instrumentos técnicos para uma maior eficácia nesta fiscalização. Nota-se a inversão dos pólos, pois quem deveria vigiar passa a ser vigiado¹⁸. Quando então isso ocorre, o Estado tem o máximo controle dos súditos quando na verdade os cidadãos deveriam ter o máximo de controle sobre o Estado.¹⁹

A democracia é, e deve ser um governo transparente, estando todas as suas manobras sujeitas à visão e aprovação dos seus integrantes, não apenas de quem a conduz. Embora seja lícito o Estado realizar atos que são proibidos para as demais pessoas, é preciso que esses atos sejam devidamente públicos, desta forma serão revestidos de legitimidade. Quaisquer ações que não puderem ser reveladas em público não podem ser licitas e conseqüentemente são ilegais.

Destarte a fiscalização dos órgãos públicos por parte dos cidadãos é de suma importância no cumprimento dos deveres legais que o Estado deve desempenhar, como por exemplo, a justificativa de para onde é destinado o dinheiro público arrecadado em impostos.

Bobbio faz uma interessante observação acerca da transparência administrativa:

A exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os

¹⁷ Norberto Bobbio fala do “poder invisível” que se define como sendo todas as organizações que agem paralelamente ao Estado, mas que não são visíveis como as organizações criminosas. O autor faz o jogo de palavras e utiliza o exemplo italiano onde afirma que as máfias já não são mais invisíveis, mas visibilíssimas, vide BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Guerra, 2000.

¹⁸ Esta é a velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político. Também se pode indagar de outra forma como: “Quem controla os controladores”. Um meio utilizado pelos detentores do poder para inverter a ordem das coisas é a chamada “computadorocracia”, na qual cada cidadão poderia expressar seu voto por meio de um cérebro eletrônico. *O futuro da democracia...* cit, p. 39.

¹⁹ *O futuro da democracia...* cit, p. 43.

atos de quem detêm o poder e assim controlá-lo, mas também por que a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.²⁰

Podemos concluir que quando se tem uma administração transparente, uma prestação de contas pública que chegue ao conhecimento de todos, a democracia pode ser assegurada com mais firmeza. Os representantes do povo por estarem cientes de que todos os seus atos são públicos, bem como as suas manobras políticas, estarão à disposição de toda a população, sua conduta tenderá a ser mais proba.

7. Por que a própria população não se governa?

Um grande desafio para uma democracia é a capacitação de sua população, pois como já foi dito, sem essa capacidade o seu objetivo é ineficaz. O modelo representativo funciona então de forma que o próprio povo se sinta governar, ou seja, é ele quem dá o poder e pode a qualquer momento retirar. Ele se reveste de legitimidade uma vez que o representante defende o interesse não de uma determinada classe, mas de todos os dos cidadãos.²¹

Seria impraticável que a própria população se autogovernasse, vivendo em um estado de natureza.²² A posição dos teóricos contratualistas é de que as relações sociais em um estado de natureza são impraticáveis, sendo fundamental a existência de um pacto entre os indivíduos no qual se crie um conjunto de normas a serem seguidas. O Estado é o instrumento que regula a sociedade.

Segundo John Lock, no estado de natureza todos são juízes de si mesmos, podendo fazer o que quiserem. No entanto não se tem segurança nenhuma, pois todos estão sujeitos a sofrer algum abuso de outra pessoa. Realiza-se então um pacto no qual todos renunciam serem juízes, transferindo essa responsabilidade para a figura do Estado.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...* cit. p. 42.

²¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...* cit. p. 63.

²² José Saramago cria uma situação na qual em uma eleição aparentemente normal, 80% da população vota em branco. Sem o menor indício de um golpe político. Esse fato destruiu toda a estrutura democrática, pois uma vez que a maioria decide por todos, se torna evidente que as pessoas não desejavam mais a democracia como forma de governo a regê-las. No livro o governo decide deixar a cidade e a população vive a deriva, sem nenhum órgão público, nem mesmo a polícia. Incrivelmente não ocorre nenhuma desordem na ausência das forças políticas e a cidade passa a viver tranquilamente, agora sem a corrupção. SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Na atual democracia ocorre o chamado ciclo de legitimação como diz Friedrich Muller:

O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático)²³. Esse é o lado democrático do que foi denominado *estrutura de legitimação*.²⁴

Desta forma o próprio povo legitima os representantes para tomarem decisões, tendo estes, respaldo da população para governarem. Este dispositivo está expressamente na Constituição de 1988 em seu art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos...” Destarte, em outras palavras o poder é do povo, mas não está com o povo. São os eleitos que de fato possuem tal poder.

Visto que as sociedades são a cada dia mais complexas, não se pode exigir que todos os cidadãos decidam sobre tudo, exercendo desta forma uma democracia direta. Isso é impraticável.²⁵ O próprio pai da democracia moderna Jean-Jacques Rousseau reconhecia que um modelo de democracia direta na sua essência é impraticável. Deste modo adota-se a democracia representativa que significa nas palavras de Norberto Bobbio que: “...as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.”²⁶

Tanto a democracia direta pura quanto a representativa pura não podem existir de modo exclusivo²⁷. Adota-se portanto um modelo representativo que tenha em sua essência a participação ativa dos cidadãos. Pois nem os mesmos dispõem de tempo para exercerem uma democracia direta nem se pode ter uma representação na qual a participação da população seja nula, isto contraria o princípio democrático. Percebe-se que os dois modelos se completam tornando o modelo democrático legítimo.

²³ Essa interrupção de forma democrática está expressa no Art. 60 da Constituição de 1988, que diz respeito às emendas constitucionais.

²⁴ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da Democracia...* cit, p. 60.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da...* cit, p. 54.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da...* cit, p. 56.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da...* cit, p. 64.

Quando existe uma democracia representativa na qual se possibilita aos cidadãos revogarem o mandato de seus representantes, está se aproximando do modelo direto²⁸. Assim não se tem um governo tirano, onde o povo é oprimido e dominado a margem da legalidade e sem poder de opinar em nenhum momento. Deste modo concebe-se um povo mais cidadão e menos público, pois possui efetivamente seus direitos preservados sob sua própria proteção.

Conclusão

Este trabalho vem evidenciar a relação existente entre a elite governante e a massa governada. O quanto a massa depende de uma elite para se manter organizada, pois é na elite que se organizam os objetivos a serem alcançados pelo governo. Sempre tendo em vista que esta elite deve ser eleita de forma democrática.

Não se pode negar que na democracia o governo é exercido pelas elites, no entanto é mister que essa elite seja democrática, eleita pelo próprio povo e que represente seus interesses. Somente havendo esse equilíbrio que se podem resguardar os direitos fundamentais frente à elite dominante.

O papel do povo nessa relação é de fiscalizar e conferir legitimidade a esse governo. No Brasil as eleições ocorrem de um modo curioso; não se vê a defesa de uma população, mas de um partido. Os indivíduos se limitam a meros espectadores, sendo passivos no que tange a elaboração e fiscalização dos órgãos estatais. Sua função de fiscal deixa a desejar, atuando apenas como legitimador um governo que na fachada é democrático.

Para que haja o interesse da população pela democracia e os assuntos políticos é preciso que os atos do governo sejam públicos, de modo que possam ser fiscalizados pela população, pois é para ela que é destinada a sua principal finalidade. E somente por meio da democracia se pode assegurar o exercício dos direitos fundamentais.

O Estado deve harmonizar essa relação entre a elite e a maioria de modo que o ciclo de legitimação, no qual a população confere legitimidade aos representantes, não seja em nenhum momento interrompido de forma não democrática. O povo pode participar de forma direta por meio de referendo, plebiscito ou lei de iniciativa popular. Essas opções são

²⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da...* cit, p. 64.

colocadas à disposição dos cidadãos para que o sistema democrático possa ser pleno, com o povo propondo e fiscalizando o governo e este tendo como objetivo proteger os direitos individuais assim como o bem estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Guerra, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da Democracia*. São Paulo: RT, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de P. Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

A HISTÓRIA DA ADVOCACIA

JEAN MICHEL POSTAI DE SOUZA. Advogado inscrito na OAB/SC sob o n. 29.984. Pós-Graduando em Direito Civil-Empresarial pela PUC/PR. E-mail: jean@souzapostai.com.br

RESUMO

Trata-se de ensaio relatando o desenvolvimento da advocacia no decorrer dos séculos. Tendo em vista a proximidade do Dia do Advogado (11 de Agosto), o tema ganha ainda mais importância, haja vista que esta profissão desenvolveu-se há muitos séculos, ganhando cada vez mais prerrogativas desde então.

Palavras-Chave: História-Direito-Advocacia-Evolução

Muito se fala sobre a importância da advocacia na sociedade atual, sendo esta uma profissão essencial à administração da Justiça e a um estado democrático de Direito, eis que garante o acesso à Justiça a cidadãos que buscam seu direito, seja contra outro membro da sociedade ou contra o próprio Governo.

Mas às vezes nos esquecemos como foi que ocorreu toda a evolução desta profissão, da qual fazem parte desde revolucionários de renome mundial como Fidel Castro (de Cuba) a atuais presidentes de nações neoliberais, como Barack Obama (EUA) e Nicolas Sarkozy (França).

Por fim, personalidades como Nelson Mandela, da África do Sul, e Mahatma Gandhi, da Índia, louvaram a advocacia ao longo da História com atuações em defesa dos direitos humanos, promovendo, direta ou indiretamente, mudanças na sociedade que beneficiaram a longo prazo milhões de pessoas.

Mas como foi que tudo começou, ou seja, onde surgiu a advocacia?

Não existem dados totalmente precisos sobre o primeiro registro desta profissão na História, mas suspeita-se que foi na Suméria, três milênios antes de Cristo, que surgiram as primeiras indicações da advocacia.

De qualquer maneira, o que pouco causa controvérsia entre pesquisadores e estudiosos foi que Atenas, na Grécia, foi o verdadeiro berço da advocacia. Diz-se que naquela época as partes firmavam compromisso na presença de um conselho, mediante juramento, fazendo suas defesas de modo pessoal.

Nas causas públicas, houve a necessidade e o povo passou a escolher um orador para sustentar a acusação e defender o acusado, mas posteriormente as próprias partes faziam-se substituir por terceiros para lhes representar. Ali surgia a profissão propriamente dita, exercida por diversos profissionais atuando em defesa dos cidadãos.

Foi na Grécia que surgiram grandes oradores como Demóstenes, Péricles e Aristides, sendo estes considerados grandes advogados por sua persuasão e competência. Embora atuante na defesa dos cidadãos gregos, a advocacia na Grécia excluía em seu princípio as mulheres, os escravos e os infames.

Após a Grécia veio Roma e pouco a pouco a obrigatoriedade do comparecimento pessoal em juízo foi cedendo lugar para a representação processual, com o patrocínio de ações em nome de outro. Foi em Roma que a função do profissional capaz de questionar ou requerer a aplicação da lei ganhou grande importância na sociedade. Tão grande que o advogado não recebia qualquer salário, mas honorarias pelo seu serviço, daí vindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja, a de o advogado receber honorários.

