

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

Volume 4 – Nº 10 – Julho/Dezembro – 1999



MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Dário Rocha

O DIREITO E O PROCESSO DO TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO

*Kylce Anne de Araújo
Pereira*



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife/PE – CEP 50070.070





**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA
DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ESMAPE**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070.070

DIRETORIA

Diretor:

DES. FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

Supervisor:

DR. VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Comum:

DR. LAIETE JATOBÁ NETO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Trabalhista:

DR. FREDERICO CORREA MARANHÃO

Coordenador do Curso de Deontologia:

DR. CARLOS HUMBERTO INOJOSA GALINDO

Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco:

DES. GILBERTO AUGUSTO CORRÊA GONDIM

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE PERNAMBUCO**

Volume 4 - Número 10
julho/dezembro - 1999

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Rev. da Esmape - Recife - V.4 Nº-10 - 003-463 - jul/dez. 1999 → 3

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL:

Presidente: Des. Francisco Dário Mendes da Rocha

Membros: Dr. Virgínio Marques Carneiro Leão

Dr. Laiete Jatobá Neto

Frederico Correa Maranhão

Dr. Carlos Humberto Inojosa Galindo

Coordenação Técnica e Editorial: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária)

Revisão: Euliene Staudinger Fone: (081) 2512684

Tiragem: 1.200 exemplares

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
E S M A P E

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elogica.com.br

www.esmape.com.br

EDIÇÕES



BAGAÇO

Produção Gráfica:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (081) 441.0132/441.0133/441.0134

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife :
ESMAPE, 1996 –
v. .Trimestral

Descrição baseada em: Ano 4, n.10 (jul/dez 1999)

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco

Josi/ESMAPE – TJ

CDD 340.05

CORPO DOCENTE

1º PERÍODO

FILOSOFIA DO DIREITO

Alexandre Ronaldo da Maia

Gustavo Just da Costa e Silva

Nelson N. Saldanha

Torquato da Silva Castro Júnior

SOCIOLOGIA DO DIREITO

Antônio Natanael M. Sarmento

Mirian de Sá Pereira

Olga Jubert da Cruz Gouveia

Stefano Toscano

PSICOLOGIA FORENSE

Alba Gomes Guerra

Paulo da Silveira Rosas

PORTUGUÊS E LINGUAGEM VERNACULAR

JURÍDICA

Maria Izabel Malheiros

Marlene Muniz Passos

DIREITO CONSTITUCIONAL

André Vicente Pires Rosa

Zélio Furtado da Silva

DIREITO ADMINISTRATIVO

Larissa Medeiros

Marcos Antônio Nery Azevedo

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira

Rafael José de Menezes

DIREITO PENAL I

Adeildo Lemos de Sá Cruz

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Flávio Augusto Fontes de Lima

Paulo César Maia Porto

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Alexandre Freire Pimentel

Lúcio Grassi de Gouveia

Nalva Cristina Campello

Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Adjar Francisco de Assis Júnior

João Olympio V. de Mendonça

Lúcio Flavo Brainer Jatobá

Silvânia Espéria da Silva

DIREITO DO CONSUMIDOR

Luiz Mário de Góes Moutinho

Raimundo Gomes Bens

Rosana Grimberg

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Adonis Costa e Silva

Cristiana Pragana Dantas

Hélio Sílvio Ourem Campos

Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Carlos Alberto Berriel Pessanha
Honório Gomes do Rego Filho
Nilzardo Carneiro Leão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
José Antônio Macêdo Malta
Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO COMERCIAL

Luiz de Freitas Lima
Vaudrilo Leal Guerra Curado

DIREITO CIVIL II

Brasílio Antônio Guerra
Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO PENAL II

Laiete Jatobá Neto
Mariana Vargas Cunha
Romualdo Marques Costa

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Artur Stamford da Silva
Paula Maria S. de O. Mendonça

ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

Eudes dos Prazeres França
José Alexandre de Vasconcelos Aquino
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

ECONOMIA POLÍTICA

Jorge Souza
Stefano Toscano

CIÊNCIA POLÍTICA

Palhares Moreira Reis

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Alexandre Freire Pimentel
Nilzardo Carneiro Leão

3º PERÍODO COMUM

DIREITO DA CRIANÇA E DA ADOLESCÊNCIA

Bartolomeu Moraes

Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado

Ruy Trezena Patú Júnior

DIREITO PENAL III

Antônio Carlos de Vasconcelos Coelho

Barreto Campello

Antônio Pedro Barreto Campello

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Mauro Jordão de Vasconcelos

Misael A. Montenegro Filho

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Albérico Gomes Guerra

Patrícia Tavares

PRÁTICA JUDICIÁRIA PENAL

Flávio Augusto Fontes Lima

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Joaquim Lustosa

José Viana Ulisses Filho

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL

Carlos Humberto Inojosa Galindo

Paula Mendonça

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota

Leopoldo de Arruda Raposo

Teodomiro Noronha Cardoso

LÓGICA JURÍDICA

João Paulo Allain Teixeira

DIREITO AMBIENTAL

Flávia Carolina de Souza Reis

3º PERÍODO TRABALHISTA

DIREITO DO TRABALHO I

Eneida Melo Correia de Araújo
Virgínia Malta Canavarro

DIREITO DO TRABALHO II

Bartolomeu Alves Bezerra
Paulo Dias Alcântara

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO I e II

Edmilson Alves da Silva
Milton Gouveia da Silva Filho

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Hermano Queiroz Júnior
Hugo Cavalcanti Melo

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO TRABALHO

Marupiraja Ramos Ribas
Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Agenor Martins Pereira
José Soares Filho

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá
Roberta Correia de Araújo

PRÁTICA JUDICIÁRIA E DE SENTENÇA TRABALHISTA

Frederico Correia Maranhão
José Luciano Aleixo da Silva

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Epaminondas da Câmara C. Neto
Mauri Delgado Chacon

*“A luz brilha na escuridão para aqueles que são
corretos, para aqueles que são bondosos,
misericordiosos e honestos”.*

(Salmos 112:4)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Dário Rocha 21

TEORIA 23

O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Alexandre da Maia 25

DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL

Alexandre Freire Pimentel 43

QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA

André Luiz Andrade Victor de Araújo 61

MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO – UMA VISÃO SUBSTANTIVA

Dário Rocha 107

CURSO DE CRIMES

Elzany Cintra de Moraes 119

INDECLINABILIDADE DO JULGAR <i>Flávio Augusto Fontes de Lima</i>	153
SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO? <i>Inês Cristina Selbmann</i>	179
O DIREITO E O PROCESSO DO TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO <i>Kylce Anne de Araújo Pereira</i>	209
A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE <i>Maria de Fátima de Carvalho Falcão</i>	233
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA <i>Maria Helena de Castro Oliveira</i>	263
CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO- CONCEITUAL <i>Ricardo Silveira Ribeiro</i>	281
O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL – A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO <i>Renato Pinheiro Filho</i>	305
INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO <i>Walber de Moura Agra</i>	331
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO <i>Zélio Furtado da Silva</i>	359

PRÁTICA	393
SENTENÇA CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO <i>Isaías Andrade Lins Neto</i>	395
SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA. <i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	409
SENTENÇA PENAL <i>Teodomiro Noronha Cardozo</i>	427
ÍNDICE ONOMÁSTICO <i>(Números de 1 a 10)</i>	445

APRESENTAÇÃO

Esta Revista da ESMAPE está em seu décimo número. Para aqueles que a iniciaram e para nós que a sequenciamos é um prazer mais que simplesmente intelectual o ler e mesmo o só tomar nas mãos este volume, como o fizemos com as edições anteriores. Há, no compulsar este número, um orgulho quase de construtor que vê nascer a obra parte a parte, embora tais partes sejam o contributo de tantas mentes que compuseram textos, muitos dos quais memoráveis e, outros tantos, pelo menos úteis.

Neste hora é necessário repartir emoções com todos aqueles que possibilitaram esta construção: os iniciadores da revista, os autores dos cerca de duzentos e cinquenta textos publicados nesses dez números, os que coletaram os trabalhos, os que os selecionaram. Primazia, é claro, para os autores, sem que aos outros não se agradeça o labor.

Muito obrigado.

Recife, dezembro de 1999.

Des. Dário Rocha
Diretor

APRESENTAÇÃO

Este volume é dedicado aos alunos que desejam conhecer a Teoria da Administração e os seus fundamentos. O conteúdo é apresentado de forma clara e objetiva, com exemplos práticos que facilitam a compreensão dos conceitos. O livro é dividido em capítulos que abordam desde os aspectos históricos da administração até as teorias modernas, passando por temas como a organização, o planejamento, o controle e a liderança. A linguagem é acessível e o texto é rico em informações, tornando-o uma excelente ferramenta para o estudo e a pesquisa na área.

O autor, com vasta experiência na docência e na pesquisa, busca proporcionar uma visão abrangente e atualizada da Teoria da Administração. O livro é adequado para cursos de graduação e pós-graduação, servindo como uma referência valiosa para estudantes e profissionais da área. A abordagem teórica é complementada por estudos de caso e exemplos de aplicação prática, permitindo que o leitor relacione os conceitos aprendidos com a realidade organizacional. A estrutura do livro é lógica e coerente, facilitando a navegação e a busca por informações específicas.

Este livro é uma obra de referência para todos aqueles que desejam aprofundar seus conhecimentos em Teoria da Administração.

Teoria da Administração
Autor

TEORIA

O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Alexandre da Maia
Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito
pela Faculdade de Direito do Recife- Universidade Federal
de Pernambuco – UFPE. Professor de Introdução ao Direito
na Faculdade de Direito de Olinda – AESO. Professor de
Filosofia do Direito da Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1- Por uma teoria geral do garantismo jurídico. 2- Acepções do termo "garantismo".
2.1 A primeira acepção do termo "garantismo". 2.1 A segunda acepção do termo. 2.3 O
ponto de vista externo. 3. A idéia da validade e vigência no direito: elementos formal e
substancial do garantismo. 4. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo
jurídico.

1. Por uma teoria geral do garantismo jurídico

O mundo jurídico vive hoje cercado de problemas que configuram uma crise. Em verdade, pode-se até dizer que vivemos crises jurídicas. Uma primeira crise é a mudança de paradigma de observação do fenômeno jurídico, haja vista que não mais se admite a idéia de direito baseada unicamente em parâmetros estatais¹.

1 Sobre o tema, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 84 s.

Considerando apenas os parâmetros estatais, especificamente no plano interno, percebe-se uma incapacidade cada vez mais patente de o chamado Estado de Bem-Estar suprir os problemas gerados a partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos esboçados como direitos fundamentais². No plano externo, há uma tentativa de imposição de modelos econômicos que buscam romper a noção de território e de mercado, alterando sobremaneira a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

Apesar de tais constatações, a teoria do direito não consegue dar respostas satisfatórias a esse pano de mudanças estruturais. De um lado, o positivismo, em sua vertente tradicional formalista, não dá vazão aos anseios de produção jurídica extra-estatal, o que é um fato em sociedades eminentemente periféricas³. De outro, o sociologismo exacerbado, que não consegue soluções para os problemas colocados, em virtude de se tentar privilegiar o social em detrimento do estatal, incorrendo no mesmo formalismo criticado *supra*.

Os parâmetros adotados pelo direito dogmático não mais se coadunam com uma possível essência jurídica. A própria noção de direito dogmático resta prejudicada em função do distanciamento com o social. O direito, como fenômeno complexo que é, não pode se restringir unicamente ao Estado como única forma legítima de produção

2 Para uma caracterização do problema, cf. ALEXY, Robert: **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 e HABERMAS, Jürgen: **Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío**. Buenos Aires: Amorrortu, 1975, ambos passim.

3 Sobre a idéia de modernidade central versus modernidade periférica, cf. NEVES, Marcelo: **A Crise do Estado: da Modernidade central à Modernidade Periférica - Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão**. **Revista de Direito Alternativo**, n. 3. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 64-78.

do fenômeno jurídico. O chamado “monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado” é cada vez mais uma pretensão⁴.

A partir dessa realidade eminentemente complexa de fins de século, pode-se dizer que as teorizações têm naufragado num vazio ontológico, sem se dar conta disso, pois, ainda assim, buscam fixar pontos inexoráveis de partida. Todavia, existe uma tentativa de explicação teórica do social e do jurídico sem se prender unicamente aos parâmetros dogmáticos, de um lado, e eminentemente extra-dogmáticos, de outro. A teoria garantista, ao nosso ver, muito embora carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que nos parecem superadas.

O autor centra sua abordagem partindo do pressuposto de que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No aspecto penal, destaca o autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais⁵. Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Todavia, seu conceito é mais complexo, como observaremos adiante.

Cria-se, pois, uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o garantismo seria forma de fa-

4 Para uma análise do direito dogmático, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio: **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: RT, 1980, pp. 95 s. e, do mesmo autor, **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, pp. 85-94.

5 FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

zer a junção entre elas, muito embora ele tenha como ponto de partida a distinção entre ser e dever-ser, que ocorre tanto no plano externo, ou ético-político, como também no plano interno, ou jurídico. Isto posto, há uma necessidade de uma justificação externa do modelo garantista⁶.

Claro que o garantismo teria influência não apenas no campo jurídico, mas também na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um arcabouço de normas jurídicas que dá poder ao Estado de punir em troca da “garantia dos direitos dos cidadãos”. Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico. O que é uma preocupação própria de muitas outras teorias do direito.

2. Acepções do termo “garantismo”

Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão*, estabelece as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal. Todavia, percebe que os pressupostos estabelecidos na seara penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, que se aplique, pois, a todo o direito e a seus respectivos ramos (administrativo, civil etc.).

A partir de tal conclusão, Ferrajoli busca estabelecer, nos dois últimos capítulos do referido livro, uma teoria do garantismo a partir das acepções do termo.

.....

⁶ Cf. KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, pp. 205 s., e, especialmente, para verificar a “estrutura escalonada” da ordem jurídica, 240 s.

2.1 A primeira acepção do termo “garantismo”

Inicialmente, a palavra garantismo, no contexto do trabalho de Ferrajoli, seria um “modelo normativo de direito”⁷. Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade, que – afirma o Autor – é a base do Estado de Direito.

Tal modelo normativo de direito é verificado em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o aspecto epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no aspecto político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito⁸.

No aspecto jurídico, percebe-se um dado curioso: o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Ou seja, mesmo com sua “potestade punitiva”, o Estado deve respeitar um elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito.

2.2 A segunda acepção do termo

Além de ser um modelo normativo de direito entendido nos planos político, jurídico e epistemológico, o ga-

.....

⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal* (n. 114), pp. 851 s. Cf. tb. FERRAJOLI, Luigi: *O Direito como Sistema de Garantias* in OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org): *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 89-109.

⁸ Cf. SCHELER, Max: *Ética – Nuevo Ensayo de Fundamentación de un Materialismo Ético*. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948, t.1, pp. 159216. Cf. tb. o site <http://members.aol.com/fringsmk/scheler3.htm>, que trata da vida e obra do filósofo alemão citado.

rantismo também pressupõe uma teoria que explique os problemas da validade e da efetividade. Sua teoria consiste em buscar aproximar tais elementos, muito embora parta do pressuposto de que são diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade.

Para ilustrar um exemplo desse último caso, pode-se observar que certas práticas adotadas por policiais não são dotadas de validade, como no caso de uma confissão obtida por meios não permitidos pelo Estado, como a tortura. Então, observando-se o sistema jurídico de modo tradicional, não-garantista, verifica-se que os graus de garantismo podem variar conforme o compasso (ou o descompasso) que vai existir entre a normatividade e a efetividade do direito.

Logo, como o garantismo não pode ser medido apenas por um referencial, Ferrajoli fala em graus de garantismo, pois ele seria maior se observássemos apenas as normas estatais vigentes sobre os direitos sociais em um país como o Brasil. Todavia, se o ponto de observação for o de sua aplicabilidade, o grau de garantismo diminui. Percebe-se, então, que o grau de garantismo depende do ponto de partida de observação do analisador.

Ocorre, todavia, que tal determinação apriorística da distinção entre normatividade e efetividade não tem por escopo, diz Ferrajoli, determinar certezas absolutas e/ou dados inquestionáveis, tais como a unidade e a coerência de um ordenamento jurídico estatal, trabalhados assim de modo tradicional. Ferrajoli quer o questionamento, a dúvida, a capacidade de poder perquirir, mesmo a partir do referencial estatal, acerca da validade das leis e de suas possibilidades de aplicação ao mundo empírico. Reconhecendo os problemas de sua própria teoria da validade

e da vigência, afirma o autor serem tipos ideais de legitimação de suas próprias bases⁹. Todavia, mesmo sendo reconhecidamente tipos ideais, há que se determinar a sua visão de validade e vigência como a possibilidade de verificação de um garantismo no direito.

O garantismo seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; em outras palavras, se uma norma é ou não válida. Tal noção de validade será debatida mais adiante.

2.3 O ponto de vista externo

O terceiro entendimento ou acepção que o termo “garantismo” pode estabelecer é o de uma busca de justificativa externa dos parâmetros garantistas adotados internamente pelos Estados. Assim, Ferrajoli determina que a legitimidade dos comandos e práticas garantistas são de cunho “ético-político”¹⁰; externos, portanto, ao sistema interno, propriamente jurídico no pensamento do autor (ou, como afirma em seu livro, a distinção entre o ser e dever-ser **no** direito, de cunho político, em relação ao ao mundo do ser e dever-ser **do** direito, próprios do âmbito interno de observação). Diz Ferrajoli que tais elementos políticos são as bases fundamentais para o surgimento

⁹ FERRAJOLI, Luigi: “O Direito como Sistema de Garantias” (n. 7), pp. 95-97.

¹⁰ Cf. nota 7, supra.

tais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. Em decorrência, afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência¹⁴.

Há divergências doutrinárias no que tange à teoria pura do direito. Para alguns, ela estabelece a relação direta da nova norma jurídica estatal com as normas jurídicas preexistentes, dentre as quais a Constituição; assim, se a validade pressupõe a perfeita adequação da norma jurídica ao sistema estatal no qual ela se insere, obviamente ela deve se enquadrar também ao conteúdo dessas prescrições normativas, e os direitos fundamentais seriam, também, uma limitação de conteúdo, dentre outras, às novas normas jurídicas. Todavia, outros afirmam que Kelsen só pretende que a nova norma estatal tenha sido criada pelas autoridades competentes e de acordo com o procedimento prévio e formal de elaboração normativa, sem se preocupar com questões de conteúdo das normas elaboradas. Ferrajoli é partidário da segunda opinião.

Em função desses conceitos de validade e vigência, Ferrajoli traz uma outra idéia que é útil para impor coerência a sua teoria: uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada - no sentido amplo do termo - em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam através de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado através da experiência, não dotados de uma ontologia, por palavras próprias do

14 MAIA, Alexandre da: *O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife*. Revista da OAB – Seccional de Pernambuco. Recife: OAB-TS, 1997, pp. 41-62.

professor¹⁵, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

4. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo jurídico

Apesar de uma teoria firmemente comprometida com ideais democráticos, há que ser feita a seguinte pergunta ao Prof. Ferrajoli: como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental? Tal pergunta, como vimos acima, é respondida utilizando-se os princípios de secularização cultural que formariam os direitos fundamentais. Parece óbvio que isso não responde à pergunta.

O Prof. Cláudio Souto, da Universidade Federal de Pernambuco, coloca este problema na teoria sociológica do direito com muita lucidez, o que é, sem dúvida, um grande desafio aos teóricos, sociólogos e filósofos do direito¹⁶. A tentativa do Prof. Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracterizaria efetivamente os direitos fundamentais. Logo, em verdade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los.

Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Prof. Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritári-

15 A expressão destacada é de João Maurício Adeodato. Cf. ADEODATO, João Maurício: *Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 214.

16 Uma menção a tal possibilidade está em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 19-27.

os podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos? Logo, cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas - democráticas ou não - de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli.

Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social. Seria muito desagradável, repetimos, que a teoria do estado constitucional de direito, com aspectos formais e “substanciais”, fosse conhecida como uma teoria que dá sustentação a regimes totalitários, do mesmo modo que aconteceu com Kelsen que, por optar por um formalismo metodológico e ontológico do direito, foi tido como um teórico que deu as bases de fundamento de regimes totalitários nazista e fascista, regimes esses que o perseguiram por ser judeu e por suas idéias, forçando-o ao exílio nos Estados Unidos.

Portanto, questões colocadas pelo juiz Perfecto Andrés Ibañez, discípulo de Ferrajoli, sobre a corrupção, em especial, e problemas sobre a gestão da coisa pública, em geral, ao invés de terem a teoria garantista como um aliado contra essas práticas, na verdade ela pode ser uma forma de permitir a dominação política e jurídica de vertente autoritária em virtude da falta de precisão conceitual do que vem a ser um direito fundamental. A teoria do garantismo, pela possibilidade de inserir conteúdos os mais diversos no que seja um “direito fundamental”, pode legitimar, sim, formas incorretas de gestão de interesses

públicos, para citarmos apenas um exemplo dentre os inúmeros que podem existir.

Nessa mesma linha segue uma das correntes do chamado direito alternativo no Brasil, como vimos no capítulo anterior: muito ufanismo e engajamento político e eminentemente ideológico, sem uma preocupação com a fixação de uma teoria com dados concretos da realidade. O homem pode, sim, sonhar, mas acreditamos que nossos sonhos devem ser revertidos em um trabalho sério, com dados efetivos para que possamos construir teorias jurídicas sólidas, com substrato ontológico e epistemológico.

Um mero discurso político como tentativa de fixação de uma teoria, além de incorreto dentro dos parâmetros acadêmicos, pode levar à legitimação de um discurso pelo discurso, sem nenhuma base coerente e concreta que dê respaldo a essa forma de pensar. Parece que essa forma de articulação “acadêmica” ganha platéias em virtude do seu caráter eminentemente emocional, mas não constrói bases sólidas para que possamos efetivar um trabalho sério e de qualidade na academia jurídica.

O perigo está, exatamente, nesse vazio ontológico. O mesmo ocorre com os que imaginam que o direito - na tensão Estado-Sociedade¹⁷ - é fruto meramente do social, sem se atentar que o social também é uma forma de manifestação do direito, tanto quanto o Estado. Logo, privilegiar a forma social em relação à forma estatal não resolve o problema: apenas substitui a forma pela forma, e legitima a existência de quadros sociais totalmente contrários à teoria, como o Esquadrão da Morte ou o tráfico

17 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna - para um Novo Senso Comum*. Humanidades, v. 07, nº 03. Brasília: UnB, 1992, pp. 267-282.

de drogas¹⁸. Isso pode gerar verdadeiros absurdos jurídico-sociais que se legitimam pelo silêncio, pelo vazio, pela existência de estrutura em detrimento da inexistência de conteúdo.

Por mais atrativas que certas teorias possam parecer, na verdade há o risco de elas serem usadas como base epistemológica para que se concretizem ideais não libertários frente à sociedade. O que fazer? Chegamos a uma aporia? Podemos construir também uma idéia rigorosa de conteúdo para o direito e a democracia? Isso é um trabalho árduo para discussão, e é exatamente essa a intenção do estudo.

Todavia, a aporia ainda persiste: por mais que haja uma necessidade de conteúdos, a sua fixação traz o grave problema de se consistir em um dado *a priori*, inquestionável e balizador da forma de se estudar o direito, e, mais especificamente, os direitos fundamentais, como quer o professor Ferrajoli. Então, o que fazer: abrir o leque às possibilidades de investigação dos direitos fundamentais e admiti-los como fruto de uma construção histórica ou partir para uma determinação rígida, que resolveria problemas de segurança para além do modelo estatal, mas não estaria aberto às novas possibilidades?

A análise da teoria da autopoiese luhmanniana nos ajuda na investigação, pois ela tem por finalidade a demonstração da possibilidade da existência de uma abertura cognitiva para investigação de novas experiências e o aprimoramento da própria autopoiese, inclusive na autopoiese do sistema que formaria e informaria o que são os direitos fundamentais.

18 Cf. OLIVEIRA, Luciano: *Ilegalidade e Direito Alternativo – Notas para Evitar Alguns Equívocos. Ensino Jurídico OAB – Diagnósticos, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992, pp. 191-200.

Todavia, o modelo de Ferrajoli não compactua com a teoria de Luhmann. Pelo menos, esse é o entendimento de quem afirma que o direito deve se justificar a partir de um ponto de vista externo. Se a base de legitimidade do direito se encontra em aspectos políticos, está claro que o direito não se sustenta por si só, nem se autodetermina, como quer a teoria sistêmico-funcional luhmanniana.

O próprio Ferrajoli esclarece que uma autodeterminação e uma autojustificação do direito consistem em teorias de base totalitária, haja vista que, se o direito se legitima por si só e se autojustifica, é óbvio que qualquer comando normativo contido na estrutura autopoietica estaria legítima, o que, para Ferrajoli, não procede¹⁹

Eis o problema: a falta de conteúdo nos deixa presos à exploração retórica dos conceitos conforme interesses setorizados e particulares. Por outro lado, a falta de abertura faz com que os dados colhidos não possam ser questionados nem modificados, criando-se uma ditadura da ontologia, a partir não apenas da lei, mas de investigações, que se dizem científicas, para afirmar pontos de partida inexoráveis. Ou seja, o retorno ao direito dogmático formalista. Talvez a mescla de tais possibilidades, constituindo uma “ética da tolerância”²⁰, seja uma forma de conciliar os problemas.

Por outro lado, a teoria garantista pode nos trazer a possibilidade de tratarmos os direitos fundamentais a partir de estilos metodológicos que poderiam fixar e determinar um direito fundamental a partir de seus pressupostos. A tópica de Theodor Viehweg, por exemplo, pode ser de grande valia para uma determinação tópica dos

19 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. (n. 5), p. 854.
20 A expressão destacada é de João Maurício Adeodato. Cf. ADEODATO, João Maurício: *Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 214.

chamados direitos fundamentais como elemento substancial da validade e vigência no direito²¹.

Tal possibilidade faz com que se possa trabalhar com várias estruturas sistêmicas para buscar resolver um determinado problema. Para Viehweg, a tópica é uma forma de observação do direito a partir de problemas, criando uma metodologia específica para solucioná-los. Assim, a célebre distinção entre perspectivas sistêmicas e tópicas no direito não teria tanto sentido, haja vista que, mesmo numa teoria que demonstra adotar o direito como um sistema – como a de Ferrajoli – seria possível adotar suas premissas para buscar resolver problemas, em virtude da vagueza e ambigüidade da expressão “direitos fundamentais”. Trabalhar com uma estrutura aberta que possibilite o uso da metodologia tópica para inserir elementos argumentativos e retóricos nas decisões judiciais parece ser um caminho interessante para a busca da conciliação entre os valores segurança e justiça no direito.

Como o garantismo trabalha com o direito a partir da estrutura do Estado, mas observando um ponto de vista externo de justificação, não se poderia dizer que nossa tese acerca da utilização de elementos argumentativos iria de encontro à segurança jurídica. Pelo contrário: a partir da própria estrutura do direito estatal, adotar-se-iam outras formas de interpretação, a partir de um novo referencial hermenêutico²², com a inclusão de perspectivas até então desprezadas pelas visões sistêmicas, como a argumentação, nos escritos de Robert Alexy, Manuel Atienza

21 Uma menção a tal possibilidade (de enquadramento do método tópico aos direitos fundamentais) está em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 19-27.

22 Sobre os problemas da hermenêutica jurídica tradicional, e com um apego a uma nova perspectiva, a partir das obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, cf. STRECK, Lenio Luiz: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, especialmente nas pp. 71 s.

e, sobretudo, de Jürgen Habermas, a retórica, nas obras de Chaïm Perelman, e a tópica, desenvolvida por Theodor Viehweg e estudada por Ottmar Ballweg, Juan Antonio Garcia Amado, dentre outros. Não é à toa que os autores, não se dando por satisfeitos com o positivismo jurídico tradicional e formalista, buscam novas formas de observação do direito, a partir de uma necessidade de compatibilização de tais perspectivas, como a idéia de razoabilidade defendida por Aulis Aarnio.

É certo que a teoria de Luigi Ferrajoli, muito embora corra o risco acentuado de ser manipulada por estruturas de poder que se valham da imprecisão conceitual dos direitos fundamentais, também serve de alento aos teóricos, haja vista que abre possibilidades argumentativas para a configuração de direitos fundamentais a cada problema específico, se tomarmos a tópica como referência.

Tomando-se a Constituição Brasileira de 1988, verifica-se que seu texto, ao tratar dos direitos fundamentais, determina que os direitos enumerados no art. 5º não excluem a existência de outros direitos que sejam decorrentes dos seus princípios basilares ou de tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte. Tal prescrição constitucional abre um leque argumentativo de construção tópica dos direitos fundamentais, haja vista que o intérprete, tomando por base os princípios contidos na Carta de 1988, pode estabelecer a existência de direitos fundamentais a partir de um problema específico, e solucioná-lo através da aplicação de tal direito ao caso.

Verifique-se, então, que, mesmo podendo ser manipulada, a teoria do garantismo jurídico encontra guarida não apenas sob o aspecto filosófico abordado, mas também nos cânones estatais do direito brasileiro, sendo uma forma de incluir elementos até então ausentes da interpretação jurídica em casos concretos.

DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL

Alexandre Freire Pimentel

Juiz de Direito. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Mestre em Direito e doutorando pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1 - Breve notícia histórica do direito natural. 2 - O direito artificial na concepção de Goffredo Telles Júnior. 3 - O direito artificial e o renascimento do jusnaturalismo. 4 - A giuritecnica.

1. Breve notícia histórica do direito natural

Ao tratar do *direito natural*, Abbagnano distingue duas fases fundamentais da sua história. Numa primeira etapa – antiga – era tido como participação da comunidade humana na ordem racional do universo. Deve-se aos estóicos a primeira formulação dessa doutrina, em que a participação dos seres vivos na ordem universal acontece por meio do instinto para os animais e através da razão para os homens. Na segunda – moderna – o *direito natural* é tido como disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independente da ordem cósmica e do próprio Deus.¹

.....
¹ Apud DEL VECCHIO. Lições de Filosofia do Direito. p. 98 e seguintes.

Naquela primeira fase, a divindade era parte integrante e vital de todo o processo de criação e aplicação do *direito*, havendo também uma preocupação em integrar racionalmente o homem na ordem cósmica. Estes aspectos caracterizaram o primeiro momento do jusnaturalismo, que somente veio a sofrer mutações com o advento do pensamento de Hugo Grócio, quando passou a ser concebido como uma técnica racional de convivência humana afastando-se a divindade do processo jurídico e pondo em seu lugar a razão. Concebia-se a existência de uma lei eterna anterior à vontade humana e também precedente à própria vontade divina, imutável tanto por Deus quanto pelos homens, correspondendo à própria essência das coisas. Grócio laicizou o *direito natural* de conteúdos espirituais e favoreceu a valorização da razão.²

Hobbes, continuando a pôr a razão em lugar da divindade, evolui, passando a considerá-la como instrumento falível. O *direito natural* seria produto da razão humana, porém passível de falha, eis que a razão era compreendida como o raciocínio de cada indivíduo. O *direito natural* concebido por Hobbes fundava-se no egoísmo natural dos homens, como aquilo que o homem deve praticar para galgar uma convivência o mais duradoura possível do grupo e dos seus componentes. Assim como Grócio, Hobbes identifica-o como uma técnica de convivência social.

Com Samuel Pufendorf, a escola do *direito natural* apresentou-se com forma típica, abordando o problema da distinção entre *direito* e *teologia*, distinguindo também o *direito natural* do *direito positivo*, alertando para uma possível antítese entre ambos existente.³

2 Idem.

3 Ibidem.

Dentro desse novo contexto histórico surge John Locke, cuja razão, em sua proposição, alcança um patamar nunca dantes visto. A época era a do século das luzes, quando o intelectualismo e o racionalismo constituíram a tônica maior do espírito deste período. A concepção do jusnaturalismo volta-se agora para o indivíduo e sua liberdade perante o Estado, reservando-se espaços nos quais o homem estaria imune à interferência estatal.⁴

A filosofia sofre grandes modificações e aperfeiçoamentos com Emmanuel Kant, para quem a razão era o ponto vital do conhecimento, condicionada porém a leis externas e a categorias segundo as quais ela mesma funciona. Para Kant o *direito natural* constitui-se numa forma racional, *a priori*,⁵ referente às relações dos homens entre si ainda no estado de natureza e o seu conceito corresponde à possibilidade de realização da justiça entre eles. Foi com Kant que o *direito natural* logrou uma nova perspectiva, um novo ânimo, sua atenção direcionava-se para a faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos aos quais ela pode aspirar, independentemente da experiência.⁶

Com a revolução francesa e a codificação dela resultante, sobrou para o futuro a limitação do *direito* àquilo que estava contido na lei, representando um verdadeiro abalo à idéia do *direito natural*, na medida que à razão dos conteúdos jurídicos são impostos limites: as fronteiras estabelecidas pela própria lei. Viceja aí, a escola da exegese, adotando uma postura meramente interpretativa

4 MONCADA, Cabal de. Filosofia do Direito e do Estado, p. 200.

5 Note-se que a expressão *a priori*, foi utilizada para designar o mesmo que sem apoio nos fatos, pois como ensina Napoleão mendes de Almeida, "É de fazer rir o emprego desta locução latina com a simples significação de antes, feito antes, anteriormente". Confira-se Dicionário de Questões Vernáculas. Editora Ática, 3a edição ampliada, 1998, p. 08.

6 KANT, em prefácio da primeira edição de Crítica da Razão Pura.

do conteúdo legal, proporcionando o surgimento da pretendida neutralidade axiológica do *direito*, no sentido de que se o valor é relevante ou necessário, estará contido - positivado - na norma estatal; caso contrário seus destinatários não terão como contrapor-se à vontade formal, pois ela mesma já conteria em si o resultado das escolhas valorativas relevantes.

Neste contexto, o *direito natural* aparenta ser uma idéia reduzida à teologia ou à metafísica. O positivismo jurídico apresenta-se como um pensamento flagrantemente antijusnaturalista, não podendo o *direito natural* ser concebido como uma ideologia ou pensamento intocável, imutável. Num determinado momento de sua história, entretanto, o dogmatismo legal começa a ser vergastado e aos poucos sua feição vai-se alterando ante a influência de escolas contrapostas, a exemplo da teoria do *direito livre* de Kantorowsk, que o atacava porque reduzia a atividade do magistrado a uma tarefa simplesmente aplicativa da lei, suprimindo qualquer convicção pessoal do julgador. Opuseram-se, ainda, ao positivismo, as vertentes sociológicas do *direito* contrapondo-se a uma interpretação meramente formal não valorativa das prescrições estatais legislativas.

A reabilitação *direito natural* é buscada por Stammler, filósofo neokantiano, a partir das doutrinas de Kant, tentando impingir-lhe uma concepção formalista. Na tentativa de estabelecer um sistema de validade eterna do *direito natural*, Stammler percebe que não o pode atrelar a qualquer conteúdo específico, porque sua essência está fadada a alterar-se com o desenvolvimento da história. A concepção formal de um *direito natural* existe, e se constitui na busca pela justiça, porém, o seu conteúdo material modifica-se concretamente à medida que se alteram as

situações e os contextos humanos. Stammler rompe com a velha concepção jusnaturalista ao mencionar a impossibilidade de os conteúdos empíricos deterem validade incondicionada, universal e eterna.⁷

Atualmente toda esta dicotomia, entre *direito natural* e *direito positivo*, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, está bastante enfraquecida. A atual influência do *direito natural*, ainda existente, provém do século XVIII quando, sob o império do racionalismo jurídico, era concebido como um conjunto de direitos e deveres aplicados às relações entre os homens de maneira análoga à que aplica-se o *direito* posto pelo Estado formal. Fora nessa fase histórica que o *direito natural* adquiriu o *status* de uma “*genuína disciplina jurídica*”.⁸

A duplicação do sistema jurídico pressupunha que acima das relações regidas pelo *direito* posto, pairava o *conjunto dos direitos naturais*. O *direito natural* era reconhecidamente superior ao *direito positivo* e esta superioridade constituiu-se no marco do início da filosofia do direito como disciplina autônoma. A idéia de um *direito natural* autônomo, no entanto, começa a decair a partir do início do século XIX, e somente vem a ganhar novas forças nas primeiras décadas do século XX. Embora mantenha-se até os dias atuais, aquela dicotomia, no aspecto prático, enfraqueceu-se consideravelmente resumindo-se a discussões acerca da proteção dos direitos invioláveis do homem contra o próprio Estado.⁹

O *direito natural* na atualidade encontra-se “positivado”, a exemplo de algumas normas constitucionais que,

7 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 77.

8 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*, 1990, p. 160-161.

9 Idem.

com *status* de cláusulas pétreas, albergam direitos fundamentais do cidadão. Este fato contribuiu para o enfraquecimento da dicotomia ora falada, acarretando a trivialização do *direito natural*, a partir do momento em que todo *direito* passou a ser logicamente redutível a direitos naturais.¹⁰

O fato é que apesar de o *direito natural* ter perdido sua força, seu objeto ainda continua presente, inclusive na ciência dogmática do direito, quando, por exemplo, tenta descobrir-lhe substitutos para-universais, como o princípio da legalidade, da autonomia privada, *etc.*¹¹ A tudo isto acresça-se a teoria do *direito artificial* de Vittorio Frosini, que intenta “ressuscitá-lo” e transformá-lo numa “*jurisprudencia more geometrico demonstrata*”.

2. O direito artificial na concepção de Goffredo Telles Júnior

Adrede deve ser exaltado que a concepção de *direito artificial*, a ser utilizada a seguir, em nada coincide com a adotada por Goffredo Telles Júnior. Para este autor a expressão *direito artificial* designa o fenômeno da imposição governamental que proíbe movimentações sociais humanas que não deveriam ser proibidas, ou quando os órgãos estatais impõem uma ordenação jurídica em discordância com os ideais apontados pelo sistema de referência da própria sociedade. Nestas hipóteses Goffredo considera que “...a ordenação imposta é um *Direito artificial*. É um *Direito* que não exprime a realidade biótica

da sociedade. É um *Direito* desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um pseudo-direito e, às vezes, um antidireito”. Vê-se, pois, que o conceito de *direito artificial* do professor paulista é inteiramente contraposto ao direito natural: “O *Direito natural* é o *Direito* que não é artificial. É o *Direito* consentâneo com o sistema ético de referência, vigente uma dada coletividade”.¹²

A idéia que se adota nesta monografia não é coincidente, frise-se, com a acima exposta. Outrossim, em Vittorio Frosini encontraremos a opinião de que o direito artificial não é este “pseudo-direito”, mas é o direito que pelo uso da tecnologia é capaz de atribuir um logos à técnica. E sua contextualização teórica na ciência do direito não se queda em posição de contraposição ao direito natural. Ao contrário, a contraposição entre direito natural e direito artificial não transborda as raias da semântica. Na verdade, no direito artificial existe a proposta de *ressurreição* do direito natural para transformá-lo numa *jurisprudência “more geometrico demonstrata”*. Passemos à sua análise.