Foi somente com Justiniano, imperador do então Império Bizantino (Império Romano do Oriente), que foi constituída a primeira Ordem de Advogados, exigindo de todo advogado um registro no foro.

Para o registro diversos requisitos eram necessários: ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, advogar sem falsidade, e não abandonar a defesa uma vez aceita.

Assim, a advocacia foi evoluindo ao longo dos séculos, pouco alterando os pré-requisitos para exercer a profissão, que por influência romana permanecem semelhantes nos dias de hoje.

No Brasil a advocacia se iniciou no período colonial e era feita de maneira ligeiramente livre, pois as pessoas aprendiam e então a exerciam, sem grandes entraves.

A advocacia como profissão formal se apresentou com as Ordenações Filipinas, que foram criadas em Portugal e determinavam que para a formação advocatícia eram necessários oito anos de curso jurídico, e então a aprovação para atuar na profissão.

A advocacia se tornou então mais formal em nosso país, restringindo o conhecimento à Corte devido à necessidade de que o pretendente à advocacia deveria cursar oito anos de direito, normalmente na elitista Universidade de Coimbra (em Portugal).

Como o deslocamento e os estudos em Coimbra eram custosos, o título de bacharel acabou sendo apenas forma de alcançar postos da alta burguesia, restringindo o mercado da profissão a quem tivesse dinheiro e/ou prestígio.

Com o Alvará régio de 24 de julho de 1713, os que não fossem da Corte poderiam, desde que pessoa idônea, exercer a profissão advocatícia, o que acabou por proliferar um pouco mais os profissionais do ramo para além da alta burguesia. Este termo vigorou no Brasil até o advento do atual Estatuto da Advocacia

Atualmente no Brasil, a advocacia está prevista no artigo 133 da Constituição, que dispõe que “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*”

Para exercer a profissão, o curso jurídico dura 5 (cinco) anos, e a aprovação no Exame de Ordem é medida necessária, e polêmica, para se trabalhar como advogado no Brasil.

Regulamentando a profissão, temos o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética e Disciplina, legislações as quais todo advogado deve seguir e praticar com rigor para exercer a profissão, e cujas raízes se dão principalmente pela forte influência do direito greco-romano no mundo todo.

Por fim, a advocacia ainda exerceu grande influência na história recente de nosso país no movimento Diretas Já, onde a Ordem dos Advogados do Brasil atuou de maneira contundente com o objetivo claro de trazer de volta a democracia ao nosso país.

A ARBITRAGEM NO BRASIL COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMERCIAIS OU EMPRESARIAIS E O ANDAMENTO DESTES INSTITUTOS FRENTE A OUTROS PAÍSES.

Alexandre Krammel, Bacharelado em Direito¹
Maria Cristina P. Carneiro, Bacharelado em Direito²
Maria Inês B. Rossetto, Bacharelado em Direito³
Sandra H. Ziemath, Bacharelado em Direito⁴

Resumo. *O presente artigo visa buscar a atualidade e o andamento da arbitragem empresarial internacional como solução de conflitos extrajudiciais e seus efeitos para as empresas brasileiras, levantar doutrinadores e especialistas sobre a matéria, bem como o mercado de trabalho para o operador do direito.*

Palavras-chave: *Arbitragem empresarial internacional. Solução extrajudicial. Doutrinadores.*

Sumário: 1. Breve Explicação da Pesquisa – 2. A Doutrina sobre o Tema – 2.1 Arbitragem no Brasil – 2.2 Arbitragem comercial e empresarial internacional – 3. Metodologia – 3.1 Da pesquisa sobre sentenças arbitrais e suas garantias – 3.2 Pesquisas do campo de trabalho para operadores do direito nesta área – 3.3 Pesquisa por doutrinadores – 3.4 Pesquisa de casos relacionados a empresas – 3.5 Pesquisa sobre a arbitragem no mundo – 4. Conclusão.

1. BREVE EXPLANAÇÃO DA PESQUISA

A arbitragem tem sido cada vez mais matéria de estudo e citação como solução efetiva da resolução de conflitos, esta pesquisa busca demonstrar como tem sido utilizada a Arbitragem no Brasil na área empresarial em comparação a outros países e sua relação entre empresas internacionais. Este Trabalho relaciona doutrinadores e estudiosos da atualidade sobre o tema no Brasil e de que forma a arbitragem como solução extrajudicial tem desafogado o sistema Judiciário e se tornado célere à solução de conflitos comerciais e empresariais.

2. A DOUTRINA SOBRE O TEMA

¹ Instituto Superior Tupy - IST (krammel@gmail.com)

² Instituto Superior Tupy - IST (arnc@terra.com.br)

³ Instituto Superior Tupy - IST (mibrossetto@hotmail.com)

⁴ Instituto Superior Tupy - IST (ziemath@netvision.com.br)

Sobre o conceito e de arbitragem ensina Carlos Alberto Carmona: “um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.”

Para Lazary Teixeira, “a arbitragem é entendida como um meio alternativo para resolver conflitos de interesses ou controvérsias de direitos disponíveis e opera de maneira simples, sem as formalidades de um longo, e muitas das vezes infrutífero processo judicial”.

Carreira Alvin⁵ aborda a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da arbitragem sob três correntes, como sendo: privatista ou contratualista tendo como precursor Chiventa; publicista ou processualista liderada por Mortara e Conciliadora ou intermediária por Cernelutti, o autor segue o largo entendimento doutrinário como eminentemente contratual, visto que este instituto pressupõe o acordo das vontades das partes, sendo assim, um negócio jurídico bilateral.

2.1. Arbitragem no Brasil

A arbitragem no Brasil⁶ aparece como norma na constituição imperial de 1824, o artigo 160 dispunha sobre arbitragem. “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.

Em 1850, o Código Comercial, estabelecia o juízo arbitral para as causas entre os sócios e as sociedades comerciais, em sua liquidação ou partilha (artigo 294), e neste mesmo ano o regulamento 737, ainda vigente, exigia o juízo arbitral para a solução de causas comerciais (artigo 411).

José Antônio Bueno, Marques de São Vicente, publicou em 1857, obra na qual mencionava que o cidadão tinha o poder de escolher juízes de sua preferência, avaliava o juízo arbitral como o mais natural, pois atuava com celeridade, sigilo, economicidade e com o objetivo de pacificar socialmente.

O CPC de 1939, nos artigos 1.031 e 1046, previa o juízo arbitral mas não viabilizou sua aplicação porque manteve a intervenção do Judiciário em processo homologatório à decisão do árbitro.

⁵ Segue a visão de Guilherme, Luiz Fernando do Vale Almeida, Manual de Arbitragem . Ed Método, São Paulo. 2007,p.35 citada em BOMFIM. Ana Paula do e MENEZES, Helen Monique Ferreira de. Manual de Mediação Conciliação e Arbitragem – MESC. Rio de Janeiro: Luman juris, 2008.p.80.

⁶ BOMFIM Ana Paula do e MENEZES, Helen Monique Ferreira de. Manual de Mediação Conciliação e Arbitragem – MESC. Rio de Janeiro: Luman juris, 2008.p.78. A arbitragem no Brasil, no ordenamento jurídico brasileiro já era prevista na primeira Constituição Federal.

O Projeto de Lei do Senado nº 78/92, iniciado em 1991, do senador Marco Maciel,⁷ onde a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Aprovado o projeto no Senado Federal, foi enviado em 14/6/93 à Câmara dos Deputados. Na Câmara o projeto teve processamento bastante lento, e somente em 1995 o presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias determinou sua divulgação para recebimento de eventuais emendas. Aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, o projeto de lei foi submetido à apreciação das Comissões de Constituição e Justiça e de Redação que por sua vez o aprovou em 28/5/96. Assim que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal aprovaram o projeto, o Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em sessão solene. A nova Lei sobre Arbitragem compõe-se de 7 capítulos e 44 artigos. A confirmação de constitucionalidade deu-se em 2001, e reinseriu a arbitragem comercial no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2001, dados estatísticos⁸ fornecidos pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem registram 1.386 demandas cíveis e empresariais nas entidades brasileiras.

A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Direito FGV/SP)⁹ e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) realizaram pesquisa nos tribunais estaduais e superiores (excluídos os tribunais trabalhistas) e informaram que houveram 790 decisões no período de vigência da Lei de Arbitragem, até fevereiro de 2008. Foi pequeno o número de sentenças arbitrais anuladas por desacordo com a lei. A maioria das ações referia-se a pessoas físicas e lides cujos valores eram de pequena monta. A crescente adesão à arbitragem pode ser justificada no fato da atividade refletir o caráter da Lei de Arbitragem, que equilibra liberdade, flexibilidade e igualdade. A escolha dos próprios julgadores aliados a celeridades dos julgamentos contribuem para a redução dos custos de transação. Um processo arbitral perdura em média de sete meses a um ano e dois meses, em contrapartida na esfera do Judiciário haverá a espera de anos e um grande número de recursos. Em 2009, tramitavam na justiça do Estado de São Paulo mais de 18 milhões de processos.

⁷ OPORTO, Silvia Fazzinga. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL. Professora de Direito Internacional Público e Privado da Uniban, Unicid, Unifio e Ulbra; Coordenadora de cursos de pós-graduação em direito internacional.P. 7 <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>

⁸ LEMES, Selma Ferreira. O Desenvolvimento da Arbitragem no Brasil e no Exterior. 2003. <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto602.pdf>

⁹ LEMES, Selma. O Que mudou nos 13 anos de Lei de Arbitragem . Valor Econômico – 01/12/2009. Selma Ferreira Lemes é advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Professora de Arbitragem do GVLAW – Direito FGV/SP. Integrou a comissão relatora da Lei de Arbitragem. <http://www.caesp.org.br/site/o-que-mudou-nos-13-anos-de-lei-de-arbitragem/>

Segundo o Conselho de Justiça¹⁰ em 2009 a Câmara de Comércio internacional - CCI¹¹ recebeu 793 novos casos e em 2010 o Brasil esteve entre os cinco países cujas empresas mais usaram a Corte de Arbitragem da entidade, mas apenas 11 desses procedimentos foram instaurados em território nacional.

2.2. Arbitragem comercial e empresarial internacional

Sua definição está na Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission for International Trade Law)¹² convencionada em 21 de junho de 1985, em que a arbitragem será internacional quando as partes expressamente acordarem que o objeto da convenção de arbitragem tenha relações com mais de um país. Esses aspectos conceituais elucidam o significado de uma arbitragem internacional que é o envolvimento de pessoas, árbitros ou sistemas estrangeiros, observando; a) o lugar do procedimento arbitral, desde que este já esteja definido na convenção de arbitragem ou que conforme o mesmo critério ainda deva ser determinado; b) o lugar onde uma parte essencial das obrigações decorrentes da relação comercial deva ser cumprida, ou, por final, o lugar com o qual o objeto da lide possua sua vinculação mais íntima

Arbitragem comercial internacional ¹³deve ser universalista, desvinculada de um ordenamento jurídico nacional. As normas de direito que serão seguidas pelo juízo arbitral será acordado entre as partes, mesmo que haja dissonância com àquelas do país no qual o tribunal arbitral esteja sediado.