3. O direito artificial

Da não prosperidade do *direito livre*, especificamente na Itália onde o positivismo legal imperou, mormente após a Segunda Guerra Mundial, com a nota do tecnicismo puramente formalista do direito, derivou-se uma cisão entre fato e valor, entre lógica e ética. Discorrendo sobre a crise do *direito*, Frosini cita Carnelutti que, em 1945,

10 Ibidem.

11 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 163.

12 Confira-se Goffredo Telles Júnior em *O Direito Quântico. Ensaio Sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*. Max Limonad. 1980, p. 421 e 422

num artigo intitulado Moral e Direito, escreveu: “*La crisi del diritto, della quale mai al mondo si sarebbe potuto immaginare l'eguale, ché tutti i suoi istituti, dalla legge al contratto, dal processo al delitto, dal potere al dovere, ne sono esconvolti, anzi capovolti, non è e non potrebbe essere se non un aspetto del tragico epilogo d'uno sviamento dell'umanità*”.¹³

Considerado por Frosini como o maior expoente da cultura jurídica de sua época, Carnelutti, respeitadíssimo por suas teorias dogmáticas, em um outro ensaio: “*A Morte do Direito*”, acentuava agora, ao contrário, sua orientação no sentido de uma revitalização integral do *jusnaturalismo* de tradição católica. No mesmo momento, na Alemanha, Gustav Radbruch também se convertia ao *jusnaturalismo* opondo-se ao movimento “Gesetz ist Gesetz”, para em 1946 escrever o seu “Direito Legal e Direito Supralegal”.¹⁴

Na segunda metade do século XX, renascia na Europa o *direito natural*, revitalizando-se valores éticos, contrapondo-se ao império da lei quando contrária à consciência ética e reafirmando-se os direitos invioláveis do homem. A literatura jurídica de então volta sua atenção para o aspecto semântico, lógico e tecnológico do direito, realçando a insuficiência da questão *ideológica* ou emotiva.¹⁵

Nesse contexto, com o advento da era da cibernética, surge o problema do “*direito artificial*”, denomina-

ção empregada por Frosini em contraposição, exclusivamente semântica, à expressão “*direito natural*”, por se constituir na antítese do vocábulo natureza: a *physis* do grego é precisamente aquela chamada de *techne*, ou seja, a criação artificial.¹⁶

O *direito artificial-cibernético* proporciona a perspectiva de solucionar o problema do ordenamento jurídico através do uso do computador eletrônico, servindo de passagem para conectar a *cibernética* à *jurisprudência*, com o uso da lógica simbólica no terreno cultural do estudo jurídico e da álgebra de Boole. Para tanto, fora necessário, a princípio, reduzir o problema jurídico a uma dimensão lógica capaz de proporcionar sua transformação, a ponto de permitir submetê-lo a um processamento eletrônico da informação jurídica, cujo resultado seria considerado como *direito artificial* devido a um raciocínio perfeitamente objetivo e, assim, totalmente tecnizado.

Para se considerar *artificial*, o *direito* deve conter a nota da neutralidade emocional, além de viabilizar, na vida jurídica prática, uma aplicação da lei através de uma metodologia que lhe proporcione, na verdade, uma inteligência privada de paixão, inspirada por uma pura racionalidade. Frosini acredita na possibilidade tanto teórica quanto prática em realizar concretamente uma tal hipótese, ainda que esta conversão importe num certo limite do problema jurídico.¹⁷

Karl Löwith escreveu incisivamente que nossa história presente e futura é determinada pelo imprevisível progresso da ciência, bem como pela mutação da técnica

13 Apud FROSINI, Vittorio. *Cibernética, diritto e società*. 4. ed. Milão, Edizione de Cumunità, [1978], p. 12. A tradução do texto aspeado é a seguinte: “*A crise do Direito, da qual nunca no mundo se poderia imaginar igual, quando todas as suas instituições, da lei ao contrato, do processo ao delito, do poder ao dever, são transtornados, ou melhor, invertidos, não é, e nem poderia ser, senão um aspecto do trágico epilogo de um desvio da humanidade.*”

14 FROSINI. Op. cit., p. 13.

15 Idem.

16 Idem.

17 Apud FROSINI Op. cit. p. 13.

de informação. A era cibernética projetou seus efeitos no raciocínio humano e por conseqüência, no raciocínio jurídico. Diante desta nova alternativa, faz-se mister questionar se a humanidade não está, mais uma vez, ante uma nova e mais decisiva revolução com sua transformação de *natural* em *artificial*.¹⁸

O *direito artificial* representa um modelo que exerce particular atração numa sociedade caracterizada pelo avanço tecnológico, suscitando perplexidade enquanto o senso crítico do jurista é alimentado pela tradição humanista, segundo a qual a possibilidade de aplicação da tecnologia como processo de racionalização operante constitui-se numa nova forma de ver o mundo, no qual a humanidade vai assumindo uma nova fisionomia espiritual, semelhante à mentalidade tecnológica, para transformar-se numa sua segunda e renovada natureza, não sendo demasiado falar-se numa segunda revolução industrial, ou tecnológica.¹⁹

Wiener, em "Cibernética e Sociedade - O Uso Humano de Seres Humanos", dedica o capítulo nono dessa obra à análise da "segunda revolução industrial", ou seja, a *revolução tecnológica*, comparada na sua visão a uma espada de dois gumes, porque tanto pode ser usada para o benefício da humanidade quanto para destruí-la, se não for empregada inteligentemente.²⁰ Também Perez Luño refere-se à *segunda revolução industrial*, como a revolução da cibernética que possibilitou, através dos computadores eletrônicos, a realização do trabalho de controle funcional de máquinas por máquinas.

18 Apud FROSINI. Cibernética, Diritto e Società, p. 38.

19 FROSINI. Cibernética, Diritto e Società, p. 39.

20 WIENER. Op. cit., p. 159.

Para Luño será com o auxílio da cibernética e da automatização que se poderão fixar, com exatidão, os limites entre os métodos de trabalho racionais e irracionais do jurista, para, com base nesse processo, transformar a teoria do *direito natural* numa metodologia estrita das normas. O *direito artificial* viria, pois, ressuscitar uma velha aspiração do jusnaturalismo iluminista para transformá-lo numa Jurisprudência '*more geometrico demonstrata*',²¹ em que o *direito natural* assumiria o papel de máximo instrumento racionalizador.²²

O *direito artificial-cibernético* pode, ainda, contribuir para a superação da aparente antítese entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, no que se refere à questão da segurança jurídica, através de um raciocínio perfeitamente objetivo que expressasse a verdadeira justiça material, cuja aplicação do *direito* positivo traria em si tal ideal. A contraposição existente entre o *direito natural* e o *direito artificial* exaure-se nos albores da semântica, posto que em sua finalidade ética este último objetiva restabelecer, com o emprego da tecnologia cibernética à experiência jurídica, a hegemonia jusnaturalista.

Nesse contexto, a mais importante função da filosofia do direito, como pensa Luño, é a de religar o seu autêntico sentido com os ideais motrizes da ciência e da técnica, devendo corresponder à missão de antecipar-se aos movimentos culturais, prevendo as possibilidades últimas que a técnica e a ciência podem oferecer à experiência jurídica, ajustando-a às exigências do homem no desenrolar das situações históricas. Luño porém, adverte

21 Norberto Bobbio considera a jurisprudência "*more geometrico demonstrata*", como um sistema de normas deduzidas de alguns princípios evidentes ou naturais. Neste sentido apud GARCIA. Op., cit., p. 174.

22 LUÑO. Op. cit., p. 78.

que toda reflexão jusfilosófica sobre a técnica que não autolimite arbitrariamente seu próprio campo desembocará necessariamente na teologia.²³

O paralelo entre metodologismo e teologia é encarado por Nelson Saldanha com algumas reservas, pois, para ele, o metodologismo traduz-se num mister reducionista, ao contrário da teologia que, por não ser um saber analítico, mas sintético, somente pode assim ser concebida quanto ao aspecto de ensejar à suprema elevação uma única e infalível verdade.²⁴

As repercussões da cibernética na teologia já foram abordadas por vários autores, a começar pelo seu próprio criador Norbert Wiener, que dedicou uma de suas últimas obras: “God and Golem”, à análise das repercussões religiosas na nova ciência, tentando elucidar até que ponto o homem seria um ser capaz de criar uma máquina feita à sua imagem e semelhança. Ainda com o mesmo escopo encontramos Neville Moray, cujo fundamental propósito de seu estudo sobre a cibernética era o de desvendar inquietudes suscitadas no âmbito da comunidade católica quanto a uma possível incompatibilidade entre os valores religiosos e os estudos cibernéticos.²⁵

A incidência de um novo procedimento tecnológico no plano jurídico verifica-se no âmbito mais vasto da transformação contemporânea da metodologia da pesquisa científica. Suas ligações entre o homem e o seu objeto produzem efeitos no mundo jurídico consistentes numa verdadeira revolução intelectual ligada ao conhecimento operativo do direito, no qual a consciência nomológica deve transformar-se num fragmento reflexivo da consci-

ência tecnológica.²⁶ Tornou-se, pois, necessário trazer à baila uma expressão que fosse capaz de designar esta nova condição do trabalho mental do jurista: *a giuritecnica*.

4. A *giuritecnica*

Para designar os experimentos da computação eletrônica no mundo jurídico, Frosini pugna pela adoção do vocábulo “*Giuritecnica*”, propondo um novo símbolo semântico de fácil fungibilidade e capaz de retratar o atual instante emergente no domínio da nova experiência jurídica.

Por *Giuritecnica*, deve-se entender a tecnologia jurídica, isto é, a produção de atos da metodologia operativa no campo do direito, resultante da aplicação do procedimento e do instrumento tecnológico. A “*Giuritecnica*”, porém, não se confunde com a tradicional “técnica do jurista”, ou seja, com o método de formulação normativa e de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto. Esta espécie de técnica consiste numa habilidade de previsão jurisprudencial e legislativa e de análise dos dispositivos legais, direcionando o trabalho revolucionário do jurista para um fim prático de solução do problema jurídico. Não se trata de uma técnica, mas de uma tecnologia.²⁷

A diferença entre técnica e tecnologia é estabelecida de maneira convencional do seguinte modo: o significado específico de toda técnica é a aplicação do saber científico visando a uma realização prática; o estudo da técnica, por sua vez, recebe o nome de tecnologia. A técnica

23 LUÑO. Op. cit., p. 78

24 SALDANHA, Nelson. Da Teologia À Metodologia. Secularização E Crise No Pensamento Jurídico, 1993, p. 105-106.

25 Apud LUÑO. Op. cit, p. 56.

26 FROSINI em Cibernetica Diritto e Società, p. 173.

27 Idem, p. 176-177.

concerne ao momento instrumental, prático do saber, a ciência considera o conhecimento como fim; a ciência da técnica é a tecnologia. A técnica é considerada como um instrumento do conhecimento e não de experimentação prática. A tecnologia contemporânea é ainda, diversamente da técnica, uma forma de conhecimento científico, eis que é precisamente o resultado da penetração entre ciência e técnica, consistente na atribuição de um logos à técnica, reconhecendo-lhe uma função cognitiva. É preciso deixar claro que a tecnologia jurídica não concerne somente ao uso da máquina no âmbito da experiência jurídica e, em particular, à utilização do computador eletrônico para alcançar uma economia de tempo e de energia.²⁸

O problema da *Giuritecnica* pode ser traduzido numa compenetração entre o jurídico e o tecnológico, de tal modo que obriga uma mutação de mentalidade dos estudiosos e dos operadores do direito, impingindo-lhes um afastamento do esquema mental do formalismo jurídico, ao qual estavam habituados e em que o *direito* era considerado como um reduzido universo escrito sobre códigos.

Frosini oferece-nos um exemplo deste novo confronto com a realidade, que ora se impõe ao jurista da era tecnológica: o aspecto documental do processo judiciário. O juiz, como se sabe, esteve sempre acostumado no trato do processo com o uso de ferramentas que com o progresso foram quedando-se obsoletadas, a exemplo da substituição da pena pela caneta esferográfica e desta, pela máquina de escrever. Com o advento da tecnologia eletrônica, com a real possibilidade do emprego de recursos telemáticos e informáticos ao processo, esse tende a uniformizar-se de maneira unitária e compacta, não fragmen-

tada. A tecnologia apresenta-se como instrumento de conhecimento imediato da realidade, antes invisível: é técnica e é logos.²⁹

A *Giuritecnica* encontra no computador eletrônico seu núcleo gerador de interesse e o considera não como um substituto do juiz nas tarefas decisivas mais complexas, mas sem dúvida representa um novo personagem social, “*una persona ficta*”, cuja realidade e presença operante obriga-nos a assim considerá-lo. O âmbito de estudo da *Giuritecnica* não se deve restringir a isto e considerar-se exaurido somente na esfera da questão atinente ao processamento eletrônico de dados. O problema de ordem metodológica e operativa que a *Giuritecnica* impõe ao interesse do jurista contemporâneo pode ser definido como o de uma nova fronteira do *direito*, agora aberto para uma perspectiva voltada para projetar o novo território que se estende para o futuro. O emprego do computador eletrônico na problemática jurídica, questionado como instrumento de controle da vida social, fez vicejar uma notável literatura sobre o assunto, na qual evidenciava-se a necessidade de um controle jurídico sobre o próprio computador. Isto porém, esclareça-se, não é um problema de estrita competência da *Giuritecnica*, mas sim do “*direito da tecnologia*”, isto é, do *direito artificial-cibernético*.

Tudo isto põe em relevo o ponto de ruptura da nova fronteira juritécnica, implicando no reconhecimento jurídico da importância social assumida pelo computador, na necessidade de tomar-se uma adequada consciência da difusão do seu uso. A abertura desta nova perspectiva levou Losano a prever a criação de uma “*società informatica*”, por volta do ano 2000. Frosini explica que Lo-

28 Idem.

29 Ibidem.

sano fundamentou sua análise numa atividade programada da classe dirigente japonesa, considerada como parâmetro de um futuro não utópico, mas já operativo e modelístico.

A *Giuritecnica*, ressalte-se, não se traduz num problema de técnica jurídica, mas no condicionamento do processo tecnológico da convivência social, com relevância para a automação eletrônica da pesquisa jurisprudencial. Sob o ponto de vista metodológico, adentramos no setor mais vasto da classificação automática de pesquisa e documentação, que é objeto de estudo de vários saberes: lógica simbólica, lexicografia, lingüística, teoria dos sistemas, mas é aqui que se realiza uma nova síntese entre *direito* e tecnologia.

Esses são certamente os seus aspectos mais relevantes, onde todo o estudo do *direito* pode ser, nos dias atuais, intenso como o aprendizado de um método operacional de impulso, controle e correção do comportamento humano, numa relação estrutural da ação e como tal configura-se num termo tecnológico. A sua fronteira mais avançada, como defende Frosini, é a *Giuritecnica*, pois revela-se como: “*una frontiera in movimento, verso la quale è rivolto l’interesse dei giuristi aperti alle nuove esperienze intellettuali della civiltà tecnologica e solleciti di procedere a passo con il proprio tempo verso il mondo del futuro*”³⁰

* * *

A tomada de consciência da função social do computador impõe a presença urgente de uma disciplina jurídica a serviço da informação, devendo-se decidir pela

.....

30 FROSINI. *Cibernetica Diritto e Società*, p. 184-185. A tradução do texto aspeado é a seguinte: “*uma fronteira em movimento, para qual é voltado o interesse dos juristas abertos às novas experiências intelectuais da civilização tecnológica e pronta para proceder a passagem com o próprio tempo, para o mundo do futuro*”

intervenção na formação do jurista para romper com o antigo cerco mágico do formalismo. A *giuritecnica* foi a primeira das teorias que tencionam aplicar ao direito a tecnologia cibernético-computacional., a ser analisada neste trabalho.

Este procedimento justifica-se em virtude de esta teoria encontrar-se unvida à temática do *direito artificial*. Visei o propósito de demonstrar que o *direito cibernético* não se traduz num saber que tenciona a exclusiva automação da prática judiciária, configurando-se, outrossim, num instrumento defensor da revitalização do jusnaturalismo e numa ferramenta que sustenta a atribuição de um logos à técnica jurídica; por isso, resolvi incluir a abordagem referente à *giuritecnica*, precedentemente à análise das demais doutrinas, em prol da harmonia metodológica desta pesquisa. Cronologicamente falando, à *giuritecnica* precede a *jurimetria*. Esta sim, fora, temporalmente falando, a primeira disciplina jurídica a propor a aplicação dos computadores eletrônicos ao *direito*.

Pode-se, ademais, celebrar contratos temporários de trabalho, para que determinada espécie de mão-de-obra - apenas necessária em determinado período - não seja inutilmente remunerada em outras épocas.

3. Concepções acerca da chamada "flexibilização" versus modernidade periférica

No Brasil, assim como em todo o Mundo, é acirrada a discussão doutrinária quanto à aplicabilidade e à adequação ou não deste instituto.

Empresários, governos e a menor parcela da doutrina consideram-na manifestação do natural dinamismo do Direito e do Processo Trabalhista. Pode-se apresentar como exemplo da minoria doutrinária que tende à adoção dessas medidas o jurista Amauri Mascaro Nascimento, que propõe: "a flexibilização do Direito do Trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores"¹⁰. Acrescenta, ainda, que "tem-se como certo que as diretrizes a serem imprimidas estarão centralizadas num conceito básico: a modernização das relações de trabalho, necessária num País que pretende desenvolver-se, dinamizar a sua economia, promover trocas comerciais em maior grau, com seus parceiros econômicos, integrar-se numa Comunidade com Argentina, Uruguai e Paraguai, o MERCOSUL, aumentar as importações e as exportações, incentivar a competição entre as

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. "Problemas Atuais do Direito e do Processo do Trabalho", Revista LTr, v. 55, n. 8, p. 193.

empresas como forma de evitar a elevação dos preços e melhorar a condição da população"¹¹.

Como se percebe, são utilizados argumentos de ordem econômica, considerando a adaptabilidade necessária para o fim da hipertrofia legislativa e do hiperprotecionismo em favor do trabalhador, para a melhor gestão da empresa e maior oferta de empregos - o que geraria ou manteria a tão sonhada estabilidade econômica. Além disso, é apregoada como maneira, ainda, de solucionar o problema da chamada economia informal.¹²

O ponto de partida dessa situação é o fato massivo e brutal do crescimento contínuo do desemprego. Há tendência no sentido de que, se há desempregados em grande número, é porque a demissão resultou da onerosidade inerente à força de trabalho. Assim, caso houvesse redução deste aspecto, se se libertasse o trabalho de todo o arsenal protetor que envolve e gera seu caráter dispendioso, a força de trabalho voltaria a empregar-se, já que, neste momento, a empresa reencontraria suas vantagens.¹³

De outro lado, quase todo o movimento sindical e grande parte da doutrina consideram-na intenção neoliberal de destruir a essência do Juslaboralismo, para transferir aos trabalhadores os encargos da crise econômica, sendo verdadeiro retomo ao *laissez faire*.