O procedimento arbitral deverá se basear nas exigências de ordem pública, ou seja, nos interesses da coletividade amparados pelo Estado, a exemplo da comunidade de negócios internacional. A atenção as normas de ordem pública são pré requisito para o reconhecimento de uma sentença arbitral emitida no exterior:

O árbitro tem deveres perante as partes por conta das quais desempenha sua missão, mas ele os tem também perante a comunidade do comércio internacional, a *Societas Mercatorum*, a qual necessita ao mesmo tempo da arbitragem e de relações harmoniosas com os Estados. Ora, se bastasse recorrer à

¹⁰ MAGRO, Máira e WALD, Arnaldo. Arbitragem Internacional Feita no Brasil Vale Como Sentença Local. CNJ. 2011.

<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=172338&iABA=Not%EDcias&exp>

¹¹ Em inglês (ICC, International Chamber of Commerce)

¹² FREIRE E ALMEIDA, D. ARBITRAGEM INTERNACIONAL EM 2007. Brasil: Setembro, 2007. Disponível em: www.lawinter.com/312007dfalawinter.htm

¹³ SARMENTO, Roselaine dos Santos. Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros no Brasil. Dissertação de pós-graduação UCB. Brasília 2007 http://www.bdttd.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2007-05-23T101103Z-455/Publico/Texto%20Completo.pdf

arbitragem para se subtrair às leis imperativas que sejam legitimamente aplicáveis, seria sobretudo a própria existência da arbitragem que seria colocada em questão pelos Estados que a têm favorecido. (*Apud*, ALMEIDA, 2005, p.66)

Uma arbitragem reconhecida como comercial deverá ser oriunda de uma relação comercial. Em 1985, a Comissão de Nações Unidas para o Comércio Comercial Internacional, editou regulamento sobre regras gerais para arbitragem comercial internacional, baseando-se no conceito dado pelo art. I da Convenção de Nova York que identificou as relações que poderiam ser consideradas comerciais.

3. METODOLOGIA

O método utilizado é o da pesquisa bibliográfica de livros e periódicos científicos, bem como sites de instituições internacionais de arbitragem, visto que também foram utilizadas premissas para chegar-se à conclusão. O método de abordagem empregado foi o método hipotético dedutivo, partindo do referencial teórico sobre o assunto. O método de procedimento utilizado foi o método comparativo onde pode ser comparada a hipótese levantada, os dados obtidos e o referencial teórico (teoria, lei, doutrina, jurisprudência).

3.1. Da pesquisa sobre sentenças arbitrais e suas garantias

A Lei nº 9.307, de 23/09/96 trouxe importante legislação referente à arbitragem, trazendo notáveis modificações no delineamento jurídico do instituto, tal como anteriormente previsto no Código Civil e no Código de Processo Civil brasileiros, em relação a arbitragem comercial e empresarial se analisa¹⁴ que uma empresa ao se instalar num país, quer segurança política, segurança econômica e segurança jurídica, que os contratos firmados serão respeitados e que se colocar uma cláusula de arbitragem no contrato o Judiciário vai reconhecer a cláusula.

¹⁴ Soluções Empresariais. Brasil é um dos maiores usuários da arbitragem por *Maurício Gomm Santos*. <http://www.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2703>

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/ 2004, a competência da homologação de sentenças estrangeiras foi deslocada do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Há matérias que só podem ser apreciadas pelo Judiciário, dentre elas, tributárias, criminais e de família, pois não se referem a direitos patrimoniais disponíveis. Em decorrência das demandas que congestionam nossos Tribunais e os recursos que transformam as pendências em processos prolongados, o Judiciário pode ser poupado em questões que possam ser resolvidas por arbitragem, porém a arbitragem não vem para solucionar os problemas crônicos do Judiciário e nem concorrer com ele, sendo o seu papel de colaborar para a administração da Justiça.

A sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora do território nacional e que não poderá ser reconhecida e executada no Brasil sem prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 35 da Lei 9307/96), a legislação vigente no Brasil prevê a primazia dos tratados internacionais. Há discussão entre as convenções de qual deve prevalecer, alguns Estados não reconhecem como nacionais as sentenças proferidas em seu próprio Estado.

Em 2008 o então ministro do STJ Luis Fux¹⁵ (atual ministro do STF) em Congresso na Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC relatou sua visão sobre a homologação de sentença arbitral:

"Muitas vezes as partes tinham em mãos uma sentença arbitral estrangeira favorável, mas não conseguiam proteger seus interesses mais rapidamente, pois restava pendente a decisão homologatória do Supremo, que chegava a demorar aproximadamente dois anos".

Segundo notícias recentes a homologação de sentença arbitral pelo STJ está em discussão, reportada no site do CNJ¹⁶ e em vários jornais como o Jornal Valor Econômico de 01/06/2011:

"O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que sentenças de Cortes internacionais de arbitragem proferidas no Brasil são decisões nacionais, e não estrangeiras. Portanto, não precisam de homologação pelo Judiciário para que sejam executadas no país. O caso envolve uma sentença emitida no Rio de Janeiro por um árbitro brasileiro, mas seguindo o regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com sede em Paris. Por trás das discussões está um contrato de prestação de serviços na plataforma da Petrobras P-36, que afundou na Bacia de Campos, no Rio de Janeiro, em 2001. O caso deflagrou uma série de litígios na Justiça brasileira e do exterior, acompanhados de debates sobre homologação de sentenças estrangeiras".

¹⁵ Ministro Luiz Fux (STJ) em palestra no Rio de Janeiro aborda sentença arbitral estrangeira na CNC Revista portal fator 05/09/2008. http://www.revistafator.com.br/ver_noticia.php?not=51941

¹⁶ MAGRO, Maíra e WALD, Arnoldo. Arbitragem Internacional Feita no Brasil Vale Como Sentença Local. CNJ. 2011
<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=172338&iABA=Not%EDcias&exp>

Voto na íntegra:

EXECUÇÃO. SENTENÇA ARBITRAL. HOMOLOGAÇÃO. STJ.

A sentença arbitral que se quer executar deriva de procedimento arbitral instaurado mediante requerimento à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, França. Contudo, ela foi proferida em língua portuguesa, no Brasil (por escolha consensual das partes), por árbitro brasileiro e com aplicação do Direito brasileiro em seu mérito. Discute-se, ao cabo, a necessidade de prévia homologação pelo STJ desse título, tido pela recorrente como sentença arbitral estrangeira, para que se torne apto a aparelhar a execução. Quanto a isso, vê-se que a execução, para ser regular, tem que se amparar em título executivo idôneo, entre os quais figuram a sentença arbitral (art. 475-N, IV, do CPC) e a sentença estrangeira homologada (inciso VI desse mesmo dispositivo). Já o art. 31 da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) conferiu ao laudo arbitral nacional os efeitos de sentença judicial e, por sua vez, a jurisprudência do STF trouxe o entendimento de que os laudos arbitrais estrangeiros necessitam de homologação, o que foi incorporado à Lei de Arbitragem (vide seu art. 35). O art. 1º da Convenção de Nova Iorque (promulgada pelo Dec. n. 4.311/2002) deixou para as legislações dos países a tarefa de eleger o critério que define a nacionalidade da sentença arbitral, daí os diferentes conceitos de sentença arbitral estrangeira constantes dos diversos ordenamentos jurídicos do cenário internacional. A legislação brasileira elegeu exclusivamente o critério geográfico (*jus solis*) – o local onde a decisão foi proferida – para a determinação da nacionalidade da sentença arbitral, tal como se constata da leitura do art. 34, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. Assim, na hipótese, o simples fato de o procedimento arbitral ser requerido na corte internacional e se ter regido por seu regulamento não tem o condão de desnaturar a nacionalidade brasileira da sentença em questão, título idôneo a lastrear a execução, por si só dotado de eficácia, o qual não necessita de homologação judicial para ser executado. Precedentes citados: SEC 894-UY, DJe 9/10/2008; SEC 611-US, DJ 11/12/2006, e SE 1.305-FR, DJ 7/2/2008. **REsp 1.231.554-RJ**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/5/2011. Fonte: (<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD='0474'&tipo=informativo>)

¹⁷"A decisão advinda de um órgão internacional é estrangeira, independentemente de ser emitida em português por um árbitro brasileiro", defende o advogado da Petromec, Hélio Cavalcanti Barros. "O que define a nacionalidade é o organismo que profere a sentença, e não a língua ou o lugar em que ela é proferida", sustenta.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) deu razão à Petromec. Agora, a *Nuovo Pignone* reverteu a decisão no STJ. "O precedente da 3ª Turma abre espaço para que decisões arbitrais tomadas em território nacional, ainda que segundo as regras de organizações internacionais, sejam diretamente executadas, sem a necessidade de homologação". A Petromec pretende ainda reverter a decisão.

¹⁷ MAGRO, Máfara e LOURENCAO, Gustavo. Arbitragem no Brasil. STF. Supremo Tribunal em Debate 07/06/2011. <http://supremoemdebate.blogspot.com/2011/06/arbitragem-no-brasil.html>

A atualidade sobre a arbitragem muito mais do que em livros doutrinários é encontrada em jornais e sites econômicos de grande tiragem nacional, No jornal o Estado de São Paulo (O Estadão)¹⁸ em 25/04/2010 publicou sobre a pesquisa que vem sendo realizada desde 2005, envolvendo as cinco maiores câmaras de comércio internacional em funcionamento no Brasil: a Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil, em Belo Horizonte; o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio, e a Câmara de Arbitragem e Mediação do sistema Fiesp/Ciesp, em São Paulo; e a Câmara de Arbitragem da FGV, no Rio de Janeiro as câmaras de arbitragem segundo o estudo:

“Em números absolutos, elas realizaram 30 procedimentos de arbitragem, em 2007; em 2008, um aumento de 42%; e, em 2009, registraram 134 casos, um salto de 74%, com relação ao ano anterior. Como muitas arbitragens são sigilosas, o número de arbitragens deve ser ainda maior. Quase todas as pendências envolvem valores acima de R\$ 500 mil e tratam de matérias que vão de divergências societárias, suscitadas por acionistas minoritários em assembléias de companhias com capital aberto, a problemas bancários e securitários e as divergências em matérias de tecnologia”.

Também em site leis e negócios¹⁹ cita que

“O Brasil aparece em quarto lugar no ranking dos países usuários da arbitragem internacional. Estados Unidos, França e Alemanha aparecem nas três primeiras colocações, respectivamente. É o que afirma Arnoldo Wald, advogado brasileiro que preside a Comissão de Arbitragem do Comitê Brasileiro da CCI, que conta com escritórios no Rio de Janeiro e em São Paulo”.