Para essa parcela da doutrina, o combate ao problema do desemprego não é verificado. Existe apenas uma acentuada tendência em direção aos tempos do liberalis-

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Tendências de Flexibilização das Normas Reguladoras das Relações de Trabalho no Brasil", Revista LTr, v. 59, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1995, p. 1025.

¹² Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. "A Economia Informal e o Direito do Trabalho", Revista do TRT - 8ª Região, a. 29, n. 57. Belém: TRT, jul./dez. 1996, pp. 95-109.

¹³ Cf. ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. "A Flexibilização do Direito do Trabalho - crise econômica, novas tecnologias e política social de Estado", Revista LTr, v. 54, n. 04. São Paulo: LTr, abr. 1990, p. 431.

mo, com procedimentos que retiram dos empresários responsabilidades sociais relativas à relação laboral que se estabeleceram através do direito positivo durante séculos. Buscam-se escapatórias: começa-se a afrouxar os laços que condicionam o trabalho por tempo determinado; proliferam os contratos temporários de trabalho; inventam-se sistemas para disfarçar a relação trabalhista com períodos de ensino para trabalhadores jovens. Alguns, mais extremistas, propugnam que "flexibilizar o Direito do Trabalho nada mais é do que violentá-lo"¹⁴

Seriam movimentos que, ao invés de se dirigirem no sentido do aprimoramento das relações sociais com base na equidade, transferem (e não distribuem) riquezas. Argumenta-se que os empresários não se dispõem a criar postos de trabalho quando estes acarretam um compromisso durador e obrigações crescentes e, como os trabalhadores se vêem no dilema de aceitar as condições que se lhes impõem ou não ter emprego, o próprio Estado democrático se vê forçado a tolerar fórmulas mais flexíveis, às quais se pode chamar de meros paliativos.

Tudo isto fica evidente em nossa sociedade, à medida que o Poder Público vem enfatizando a necessidade da negociação coletiva entre sindicatos e empresas. De certa forma, esquece-se do direito consolidado e adota-se outro, embasado primordialmente em normas jurídicas contratuais.

A flexibilização, desta feita, surgiria da situação de desigualdade no relacionamento empregado *versus* empregador e teria por escopo a liberdade contratual nas relações trabalhistas, situação que gera, em várias ocasi-

ões, contradições do contrato de trabalho com as normas gerais de Direito e Processo do Trabalho vigentes.

As tendências vislumbradas no *common law* e no sistema romanista de países desenvolvidos - repúdio à legislação, mediante contratos individuais ou contratos coletivos de trabalho -, segundo seu modo de condução, podem ser perniciosas para a realidade subdesenvolvida¹⁵, já que o esquecimento da legislação ignora diversas conquistas. Ao mesmo tempo, de nada adianta atribuir autonomia coletiva às entidades sindicais sem que os sindicatos de empregados e os de empregadores possam negociar equitativamente.¹⁶

No Terceiro Mundo, ainda, os sindicatos - órgãos que melhor conduziram essas deliberações - não estão presentes em todos os setores e regiões geo-econômicas. A antiga tradição inglesa, pioneira no "tradeunionismo", trata o sindicato como uma associação privada, à qual incumbe ditar suas próprias normas e estabelecer seus próprios canais de relação com seus associados. Mas o sindicato hoje não é uma associação privada; seu caráter público se acentua e seu poder não se limita a se concentrar por e para seus membros, porque estende sua decisão à situação de outros trabalhadores que não militam em seu seio e são atingidos pelos efeitos das negociações coletivas. Além disso, os organismos sindicais participam, por diversas formas, das decisões que importam a toda coletividade e são chamados, com frequência a eleger representantes nos Conselhos e Comissões constituídos para enfrentar a problemática nacional.

¹⁴ BIAVASCHI, Mappia Barros. "Direito do Trabalho: um direito comprometido com a justiça". in: SOUSA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.), *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 95.

¹⁵ RANDS, Maurício. "Direito do Trabalho na Grã-Bretanha e no Brasil: pontos de partida distintos, similaridade de alternativas". Revista LTr, v. 60, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1996, pp. 1081-1083.

¹⁶ Cf. CUOCO, Ubiracy Torres. "Contrato Coletivo e sua Utilização no Brasil". Revista LTr, v. 59, n. 07. São Paulo: LTr, jul. 1995, pp. 923-928.

Dada a importância dessas entidades, deve-se considerar que a democracia consiste em dupla regra: decisão pela maioria e respeito aos direitos da minoria. Há necessidade de que no seio dos organismos sindicais se dêem aos setores minoritários todas as garantias para que possam levar seus pontos-de-vista a todos os membros e que a autoridade democraticamente eleita assegure uma representatividade efetiva, que traduza verdadeiramente a vontade de seus representados.

Portanto, não se pode "importar" impensadamente tal tendência sem adaptação à realidade subdesenvolvida, sob pena de se transformar o instituto da "desregulamentação" em prejudicial.

4. Normas-princípios são olvidadas

Muitos autores, ademais, consideram que, desde seu nascedouro, embasam-se o Direito e o Processo do Trabalho em princípios próprios¹⁷, dentre os quais seria o mais relevante o da tutela ou da proteção ao trabalhador. Deste, os demais (regra da condição mais favorável; aplicação da norma mais benéfica; *in dubio pro misero*; irrenunciabilidade; primazia da realidade; continuidade da relação de emprego; autodeterminação coletiva, etc.) seriam apenas expressões. Especificamente em relação ao Processo do Trabalho, instrumento de realização do direito material, o princípio tuitivo ou da tutela fisionomiza-se como o princípio corretor de desigualdades entre as partes.

É preciso salientar que, frente a esta atitude tendente à flexibilização, não se pode olvidar os princípios infor-

maiores dessa matéria. No universo do Direito do Trabalho, para exemplificar, o princípio da instrumentalidade das formas, no campo processual, e o princípio da continuidade da relação de emprego, no âmbito material, informam direitos dos trabalhadores. Em diversos casos, expressam-se como métodos interpretativos das normas estatais e dos regulamentos da empresa e, em outras situações, interferem na evolução da legislação e nas decisões judiciais de caráter coletivo.

No entanto, tais princípios basilares do Direito e do Processo Trabalhista são desprestigiados quando se adotam tais medidas flexibilizantes. Não mais se observa a proteção do hipossuficiente, julgando-o igual ao empregador, igualdade apenas factualmente formal. Em verdade, sabe-se que a igualdade substancial ou material inexistente na realidade. Disponibilizam-se os direitos trabalhistas, tornando-os passíveis de negociações, tanto *in melius* quanto *in pejus* em relação aos trabalhadores. Assim sendo, a melhor posição do empregador em contraposição ao empregado torna-se alternativa mais viável do que a admissão do velho *in dubio pro misero*, que, para os adeptos da flexibilização, geraria distúrbios na situação econômica nacional.¹⁸

Entretanto, há uma forte tendência quanto à conceitualização da rigidez das leis trabalhistas como inconveniente para a produção e para o próprio trabalhador. É válido salientar, ainda que, se por "flexibilização" se entende o

17 Cf. COSTA, Orlando Teixeira da. "Os Princípios do Direito do Trabalho e sua Aplicação pelo Juiz". Revista do TRT - 8ª Região, n.28. Belém, jan./jul. 1982, pp. 11-23.

18 Cf. ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. "A Flexibilização do Direito do Trabalho - crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado". Revista LTR, v. 54, n. 04. São Paulo: LTR, abr. 1990, pp. 430-434; SOARES, Ronald. "Direito Alternativo X Flexibilização". Revista TST, v. 61. São Paulo: TST, 1992, pp. 89-90; e CARVALHO, Amilton Buano de. "Flexibilização X Direito Alternativo". In: SOUSA JR., José Geraldo; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.). Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, pp. 97-102.

relaxamento de instituições que foram fruto de um esforço de longos anos e que responderam às exigências de saúde física e mental dos trabalhadores, tem-se que estar alerta para essa situação. Por outro lado, é inquestionável que, em diversas matérias (como as relativas a tempo de trabalho - jornada diária e semanal e férias), a flexibilização pode ser preferível à rigidez, por se adaptar melhor às convenções do próprio grupo dos trabalhadores. Alguns autores, inclusive, como Rafael Caldera, consideram que: "la flexibilidad puede ser una conquista del Derecho Laboral para el siglo XXI. Ella va a ser tanto más necesaria cuanto que recientes sistemas de trabajo han dado nueva cara al viejo asunto del trabajador a domicilio, por ejemplo."¹⁹

5. Peculiaridades da situação brasileira

5.1. Negociações e acordos coletivos

Quanto à questão brasileira, há de se considerar o art. 7.º, VI, XIII e XIV da CF/88, que ensejam a chamada "adaptabilidade". Utilizam-se estas normas de convenção ou acordo coletivo, conforme a ocasião. Assim sendo, de acordo com o inciso VI, pode-se afirmar, *a contrario sensu*, que é possível a modificação do *quantum* salarial *in pejus* em relação aos trabalhadores. Embora a Constituição garanta a irredutibilidade dos salários, prevê extensa autonomia às entidades sindicais, dada a existência do art. 8.º, VI.

No entanto, como já foi salientado, em países subdesenvolvidos como o nosso, não está presente a plena autonomia sindical. Isto posto, é observada a existência

¹⁹ CALDERA, Rafael. "El Derecho del Trabajo del Siglo XXI". Revista do TST da 8.ª Região, v. 22, n. 42. Belém: TST, jan./jun. 1989, p. 16.

da influência de fatores extra-dogmáticos e da própria situação de desconforto dos líderes sindicais em optar por escolhas opostas às do empresariado, quando não são concedidas garantias quanto à sua permanência em seus respectivos postos de trabalho.

Além disso, são passíveis de modificação em prejuízo dos empregados, ainda, as regras relacionadas à jornada de trabalho diária, podendo essa ser inferior a seis horas ou superior a oito, conforme as necessidades de produção de cada período. Isso resulta, como o caso anterior, de previsão constitucional - art. 7.º, XIII e XIV -, sendo passível da mesma problemática supracitada, já que as resoluções novamente estão nas mãos dos sindicatos.

Portanto, nesses casos, admite-se a alteração *in pejus*, contrariando a regra geral e tornando viável no mundo jurídico a flexibilização. No entanto, deve-se observar que o Estado não deve retornar ao *laissez faire*, mas estabelecer limites amplos, liberdade e autonomia sindicais - regra básica da negociação coletiva - e mínimo de proteção ao trabalhador a ser respeitado na negociação.

5.2 Poder normativo da Justiça do Trabalho

Além da problemática existente no Brasil quanto à fragilidade dos sindicatos, vislumbra-se, quanto ao Direito do Trabalho brasileiro a possibilidade de normatização em caráter mais amplo pelos órgãos jurisdicionais.

Assim, o ordenamento jurídico concede a faculdade de imposição de normas jurídicas de universalidade relativa ao Poder Judiciário. Isto ocorre através do instituto dos dissídios coletivos, quando a Justiça do Trabalho - TRTs ou TST - são chamados a manifestar decisão acerca de controvérsia decorrente da interpretação de acordo

ou convenção coletivos ou, ainda, querela referente a determinada manifestação grevista.

Nessas hipóteses, a solução não mais decorre do acordo de vontades, mas da manifestação estatal. Para os adeptos da flexibilização, deve ser um aspecto extirpado do ordenamento para que se conceda ampla autonomia da vontade às partes. No entanto, à medida que o Estado não interferiu na elaboração de tais acordos, é válida a manifestação de sua opinião, para evitar excessos tanto pelos empregadores como pelos empregados.

É válido salientar, ainda, que, mesmo nesses casos, o Judiciário não deve olvidar os princípios que regem o Direito do Trabalho e seu respectivo aspecto processual, com o argumento que se deve flexibilizar excessivamente inclusive no conteúdo das decisões judiciais.

Sob outro prisma, o pluralismo jurídico no âmbito do Direito do Trabalho e a consolidação de regras *extra legem* ou *contra legem*, nem sempre se realiza com o abrigo do Estado. Por isso, a própria relação de interesses, entre as categorias econômicas e profissionais, ou entre o indivíduo trabalhador importante e seu empregador, produz a adesão das partes numa relação individual ou coletiva, que passa a se equilibrar por necessidade recíproca.²⁰

Isso ocorre, embora "o Estado conte, a respeito, com um poder normativo de primeiro grau, para criar normas jurídicas através de alguns de seus órgãos e, ademais, com um poder normativo de segundo grau, para reconhecer eficácia e, por conseguinte, negar ou limitar a eficácia à ação normativa de forças ou poderes sociais não-estatais."²¹ Este reconhecimento tanto pode ocorrer como não.

20 Cf. GENRO, Tasso. "Natureza Jurídica do Direito do Trabalho". In: SOUSA, JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.) Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 89.

21 DE LA VILLA, Luis Henrique et alii. Lecciones de Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social. Madrid, 1977, p. 486.

Muitas vezes o Estado se omite diante da pujança das fontes materiais porque já há um conflito latente entre a ordem jurídica formal e a legitimação, como fato que é, simultaneamente, valor e norma, fundado no próprio exercício expansivo da liberdade individual ou coletiva.

5.3 Economia informal

Quanto a este aspecto, parece que seu acréscimo no Brasil decorre de duas tendências ínsitas: encargos sociais elevados e a cultura do desrespeito à lei. Em relação ao primeiro ponto, deve ser observada sua destinação aos cofres públicos, posto que a parcela destinada diretamente aos empregados constitui um total extremamente pobre e milimetricamente contabilizado pelo empresariado.

A violação à lei não é apenas verificada nesse setor do Direito, como também em diversos outros, visto que, no Brasil, é conhecido o chamado "jeitinho brasileiro", o qual caracteriza a enorme tendência da população de burlar a legislação vigente²². A eficácia social do ordenamento, portanto, fica comprometida. Dessa forma, em variadas situações e por diversos motivos, prefere-se a contratação informal da mão-de-obra, que fica à margem dos Direitos consolidado e contratual do trabalho.

Os governos, por seu turno, têm reagido curiosamente à crise: ora agem, ora se omitem, aplicando seletivamente a legislação, ao sabor das conveniências. Assim, ao lado de uma economia informal, surge um "Estado informal", como propõe inteligentemente José Eduardo Faria.²³

22 Cf. ADEODATO, João Maurício. "Uma Nova Ótica da Prática Jurídica Brasileira". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Vitória: Conselho Federal da OAB, 1992, pp. 440-419.

23 Cf. FARIA, José Eduardo. Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1995, p. 122.

ou convenção coletivos ou, ainda, querela referente a determinada manifestação grevista.

Nessas hipóteses, a solução não mais decorre do acordo de vontades, mas da manifestação estatal. Para os adeptos da flexibilização, deve ser um aspecto extirpado do ordenamento para que se conceda ampla autonomia da vontade às partes. No entanto, à medida que o Estado não interferiu na elaboração de tais acordos, é válida a manifestação de sua opinião, para evitar excessos tanto pelos empregadores como pelos empregados.

É válido salientar, ainda, que, mesmo nesses casos, o Judiciário não deve olvidar os princípios que regem o Direito do Trabalho e seu respectivo aspecto processual, com o argumento que se deve flexibilizar excessivamente inclusive no conteúdo das decisões judiciais.

Sob outro prisma, o pluralismo jurídico no âmbito do Direito do Trabalho e a consolidação de regras *extra legem* ou *contra legem*, nem sempre se realiza com o abrigo do Estado. Por isso, a própria relação de interesses, entre as categorias econômicas e profissionais, ou entre o indivíduo trabalhador importante e seu empregador, produz a adesão das partes numa relação individual ou coletiva, que passa a se equilibrar por necessidade recíproca.²⁰

Isso ocorre, embora "o Estado conte, a respeito, com um poder normativo de primeiro grau, para criar normas jurídicas através de alguns de seus órgãos e, ademais, com um poder normativo de segundo grau, para reconhecer eficácia e, por conseguinte, negar ou limitar a eficácia à ação normativa de forças ou poderes sociais não-estatais."²¹ Este reconhecimento tanto pode ocorrer como não.

20 Cf. GENRO, Tarcio. "Natureza Jurídica do Direito do Trabalho". In: SOUSA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.). Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 89.

21 DE LA VILLA, Luis Henrique et alii. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social. Madrid, 1977, p. 486.

Muitas vezes o Estado se omite diante da pujança das fontes materiais porque já há um conflito latente entre a ordem jurídica formal e a legitimação, como fato que é, simultaneamente, valor e norma, fundado no próprio exercício expansivo da liberdade individual ou coletiva.

5.3 Economia informal

Quanto a este aspecto, parece que seu acréscimo no Brasil decorre de duas tendências ínsitas: encargos sociais elevados e a cultura do desrespeito à lei. Em relação ao primeiro ponto, deve ser observada sua destinação aos cofres públicos, posto que a parcela destinada diretamente aos empregados constitui um total extremamente pobre e milimetricamente contabilizado pelo empresariado.

A violação à lei não é apenas verificada nesse setor do Direito, como também em diversos outros, visto que, no Brasil, é conhecido o chamado "jeitinho brasileiro", o qual caracteriza a enorme tendência da população de burlar a legislação vigente²². A eficácia social do ordenamento, portanto, fica comprometida. Dessa forma, em variadas situações e por diversos motivos, prefere-se a contratação informal da mão-de-obra, que fica à margem dos Direitos consolidado e contratual do trabalho.

Os governos, por seu turno, têm reagido curiosamente à crise: ora agem, ora se omitem, aplicando seletivamente a legislação, ao sabor das conveniências. Assim, ao lado de uma economia informal, surge um "Estado informal", como propõe inteligentemente José Eduardo Faria.²³

22 Cf. ADEODATO, João Maurício. "Uma Nova Ótica da Prática Jurídica Brasileira". Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. Wória: Conselho Federal da OAB, 1992, pp. 440-419.

23 Cf. FARIA, José Eduardo. Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho. São Paulo: L7, 1995, p. 122.

6. Judiciário Trabalhista²⁴

Observados todos esses aspectos, cumpre finalizar analisando a sistemática do Poder Judiciário em se tratando de processos trabalhistas. É patente a crítica constante efetuada pela sociedade em relação ao Judiciário *lato sensu*, devido à atual falta de credibilidade na instituição por parte da população. Essa situação é apontada por muitos como verdadeira crise do Estado Democrático de Direito, visto que esse Poder consiste na última instância para garantir os direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Causas dessa crise, elencadas pelo Ministro do STF Carlos Velloso, seriam, dentre outras: acréscimo constante do número de processos, visto que tem aumentado a consciência acerca dos direitos subjetivos dos cidadãos; máquina judiciária deficitária, devido aos ritos arcaicos; número reduzido de juízes de primeira instância em relação ao número de habitantes; método de seleção dos magistrados; deficiência do aparelho administrativo; e ausência de correspondência das leis processuais ao desenvolvimento social atual.

Solução vantajosa apontada por muitos seria a criação de meios alternativos solucionadores dos conflitos, no prisma extrajudicial, possuindo caráter autônomo. Essa seria uma forma de "desafogamento" do aparelho judiciário estatal. No entanto, *data maxima venia*, a resolução de problemas efetuada dessa forma é apontada por outros como verdadeira tendência ao abstencionismo do Estado, refletindo no Judiciário a flexibilização, quando se trata de direitos trabalhistas. Essa tendência parece mais

acertada em certos casos, nos quais a ausência de interferência estatal pode prejudicar sobremaneira a parte hipossuficiente da relação jurídica.