Percebe-se que o Brasil é considerado confiável e teve um grande salto após a lei de arbitragens de 1996, sendo inclusive parâmetro de evolução para arbitragem internacional, o tema está em alta e tem sido recepcionado com certa dedicação pelo STJ. As empresas vêem como vantagem a arbitragem ocorrer em segredo, daí certa dificuldade para se encontrar números estatísticos e casos julgados pelas câmaras arbitrais.

3.2. Pesquisas do campo de trabalho para operadores do direito nesta área

¹⁸ Jornal O Estadão A Expansão da Arbitragem 25/04/2010.
http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100425/not_imp542632.0.php

¹⁹ Matéria de Mariana Diana, Leis e Negócios em <http://colunistas.ig.com.br/leisenegocios/tag/abilio-diniz/>

O mercado de trabalho para o operador de direito brasileiro é crescente, tendo clientes de nível considerado, pois segundo Mauricio Gomm Santos²⁰, afirma que a Câmara de Comércio Internacional (CCI) e o Centro Internacional de Resolução de Disputas (CIRD), braço internacional da Associação Americana de Arbitragem, considerado as duas principais instituições arbitrais do mundo, têm visto um aumento considerado de arbitragens com partes brasileiras. Em 2009, 12% dos árbitros escolhidos pela CCI provieram das Américas. Não levando em conta os Estados Unidos o Brasil teve a participação de advogados nomeados como árbitros do que todos os demais países. O CIRD confirma estes números e teve seu último Congresso internacional no Brasil (outubro de 2010) e a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) tem administrado um crescente número de arbitragens com partes estrangeiras ou subsidiárias brasileiras de empresas estrangeiras.

Os principais sites relacionados neste trabalho demonstram que mesmo podendo ser árbitro qualquer pessoa capaz (de acordo com as regras do Código Civil) e que seja de confiança das partes em conflito. Segundo presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem de São Paulo²¹ a tendência mundial tem mostrado que são os advogados os profissionais mais bem aparelhados para a função. "Isso requer dos órgãos de classe um papel essencial na formação e acompanhamento das atividades tanto no plano técnico como ético".

Atuando na arbitragem internacional percebeu-se na construção deste artigo nos sites *link árbitros* como sendo árbitros na maioria advogados e logo após economistas.

3.3. Pesquisa por doutrinadores

Os doutrinadores, alguns já citados nesta pesquisa, sobre o tema no Brasil se dão de forma esparsa em diversas obras, mas chama atenção o livro "Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro"²², organizado sob a coordenação do professor Arnoldo Wald, representante do Brasil na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC), e

²⁰ Mauricio Gomm Santos é advogado, consultor em direito internacional na Flórida e professor da Universidade de Miami <http://www.gazetadopovo.com.br/colunistas/conteudo.phtml?id=1041171>

²¹ CAMARCOM http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Mq9dmK5He74J:www.camarcom.com.br/artigos_int.php%3Fid%3D150+principais+arbitros+nas+camaras+de+arbitragem+internacional+no+brasil+sao+advogados&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br

²² Lemes, Selma Ferreira; Wald, Arnoldo. "Arbitragem Comercial Internacional – a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro". 2011 Sobre a obra http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/produto.dtl/detalhe?PRO_ID=3453676&PAC_ID=9253

de sua substituta Selma Ferreira Lemes, nele há coletânea de textos de advogados, professores e árbitros com larga vivência na matéria, é um dos lançamentos de destaque na área jurídica em 2011 da Editora Saraiva. Outra obra importante que reúne vários colaboradores é o “Manual de Mediação Conciliação e Arbitragem – MESCC” da editora Luman juris, 2008.

Periódicos e artigos no CNJ, FGV, STJ, STF, câmeras arbitrais, jornais de grande circulação e sites de especialistas sobre o tema são significantes, demonstrando o avanço do tema e como está atual.

Um dos motivos que faz crescer o uso da arbitragem internacional nos contratos são a celeridade e confidencialidade imposta pela cláusula compromissória (de arbitragem), mas dificulta à estatística e o estudo de casos julgados por este Instituto.

3.4. Pesquisa de casos relacionados a empresas

Nas transações empresariais, a arbitragem surge como uma nova ferramenta que melhora os negócios, na área comercial os conflitos devem ser resolvido rapidamente e em foros especializados.

O jurista REALE JR (1996) visualizando a problemática acerca da necessidade de conhecimento técnico, cada vez mais especializado devido o avanço das novas tecnologias.

Para Reale (*Apud*) ²³ "torna cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juízes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo".

Especialista Luciano Feltrin²⁴ em arquivo do site da FGV (em reportagem ao Brasil econômico SP 2010) afirma que como o país se prepara para receber a copa e as olimpíadas já se vislumbra que o tema será ainda mais relevante, pois recebera investimentos, e haverá aumento de fusões e aquisições por parte de empresas

²³ VIEIRA, Antonio Vicente. Desenvolvimento da arbitragem na atualidade brasileira. Revista Jus Vigilantibus, 2009 <http://jusvi.com/artigos/38958>

²⁴ FELTRIN, Luciano, Com Apoio do Judiciário, Arbitragem Deslancha. Jornal Brasil econômico 2010. <http://www.info4.com.br/gomateria.asp?cod=478884&nome=1432&cliente=1731&a=1432&c=1731&pag=3&m=478884>

estrangeiras tendo cláusulas arbitrais em suas negociações. Chama a atenção, colocando sua crítica, que ainda 15% do total de casos de arbitragens levados ao judiciário tem suas sentenças invalidadas, mas pelo que analisamos ao decorrer deste artigo é que o CNJ e o próprio STJ começam a valorizar mais as sentenças arbitrais nas câmeras internacionais.

3.5. Pesquisa sobre a arbitragem no mundo

A tendência de uso da arbitragem no Brasil, é reforçada por estatística apresentada no Projeto de Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” da Escola de Direito da FGV em parceria com a CBAr a respeito da participação do Brasil em arbitragem internacional:

“De acordo com as estatísticas divulgadas pela CCI sobre o número de partes brasileiras em processos administrados por este órgão, o Brasil passou de 3 partes em 1996, ano de promulgação da lei de arbitragem, para 67 partes em 2006. Isso fez com que o Brasil se tornasse o 4o país do mundo com mais partes envolvidas na CCI e o primeiro da América Latina. Em 2007, embora não ocupe mais o 4o lugar, o país manteve um patamar elevado: 35 partes em novos casos, o que equivale ao 11o lugar”²⁵ (Gabbay, 2007)

A análise sobre essa tendência, do uso da arbitragem, ocorrer também nos demais países pode ser confirmada em informações públicas fornecidas pela ICC (Corte Internacional de Arbitragem)²⁶. Importante destacar que, apesar de ter sede na França, a arbitragem pode ocorrer efetivamente em qualquer local, sob as regras da ICC.

²⁵ Projeto de Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” 2008 em http://www.cbar.org.br/PDF/Relatorio_final_pesquisa_GV_CBAR.pdf

²⁶ Internacional Court for Arbitration. Facts and Figures on ICC Arbitration - 2009 Statistical Report. February 2010 <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704>

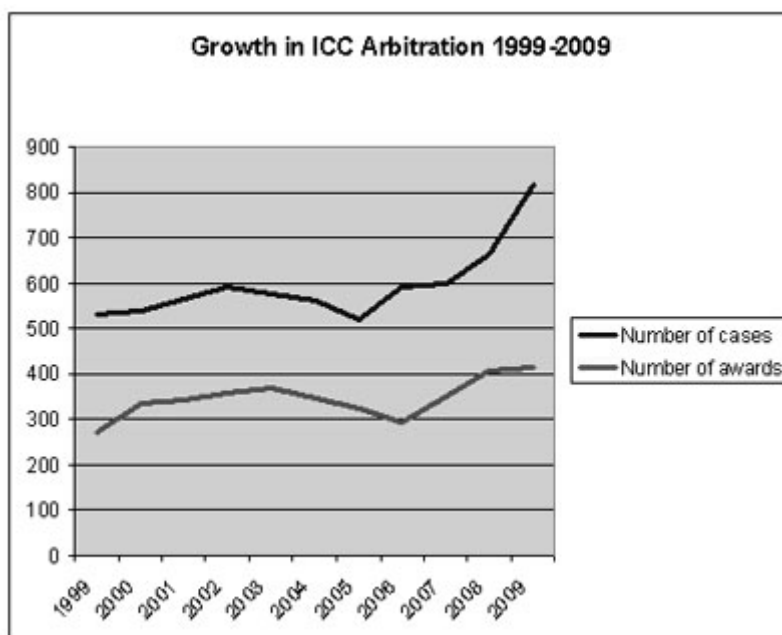


Figura 1 – Crescimento da Arbitragem na ICC de 1999-2009

O gráfico (Fig. 1) mostra que entre 2006 e 2009 houve um expressivo crescimento dos casos de arbitragem na ICC, o que coincide com a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem. Indica assim que tal lei veio em boa hora frente a uma tendência mundial.

Em notícia sobre as estatísticas 2009 a ICC destaca aspectos relevantes sobre as causas, em especial sobre o envolvimento de partes de diferentes Estados, o que reitera a amplitude que a arbitragem alcança no mundo, em especial nas relações comerciais:

- 817 Requisições de Arbitragem foram protocoladas com a *ICC Court*;
- Essas requisições envolveram 2.095 partes, de 128 países e territórios independentes
- Em 9,5% dos casos pelo menos uma das partes era um Estado ou entidade paraestatal
- O local da arbitragem localizou-se em 53 países ao redor do mundo
- Arbitros de 73 nacionalidades foram sugeridos ou confirmados de acordo com as regras da ICC
- O valor em discussão foi abaixo de 1 milhão de dólares em 22,9% dos novos casos
- 415 laudos foram emitidos

		Before entering into an international arbitration agreement, a party is advised to check whether the states of the other contracting party and, if appropriate, of the place of arbitration, have ratified the New York Convention or have signed other multilateral or bilateral treaties offering the same guarantees.				
List of states in which the Convention is in force.*	Afghanistan	■	●	Georgia	New Zealand	■
	Albania			Germany	Nicaragua	
The symbols indicate those states that have made one or more of the reservations mentioned below.	Algeria	■	●	Ghana	Niger	
	Antigua and Barbuda	■	●	Greece	Nigeria	■
	Argentina	■	●	Guatemala	Norway	■
	Armenia	■	●	Guinea	Oman	
	Australia			Haiti	Pakistan	■
	Austria			Holy See	Panama	
	Azerbaijan			Honduras	Paraguay	
■ The state will apply the Convention only to awards made in the territory of another contracting state.	Bahamas			Hungary	Peru	■
	Bahrain	■	●	Iceland	Philippines	■
	Bangladesh			India	Poland	■
	Barbados	■	●	Indonesia	Portugal	■
▲ With regard to awards made in the territory of non-contracting states, the state will apply the Convention only to the extent to which these states grant reciprocal treatment.	Belarus		▲	Iran	Qatar	
	Belgium	■		Ireland	Romania	■
	Benin			Israel	Russian Federation	▲
	Bolivia			Italy	Rwanda	
	Bosnia and Herzegovina	■	●	Jamaica	St Vincent / Grenadines	■
	Botswana	■	●	Japan	San Marino	
	Brazil			Jordan	Saudi Arabia	■
	Brunei Darussalam	■		Kazakhstan	Senegal	
● The state will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships which are considered as commercial under the national law.	Bulgaria	■	▲	Kenya	Serbia	■
	Burkina Faso			Korea (Republic of)	Singapore	■
	Cambodia			Kuwait	Slovakia	▲
	Cameroon			Kyrgyzstan	Slovenia	■
	Canada		●	Lao People's Democratic Republic	South Africa	
	Central African Republic	■	●	Latvia	Spain	
	Chile			Lebanon	Sri Lanka	
	China	■	●	Lesotho	Sweden	
	Colombia			Liberia	Switzerland	
	Cook Islands			Lithuania	Syria	▲
	Costa Rica			Luxembourg	Tanzania (United Rep. of)	■
	Côte d'Ivoire			Macedonia	Thailand	
	Croatia	■	●	Madagascar	Trinidad and Tobago	■
	Cuba	■	▲	Malaysia	Tunisia	■
	Cyprus	■	●	Mali	Turkey	■
	Czech Republic	■	▲	Malta	Uganda	■
	Denmark	■	●	Marshall Islands	Ukraine	▲
	Djibouti			Mauritania	United Arab Emirates	
	Dominica			Mauritius	United Kingdom	■
	Dominican Republic			Mexico	United States of America	■
	Ecuador	■	●	Moldova (Republic of)	Uruguay	
	Egypt			Monaco	Uzbekistan	
	El Salvador			Mongolia	Venezuela	■
	Estonia			Montenegro	Vietnam	■
	Finland			Morocco	Zambia	▲
	France	■		Mozambique	Zimbabwe	■
	Gabon			Nepal		
				Netherlands		

*on the basis of information available March 2010 (source: United Nations Commission on International Trade Law www.uncitral.org)

base na Lei nº 9.307/96, tem revolucionado as negociações comerciais internacionais. A dedicação dos especialistas do direito e árbitros brasileiros têm levado as câmeras de arbitragem do país a um nível elevado de confiança.

Nota-se que o assunto está em pauta devido à decisão citada neste artigo que reverteu recentemente decisão do STJ em relação à sentença arbitral estrangeira que aconteceu em Paris.

Existe ainda certa dificuldade de fazer estudos estatísticos e analisar casos arbitrados por correr em sigilo, e pela falta de informações consolidadas dos vários institutos que realizam a arbitragem. No entanto, mais importante do que o número absoluto de casos, é possível verificar nas estatísticas disponíveis, que há um expressivo crescimento no uso dessa forma alternativa de resolução de conflitos.

Influenciada por esse crescimento, a arbitragem empresarial nacional e internacional ganha cada vez mais estudiosos no assunto, dando-se principalmente por advogados levando a um mercado promissor para o operador de direito preparado para nela atuar.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Rodrigues do. **A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional**. (1996) Disponível em <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm> acessado em 03/04/2010

BOMFIM, Ana Paula do e MENEZES, Helen Monique Ferreira de. **Manual de Mediação Conciliação e Arbitragem – MESC**. Rio de Janeiro: Luman juris, 2008.

DIANA, Mariana. **Brasil é o 4º no Mundo em Negócios no Mundo Feito por Arbitragem**. Leis e Negócios. 2011. Disponível em <http://colunistas.ig.com.br/leisenegocios/tag/abilio-diniz/> Acessado em 28/05/2011.

FELTRIN, Luciano. **Com Apoio do Judiciário, Arbitragem Deslança**. Jornal Brasil econômico. 2010. Disponível em: <http://www.info4.com.br/gomateria.asp?cod=478884&nome=1432&cliente=1731&a=1432&c=1731&pag=3&m=478884> Acessado em 05/06/2011.

FREIRE E ALMEIDA, D. **ARBITRAGEM INTERNACIONAL**. 2007. Disponível em: www.lawinter.com/312007dfalawinter.htm Acessado em 24/05/2011.

GABBAY, Daniela M.; ALVES, Rafael F.e LEMES, Selma F.Projeto de Pesquisa parceria FGV/ CBar **“Arbitragem e Poder Judiciário”**. 2008 Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Relatorio_final_pesquisa_GV_CBAR.pdf Acessado em 07/06/2011.

ICA - Internacional Court for Arbitration. **Facts and Figures on ICC Arbitration - 2009 Statistical Report** . February 2010. Disponível em:
<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704> Acessado em: 07/06/2011.

ICA Internacional Court for Arbitration. **Resolving Business Disputes Worldwide**.2002 Disponível em:
http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/810_Anglais_05.pdf Acessado em 07/06/2011.

Jornal Diário Comércio, Indústria e Serviço. **Arbitragem e Mediação já têm 22 mil processos acumulados**. CAMARCOM. 2007. Disponível em
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Mq9dmK5He74J:www.camarc.com.br/artigos_int.php%3Fid%3D150+principais+arbitros+nas+camaras+de+arbitragem+internacional+no+brasil+sao+advogados&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br Acessado em 30/05/2011.

LEMES, Selma Ferreira; Wald, Arnaldo “**Arbitragem Comercial Internacional – a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**”. 2011.SARAIVA. Sobre a Obra Disponível em:
http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/produto.dll/detalhe?PRO_ID=3453676&PA_C_ID=9253 Acessado em 03/06/2011.

LEMES, Selma Ferreira. **O Desenvolvimento da Arbitragem no Brasil e no Exterior**. 2003. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto602.pdf> Acessado em 30/05/2011.

LEMES, Selma. **O que mudou nos 13 anos de Lei de Arbitragem**. Valor Econômico – 01/12/2009. Disponível em <http://www.caesp.org.br/site/o-que-mudou-nos-13-anos-de-lei-de-arbitragem/> Acessado em 30/05/2011

MAGRO, Maíra. **Arbitragem Internacional Feita no Brasil Vale Como Sentença Local**. CNJ. 2011.Disponível em
<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=172338&iABA=Not%EDcias&exp> Acessado em 20/05/2011.

MAGRO, Maíra e LOURENCAO, Gustavo. **Arbitragem no Brasil**. STF. Supremo Tribunal em Debate 07/06/2011. Disponível em:
<http://supremoemdebate.blogspot.com/2011/06/arbitragem-no-brasil.html> Acessado em 08/06/2011

OPORTO, Silvia Fazzinga e VASCONCELLOS, Fernando. **ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**. P.7. Disponível em
<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf> Acessado em 24/05/2011.

REVISTA PORTAL FATOR. **Luiz Fux (STJ) em palestra no Rio de Janeiro Aborda sentença arbitral estrangeira na CNC**. Revista portal fator. 05/09/2008. Disponível em:
http://www.revistafator.com.br/ver_noticia.php?not=51941 Acessado em 27/05/2011.

SANTOS, Mauricio Gomm. **O Brasil na arbitragem internacional**. Jornal Gazeta do Povo. 2010. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/colunistas/conteudo.phtml?id=1041171> Acessado em 28/05/2011.

SANTOS, Maurício Gomm. Soluções Empresariais. **Brasil é Um dos Maiores Usuários da Arbitragem**. Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2703> Acessado em 26/05/2011.

SARMENTO, Roselaine dos Santos. **Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros no Brasil**. Dissertação de pós-graduação UCB. Brasília 2007 Disponível em: http://www.bdt.d.ucb.br/tede/tde_arquivos/9/TDE-2007-05-23T101103Z-455/Publico/Texto%20Completo.pdf Acessado em 26/05/2011.

STJ. **Informativo de Jurisprudência**. 23 a 27 de Maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD='0474'&tipo=informativo> Acessado em 28/05/2011.

TEIXEIRA, José Eduardo Lazary. **Arbitragem e Conflitos no Comércio Eletrônico: solução judicial ou arbitral?** Mediação e Arbitragem no Mercosul.– Palestra proferida na Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 11 e 12 de setembro de 2000, capturada na Internet em 27/05/2011 no site <http://www.noronhaadvogados.com.br/pal01jtp.htm>

VIEIRA, Antonio Vicente. **Desenvolvimento da arbitragem na atualidade brasileira**. Revista Jus Vigilantibus, 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/38958> Acessado em 03/06/2011

INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA DO LAUDÊMIO DOS TERRENOS DE MARINHA

LUANA FREITAS DA ROSA, advogada graduada na Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. *E-mail:* luh_fr@hotmail.com

RESUMO

Estudo acerca do cabimento da cobrança do Laudêmio e renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*, no valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel pela União, nos terrenos considerados de marinha. O presente artigo pretende desenvolver reflexão acerca do tema, incitando a revisão de conceitos justificadores da sua admissibilidade frente ao ordenamento jurídico pátrio atual. O artigo está dividido em quatro seções. Na primeira seção faz uma breve explanação do que são os terrenos de marinha. A segunda parte trata dos institutos da enfiteuse ou aforamento, institutos estes em que são previstos a cobrança do Laudêmio e da renda anual. O terceiro capítulo trata sobre a exigência da cobrança do laudêmio pela União e por fim o quarto capítulo que se refere a ilegalidade dessas cobranças.

Palavras chaves: terreno de marinha, enfiteuse ou aforamento, laudêmio, ilegalidade.

SUMÁRIO

Introdução - 1. terrenos de marinha - 2. Enfiteuse ou aforamento – 3. Laudêmio - 4. Ilegalidade do laudêmio nos terrenos de marinha 5 – Considerações Finais - Referências bibliográficas

Introdução:

Os terrenos de marinhas são aqueles situados a 33 metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha da preamar-médio de 1831. Esses terrenos são considerados bens dominicais e são utilizados por particulares para fins civis e têm como objetivo a defesa nacional.

Para ocupação desses imóveis por particulares é cobrado, pela União, a título de obrigação pecuniária, o laudêmio, e uma renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*.

A cobrança dessas obrigações só é prevista no instituto de Direito Civil chamado enfiteuse ou aforamento.

A discussão proposta por esse estudo visa ressaltar a exigibilidade dessas obrigações, pois o instituto da enfiteuse ou aforamento trata da permissão dada ao proprietário de entregar a outrem todos os direitos, ou seja, o domínio útil do imóvel, que não é o caso dos terrenos de marinha.