Outra parcela apregoa a extinção do Judiciário Trabalhista, sendo que as lides trabalhistas seriam solucionadas pelo Poder Jurisdicional Estadual. Essa tendência também pode ser apontada como flexibilizadora, visto que a morosidade seguramente beneficiará o setor economicamente mais forte.

Alternativa mais viável parece ser a modernização da legislação processual trabalhista, para que - através da simplificação dos procedimentos, da diminuição das possibilidades de recurso e dos ônus financeiro envolvido no processo - tenha a população acesso efetivo à justiça.

7. Melhor condução da questão

Desta feita, dada a possibilidade de introdução maciça do instituto pela via sindical, deve-se observar o aspecto organizacional dos sindicatos, atores determinantes nesta ocasião. Portanto, deve ser imposta a chamada "legislação de suporte", para combinar a negociação coletiva com certas disposições legais essenciais à sua factibilidade.²⁵

A importância da imposição de normas com essa finalidade pode ser vislumbrada caso se observe a divisão doutrinária referente a alguns ordenamentos jurídicos quanto à sua legislação. Certos doutrinadores, ao comentarem o direito inglês, por exemplo, fazem menção à divisão da legislação social em: *regulatory* e *auxiliary*

24 Cf. SOARES FILHO, José. "A Crise do Judiciário". Jornal O JUDICIÁRIO, a. 03, n. 16. Recife: Potys Editora, jan./fev. 1999, p. 11.

25 Cf. RANDES, Maurício. "Do Garantismo Individual ao Garantismo Coletivo". Revista da Amatra, a. 1, n. 2. Recife: AMATRA, jul. 1997, pp. 11-14.

legislation. Essa última seria a chamada “legislação de suporte”, referente ao embasamento legal das convenções e acordos coletivos.

Mesmo em países que adotam o *common law*, verifica-se a necessidade de tal elaboração legal para evitar possíveis arbitrariedades existentes com a desregulamentação excessiva. Propaga-se que o abstencionismo estatal em excesso não soluciona a crise econômica, mas apenas agrava a situação dos hiposuficientes e beneficia os empregadores em excesso. Deve-se, portanto, restaurar o equilíbrio entre ambas as classes através da imposição de tais normas por parte do Estado.

As supracitadas propostas da doutrina de países cuja tradição jurídica está embasada no *common law* são também pretendidas pelos setores que adotam o sistema romanista. Assim sendo, o sindicalismo brasileiro propõe a edição de um corpo de normas que assegurem a efetividade da livre contratação coletiva. Observa-se que tal legislação pode amenizar o poder de barganha dos empregadores, o que resultará em uma maior tendência à igualdade substancial entre os sindicatos - partes contratantes.

Deve ser observado que essas normas, ao invés de protegerem o empregado individualmente, almejariam o equilíbrio da relação de poder entre trabalhadores e empregadores, tanto dentro da empresa, como da sociedade e fariam com que as conquistas já obtidas não se transformem em meta de chegada, mas continuem sendo o ponto de partida. Regulariam, destarte, não o Direito Individual do Trabalho, mas o Coletivo, posto que visariam ao fomento da contratação coletiva e, conseqüentemente, da atividade sindical.

Iniciativa semelhante já é adotada, com sucesso, na Itália, posto que existe o Estatuto do Trabalhador (Lei

300/1970), que exerce as funções de suporte e promoção pretendidas por outros países em relação a essa questão. As medidas adotadas por esse estatuto concedem à camada hiposuficiente instrumentos capazes de assegurar o desempenho da atividade sindical organizada.

Deve-se salientar, ainda, que a economia, como todos os fenômenos humanos, é complexa. O trabalho é um dos aspectos nos custos de produção, mas o trabalhador é, ao mesmo tempo, o componente maior do mercado de consumo. Se o salário é menor, diminui o custo necessário para produzir, mas diminui, simultaneamente, a capacidade de consumo, sem a qual a produção não pode se expandir. E, na sociedade capitalista em que estamos inseridos, os trabalhadores fazem parte desse mercado e, com a diminuição do poder aquisitivo dessa classe, incorrerá solução de dificuldades econômicas.

Finalmente, adotada a máxima segundo a qual “o olhar do juiz deve ser o olhar da sociedade”, tendo como referencial não apenas a norma positiva, mas, sobretudo, o conflito que lhe é subjacente, não se pode conceber o Judiciário trabalhista indiferente à sociedade, distanciado do conflito que subjaz à norma. Por outro lado, cabe à sociedade a decisão acerca dos mecanismos e formas de sua participação na administração da justiça e aos operadores jurídicos aprofundar essa discussão. A solução deve ser encontrada no processo de discussão e no debate amplo e democrático.

Todos esses argumentos devem ser considerados quando se adota uma política tendente ao liberalismo excessivo ou à regulação exorbitante por parte do Estado. Não se deve exagerar em adotar um dos extremos. Certamente, a tendência mais adequada reside na concessão de autonomia aos trabalhadores para decidir sobre a mais

adequada escolha, de acordo com seus interesses, sem olvidar que é necessária, ainda, certa parcela de interferência estatal para que a camada desprivilegiada da população não seja compelida a adotar determinado caminho. O equilíbrio, nesse caso, é premente, com o fito de evitar excessos tanto por parte de Estado e empregadores, como por parte dos empregados.

8. Referências bibliográficas

8.1 Livros

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- AMADEO, E. *Labor Flexibility and Productivity: markets, institutions and skills*. Rio de Janeiro: PUC, 1993.
- CAMPERO, Guillermo; FLISFISCH, Angel; TIRONI, Eugênio; TOKMAN, Víctor E. *Os Atores Sociais no Novo Mundo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- DE LA VILLA, Luis Henrique et alli. *Leciones de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social: Madrid, 1977, p. 486.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- FERRAZ JR. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1994.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SOUSA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de (orgs.). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. Vols. 1 e 2.
- TEUBNER, Günher (org.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1988.

8.2 Artigos

- ADEODATO, João Maurício. "Legitimidade Jurídico-Política e Crise (uma exposição do problema)". *Revista Acadêmica*, a.72. Recife, 1985, pp. 131-153.
- _____. "Modernidade e Direito". *Revista da ESMape*, v. 2, n.6. Recife: Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco, out./dez. 1997, pp. 255-273.
- _____. "Uma Nova Ótica da Práxis Jurídica Brasileira". *Anais da XIV Conferência Nacional da OAB*. Vitória: Conselho Federal da OAB, 1992, pp. 440-419.
- _____. "Uma Teoria (emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos". *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 05. Recife: Universitária, 1992, pp. 207-242.
- BARROS, Cassio Mesquita de. "Flexibilização do Direito do Trabalho". *Revista LTr*, v. 59, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1995, pp. 1034-1045.
- CALDERA, Rafael. "El Derecho del Trabajo del Siglo

- XXI". *Revista do TRT da 8.ª Região*, v. 22, n. 42. Belém: TRT, jan./jun. 1989, p. 11-21.
- COSTA, Orlando Teixeira da. "Os Princípios do Direito do Trabalho e sua Aplicação pelo Juiz". *Revista do TRT - 8ª Região*, n.28. Belém, jan./jul. 1982, pp. 11-23.
- CUÓCO, Ubiracy Torres. "Contrato Coletivo e sua Utilização no Brasil". *Revista LTr*, v. 57, n. 07. São Paulo: LTr, jul. 1995, pp. 923-928.
- FARIA, José Eduardo. "A Crise do Direito do Trabalho no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 80. São Paulo: EDUSP, jan./dez. 1985, pp. 197-209.
- MARTINS, Sérgio Pinto. "A Economia Informal e o Direito do Trabalho". *Revista do TRT - 8.ª Região*, a. 29, n. 57. Belém: TRT, jul./dez. 1996, pp. 95-109.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Problemas Atuais do Direito e do Processo do Trabalho". *Revista LTr*, v. 55, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1991, pp. 909-922.
- _____. "Tendências de Flexibilização das Normas Reguladoras das Relações de Trabalho no Brasil". *Revista LTr*, v. 59, n. 08. São Paulo: LTr, ago. 1995, pp. 1022-1025.
- NEVES, Marcelo. "A Crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão". *Anais do Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, Recife, 1992*. Recife: Tribunal de Contas-PE, 1992, pp. 157-170.
- _____. "Da Autopoiese à Alopoiese do Direito". *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 05. Recife: Univer-sitária, 1992, pp. 273-298.
- _____. "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina". *Revista Direito em Debate*, ano V, n. 05. Porto Alegre: UNIJUÍ, 1991, pp. 07-29.
- _____. "Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente". *Revista Acadêmica*, a. 75. Recife: Universitária, 1992, pp. 77-97.
- PATU JR., Ruy Trezena. "A Essência Aética do Contrato de Trabalho". *Revista da OAB - Seccional de Pernambuco*, ano 32, n. 24. Recife: OAB, ago. 1997, pp. 93-124.
- RANDS, Maurício. "Direito do Trabalho na Grã-Bretanha e no Brasil: pontos de partida distintos, similaridade de alternativas". *Revista LTr*, v. 60, v. 08. São Paulo: LTr, ago. 1996, pp. 1080-1088.
- _____. "Do Garantismo Individual ao Garantismo de Administração Coletiva". *Revista da Amatra*, a. 1, n. 2. Recife: AMATRA, jul. 1997, pp. 11-14.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. "A Flexibilização do Direito do Trabalho - crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado". *Revista LTr*, v. 54, n. 04. São Paulo: LTr, abr. 1990, pp. 430-434.
- ROCHA, Francisco Dário Mendes da. "Considerações Digressivas e Nem Sempre Ortodoxas de Como e Porque Ser e Não Ser Alternativo". *Revista da OAB - Seccional de Pernambuco*, ano 32, n. 24. Recife: OAB, ago. 1997, pp. 63-75.
- SOARES, Ronald. "Direito Alternativo X Flexibilização". *Revista TST*, v. 61. São Paulo: TST, 1992, pp. 89-90.
- _____. "Flexibilização - um tema atual no direito do trabalho". *Revista do TST*, v. 59. São Paulo: TST, 1990, pp. 131-136.

SOARES FILHO, José. "A Crise do Judiciário". *Jornal O JUDICIÁRIO*, a. 03, n. 16. Recife: Polys Editora, jan./fev. 1999, p. 11.

VIANA, Márcio Túlio. "Desregulamentar... Regulamentando". *Revista LTr*, v. 59, n. 07. São Paulo: LTr, jul. 1995, pp. 884-889.

A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE

Maria de Fátima de Carvalho Falcão

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular de Direito Processual Penal e de Sociologia Geral das Faculdades de Direito e de Administração da Associação de Ensino Superior de Olinda - AESO. Professora Assistente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professora Assistente de Sociologia Geral, Sociologia da Educação e Cultura Brasileira da Faculdade de Ciências Humanas de Olinda - FACHO. Professora de Sociologia Geral e de Cultura Brasileira da Escola Teológica do Mosteiro de São Bento de Olinda.

SUMÁRIO

I. Conceito de Culpa. II. Teorias da Culpa. III. Conceitos e elementos da culpa strictu sensu. IV. Modalidades da culpa. V. Conclusão. VI. Referências Bibliográficas

1. Conceito de culpa

A forma mais atenuada do elemento psicológico - normativo da culpabilidade - é a culpa.

Neste caso, a previsão e a vontade não informam todo o processo delituoso. O resultado de dano ou de perigo, constituintes que são da figura criminal, não é querido, nem tampouco, previsto, ou, no caso de previsto, o agente não anui a que ele ocorra.

A atenuação deste grau, do momento psíquico, nos fatos culposos, faz com que, só por exceção, seja admitida sua punibilidade, isso quer dizer, só exista em relação àqueles ilícitos penais para os quais a lei prevê a punibilidade a este título.

Segundo Aníbal Bruno, a culpa consiste na prática voluntária, sem a atenção ou o cuidado devido, de um ato

do qual decorre um resultado definido na lei como crime, que não foi do querer, nem da previsibilidade do agente, mas que era previsível.

O processo de crime culposo, nesse caso, levaria em consideração dois aspectos:

- Uma conduta voluntária - própria da vontade, provinda do elemento volitivo do agente, contrária ao dever.

- Um resultado involuntário, definido na lei como crime, que não foi, mas, deveria e poderia ser previsto pelo agente.

A forma de culpa, abordada nesse segmento, é a de culpa inconsciente, considerada, por muito autores, como sendo a forma típica de culpa. Exige-se, de cada indivíduo, no seu comportamento diário, perante a comunidade social, o dever de práticas sensatas, existenciais, com cautelas necessárias, para que sua conduta não resulte em dano a bens jurídicos alheios. Dever esse que mais imperioso se torna quando o bem jurídico é tutelado pela norma penal. O agir do indivíduo, sem as cautelas e prevenções exigíveis perante as circunstâncias, viola esse dever e leva o agente à prática do fato culposo. Põe-se, dessa forma, em andamento, o processo culposo que, no entanto, só se configura em sua totalidade, no fato criminoso, com o resultado punível. Não era do querer do agente aquele resultado, nem ele o havia previsto (culpa inconsciente), mas, podia e devia prevê-lo, e essa falta de previsão do previsível forma o nexo psíquico, que prende o agente ao resultado. Ao julgador cabe indagar se o fato era ou não previsível. Previsibilidade do homem médio, do homem comum, decorrente de um juízo social, aplicável às condições particularíssimas do caso concreto, em relação ao meio ambiente.

Em magnífica decisão, proferida por Dr. Cícero Galvão, em 15 de Junho de 1959, ele diz que: **“ Não basta, a existência de um dano pessoal objetivado pela perícia médico - legal, para se declarar o réu responsável por um crime de natureza culposa, posto que a culpa não se presume, é dever do Ministério Público fazer a sua prova, que, somente, existirá, quando o réu tiver procedido com imprudência, negligência ou imperícia”**. (Citação feita pelo Prof. Nilzardo Carneiro Leão, in *Acidentes de Trânsito*, pág.77).

Segundo Carrara, grande Mestre do Direito Penal, **“ a essência da culpa está toda na previsibilidade”**. (Citação feita por Aníbal Bruno, in *Direito Penal*, vol. II, pág. 81, base 20).

Comparando-se ao dolo, a culpa é um instituto de formação mais tardia. Seus fundamentos estão baseados em árdua elaboração que longe, ainda, se encontra de se poder considerar concluída. Até mesmo sua posição dentro da culpaabilidade é discutida, e quando aceita, difícil é justificá-la, enquadrá-la às exigências da consciência e vontade do agente com referência ao resultado, que é essencial no conceito de fato culpável. É aceito o fato de que, em um crime culposo, sempre existe um ato inicial contrário ao dever, uma ação ou omissão que, na circunstância do agir, a sociedade impunha como um meio de lhe permitir evitar o resultado “ lesões”; segundo o Doutor Bruno, isto não basta para estabelecer uma relação eficaz entre o agente e o resultado punível. **“ Seria, então, uma espécie de versari in re illicita, embora um versari in re illicita em que o resultado não seria mero fortuito, mas, uma consequência previsível do ato voluntário inicial”**. (Aníbal Bruno, in *Direito penal*, Ob. Cit. pág.81). A problemática toda consiste em se saber por que

se deve incluir o resultado na responsabilidade do agente; dentro do princípio da culpabilidade o que se quer saber é qual o vínculo psíquico efetivo que existe entre este e aquele.

O vocábulo culpa, em seu sentido lato, refere-se à culpabilidade, compreendendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Logicamente, portanto, essa é uma das formas de culpabilidade.

2. Teorias da culpa

A teoria dominante e mais aceita estrutura a culpa no princípio da previsibilidade; isso já existe nos textos romanos e se tornou efetiva e bem aceita na doutrina moderna.

Entre as modificações e renovações do novo Código Penal ressalta-se aquela que prevê a previsibilidade a título de culpa resultado não querido de um comportamento doloso.

Na teoria da previsibilidade, a forma originária, normalmente citada é a da Lex Aquilia: "**Culpam esse quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum**". (L.IX, 2 ad leg. Aquil, fr. 31).

Classicistas, entre eles, o destaque maior é o Mestre Carrara, citado anteriormente, apoiaram, com ênfase, essa doutrina. Entre autores mais modernos, adeptos dessa corrente, temos Maggiore, Mezger, Germann, Von Liszt, Schmidt, Welzel, Erik Wolf e, também, os grandes representantes da corrente positivista. Mas, o fundamental sob o ponto de vista do positivismo criminológico é a perigosidade criminal, que o agente demonstra no seu não cumprimento à norma, diligência que a vida em sociedade reclama. É essa perigosidade que justifica a incrimi-

nação do fato culposo no interesse da defesa social. Apesar de atenuada a perigosidade que se manifesta na culpa do agente, exige a sanção para reajustá-lo às normas de convivência social, procurando evitar a reincidência no fato criminoso. De fundamental importância é que o resultado seja previsível pelo agente; previsível, mas não previsto (culpa inconsciente) ou, se previsto, crendo o agente que o mesmo não ocorrerá (culpa consciente). Se não há previsibilidade, não existe culpa. Os adeptos da chamada Teoria Objetiva procuram construir o conceito de culpa, sem referência à previsibilidade. Essa teoria é posta como opositora da chamada Teoria da Previsibilidade, considerada por muitos doutrinadores como uma Teoria Subjetiva.

Um dos adeptos da Teoria Objetiva foi Stoppato. Ele submeteu o conceito clássico da culpa a uma nova elaboração e construiu sua doutrina tendo por base dois critérios:

- o da causalidade voluntária eficiente.
- e dos meios antijurídicos.

Segundo os autores da Teoria Objetiva, o ser humano deve responder, penalmente, por todo resultado de que ele, com sua forma de agir, é causa voluntária e eficiente. Nesse caso, "**a responsabilidade pelo resultado, decorre, simplesmente, do fato de o agente havê-lo ocasionado como consequência de um ato voluntário seu, seja o resultado previsível ou não**". (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 82). Mas, legalmente, a imputação do fato culposo decorre dos meios usados pelo agente e que são contrários aos ideais jurídicos. A existência da incriminação do fato residiria, todo ele, no caráter não jurídico dos meios usados. E, apenas por isso, sem ser necessário se recorrer a qualquer outro funda-

mento subjetivo, é o fato considerado punível. Nessa forma, Stoppato preceitua que se considera punível o resultado, quando provém, diretamente, de um ato voluntário que, embora não dirigido a um fim antijurídico, foi praticado com meios que demonstram não serem normais à idéia do direito. Adeptos dessa teoria ou de algumas de suas variantes encontram-se Manzini, Del Giudice, Massari e, entre nós, Raul Machado, Agrepino da Nóbrega, entre outros.

Esta teoria, como todas as demais que estabelecem princípios jurídicos, está sujeita a críticas. Efetivamente, a mera causalidade eficiente não é suficiente para estabelecer o vínculo da responsabilidade penal entre o agente e o resultado; o resultado, ainda quando consequência da forma de agir do agente, pode não passar dos limites dos meros casos fortuitos. Nem se o resultado escapa à previsão será suficiente o meio antijurídico. Os dois critérios por ele adotado conduziriam à mera responsabilidade pelo resultado.

O primordial na culpa é o instante inicial consciente, é a posição assumida pelo agente que vai de encontro ao dever. Impossível é estruturar-se uma construção incluída dentro da culpabilidade, fora do elemento da vontade, substituindo-se esse elemento volitivo por outro qualquer, como a falta de previsão do resultado.

O fundamento da culpabilidade terá de ser, essencialmente, um momento positivo em relação com o querer do agente, como a conduta consciente contrária ao dever, de onde provém o resultado danoso. É verdade que o conceito de previsibilidade não pode de todo ser excluído do conceito de culpabilidade. A culpa do agente deve referir-se ao resultado e não ao de ter feito ou realizado o ato, que estende até ele a sua responsabilidade. É a previsibi-

lidade, que determina o âmbito da culpa, de um lado, com o dolo eventual, e, também, com a culpa consciente, que exige mais do que a previsibilidade, e do outro, com o mero fortuito, em que nem essa existe.

A culpa, sendo culpabilidade, é reprovabilidade, reprovabilidade essa que consiste em ser decorrente da vontade contrária ao dever com que o agente pratica a ação inicial, devendo e podendo prever e evitar o resultado típico. Autores há, no entanto, que afirmam que não se encontram na previsibilidade os elementos que a constituam no vínculo psíquico necessário entre o agente e o resultado e, baseados nisso, determinam que o crime culposo se apresenta inserido em um sistema de um Direito Penal da culpabilidade como uma forma anômala de atuar punível.

Levando isso em consideração, alguns doutrinadores concluíram pela exclusão da culpa do domínio da punibilidade, dando-lhe, apenas, capacidade para sanções de polícia, ou para aplicação de medidas de segurança. Dessa maneira, Kohlrausch considerava que toda culpabilidade só pode ser conceituada como culpabilidade da vontade.

Dessa maneira Kohlrausch considerava que toda culpabilidade só pode ser conceituada como culpabilidade da vontade. (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit. p.84, base 23).

Ferri diz que a exclusão da punibilidade dos fatos culposos, seria **“troppo contraria alle più evidenti necessità della vita sociale”**, embora reconheça que essa razão **“contradice-o pelo meno, prescinde in questo caso della dottrina tradizionale della morale imputabilità”**. (Citação feita por Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág.84, base 23). O crime culposo entrou ao lado do crime doloso, em todas as legislações do mundo, e não se vê mais chance de seu desaparecimento.

Doutrinas mais modernas existem, que retiram a culpa do conteúdo da culpaabilidade e apresentam o ato culposo como uma forma de ação, inteiramente independente, ao lado da ação dolosa.

A elaboração doutrinária da culpa não cessou; hodiernamente, ainda continua. Inúmeras teorias procuram fundamentá-la, elas podem ser reunidas em dois grandes grupos: as subjetivas e as objetivas. As primeiras apoiam o conteúdo característico da culpa no elemento psicológico; as segundas não dão importância à relação psíquica entre o agente e o fato, mas fundamentam o conteúdo da culpa em uma especificação objetiva da conduta, em modalidade sua, no nexa causal entre a conduta e o evento, ou ainda, na natureza do bem jurídico violado ou ofendido.

A opinião válida e da maior categoria nos dias atuais é a que fundamenta a culpa na previsibilidade. Essa teoria teve origem em Roma e vem atravessando séculos até os nossos dias.

Carrara conceituava a culpa como **“a voluntária omissão de diligência em calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do próprio fato”**, acrescentando que **“la essenza della colpa stà tutta nella prevedibilità”**. (Citação feita por Magalhães de Noronha, in, Direito Penal, Vol. I, pág. 143).

É necessária a imposição da doutrina da previsibilidade porque, sem ela, é, verdadeiramente difícil fundamentar ou justificar um juízo de culpaabilidade ou reprovação, porque é, apenas, fundamentado na possibilidade de se prever o que não foi previsto, que se pode censurar alguém por não ter tido um comportamento que teria evitado o resultado danoso.

A culpa tem, também, essência normativa. A previsibilidade é a possibilidade de se prever um fato. Ocorre a previsibilidade, quando o indivíduo, por exemplo, nas circuns-

tâncias em que se encontrava, podia ter representado como possível a conseqüência de sua ação. É distinto da previsão, porque essa a contém. **“O previsto é, sempre, previsível. A previsão é o desenvolvimento natural à previsibilidade”**. (Magalhães de Noronha, Ob. Cit. Pág. 143).

O critério objetivo para aferir a previsão considera, como base do seu estudo, o homem médio, ou seja, sua diligência e perspicácia. Um resultado é previsível, quando a previsão de seu advento pode ser exigido do homem comum e normal, do indivíduo de atenção e inteligência ordinária, exigíveis da maioria geral das pessoas.

O outro critério, o subjetivo, não aceita a concepção do homem médio, que é abstração, para prescrever que se deve ter como conteúdo essencial a personalidade do indivíduo em questão, isto é, suas condições personalíssimas: idade, sexo, grau de cultura, etc. ...

O terceiro critério procura, com seu surgimento, conciliar os dois anteriores. Foi protagonizado pela legislação suíça que, no seu artigo 18, após definir o delito culposo, acrescenta: **“a imprevidência é culpável, quando o autor do ato não usou das precauções exigidas pelas circunstâncias e por sua situação pessoal”**. (Citação feita por Magalhães de Noronha in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 143).

Diz Paul Logoz, em um comentário muito feliz sobre o texto que: **“para haver imprevidência culpável, é necessário, em primeiro lugar, objetivamente, que o autor não tenha usado das precauções que eram exigidas pelas circunstâncias. Segundo as circunstâncias do caso, em espécie, é exigível do agente uma diligência ou precauções maiores ou menores”**. (Citação feita por Magalhães de Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 144).

E, comentando outro requisito, diz, ainda, Paul Logoz que: **“Para haver imprevidência culpável, é neces-**

sário que, subjetivamente, o autor tenha omitido as precauções exigidas por sua situação pessoal". (Citação feita por Magalhães de Noronha, in Direito penal, Ob. Cit. Pág. 144). E diz que, acerca disso, é necessário se tomar conhecimento se se tem autorização de dizer ao agente: "Tel que tu es, tu as fait preuve d'une imprévoyance coupable. Si tel n'est pas le cas, il ne saurait être question de negligence à l'impossible, nul n'est tenu". (Citação feita por Magalhães de Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 144).

Esse critério, além de justo, está coaduno com a realidade. O juiz deve ter em mente, em primeiro lugar, o fato em si, propriamente dito, com suas circunstâncias, etc. ..., a exigir cautela e atenção ordinários; depois, então, a consideração acerca do sujeito ativo: podia ele deixar de agir como fez, ou, por outra, estaria à altura de empregar a diligência comum dos homens? O critério objetivo, unicamente, por si só, não é justo, porque se se busca apurar a responsabilidade de uma pessoa, não se entende que se investigue o fato, não em relação a ela, mas, em relação ao homem médio. O subjetivo só e unicamente, também, não satisfaz. É impossível, com justiça, se considerar, apenas, a pessoa do autor, sem relacioná-la com o fato e todas as suas circunstâncias a exigirem atenção e diligência, que não podem ser as de um indivíduo excepcional, mas, as de um homem médio.

Magalhães de Noronha, considera crime culposo: "quando o agente, deixando de empregar a atenção ou diligência de que era capaz em face das circunstâncias, não previu o caráter delituoso de sua ação ou o resultado desta ou, tendo-o previsto, supôs, levianamente, que não se realizaria; bem como, quando quis

o resultado, militando, entretanto, em inescusável erro de fato". (in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 144).

3. Conceitos e elementos da culpa *STRITU SENSU*

Da definição exposta por Noronha, podem-se tirar os elementos do fato culposo.

O primeiro deles seria a **ação**, vista aqui, em sentido amplo, aquela que dá causa ao resultado. É um comportamento voluntário. O agente quer praticar o ato com a mesma vontade do fato doloso. O motorista que conduz seu carro numa velocidade de 120 quilômetros por hora e desastrosamente, atropela alguém, quer o ato de guiá-lo assim, da mesma maneira que o quer aquele que imprime essa velocidade a seu veículo para jogá-lo, propositadamente, sobre o pedestre seu inimigo. Em ambos os acontecimentos, a ação que deu causa ao fato é voluntária.

O segundo deles seria o **evento antijurídico não querido ou não previsto, ou pelo fato de tendo sido previsto, rejeitou-se a possibilidade de ele ocorrer**. Se o indivíduo previr e quiser, há, nesse caso, o dolo direto; se o previu e, apesar de não o querer de maneira exclusiva, aceitou-o, existirá dolo eventual.

O terceiro elemento seria o **acontecimento antijurídico querido, mas, decorrente de erro, de fato, inescusável**. Se o resultado não era previsto, deveria ele, no entanto, ser previsível porque, como já se disse, anteriormente, não há culpa sem previsibilidade. Ela constitui o nexó psíquico entre o indivíduo e o evento. Ele só poderá responder por um resultado previsível. Além de previsibilidade, há uma penetração no âmbito do caso fortuito, em que não tem sentido a responsabilidade.

Segundo o Mestre Aníbal Bruno, a culpa caracteriza-se **“por uma conduta contrária ao dever, que se exprime na imprudência, negligência ou imperícia do ato voluntário - inicial, e por uma relação entre o agente e o resultado, que consiste na falta de previsão do previsível”**. (In Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 84).

Baseado no conceito acima exposto, podemos distinguir os seguintes elementos da culpa:

- Um ato inicial voluntário, praticado com imprudência, negligência ou imperícia. Um ato voluntário, praticado através de um comportamento contrário ao dever. Falta ao agente aquela necessária diligência e precaução nos atos da existência, através dos quais ele teria podido evitar o fato punível. Conscientemente e, até mesmo, inconscientemente, não tinha o agente intenção alguma de pôr em perigo, ou mesmo causar dano a um bem jurídico alheio. O perigo ou o dano resultam de sua falta de cuidado, de sua desatenção ao praticar ou omitir um ato, que em si mesmo poderia ser legítimo. Se a maneira de agir do agente estiver conforme com as normas de conduta, que ele devia e podia cumprir, durante as circunstâncias que se fizeram presentes, segundo aquelas exigências comuns de diligência nos atos da vida, não se pode falar de culpa, ainda que, muito grave seja o resultado não querido, nem previsto pelo agente. Esse conceito de cuidado e atenção, no caso em estudo, não é absoluto, é relativo e varia de acordo com as circunstâncias do caso concreto e as condições individuais do agente.

O prof. Aníbal Bruno cita o exemplo daquele que lança fora a ponta acesa de um cigarro, em um aposento onde haja objetos ou resíduos capazes de ganhar fogo, ou próximo a substâncias inflamáveis, e diz que o indivíduo que se conduz dessa forma fá-lo imprudentemente; mas,

que não comete essa imprudência, se a ponta do cigarro, é jogada na praia ou sobre o calçamento de uma rua.

Expõe, ainda, o exemplo de que dirigir um automóvel a grande velocidade em rua freqüentada é ato de perigo, mas, o mesmo não será, em uma estrada rural, larga e deserta. Temos uma ressalva a fazer acerca desse exemplo, data vênia. Quando pensamos em termos de culpabilidade, de perigo, de dano, vemos aquele risco que expõe outrem e, também, a própria pessoa do agente. É já constatado, estatisticamente, que o indivíduo que vem na direção de um veículo, desenvolvendo uma velocidade acima de cem quilômetros por hora, não tem mais condições de domínio, de controle sobre o veículo. A estrada rural pode estar deserta de carros outros e de pessoas, mas não está livre de pedras, toras de madeiras, animais e outros obstáculos quaisquer, que uma vez sendo atingidos pelo carro em excessiva velocidade, podem provocar a derrapagem, capotagem do mesmo, a precipitação desse veículo em um abismo que beira a estrada ou que marginaliza o caminho. Quando ocorre a morte ou uma lesão no motorista, a culpa é dele mesmo. Mas, quando a vítima for alguém que esteja na condição de carona? Não há culpa nesse caso? Pensamos que se encontra nesse exemplo a configuração da culpa e, por isso é que concluímos que o excesso de velocidade, em qualquer circunstância ou local é, em princípio, uma imprudência.

A obrigação que se tem de evitar situações de perigo para bens jurídicos de outrem é relativa. Nem toda conduta perigosa constitui, por si própria, uma conduta contrária ao dever. Atividades existem, que a vida social exige, como intervenções cirúrgicas, condução de veículos, construções de edifícios que constituem, por sua própria natureza, um risco e que levam, de maneira inevitável,

muitas vezes, a conseqüências danosas em relação às coisas, lesões corporais ou morte. Não se constituirá culpa, se o exercício dessas atividades perigosas for executado pelo agente com a devida atenção, maior, ainda, nesses casos; mantendo-se dentro do risco necessário que impõem essas empresas ou profissões.

A culpa aparece quando o agente ultrapassa os limites dos riscos permissíveis e a figura típica se constitui. Estes conceitos de dever, de atenção e de diligência são julgados e apreciados de acordo com as condições individuais do sujeito. Deficiências dos sentidos, como a escassez de visão ou surdez, a ignorância, o estado emocional, podem influenciar no julgamento da atitude exigível do agente.

Exner, em um exemplo citado, também, por Logoz, fala do caso da criada que fecha cedo demais a chaminé da lareira e ocasiona um envenenamento por óxido de carbônio. O que a levava a agir assim foi ignorar, totalmente, a existência desse perigo e nunca ouvira falar em acidente desse tipo. Mas, nesse exemplo, temos um adendo a ser feito, é uma ação inicial culposa; há, também, o fato de um automobilista que, sabendo-se, extremamente fatigado, a ponto de dormir, assume a direção do carro e termina por adormecer ao volante, produzindo o acidente. (Anibal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit.).

Esse tipo de culpa, a nosso ver, não pode ser imputado, a não ser depois de muitas e minuciosas diligências, ao chamado motorista profissional, isto é, àquele que trabalha na direção de um veículo para viver. Porque casos existem, em que os donos das grandes empresas, sabendo que o motorista encontra-se cansado, estafado, que, às vezes, passou até noites em claro, na direção de um veículo, mesmo assim, exigem que aquele homem

pegue na direção de um ônibus ou outro veículo qualquer e saia dirigindo. Ele, o motorista profissional, não tem muita opção porque, se disser que não tem condições de assumir a direção do veículo e se recusar a sair no coletivo, o patrão dirá apenas: **“não tem problema, você está despedido”**. E há mil pessoas, lá fora, esperando aquele lugar, daquele indivíduo. Ele estará posto na rua, sem emprego, muitas vezes, com uma família numerosa para sustentar. A ver seus entes queridos morrerem de fome, mesmo com sono, cansado, fatigado, como for, esse indivíduo sai e dirige o transporte indicado. Que ele venha a dormir, necessidades naturais da vida humana são controláveis só até certo ponto; quando elas são muito fortes, fogem ao domínio humano. Ele cochila e causa o acidente: esse homem é culpado? Não, na nossa maneira de pensar. Acontece que, para provar que esse homem, embora reconhecesse que não tinha condições de trabalho (tendo, inclusive, exposto isso ao seu patrão) foi obrigado a trabalhar e que, por essa razão, é o patrão quem tem, indiretamente, a culpa no caso, **“muitas águas irão passar por baixo da ponte”**, porque em terra onde patrão é patrão e empregado é empregado, a decisão é sempre favorável ao que tem mais recursos processual e financeiro.

O não cumprimento de que fala o dever de diligência, através do qual provém o resultado punível no fato culposos, o nosso código classifica nas espécies de imprudência, negligência e imperícia.

“Não provada a existência de imperícia, negligência ou imprudência, ninguém pode ser condenado por crime culposos. A culpa não se presume. A não razoável exigibilidade de outra conduta por parte do acusado tanto mais acentua a não configuração de culpa no seu

incriminado ato". (T.J. de Pernambuco, 2ª C. Cr. Ap. 45.093, Rel. Des. A. Duque, Arq. Forense, XXXV/352). **"A culpa não se presume. Ou o autor da ação penal consegue provar a culpa, ou o réu é absolvido"**. (Ac. Un. T. J. S. Paulo, 72.1944. Ver. Dos Tribs. V. 151/572).

"Practicamente, el concepto de lo previsible debe surgir de aquellos que ordinariamente o en la vida de ralación resulta previsible para un sujeto, normal". (Santiago I. Nudelman, in "El Delito de Lesiones", pág. 97).

O insigne Aníbal Bruno defende que, só ocorre a culpa, quando há um comportamento voluntário ao dever e um resultado involuntário estabelecido na lei como crime, que não foi, mas deveria ser previsto pelo agente. Pode o fato ser previsto, mas, o agente não anuir a que ele ocorra. O dever de evitar situação perigosa não é absoluto, vez que, tudo depende do fator circunstancial. Se, por exemplo, em caso de delito de trânsito, surge um defeito na direção de um veículo, que vem funcionando bem, e torna-o desgovernado, não se pode exigir que isso esteja na previsão do condutor, porque se estava a exigir o que a lei não quer. **"Não ocorrendo o vínculo psíquico entre o agente e o resultado, está frustrada a responsabilidade"**. (Arq. Forense, vs. 39/40, págs. 463/465).

A imprudência consiste na prática de um ato perigoso, sem as cautelas necessárias, requeridas pelo caso. A negligência é a falta de observância dos deveres que as circunstâncias exigem. A primeira é fato de comissão, a outra é uma omissão, é um agir negativo, é um não - fazer. Imprudente é o automobilista que conduz seu carro em excessiva velocidade, sobretudo, em uma rua muito freqüentada. Negligente, é o automobilista que dobra em uma curva, sem fazer soar a buzina do carro. O esquecimento pode se constituir um ato inicial de uma ação cul-

posa, quando o agente falta à diligência que deveria ter empregado para evitar olvidar o ato devido, sendo previsível o resultado danoso, que pode ocorrer daí. Por exemplo, o guarda - chaves, que se esquece de realizar a manobra das linhas e ocasiona o choque de trens. Imperito é aquele que não tem aptidão técnica, teórica ou prática para o exercício de uma determinada profissão. Há na imperícia a falta de diligência que impede o agente de adquirir a aptidão necessária ao exercício de sua atividade, e com isso, mostra-se uma falta de consideração, de atenção para com o bem alheio, que fica provada no fato de o agente realizar atos profissionais, devendo conhecer a sua inaptidão para isso e prever o resultado danoso que daí pode provir. Não deve ser confundido negligência com imperícia, nem com imprudência. Um cirurgião que esquece um instrumento cirúrgico qualquer dentro do paciente é um negligente, nunca um imperito. O cirurgião que, podendo resolver o caso do paciente, segundo uma técnica corrente, já sua conhecida, ensaia um processo aventureiro do qual resulta dano para o seu cliente, está agindo imprudentemente.

A imperícia, ainda, não pode ser confundida com o erro profissional, provindo da imperfeição da própria arte ou ciência.

É imprescindível que a conduta contrária ao dever leve a um resultado de dano em que o perigo, integrando a figura do crime, seja culposo. Manzini, entretanto, admite o resultado como mera condição de punibilidade na culpa porque, para ele, a culpa se esgota na causalidade voluntária eficiente e nos meios contrários à idéia do direito, sem que seja necessária a referência ao resultado, através da previsibilidade. O resultado está ligado, incorporealmente, à figura delituosa e, através dele, é que a fi-

gura criminosa se ajusta ao tipo legal. Sem o resultado, o evento, ainda que a ação inicial seja contrária à norma penal, se não constitui por si mesmo fato punível, escapa à consideração do Direito Penal. O automobilista que desenvolve alta velocidade imprudentemente, em uma rua de bastante freqüência e movimento, mas não causa dano a ninguém, não pode ser acusado de crime culposo, apenas, de transgressão a normas do tráfego. O resultado é o elemento integrante do tipo; se inexistente, fica sem conteúdo a idéia de crime, e a ação inicial se não é por si própria punível, fica se tornando um nada para o Direito Penal.