1. Terrenos de Marinha:

Os terrenos de Marinha são terrenos de domínio da União, previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 20, VII, que recepcionou o Decreto-Lei nº 9.760/46, e se constituem bens públicos dominicais:

"Art. 20. São bens da União: VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos¹";

O diploma legal de 1946, determina que, quando certos os interessados no procedimento demarcatório de terras de marinha, na delimitação da Linha Preamar Média de 1831, em seu artigo 2º:

"Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das mares"

Esses terrenos considerados da marinha têm como objetivo, "unicamente, a fins de defesa nacional, sem restringir a competência estadual e municipal no ordenamento territorial e urbanístico dos terrenos de marinha, quando utilizados por particulares para fins civis²".

Para ocupação desses imóveis por particulares é cobrado, pela União, a título de obrigação pecuniária, o *laudêmio*, que possui fato gerador as transações onerosas, compra e venda, *dação em pagamento*, *permuta*, etc; e uma renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*, no valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel.

2. Enfiteuse ou aforamento

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

² MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 491

A enfiteuse ou aforamento é instituto do Direito Civil e consiste na permissão dada ao proprietário de entregar a outrem todos os direitos, ou seja, o domínio útil do imóvel, de tal forma que o terceiro que recebeu (enfiteuta) passe mediante pagamento de uma pensão ou foro ao senhorio. Assim, pela enfiteuse o foreiro ou enfiteuta tem sobre a coisa alheia o direito de posse, uso, gozo perpétuos e inclusive poderá alienar ou transmitir por herança.

Segundo Meirelles: “aforamento ou enfiteuse é o direito real de posse, uso e gozo pleno da coisa alheia que o titular (foreiro ou enfiteuta) pode alienar e transmitir hereditariamente, porém com obrigação de pagar perpetuamente uma pensão anual (foro) ao senhorio direto³”.

Para o foreiro são impostas obrigações, como pagar o laudêmio, que paga ao senhorio direto quando ele renuncia reaver esse domínio útil; e um domínio de renda anual, chamada foro, cânon ou pensão, Assim descreve a professora Yoshikawa:

“Ao foreiro são impostas duas obrigações, uma está no dever de pagar ao senhorio uma prestação anual, certa e invariável denominada *foro*, *canon* ou *pensão*; e a segunda obrigação está em dar ao proprietário o direito de preferência, toda vez que for alienar a enfiteuse. Se o senhorio não exercer a preferência terá direito ao laudêmio, ou seja, uma porcentagem sobre o negócio realizado, a qual poderá ser no mínimo de 2,5% sobre o valor da transação ou chegar até 100%⁴”.

Sobre essas obrigações também leciona Celso Antônio Bandeira de Melo:

“O proprietário da coisa denomina-se senhorio e seu domínio é chamado direto. O beneficiário do direito real denomina-se foreiro ou enfiteuta e seus direitos sobre as coisas são designados como domínio útil. A renda que anualmente pagará ao senhorio chama-se *foro*, *cânon* ou *pensão*, e corresponde a 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel; se por três nos consecutivos ou quatro intercalados deixar de pagá-la sofre o comisso, isto é, a perda do aforamento, consolidando-se o domínio pleno em favor do proprietário⁵”.

Ressalte-se que o Novo Código Civil proibiu a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, não só sua cobrança, como força a extinção do instituto, nos termos do dispositivo abaixo:

³ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 471

⁴ YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedrosa Yoshikawa, O que se entende por enfiteuse?. Disponível em : http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090123124459587. Acesso em: 14/05/2009.

⁵ Melo, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 628

“Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações⁶”;

Assim, o CC/2002 não extinguiu as enfiteuses existentes, mas impossibilitou a instituição de novas.

No entanto, o dispositivo acima referido não se aplica às enfiteuses de terras públicas e de terrenos de marinha, que nos termos do parágrafo 2º do artigo 2.038 são regidas por lei especial. Portanto, sob as regras do Decreto Lei 9.760/46, o Poder Público continua podendo instituir enfiteuses de terras públicas e neste caso a prestação anual será de 0,6% sobre o valor atual do bem e Lei 9.636/98.

3. Laudêmio

Meirelles descreve laudêmio como:

“Importância que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto quando ele, senhorio, renuncia seu direito de reaver esse domínio útil, nas mesmas condições em que terceiro o adquire. Sempre que houver pretendente à aquisição do domínio útil, o foreiro é obrigado a comunicar a existência desse pretendente e as condições de alienação, para que o senhorio direto – no caso, o Estado – exerça seu direito de opção dentro de trinta dias, ou renuncie a ele, condenando com a transferência a outrem, caso em que terá direito ao laudêmio (CC, art. 683) na base legal ou contratual (CC, art 686)”⁷

No entanto, ressalta-se que o laudêmio é instituto próprio da enfiteuse ou aforamento (art. 2.038 do Código Civil), a qual não se confunde com a ocupação.

Em relação à exigibilidade do laudêmio, observa-se que o imóvel está sujeito ao regime de ocupação.

O Decreto-Lei nº 2.398, de 21.12.87, em seu artigo 3º, estabelece:

“Dependerá do prévio recolhimento de Laudêmio, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento), do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de

⁶ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 471

direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim a cessão de direitos a eles relativos”.

Como visto, o laudêmio incide somente na hipótese de transferência onerosa do domínio útil, situação afeta ao aforamento, pois formalmente existe o registro no SPU de ocupação.

Entende-se, por domínio útil, a posse, uso, gozo e disposição do bem imóvel, características do aforamento.

Orlando Gomes define a enfiteuse (aforamento) “como o direito real sobre as coisas alheias que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com obrigação de pagar ao dono da coisa renda anual e a de conservar-lhe a substancia⁸”.

Em outras palavras, é o direito real alienável sobre coisa alheia, em que o foreiro detém o domínio útil do imóvel, e a conferência deve ser perpétua.

Desse modo, não se pode confundir o instituto da enfiteuse ou aforamento com a simples ocupação de terreno da marinha, que é posse *não ad usucapionem*, que pode ser retomada a qualquer tempo pelo titular direto.

4. Da ilegalidade da cobrança do Laudêmio

Como já analisado, a simples ocupação dos terrenos de marinha não pode ser confundida com a enfiteuse ou aforamento, pois a utilização desses imóveis não é perpétua, podendo ser retomados a qualquer tempo pelo titular direto. Por outro lado, na cessão de utilização do bem público não há direito de opção e preferência do proprietário enfiteuta para retomada do domínio útil do imóvel.

Ressalte-se, ainda, que somente em casos de enfiteuse ou aforamento é permitido a cobrança das taxas de laudêmio e renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*, no valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel. Não é o caso dos terrenos de marinha, que se trata de mera ocupação.

⁸ GOMES, Orlando. Direitos Reais, ed. Forense, 1958, p 397 apud Melo, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 627.

A Quarta Turma do TRF da 4ª Região já se manifestou sobre a ilegalidade da cobrança do laudêmio. Nesse sentido, segue abaixo voto proferido pela Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler (AC n.º0000044-28.2010-404.7208/SC), que esclarece a questão:

"A cobrança de laudêmio somente se afigura legítima nos casos de aforamento, por ocasião da transferência do domínio útil. A situação dos autos possui natureza jurídica diversa, qual seja, a ocupação de terras de marinha. E, nesses casos, revela-se descabida a cobrança do laudêmio. É que laudêmio é instituto próprio da enfiteuse ou aforamento (art. 2.038 do Código Civil), a qual não se confunde com a ocupação. Ao contrário da enfiteuse, que é direito real alienável sobre coisa alheia, em que o foreiro detém o domínio útil do imóvel, a simples ocupação de terreno da marinha é posse não ad usucapionem, que pode ser retomada a qualquer tempo pelo titular direto.

O Decreto-Lei nº 2.398/87, que trata sobre a cobrança de laudêmio em tais transferências de imóveis, em seu art. 3º assim dispõe: Dependerá do prévio recolhimento do laudêmio, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem assim, a cessão de direito a eles relativos.

Assim, verifica-se que a cobrança laudêmio está vinculada apenas aos imóveis sujeitos ao regime de aforamento. Sobre a questão, transcrevo precedentes desta Turma: DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL DA UNIÃO OCUPADO. COBRANÇA DE LAUDÊMIO. INEXIGIBILIDADE.

É inexigível a cobrança de laudêmio a propósito da transferência onerosa entre vivos de direitos sobre benfeitorias construídas sobre terrenos da União diante de simples hipótese de ocupação. (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.08.001465-1/SC, RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, D.E. 01/12/2009) ADMINISTRATIVO. TERRENO DA UNIÃO. COBRANÇA DE LAUDÊMIO. REGIME DE OCUPAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. O Decreto-Lei 2.398/87, por seu art. 9º, revogou expressamente o art. 130 do Decreto-Lei 9.760/46, que dava ensejo à cobrança do laudêmio para os imóveis não-foreiros, submetidos ao regime de mera ocupação⁹".

Ainda:

“ADMINISTRATIVO. LAUDÊMIO SOBRE TRANSFERÊNCIA ONEROSA DE APARTAMENTO CONSTRUÍDO SOBRE TERRENO DE MARINHA OCUPADO. INVALIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO. Nos termos do art. 686 do Código Civil, *o laudêmio é instituto jurídico afeito à enfiteuse ou aforamento, sendo descabida, portanto, sua cobrança sobre a transferência de apartamento construído sobre terreno de marinha, apenas ocupado pelo alienante, haja vista não haver transferência de domínio útil*¹⁰".

⁹ TRF4, AC 2006.72.08.005281-0, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 16/06/2008".

¹⁰ TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 2000.04.01.134360-6/SC, Relator Juiz Federal Francisco Donizete Gomes, Terceira Turma, DJU de 02/07/2003

“ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE LAUDÊMIO SOBRE A TRANSFERÊNCIA ONEROSA DE TERRENO DE MARINHA OCUPADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA LEGAL.

1. *Não incide o laudêmio nas transferências a título oneroso, de imóveis não aforados, caracterizados como terrenos de marinha.* O Decreto-lei 2.398/87, ao dispor integralmente sobre a matéria, revogou de forma implícita o Decreto 14.595, de 1920, que previa a cobrança do foro sobre terrenos meramente ocupados. A exigência, atualmente, pressupõe a existência de enfiteuse, pois estabelece a incidência na hipótese de transferência de domínio útil. Este, por ser atributo jurídico, não surge com a mera ocupação, especialmente de terrenos de propriedade do Estado. 2. Na hipótese, ademais, já houve o pagamento do laudêmio quando da transferência dos terrenos, que foram trocados por área construída, não se podendo cogitar de dupla incidência, especialmente na hipótese de permuta, que restou configurada. 3. *Apelação provida*¹¹.

Em recente decisão de 15 de junho de 2010, a Segunda Turma do STJ, sob o relatório da Exma. Ministra Eliana Calmon, em sede de Recurso Especial nº 1.190.970 - SC (2010/0073560-8), julgou a inexigibilidade da cobrança de laudêmio em transferência onerosa entre vivos sobre imóveis da União. Em razões, afirma não configurar incidência de laudêmio nas negociações quando envolvidos imóveis da União. As concessões e permissões de uso dos imóveis da União não se constituem Enfiteuse, por ser mera tolerância da União.

Entendem os Tribunais que na modalidade de cessão de utilização do bem público não há direito de opção e preferência do proprietário enfiteuta para retomada do domínio útil do imóvel. Assim, não admite a cobrança de laudêmio na transferência do direito de ocupação de terreno de marinha. A propósito:

“ADMINISTRATIVO – LAUDÊMIO – MERA TOLERÂNCIA – OCUPAÇÃO DE TERRENO DE MARINHA – INEXISTÊNCIA DE DESDOBRAMENTO DA POSSE, DE CONTRATO OU DE TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO ÚTIL A TÍTULO ONEROSO – NÃO-CONFIGURAÇÃO DO LAUDÊMIO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRÁ-LO.

1. O laudêmio era instituto do Direito Civil consistente em uma compensação financeira que a lei permite, caso contratado, para o possuidor direto exigir, sempre que optar por não exercer o direito potestativo de opção e preferência em caso de alienação pelo proprietário-enfiteuta, do domínio útil do imóvel aforado. 2. *No caso dos autos, incabível a cobrança de laudêmio, por estar diante de situação jurídica diversa das hipóteses legais, uma vez que impossível falar-se em laudêmio quando existe ocupação de terrenos de marinha, por mera tolerância da União.* Ainda assim, o laudêmio não pode ser cobrado quando não existe transferência a título oneroso. 3. Assim, não se há falar sequer em posse direta, mas em mera tolerância para o uso do

¹¹ TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 2000.04.01.073095-3/PR, Reladoras Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, Terceira Turma, DJU de 25/04/2002

bem público. Se não existe prévia alienação do domínio útil, ou seja, prévio desdobramento da posse, impossível pretender ver aí a instituição de laudêmio. Agravo regimental improvido¹².

DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSFERÊNCIA DE TERRENO DA UNIÃO OCUPADO. COBRANÇA DE LAUDÊMIO. INEXIGIBILIDADE. *É inexigível a cobrança de laudêmio a propósito da transferência onerosa entre vivos de direitos sobre benfeitorias construídas sobre terrenos da União diante de simples hipótese de ocupação.*

Nota-se, assim, que as cobranças dos laudêmios no valor de 5% nas transações feitas e a renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*, no valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel, são consideradas institutos da enfiteuse ou aforamento, o que não é o caso dos terrenos de marinha, pois são bens públicos dominicais, próprios da União, podendo ser retomados a qualquer tempo pelo titular direto.

5. Considerações Finais:

Todos os terrenos com uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831, os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; e os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das mares são considerados terras da marinha, ou seja, bens da União, por força da Constituição Federal artigo 20, VII e Decreto Lei 9760/46.

Esses terrenos têm como objetivo a defesa nacional e são utilizados por particulares para fins civis, ou seja, são considerados bens dominicais.

Ao longo dos anos, a União vem cobrando dos particulares que detêm a posse desses terrenos a título de obrigação pecuniária: o laudêmio e o chamado foro, cânon ou pensão.

Tanto o laudêmio como o foro são institutos da enfiteuse ou aforamento, o qual confere necessariamente direitos reais sobre coisa alheia perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio com obrigação de pagar ao dono da coisa renda anual e a conservação da substância no importe de 0,6% do valor atual do bem e o laudêmio correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno e das

¹² AgRg no REsp 926.956/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/12/2009, DJe de 17/12/2009

benfeitorias, a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias neles construídas, bem como a cessão de direitos a eles relativos (Decreto-Lei nº 2.398, de 21.12.87, em seu artigo 3º). Não é o caso dos terrenos de marinha.

A Quarta Turma do TRF da 4ª Região já se manifestou sobre a ilegalidade da cobrança do laudêmio em caso de terrenos de marinha. Em recente decisão de 15 de junho de 2010, a Segunda Turma do STJ, sob o relatório da Exma. Ministra Eliana Calmon em sede de Recurso Especial Nº 1.190.970 - SC (2010/0073560-8), julgou a inexigibilidade da cobrança de laudêmio em transferência onerosa entre vivos sobre imóveis da União.

Em razões, afirma não configurar incidência de laudêmio nas negociações quando envolvidos imóveis da União. As concessões e permissões de uso dos imóveis da União não se constituem Enfitêuse, por ser mera tolerância da União, podendo ser retomado a qualquer tempo pelo titular direto, bem como a cessão de utilização do bem público não há direito de opção e preferência do proprietário enfitêuta para retomada do domínio útil do imóvel.

Assim, as cobranças dos laudêmios no valor de 5% nas transações feitas e a renda anual, chamada de *foro*, *cânon* ou *pensão*, no valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel são consideradas institutos da enfitêuse ou aforamento o que não é o caso dos terrenos de marinha, ou seja, essas cobranças feitas pela União são inexigíveis.

Referências Bibliográficas:

AgRg no REsp 926.956/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/12/2009, DJe de 17/12/2009

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro.

Legislação Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04 jul 2011.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de set de 1946. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del9760compilado.htm. Acesso em 04 de jul de 2011.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. *Novo Código Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 05 de jul de 2011. *Acesso em 04 de jul de 2011*.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Melo, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso Yoshikawa, *O que se entende por enfiteuse?*. Disponível em : http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090123124459587. Acesso em: 05 de jul de 2011.

BRASIL. Lei 9.636/98, de 15 de maio de 1998, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9636.htm. *Acesso em 04 de jul de 2011*.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/Del2398.htm JOSÉ SARNEY Mailson Ferreira da Nóbrega. *Acesso 04 de jul de 2011*

TRF4, AC 2006.72.08.005281-0, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 16/06/2008)".

TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 2000.04.01.134360-6/SC, Relator Juiz Federal Francisco Donizete Gomes, Terceira Turma, DJU de 02/07/2003.

TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 2000.04.01.073095-3/PR, Reladoras Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, Terceira Turma, DJU de 25/04/2002.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CÁRCERE: DO ISOLAMENTO ABSOLUTO À LEI DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

HERCÍLIO ALEXANDRE DA LUZ NETO. Advogado inscrito na OAB/SC sob o n. 28.236. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela UNISUL. Pós-graduado no Módulo I da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Cursando o Módulo II da ESMESC, com ênfase em prática jurídica.

RESUMO

Trata-se de breve estudo acerca da novel lei “das prisões”, com o imediato recebimento da mídia e sociedade em geral, seus reflexos no âmbito administrativo e judicial, abordando as novas medidas cautelares penais.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Medidas Cautelares. Lei nº 12.403/11.

SUMÁRIO

1. Evolução histórica do cárcere: do isolamento absoluto à lei das novas medidas cautelares penais – 2. Do novo procedimento da prisão em flagrante – 3. Das novas medidas cautelares penais – 4. Descumprimento das medidas cautelares penais – 5. A medida cautelar penal de fiança – 6. Derradeiras considerações – Bibliografia Correlata

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CÁRCERE: DO ISOLAMENTO ABSOLUTO À LEI DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

No último dia 4 de julho do corrente ano, iniciou-se a vigência da nova Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual a mídia denominou de “lei das prisões”.

Prefacialmente, é de bom tom salientar que a antedita nova norma legal não está enquadrada naquelas denominadas “Leis do Pânico”; estas leis formuladas sob forte pressão da opinião pública, as quais invariavelmente atropelam os direitos e garantias dispostos em nossa Magna Carta, com o claro e manifesto escopo de fazer valer a teoria das “Leis do Prendo e Arreberto e da Tolerância

Zero”, ignorando, por completo, o princípio constitucional da presunção de inocência, deixando de dar ao processo penal sua verdadeira finalidade, qual seja, um instrumento garantidor dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos em face do poder de punir do Estado.

Nessa esteira, esta lei, ao contrário da regra sobredita, procede de projeto antigo, fruto de reflexões e debates de notáveis juristas.

Trata-se, pois, de projeto decorrente de comissão formada pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e Rui Stoco.

Um dos maiores destaques da Lei nº 12.403 – e porque não dizer o maior – foi o aumento das medidas cautelares penais até então concentradas, principalmente, na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança, insculpida no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP).

A opinião pública, guinada pela ignorância técnica e sensacionalismo da grande mídia, provocou um alvoroço demasiadamente desnecessário na população, no sentido de que ocorreria uma liberdade em massa da população carcerária, colocando em risco a ordem pública e as pessoas de bem de nossa sociedade.

Ocorre que, a novel lei processual penal representa avanço do sistema, uma vez que oferta ao magistrado, além da excepcionalíssima prisão provisória, 09 (nove) medidas cautelares penais, as quais serão aplicadas em conformidade com o caso concreto, evitando assim um encarceramento provisório.

Colhe-se posicionamento de GUILHERME NUCCI: “a Lei 12.403 trouxe mais vantagens que pontos negativos” 2. A bem da verdade, indubitável dizer que inexistente qualquer impacto imediato no mundo fático, visto que, de há muito, os juízes criminais têm analisado criteriosamente os autos de prisões em flagrante, ex vi da Resolução n. 66 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 3. O que animou o trabalho da comissão legislativa foi buscar a mudança da cultura da prisão processual, reservando-a aos casos realmente necessários (princípio da proporcionalidade). Ainda que a população brasileira, de fato, seja favorável à prisão provisória de forma irrestrita, sobretudo aos casos veiculados pela imprensa e que, por isso, causam indignação geral, deve ter-se em conta que a

sociedade brasileira elegeu um modelo constitucional altamente democrático. Com a Constituição cidadã de 1988, nosso país é regido por garantias processuais, nomeadamente do devido processo legal (due process of law), da ampla defesa e contraditório e, no processo penal, pelo princípio da presunção da inocência (ou da não-culpabilidade) até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Como tem sido afirmado em várias ocasiões pelo Ministro Marco Aurélio de Melo”. (NUCCI, Guilherme de Sousa. *Prisão e liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT)

Nesse liame, a prisão cautelar deve ser colocada em seu devido lugar, ou seja, como uma verdadeira exceção, sem que, com isso, haja qualquer interesse em fomentar a impunidade, porquanto as prisões processuais serão sempre aplicadas pelo Poder Judiciário, quando, é claro, se fizerem necessárias.

Extraí-se uma faraônica diferença entre esta lei para o sistema do Código de Processo Penal de 1941, frise-se, anterior a Constituição Federal de 1988. LUIZ FLAVIO GOMES e IVAN LUÍS MARQUES, em sua novel doutrina, assim esclarecem: “No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original)”.

Destarte, a alcunhada “lei das prisões” encerra uma fase do sistema processual penal brasileiro, qual seja voltada para o cárcere provisório, onde muitas vezes a liberdade provisória era a exceção, inaugurando a fase das medidas cautelares penais.

O objetivo da novel lei, sem estreme de dúvidas, não é deixar de lado a prisão cautelar; é fazê-la coexistir com as demais medidas cautelares de forma excepcional, sendo a última das medidas aplicáveis.

Exemplificando o presente estudo, o novel artigo 282 do CPP, segundo o qual as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Ou seja, as novas medidas cautelares penais deverão obedecer ao binômio

“necessidade + adequação”.

Importante também salientar que consoante dados levantados até o final de 2010, do total aproximado de 500.000 presos no sistema carcerário brasileiro, 44% referem-se a presos provisórios. Assim, a mudança legislativa se fazia necessária, uma vez que destes números, extrai-se a absurda inobservância de nossa carta magna.

2. DO NOVO PROCEDIMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

De acordo com o § 1º do artigo 306 do CPP, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral à Defensoria Pública. De novo, a comunicação da prisão em flagrante deve, doravante, ser comunicada não só ao juiz, mas ao Ministério Público, à família do preso ou à pessoa por ele indicada e, caso não informe o nome de seu advogado, à Defensoria Pública.

Tocante ao procedimento a ser adotado pelo Poder Judiciário, o parágrafo único do artigo 310 do CPP passa a descrever que o juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, deverá relaxá-la, se ilegal; convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os fundamentos legais, substituí-la por medidas cautelares penais.

Desse modo, a autoridade policial continua a ter poderes para lavrar o auto de prisão em flagrante, exceto nos casos legais que se refiram a delitos de competência dos juizados especiais criminais, de menor potencial ofensivo, quando, via de regra, o envolvido é colocado em liberdade, sob o compromisso de comparecer em juízo quando chamado a tanto, lavrando-se termo circunstanciado (TC).

Segundo FERNANDO CAPEZ, “o que de substancial se altera é que a prisão em flagrante passa a ter natureza pré-cautelar ou passa a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas”.

Ressalta EDILSON MOUGENOT BONFIM que: “Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em prisão”.

Insta dispor que, com a vigência da nova lei, o magistrado não homologar o flagrante mantendo automaticamente o indiciado preso. Deve analisar se é o caso de colocar o preso provisório em liberdade, se deve decretar-lhe a prisão preventiva ou se deve aplicar as medidas cautelares penais alternativas, o que deverá fazê-lo de forma criteriosa com relação aos processos que se encontram em andamento e que envolvam presos provisórios apenas por força de prisão em flagrante.

Especificamente neste ponto é que ecoam a “revolta” da opinião pública, talvez pela sua ignorância técnica, seu desconhecimento da CF/88 e, certamente, alimentada pela grande mídia. O que parece cristalino, é que desde a Resolução nº 66 do CNJ, os magistrados têm realizado o exame pontual de todas as comunicações de prisões em flagrante. Isto significa dizer que, a princípio, todos os presos provisórios atuais passaram pelo crivo da análise judicial, não havendo razão para a propagada liberdade em massa da população carcerária.

3. DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

As medidas cautelares, como sabido, são providências adotadas pelo Estado-juiz com o fito, de, em última razão, assegurar o resultado útil do processo. São medidas instrumentais que servem a manter incólume a entrega efetiva e concreta da prestação jurisdicional.

Aliada desta conjuntura, têm por características a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade.

No caso do processo penal, não são novidades, pois já existiam sob o título de medidas assecuratórias, consoante os artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal.

O artigo 319 do CPP contemplou o sistema processual penal com 09 (nove) medidas cautelares penais, que, s.m.j, são exemplificativas, porquanto deve ser possível ao magistrado adequá-las, de forma fundamentada, ao caso concreto, com o intuito de obter a máxima eficácia do sistema processual penal. São elas:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias

relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária à investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória de acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Além dessas medidas específicas, o art. 320 do CPP também cuida de outra medida, qual seja a proibição de ausentar-se do país.

A alteração legislativa veio em boa hora, modificando o sistema existente até então (prisão cautelar e liberdade) e criando um novel sistema, pautado no respeito aos comandos constitucionais.

Conforme o supra aduzido, não se trata de medidas que haverão de fomentar a impunidade. Pelo contrário. As medidas passam a coexistir com o instituto das prisões cautelares, dentro de um sistema que, se bem entendido, tem tudo para aprimorar os mecanismos de efetividade do processo penal.

Veja-se o equívoco daqueles que estão a vociferar que, agora, o infrator de delitos de baixo potencial ofensivo (crimes com penas máximas abaixo de 4 anos) poderão reiterar a prática criminosa por várias vezes de forma impune. Sabe-se que o direito deve ser interpretado de forma coerente (regra básica de hermenêutica). Esta lei foi engendrada por comissão formada por grandes juristas contemporâneos que bem sabem, obviamente, depreender a visão sistêmica do processo penal brasileiro. Para tanto, basta lembrar que uma das medidas é a própria obrigação de comparecimento regular em juízo para comprovar suas atividades (lícitas). Logo, as novas medidas, de sorte alguma, beneficiam aqueles que são contumazes em atividades ilícitas.

4. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

Outra discussão surgida diz respeito aos casos de descumprimento dessas medidas. Pode o magistrado automaticamente convertê-la em prisão preventiva, independe da pena prevista em abstrato? Para alguns, seja qual a pena para o delito em abstrato, pode o magistrado convertê-la em casos tais, sob pena de a nova sistemática cair em descrédito.

Para outros, deve ser respeitado os termos do art. 313, inciso I, do CPP, que admite a prisão preventiva apenas aos crimes que tenham pena máxima superior a 4 anos de prisão, pois, a não ser assim, haveria a permissibilidade de prisão preventiva até em crimes culposos.

Penso em consonância com a segunda corrente, uma vez que o legislador foi claro em não permitir a prisão provisória em delitos com a pena máxima em abstrato de até 4 anos, sendo imperioso o respeito a tal comando normativo, haja vista que outras medidas cautelares podem ser tomadas a fim de “forçar” o acusado a cumpri-las.

Há entendimentos contrários, cite-se LUIZ FLÁVIO GOMES: “[...] A prisão preventiva é a última medida cabível. Tudo deve fazer o juiz para não chegar a esse extremo, mesmo quando o acusado descumprir suas obrigações. O primeiro dever do juiz consiste em substituir a medida descumprida, caso encontre no ordenamento jurídico uma outra que possa atender a finalidade almejada (princípio da adequação). Pode ser que a medida antes imposta tenha sido inadequada (inadequação qualitativa ou subjetiva). Constatada a inadequação da medida anterior, compete ao juiz substituí-la. Sem embargo, uma vez preso preventivamente, nada impede que o interessado formule o requerimento de revogação de prisão preventiva, sob a demonstração da desnecessidade da medida excepcional”.

5. A MEDIDA CAUTELAR PENAL DE FIANÇA

Houve um grande destaque da lei em comento ao instituto da fiança, restabelecido com grande força pela nova sistemática. É ressaltado que a fiança perdeu bastante sua utilidade com a então redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

A fiança pode ser concedida pela autoridade policial e pelo magistrado. Conceder-se-á a fiança pela autoridade policial, na fase investigativa, nos casos de infrações punidas com penas privativas de liberdade de até 4 anos (art. 322). No entanto, se houver recusa ou demora pelo delegado, o requerimento poderá ser dirigido ao juiz competente, que deve decidir em 48 horas (art. 335).

Nos casos de crimes com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, a fiança só poderá ser arbitrada pelo juiz, no prazo de 48 horas, sem oitiva do Ministério Público, que deverá ser intimado a posteriori (art. 322, parágrafo único).

Nessa esteira, a fiança se robustece para garantir a indenização à família da vítima e, também, como caráter intimidativo do investigado, ou acusado, porque, em caso de descumprimento das medidas cautelares, perderá metade do valor recolhido (art. 343) e, caso não se apresente para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, perder-lo-á por completo (art. 344).

Colhe-se lição de MOUGENOT BONFIM: “Condenado definitivamente o réu, a fiança servirá para o pagamento das custas processuais, de eventual indenização obtida em ação civil ex delicto, da prestação pecuniária e, se imposta, da pena de multa. A fiança é cabível em qualquer crime, cujos valores haverão de ser fixados de forma proporcional à gravidade do crime e à situação econômica do infrator”.

De outra banda, insta também salientar que o juiz pode arbitrar a fiança, ainda que não existam fundamentos à prisão preventiva.

Ensina SILVIO MACIEL que: “mesmo que não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva o juiz pode decretar a fiança, como medida cautelar autônoma diversa da prisão. A fiança, portanto, recobrou sua importância como medida cautelar no processo penal”.

Sobre a fiança, ainda, o artigo 350 autoriza o magistrado a dispensar a fiança, mas impede que a

autoridade policial o faça.

Assim que, em caso de prisão em flagrante, haverá necessidade de o requerimento de dispensa da fiança arbitrada pela autoridade policial ser formulado ao magistrado, o que provocará um atraso no tempo de permanência da prisão cautelar.

Vale lembrar que, naturalmente, em qualquer caso de arbitramento de fiança pelo delegado, caberá ao juiz rever o ato e, inclusive, cassar a medida, quando reputar inadequada ao caso.

Ademais, nos casos de crimes considerados inafiançáveis – pena mínima em abstrato superior a 2 anos –, é possível a liberdade provisória, de acordo com o entendimento jurisprudencial, porém sem o pagamento de fiança. Afigura-se que, neste aspecto, a nova lei causou um disparate. Nesses crimes, considerados mais graves, o preso provisório acaba por ser beneficiado porque, não havendo fundamentos a autorizar a prisão preventiva, pode pleitear a liberdade provisória sem fiança, enquanto que, nos demais delitos, a regra é, em casos tais, o arbitramento da fiança.

6. DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

A novel Lei nº 12.4031/11 oferta ao magistrado criminal, além da prisão provisória, 09 (nove) outras medidas cautelares penais que trazem maior efetividade ao processo penal na medida em que permitem a sua fiel adequação a cada caso concreto.

As novas medidas cautelares penais estão vinculadas ao binômio “necessidade+adequação”. São elementos da “necessidade”: a) assegurar a aplicação da lei penal; b) conveniência da investigação ou da instrução criminal; c) evitar a prática de novas infrações penais. São elementos da “adequação”: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado.

A prisão provisória torna-se a ÚLTIMA medida cautelar aplicável, sendo excepcionalíssima, devendo o magistrado aplicá-la somente quando todas as outras medidas, de forma fundamentada, sejam absolutamente ineficazes para o caso concreto, respeitando-se os comandos constitucionais.

Em caso de descumprimento da medida cautelar penal pelo beneficiário, deve o juiz substituí-la automaticamente pela prisão preventiva (em casos de delitos com pena máxima em abstrato superior a 4 anos), exceto se não houver fundamentos para tanto e se não houver outra medida

cautelar penal que possa ser empregada de forma mais consentânea.

BIBLIOGRAFIA CORRELATA

BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Prisão preventiva na nova lei: polêmica à vista. [HTTP://capez.taisei.com.br](http://capez.taisei.com.br).

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.