O resultado deve estar ligado, unido ao atuar do agente através de um nexo de causalidade necessária, e este nexo de causalidade deve ser previsível ao agente. No caso de omissão, essa tem de violar um dever. Este resultado deve ser constituído por elementos do tipo penal. Se não é o resultado tipificado na lei como crime, por mais danoso que seja, ele não pode ser qualificado como crime culposo.

O resultado não deve ter sido querido, nem também, previsto pelo agente. Isso, no caso da culpa inconsciente. Na consciente, o agente prevê o resultado, mas, mesmo assim, pratica o ato inicial, na esperança de que o resultado não ocorra. Se é previsto e querido, ou previsto e aceito pelo agente o risco de o produzir, em ambos os casos, há o dolo; o direto, no primeiro caso, e o eventual, no segundo. Exceção há, quando o agente quer o resultado porque, em consequência de erro decorrido de falta de atenção contrária ao dever, o supõe lícito; isso constitui a culpa por erro quanto à ilicitude do resultado.

Não querido, nem previsto é, entretanto, imprescindível que o resultado seja previsível. A previsibilidade, aqui estudada, constitui-se como um vínculo psíquico

entre o agente e o resultado **“expresso pela ausência de previsão do previsível”**, (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 91) estabelece o limite da responsabilidade do agente pelos resultados decorrentes da sua falta de diligência inicial. Apenas pelos resultados previsíveis responderá o agente. Se o critério da previsibilidade for eliminado, a culpa será uma mera hipótese do **versari in re illicita**, o contrário do princípio da culpabilidade no sentido subjetivo moderno. Fica fora do âmbito do Direito Penal o caso fortuito, isto é, **“o resultado que pode provir de uma ação do homem, mas que não fora previsto nem era previsível”**. (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit., pág.91).

A previsibilidade do resultado deve concluir-se de acordo com a experiência da vida diária e o curso habitual das coisas, mas, levando-se em conta as circunstâncias do fato real e a situação individual do sujeito. O pensamento da culpabilidade, se se almeja que a culpa, também, se inclua dentro dele, requer uma consideração do homem normal ou as condições normais, mais as circunstâncias do caso concreto e as condições pessoais do agente. **“É a previsão do que o agente podia e devia ter, mas, não teve”**. A previsibilidade tem de ser uma referência pessoal do próprio agente para com o resultado”. (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 92).

É preciso atentar para o fato de que a culpabilidade é reprovabilidade, e que não se pode fazer recair sobre o agente essa reprovação, por um resultado punível, que seria previsível a outrem, mas, que ele próprio não tinha condições de prever. É necessário que o agente, na realidade, devesse e tivesse condições de prever o resultado, a fim de que a sua imprevisão seja passível de reprovação e possa constituir culpabilidade.

A forma clássica de culpa é a inconsciente, em que o resultado previsível não é previsto pelo agente. **“É a culpa sem previsão”**. (Aníbal Bruno, in Direito Penal, Ob. Cit., pág.92). Paralela a essa, a doutrina criou a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora, com sinceridade, esse espere que não aconteça. Essa culpa previsível é um passo, apenas, da culpa simples, para o dolo. Uma linha, quase invisível, a delimita do dolo eventual. No dolo eventual, o agente não quer o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, não existe nem a simples aceitação do risco, o agente espera que o evento não ocorra. Não constitui, a culpa consciente, em princípio, uma categoria mais grave de culpa do que a inconsciente. Na legislação italiana, a previsão do resultado tem a função de agravante do fato culposo. O nosso sistema legal, entretanto, não distingue as duas variedades de culpa. Provado que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, resta saber se esse era previsível ao agente. É de pouca importância que tenha sido ou não, verdadeiramente, previsível, se se conserva dentro dos limites da culpa. Essa é a decisão de nossa jurisprudência e essa solução de não distinguir, aprioristicamente, uma da outra, as duas espécies de culpa, para um cuidado penal distinto é, realmente, aceitável.

A antiga designação da culpa consciente, como observa Mayer, como de uma culpa dolo próximo, só tem valor no sentido psicológico, não em seu conteúdo jurídico (Ma Magalhães de Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. pág. 145). Existe, ainda, a chamada culpa por erro quanto à ilicitude do resultado, que alguns autores denominam culpa por extensão e se dá quando o agente, por erro inescusável, crê achar-se em situação que, se na realidade existisse,

excluiria a ilicitude penal do fato; acreditou estar em legítima defesa, estado de necessidade, exercício do direito ou estrito cumprimento do dever legal. São as conhecidas causas putativas de justificação, mas, nesses casos, o erro não exclui a sanção, porque provém da falta de atenção oposta ao dever. É o que ocorre, também, no caso de excesso de legítima defesa.

A culpa consciente é distinta, inicialmente, da inconsciente. Na última, **“o resultado previsível não é previsto pelo agente”**. (Magalhães de Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 145). Essa classificação abrange os acontecimentos comuns de crimes culposos. Manejar a arma, sem observar, previamente, se está carregada; conduzir veículo em velocidade inadequada. Essa é a denominada **culpa ex ignorantia**. Na culpa consciente ou com previsão (**culpa ex lascivia**), o sujeito ativo prevê o resultado, mas espera que não se efetive. É muito semelhante ao dolo eventual mas, apesar disso, não constitui modalidade mais grave do que aquela. As opiniões acerca disso variam muito, mas a culpa consciente nem sempre representa uma periculosidade ou desajuste maior da pessoa. Um homem que é previdente pode, depois de uma reflexão amadurecida e pensada, realizar uma ação, da qual antevê o resultado, contanto que, em decorrência de sua precaução, esse não sobrevirá, o que, no entanto, não impede que se verifique. Esse não precisa de corretivo maior do que o estabonado, o desatento, o imprudente que pratica o mesmo ato sem ter se detido um momento na percepção das conseqüências funestas que isso pode causar.

A culpa strictu sensu apresenta, ainda, a modalidade conhecida como imprópria, ou culpa por extensão, equiparação ou assimilação. Ela tem evento voluntário. Nesse caso, opostamente ao que ocorre com as outras formas

de culpa, o agente quer o evento, mas sua vontade está lastreada por erro de fato vencível ou inescusável. Ele crê estar em situação de fato que torna lícita a ação, mas, incorre em erro grosseiro ou vencível e, em consequência, age culposamente. Se fosse invencível, como dissemos acima, dar-se-iam as denominadas descriminantes putativas.

A culpa ainda pode ser presumida ou *in re ipsa*. O sistema legal anterior aceitava-a, fazendo-a derivar da inobservância de disposição regularmente. Assim, o indivíduo que não possuísse carta de habilitação para conduzir automóvel, mas fosse exímio condutor, se acontecesse atropelar alguém, responderia por delito culposo ainda que provasse, com precisão, ter sido meramente casual o fato, havendo ele se conduzido com a maior diligência possível. O atual código rejeitou-a, com propriedade, pois ela traduz a responsabilidade objetiva.

4. Modalidades da culpa

Nossa legislação não conceituou a culpa, preferindo referir-se às suas modalidades.

A primeira delas é a **negligência**. É a expressão de maior amplitude. Na doutrina e na legislação é usada, com frequência, como equivalente à culpa em sentido estrito, dando-lhe, portanto, todo o substrato e abrangendo, assim, a imprudência e a imperícia.

O anteprojeto de Hungria, diferentemente de nosso sistema legislativo, define a culpa, mas, de uma forma não muito feliz. Apesar de dizer ter abraçado o critério misto dos códigos suíço e grego, sua fórmula não os consagra, porque determina **"culposo, quando o agente, deixando de empregar a atenção ou a diligência ordi-**

nária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado...." (Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit., pág. 146, base 10). Ele consagra o critério objetivo e não o misto, e a prova do afirmado está no crime de receptação culposa, quando se diz no artigo 193, do Anteprojeto, **"deve presumir-se obtida a (coisa) por meio criminoso"**, (Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit., pág. 146, base 10), onde, claramente, é aceito o critério objetivo.

A negligência, no sentido que o código dá, é inação, inatividade, inércia e passividade. Provém da inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica). Limita-se a uma conduta negativa. É negligente quem, podendo e devendo agir de um modo fixado, por indolência ou preguiça mental não age e se conduz de forma diversa. Alguns exemplos de negligência: deixar em alcance de mãos infantis tóxico ou arma; não se trazer, seguramente, preso, um cão bravo, etc. ...

A imprudência já se configura como uma forma ativa. É o agir sem uma cautela exigida, necessária. **"É forma militante e positiva da culpa, consistente no atuar o agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar a lição dos fatos ordinários, já por não atender às circunstâncias especiais do caso, já por não perseverar no que a razão indica, etc. ..."** (Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit., pág. 147).

Como dizia Roccio, na negligência não se utilizam os poderes de atividade; na imprudência faltam os poderes inibitórios (Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. pág. 147). Age com imprudência o motorista que dirige seu carro em excessiva velocidade, quem maneja arma carregada na presença de outras pessoas, etc. . Concomitantemente, podem existir a imprudência e a negligência. Quem dirige um car-

ro em velocidade excessiva e não observa o estado em que os freios se encontram é imprudente e negligente.

A imperícia dá a idéia de arte ou profissão. Está caracterizada pela incapacidade, pela falta de conhecimento ou habilitação para o exercício de determinada profissão. Pode ser decorrente ou da falta de prática ou da ausência de conhecimentos técnicos de profissão, ofício ou arte, pois todos eles têm princípios e normas que devem ser do conhecimento daqueles que a eles se dedicam. A imperícia que ocorre fora da arte ou profissão, que existe de vez em quando, é vista sob o ponto de vista jurídico como imprudência ou negligência. Dessa forma, uma parteira que causa a morte da gestante é imperita; uma curandeira será imprudente. Apesar da culpa privativa de arte e de profissão ser a imperícia, também no exercício desses ofícios ocorrem a imprudência e a negligência. Imprudente seria, portanto, o cirurgião que, podendo realizar uma intervenção cirúrgica por processo simples e conhecido, como já dissemos anteriormente, utiliza um, mais complexo e difícil, causando a morte do paciente.

Negligente é o cirurgião que, no exercício de sua profissão deixasse um instrumento cirúrgico qualquer nas vísceras do paciente.

Imperícia e erro profissional são coisas distintas, voltamos a lembrar. **“Imperito é quem não possui o cabedel, normalmente, indispensável ao exercício de uma profissão”**. (Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 147). Inexistindo essa ignorância, é impossível falar-se em imperícia, mas, se terá o erro profissional que, em regra, é escusável. Ele é decorrente da precariedade dos conhecimentos humanos e não consequência da inobservância de regras e princípios que a ciência sugere. Só na prática pode ele ser distinguido da imperícia, e **“será**

escusável, em regra, quando invencível à média dos profissionais e atendidas as circunstâncias do fato e a situação pessoal do agente”. (Noronha in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 147).

Diferentemente do Direito Privado, o Direito Penal não admite a compensação de culpas. O conduzir-se, culposamente, do ofendido, não elide o do agente. Diante da nossa legislação, que consagra a teoria da equivalência dos antecedentes causais, seria absurdo defender-se a compensação de culpas. Alguém só será isento de pena quando o resultado for atribuível, unicamente, à culpa da vítima. Dessa forma, se um motorista deixa seu carro em declive, mal brecado, e uma criança sobe para ele, vindo a sofrer algum dano físico, pela precipitação ladeira abaixo do veículo, responderá por culpa. Opostamente, se uma pessoa toma, sem que o condutor possa ver, a traseira de seu carro e isso lhe provoca um dano físico, não existe responsabilidade do condutor do veículo, porque o acontecimento voluntário e ilícito do ofendido é que torna danosa sua ação lícita. De uma maneira geral, a responsabilidade do agente existe quando a ação causal de outrem é previsível para ele. No caso de uma pessoa desferir em outra um soco, com o intuito de machucá-la, ocorrendo, no entanto, que ela, perdendo o equilíbrio, vai ao chão e, batendo com a cabeça na quina de uma calçada, fratura a base do crânio e vem a falecer, esse tipo de delito é discutido em sua estrutura. Uns afirmam que existe nele um misto de dolo e acaso; outros asseguram existir, tão somente, um crime doloso; alguns outros defendem a existência de crime culposo apenas e, finalmente, diversos defendem a existência de uma figura bifronte: dolosa e culposa ao mesmo tempo. Para esses outros, existem dois delitos na figura pretedolosa: o minus delictum, isto

é o que o delinqüente queria praticar que, no caso, teria a denominação de dolo e o *majus delictum*, isto é, o que se vem a verificar na validade, recebendo o título de culpa. Essa opinião é a que tem mais fundamento, segundo Noronha, que justifica: “**com efeito, no exemplo citado, a conseqüência ou efeito, resultado final, não foi querido e não tendo sido previsto, também não foi aceito pelo agressor**”. (In Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 149). Não há aí, portanto, dolo direto, nem eventual. Não houve, também, caso fortuito. Esse parte o nexu entre a ação do sujeito ativo e o resultado, e no fato narrado, não houve rompimento algum entre a ação de dar o soco na vítima e a sua queda. Obviamente, fica nos parecendo que o evento só pode ser dado a título de culpa, não procedendo, a objeção de que não se pode imputar a um único fato o título de dolo e culpa do agente. A objeção só seria aceita se o efeito ou conseqüência fosse, apenas, um, o que, no entanto, não acontece, porque no fato exposto, há dois efeitos: a lesão física decorrente do soco recebido e a fratura proveniente da queda. Nada obsta, portanto, que em relação a um, exista dolo, e exista a culpa em relação ao outro. Quem tem, tão-somente, intuito de provocar um ferimento, deve usar diligência ao executar o crime, não se excedendo no emprego dos meios e dirigindo a atividade executiva de forma que, da mesma, não proceda evento mais grave do que o querido, que se achando na mesma direção, era, na maioria da vezes, previsto e, sem dúvida nenhuma, previsível. Obviamente, no crime preterdoloso existe dolo no antecedente e culpa no conseqüente. Existe culpa, porque há previsibilidade do efeito mais grave e é nisso que se baseia a responsabilidade do agente. A nossa legislação prevê que **nullum crimen sine culpa**, determinando não existir delito sem dolo ou culpa

strito sensu. O dispositivo rechaça a conceituação da responsabilidade objetiva, definido por V. Cavallo como “**la responsabilità per um evento essebitabile all’agente per simplice nesso di causalista materiale esclusi ogni contributo di elementi spirituali conoscitivi o volontaristici**”. (Noronha, in Direito Penal, Ob.Cit. Pág. 150). Alguns referiam-se à responsabilidade do homem desprovido de tudo o que nele existe de, realmente, humano, isto é, a luz espiritual que dá vida a todas as ações que executa, assim, também, com os seus eventos reprováveis, equiparando-se em seu agir à semelhança de simples ser físico, aos animais e às forças brutas da natureza. Na realidade, no estágio atual do Direito Penal, ela é incompreensível. Constitui um retrocesso a tempos primitivos, em que o homem era punido pelo seu feito, sem quaisquer preocupações com o elemento subjetivo. O resultado, o dano provocado existiam sempre, com o intuito de reclamar uma pena que não passava de mera vingança. A responsabilidade só existe se fundamentada na vontade humana. O que preceitua a lei referindo-se ao axioma do não há crime sem culpa, não é seguido em toda sua extensão e conteúdo, e isso é observado em delitos em que a embriaguez, a emoção e a paixão entram como um dos elementos, em que a importância dada à teoria da **actio libera in causa** não é admissível, caindo-se na responsabilidade objetiva. Em matéria de contravenções, isso também é predominante. Para outros autores, ela também existe nos crimes qualificados pelo resultado e na responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa. Pensamos ser isso improcedente. No primeiro, há previsibilidade do **majus delictum**, e no último, há culpa dos responsáveis (diretores e redatores) pelo que foi publicado no jornal.

Há discordância entre os juristas, no que se refere à capitulação dos crimes culposos: uns são pelo aumento de seu número, outros pela diminuição. É certo o que diz Von Hippel, ao afirmar que: “**A repressão deve limitar-se, como até agora, tendo por base o critério de absoluta necessidade**”. (Citação feita por Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 151). Só pode ser imputada uma ocorrência ao agente quando esse, no momento de praticar o ato, apresenta capacidade ou condições pessoais que possibilitem a imputação. Obviamente, a norma estabelecida é que o agente, no momento da execução do fato delituoso, tenha capacidade ou condições pessoais que possibilitem a imputação. Logicamente, o fundamento, como regra, é que o agente, no momento da execução do fato delituoso, tenha capacidade de entender o caráter criminoso do acontecimento ou de determinar-se de conformidade com esse entendimento. Há, no entanto, casos em que ele não se encontra, naquele instante, em tais condições e mesmo assim é responsável; deverá responder pelas conseqüências jurídicas do fato. Isso ocorre, por exemplo, no caso de quem coloca uma bomba - relógio a bordo de um avião, e, horas depois, voando o avião por outro país, a bomba explode, estando, no entanto, o agente, dormindo em sua casa.

A imputabilidade ocorre, também, em decorrência da teoria **das acciones liberae in causa**, que supõem a supressão da capacidade ética, isto é, intelectual e volitiva na ocasião do crime, mas responsável é o agente, por ser livre na causa, ou seja, no momento anterior, quando queria praticar o delito. O estado de imputável é buscado por ele como no caso da embriaguez preordenada, isto é, o indivíduo encontra na bebida um estimulante para a prática do delito. Nessa hipótese, como diz Sauer, o agente

“**é, simultaneamente autor mediato imputable, e instrumento iniputable**”. (Citação feita por Noronha, in Direito Penal, Ob. Cit. Pág. 152). Em casos raros e de grande excepcionalidade, pode a imputação ocorrer a título de culpa; é no caso, por exemplo, do guarda-freios que, em uma hora fixada, tem que fazer determinada manobra e, no entanto, põe-se a beber, devendo prever que, desse comportamento, poderá advir o resultado preciso do abalroamento dos comboios.

5. Conclusão

Buscamos dar uma visão geral do que seria a culpa strito sensu, neste nosso trabalho. Baseamo-nos, para tanto, na percepção e análise dos diversos cientistas do direito, alguns com os quais nós concordamos nos seus pontos de vistas e outros de quem discordamos e buscamos fundamentar o porquê da nossa divergência de pensamento. Não nos detivemos nos graus de culpa, nessa nossa abordagem, porque não tivemos por objetivo nos determos neste tipo de pesquisa; reservamo-nos o direito de desenvolver esse tema em um trabalho futuro.

6. Referências bibliográficas

- ASSÚA, Luis Jiménez de. *Tratado del Derecho Penal*. Losada, Buenos Aires, 1956. Tomo V.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Forense, 1967. Tomo II.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Acidentes de Trânsito*. Recife, 1963.
- FURQUIM, Luiz Dória. *Aspecto da Culpabilidade no Novo Código Penal*. Freitas Bastos, São Paulo.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. rev. e atual., Forense, Rio de Janeiro, Vols. 1 e 5
- LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 3. ed. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1970.
- NUÑEZ, Ricardo C. *La Culpabilidad en el Código Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1946.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 7. ed. rev. e atual. com novas remissões ao Anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria e comentários a recentes leis, Saraiva, São Paulo, 1971. V. 1

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUAS REPERCUSSÕES

Maria Helena de Castro Oliveira

Advogada, Aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMape.

"Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandes. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade."
Beccaria

SUMÁRIO

1 - Introdução - 2 - Noções De Princípio 3 - Breves Origens Históricas 4 - Fundamentos Do Princípio Da Insignificância 5 - Repercussões Do Princípio 6 - Conclusões 7 - Referências Bibliográficas

1. Introdução

O tema a ser apresentado é bastante interessante para os estudiosos, operadores jurídicos e até mesmo aos curiosos em geral porque envolve questão não positivada, não legislada, mas que a cada dia vem sendo reconhecida e adotada por nossos tribunais. Questão como o princípio da insignificância por não se encontrar prevista na nossa legislação faz com que o estudo e debate sejam ainda mais estimulantes.

Apesar de poucos serem os teóricos que já se aprofundaram sobre o assunto, pois, muitos o citam, mas baseando-se apenas em decisões pretorianas, o mais impor-

tante é que o encanto por temas polêmicos fez-me debruçar diante dos materiais alcançados, fazendo surgir essa matéria que ora se apresenta.

Esta encontra-se subdividida de maneira a possibilitar um desenvolvimento lógico, iniciando-se com uma abordagem a respeito de princípio, depois passando-se a breves noções históricas do princípio da insignificância, para então se chegar aos fundamentos e às repercussões causadas, ao final concluindo-se.

Espera-se, pois, levar o leitor a uma reflexão para, quem sabe, algum dia poder tornar essa realidade alguma espécie de alteração legislativa próspera e principalmente segura para a sociedade!

2. Noções de princípio

A fim de que a exposição torne-se mais cristalina, achou-se por bem, preambularmente, tratar-se a respeito do sentido da expressão "princípio".

Os princípios constituem-se em verdadeiros alicerces de toda ciência, seja ela jurídica ou não. São sustentáculos dos postulados elaborados, as bases da construção científica do ordenamento.

Sabidamente afirma o insigne mestre *Carlos Ari Sunfeld*: "Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se."¹

Traz-se à colação a definição de *De Plácido e Silva*, para quem, "princípios jurídicos, sem dúvida, significam

os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.² (*grifo nosso*)

O princípio da insignificância, por sua vez, não se apresenta explicitamente no ordenamento jurídico pois é oriundo da doutrina e das decisões jurisprudenciais. Não deixa, porém, de ser menos importante que qualquer outro. Busca-se, outrossim, o preenchimento de um vazio existente que corresponde à efetiva aplicabilidade das leis penais. É válida a citação de *Maurício Antônio Ribeiro Lopes* que ratifica tais considerações:

*Conquanto não positivado na lei escrita, o princípio da insignificância surge como recurso teleológico para integração semântica e política do Direito Penal. É sabido que a norma escrita não contém todo o Direito Penal e que a construção teórica de princípios, como o da insignificância, não fere o mandamento constitucional da legalidade ou da reserva legal.*³

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 137.

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Revista dos Tribunais, 1997. p. 170.

Sabe-se que o ofício do magistrado não é apenas aplicar a lei, mas antes de tudo, julgar com justiça. O dever é de lutar pelo direito, mas encontrando o direito em conflito com a justiça, o dever automaticamente passa a ser a **luta pela justiça**. Essa orientação, que objetiva uma humanização da lei, encontra-se prevista no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*". Assim, o magistrado não se resume apenas a um caráter puramente positivista. Haverá momentos em que deverá usar o bom senso, pois em inúmeros casos a lei poderá ser demasiadamente injusta e prejudicial tanto ao réu como à própria sociedade. Cabe ao julgador, diante das circunstâncias da espécie, verificar a respeito da adequação ou não do princípio da insignificância, atentando principalmente para a ofensa ao bem jurídico resguardado. Deve-se observar com cautela as repercussões que serão causadas por tal aplicação.

3. Breves origens históricas

Em se tratando da origem, o princípio da insignificância já podia ser encontrado no direito romano, pois, regra geral, o pretor não se ocupava de delitos ou causas que fossem insignificantes (*minimus non curat praetor*).

Claus Roxin foi quem primeiro mencionou tal preceito como um princípio. Considerava-o como critério geral de exclusão da tipicidade. Contudo, encontram-se vestígios já em 1903, na seguinte passagem de Franz von Liszt, anotada por Odone Sanguiné: "A nossa legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o anti-

go princípio *minima non curat praetor*, ou como regra de direito processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração)".⁴

Existem autores que preferem, em vez de considerar como um princípio, denominar crime de bagatela; entre eles tem-se: Teresa Armenta Deu (Espanha), Baumann, Dreher, Faller, Hirsch, Hunerfeld, Kaiser, Kapahnke, Krupelman, Roxin (Alemanha), Paliero (Itália), Luiz Flávio Gomes (Brasil).

Para essa exposição, contudo, é despicienda tal diferenciação uma vez que se vai seguir o posicionamento daqueles que reputam serem expressões sinônimas.

Possuindo essa origem, tem-se que, hodiernamente, o princípio da insignificância vem ganhando cada vez mais forças com a finalidade de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando sua fragmentariedade e subsidiariedade conforme será visto nos fundamentos do princípio a seguir.

4. Fundamentos do princípio da insignificância

O crime, além de ter o conceito *formal* (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena) e *material* (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), tem o conceito *analítico*.

.....

⁴ Observações sobre o princípio da insignificância no direito penal, in Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre: Fabris, v. 3, n. 1, p. 36-59, jan.-mar./1990 apud Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Princípio da Insignificância no Direito Penal, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83.

Os conceitos formais e materiais são insuficientes para permitirem à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.⁵

Segundo esse conceito analítico, o crime é ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).⁶

O **tipo penal**, por sua vez, surge da conceituação dada pelo legislador para determinadas condutas as quais passa a considerar como sendo criminosas. Por mais preciso que tente ser o legislador, é impossível prever todo tipo de conduta realizável, até porque os atos humanos são infundáveis. Por tais circunstâncias é que o processo legislativo de tipificação das condutas criminosas faz a previsão dos casos de **forma abstrata**.

Em determinados momentos, têm-se tipificadas certas ações já não consideradas como criminosas pela sociedade, como em outros, aguarda-se ou deixa-se de tipificar outras devido à morosidade do processo legislativo ou até mesmo porque a sociedade está em constante transformação. Por tais razões, é até impossível se ter um direito penal completamente adequado e condizente com a realidade social.

A partir dessas considerações é que se legitima a importância do reconhecimento dos princípios (sejam eles implícitos ou explícitos), da doutrina, dos métodos de interpretação ensejando posicionamentos atualizadores do direito. É através desse raciocínio que se pode fundamentar a importância do princípio da insignificância.

O Direito Penal, devido ao seu *caráter fragmentário*, não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.⁷ Por seu turno, o Direito Penal também tem por escopo a proteção de bens jurídicos cuja lesão ou ameaça apresente certa gravidade. É, pois, o *caráter subsidiário* desse ramo jurídico.

O **bem jurídico** tutelado, segundo doutrina Francisco de Assis Toledo, "*são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*". Posteriormente acrescenta, "*nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela específica do direito penal*".⁸

A **ilicitude (antijuridicidade)** como atributo do crime, conforme mencionado, pode ser conceituada sob o ponto de vista formal (quando exprime a idéia de oposição à ordem jurídica) e sob o ponto de vista material (em que não se considera apenas a relação entre a ação e a norma, mas também a lesão ao bem jurídico que a norma protege).

A **culpabilidade**, como um terceiro atributo, diferentemente da tipicidade e da antijuridicidade que predominam sobre o fato, recai sobre o autor do fato. É, pois, *um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença - fundada na experiência da vida cotidiana - de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, 'agir de outro modo'*.⁹

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal - Parte Geral. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 170.

6 Definição adotada por Francisco de Assis Toledo, Anibal Bruno, Magalhães Noronha, Helene Cláudio Fragoso, Wessels, Baumann apud Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

7 Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 39.

8 Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 16-17.

9 Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 86-87.

Haverá, no entanto, hipóteses em que a conduta será *aparentemente* típica e antijurídica, mas por seu resultado ser irrelevante, levando-se em consideração o princípio da insignificância, a conduta do agente deixa de ser considerada criminosa.

A aceitação do princípio tem por finalidade impedir a prática de injustiças que poderiam decorrer da aplicação rígida da lei, quando a ação não acarretasse consequências aparáveis pelo direito penal. É o que ocorreria, *verbi gratia*, se se condenasse alguém por furto de valor jurídico irrelevante como por exemplo uma flor, um palito, um alfinete, conforme se pode observar nas decisões apresentadas nos anexos.

Mesmo aparentemente típica, na medida em que haveria formalmente uma adequação completa do fato ao tipo penal, a conduta do agente, em face do princípio da insignificância, não seria criminosa. Sendo irrelevante o resultado, em termos substantivos, por não ter sido afetado de modo significativo o bem jurídico, estaria excluída a tipicidade. Observe-se ainda que a doutrina, apesar de focar predominantemente a insignificância sob prisma da tipicidade, também a encara como causa que afasta a antijuridicidade. Diomar Ackel Filho, por exemplo, classifica a insignificância em absoluta e relativa. A primeira excluiria a tipicidade em virtude de o fato ser ínfimo, inexistindo, assim, a reprovabilidade. Na segunda, o fato insignificante seria formalmente típico, o que ensejaria a exclusão da antijuridicidade.¹⁰

Diante dessas abordagens, tem-se que o princípio fundamenta-se na proporcionalidade que a pena deve ter

em relação à gravidade do delito. Sendo ínfima a afetação do bem jurídico, não há razão para se aplicar uma sanção penal.

Traz-se à colação o posicionamento de *Carlos Vico Manãs*, *in verbis*:

É nesse contexto que deve ser entendido o princípio da insignificância. É ele um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

A adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.¹¹

5. Repercussões do Princípio

Deve-se ter bastante cautela na utilização do princípio da insignificância a fim de que não se burle a lei. Há condutas que, apesar de aparentemente irrelevantes, a própria lei as tipifica.

O Código Penal Brasileiro, por exemplo, criminaliza condutas imbuídas de um desvalor de resultado. Há previsão de tipos como o furto de pequeno valor (art. 155, § 2º), o estelionato em que é pequeno o prejuízo da viti-

10 ACKEL FILHO, Diomar apud FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O Direito Penal Militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público. v. 1, n. 2. Revista da ESMape, nov. 1996.

11 VICO MANÃS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58-59.

ma (art. 170, § 1º), a receptação de coisas idênticas (art. 180, § 3º), a apropriação indébita de coisa de pequeno valor (art. 170), para os quais não se deve invocar o princípio da insignificância.

Caso se utilize do princípio em tais hipóteses, tem-se que se estaria invalidando uma norma penal. Se o legislador não tivesse previsto tais casos, aí sim, é que se poderia considerá-los como insignificantes. Se o crime ocorreu, apesar de ínfima a afetação ao bem jurídico, mas existe uma norma que prevê a hipótese e a criminaliza (mesmo sendo pequeno o prejuízo), muito cuidado deve-se ter quanto à aplicação do princípio da insignificância. É importante observar que o critério usado para determinar o que realmente é insignificante é demasiadamente subjetivo.

A partir dessas razões pode-se falar a respeito das repercussões do princípio da insignificância, analisando os aspectos negativos e positivos da sua aplicação.

O primeiro aspecto negativo corresponde à **aparente ausência de direito e de tutela jurídica** quando se deixa de considerar determinada conduta como criminosa, baseando-se no princípio da insignificância. Parece que aplicando-se tal princípio se está recuando o direito penal a partir do momento em que não se prevê qualquer espécie de compensação em relação à conduta praticada.

Isso, na realidade, não ocorre porque, conforme afirmado no decorrer do trabalho, o Direito Penal tem natureza fragmentária e subsidiária. Devido a essas características, ensina-nos *Carlos Vico Manãs*, com muito louvor, que a descriminalização constitui, atualmente, importante meta de reforma do sistema penal em muitos países. O principal caminho tem sido converter a criminalidade de bagatela em **infrações administrativas, pu-**

níveis apenas com multas de caráter disciplinar. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantém sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medidas parecidas, embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal.

Alguns sistemas permitem que o Judiciário suspenda a decisão sobre a imposição da pena, com a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de reparar o dano causado. É o que ocorre na Alemanha, França, Inglaterra e Canadá. Atendida a exigência, não há aplicação de sanção criminal.¹² [*grifos nossos*]

Adotando-se medidas como essas, estar-se-á utilizando de outros meios de controle para pequenas infrações, reservando-se o Direito Penal para tutelar juridicamente valores sociais indiscutíveis. Pelo *princípio da intervenção mínima*, não se deve sancionar toda lesão ou colocação em perigo de determinado bem jurídico, mas apenas aqueles que realmente produzam consequências e resultem de ações especialmente intoleráveis.

Um segundo aspecto seria a argumentação de que o princípio **por não estar legislado não deve ser aplica-**

¹² Hans-Heinrich Jeschek, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal*, in *Política criminal y reforma del derecho penal*, p. 241-242, apud Carlos Vico Manãs, op. cit., p. 69-70.

do. Essa porém é uma visão extremamente dogmática, positivista. Foi dito, logo ao início, que existem princípios que se encontram implicitamente subentendidos no ordenamento. O princípio surge em decorrência da política-criminal que tenta adequar a conduta criminosa à pena que lhe é aplicada.

Um terceiro aspecto negativo corresponderia à **dificuldade de se estabelecer um critério preciso para caracterização do crime de bagatela**. Isso implicaria em risco para a segurança jurídica do sistema.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm conseguido elaborar, de acordo com os limites de delimitação das condutas que devam ser consideradas insignificantes sob a ótica de um direito penal fragmentário e subsidiário, fugindo do empirismo e da exacerbação da análise do 'caso por caso'.¹³

Como quarta repercussão pode-se citar que alguns doutrinadores não admitem a aplicação do princípio nos **casos em que o legislador incrimina expressamente condutas de pouca relevância**.

Mas o fundamento que derruba tal argumento é o de que, até mesmo em tais hipóteses, o princípio pode ser aplicado pelo julgador a partir do momento em que, feita a valoração normativa da ofensa, reconheça que essa não se subsume sequer aos tipos privilegiados e contravençionais por ser tão ínfima. Admitindo-se também o bom senso da política-criminal, pois de nada adiantaria privar a liberdade de alguém por ofensa insignificante (por exemplo, furto de um alfinete) quando se sabe que, hodiernamente, o sistema carcerário é uma verdadeira **"escola do crime"**! Seria um mal tanto para o ofensor, como para a

.....

¹³ Odone Sanguinè apud Carlos Vico Manfó, op. cit., p. 60.

própria sociedade que, provavelmente, passaria a ter mais um delinqüente "escolarizado" e marginalizado.

Mas considerando-se tal conduta insignificante pergunta-se: por que será que o agente então não a deixou de praticar? Se a praticou é porque para ele algum valor deveria ter! Isso, *data venia*, deveria ser um ponto bem pensado pelos legisladores (quando da elaboração das leis), pelos julgadores (quando da aplicação da penalidade) e pelos doutrinadores (quando da defesa demasiada da aplicação do princípio)!!!

É necessário ainda que se faça um escólio. Apesar de todas as vantagens apresentadas, não se pode jamais aplicar o princípio da insignificância alegando-se o acúmulo de processos. Há quem o defenda afirmando que o Estado não pode mais se preocupar com fatos de pouca relevância jurídica, sob pena dos acontecimentos importantes perderem espaço para aqueles, afogando, assim, o já conturbado ordenamento jurídico do país. **É um posicionamento completamente estapafúrdio!** Não se pode aceitar o princípio usando-se de tal justificativa. O caminho mais coerente é, sim, procurar uma outra forma de reprimir (pelo meio administrativo, por exemplo), mas não deixar de considerar a conduta devido ao acúmulo de processos existentes. Essa seria uma espécie de "lei do menor esforço", a qual acarretaria futuramente um grande dano social!

Outro posicionamento interessante e derradeiro que se argüi é no tocante à **habitualidade** dos crimes de bagatela. Cite-se o exemplo de determinada pessoa que furtava algumas balas doces de determinado 'mercadinho'. Analisando-se individualmente o crime em relação ao ofensor, tem-se uma clara opção pela adoção do princípio da insignificância. Mas se tal fato ocorre habitual-

mente naquele 'mercadinho', ao final o prejuízo sofrido será de grande monta. Vale trazer à baila uma citação de *Teresa Armenta Deu* apud *Maurício Antônio Ribeiro Lopes*, onde "assinala que os danos causados nos grandes magazines e supermercados da Alemanha alcançam a cifra de sessenta milhões de marcos ao ano."¹⁴

Sendo assim, há que se observar o conteúdo geral do dano que pode vir a ser causado. Uma das alternativas, de acordo com o já afirmado, seria *uma redefinição típica dos fatos para enquadramento administrativo ou civil da lesão, de modo que permanece um resíduo de ilicitude, apenas em grau inferior ao da antijuridicidade penal. Desse modo, há uma alternativa dentro do próprio sistema jurídico extrapenal.*¹⁵

6. Conclusões

1. Os princípios são os alicerces do ordenamento jurídico, servem de ponto de partida. Podem vir expressos de forma explícita ou se apresentarem de maneira implícita, sendo assim subentendidos.

2. O princípio da insignificância, por sua vez, apresenta-se de forma implícita, pois surge da doutrina e das decisões jurisprudenciais.

3. Caberá ao julgador, atendendo aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, aplicar a lei de forma justa e humanizada, não se prendendo ao caráter puramente positivista.

4. Já no direito romano, o princípio da insignificância era previsto (*minimus non curat praetor*) mas foi Claus

Roxin quem primeiro mencionou tal preceito como um princípio.

5. De acordo com o conceito analítico do crime (ação típica, antijurídica e culpável) observa-se que pode haver hipóteses em que a conduta será aparentemente típica e antijurídica, mas por ter um caráter irrelevante quanto ao resultado, a conduta deixa de ser considerada como delituosa. Essa é a fundamentação do que vem a ser o princípio da insignificância.

6. Muitos doutrinadores e julgadores aceitam o princípio alegando que o Direito Penal, por ser *fragmentário*, não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas apenas aquelas de caráter mais relevante e por ser *subsidiário* tem por escopo a proteção de bens jurídicos cuja lesão ou ameaça apresente certa gravidade.

7. Várias são as repercussões causadas pela aceitação do princípio. Há posicionamentos favoráveis, como também existem os desfavoráveis, conforme se observa, inclusive, nas decisões trazidas nos anexos.

8. Para aqueles que consideram que a aplicação do princípio faz aparentar uma ausência de direito e de tutela jurídica, contra-argumenta-se afirmando que uma solução seria a aplicação de infrações administrativas (como multas de caráter disciplinar), aliviando a órbita penal com casos de pouca monta, mas não deixando por isso de determinar uma certa sanção. Essa tem sido a solução adotada por alguns países como a Alemanha, Itália, Suíça e Japão.

9. O que não pode, nem deve ocorrer é a total irrelevância da conduta lesiva fundamentada tão simplesmente em relação ao valor do bem jurídico tutelado. Se realmente a ação praticada fosse totalmente insignificante o que é que levaria o agente a exercê-la?! Daí advém mais

¹⁴ Op. cit., p. 144.

¹⁵ Op. cit., 145-146.

um argumento para a aplicação de uma espécie de multa administrativa.

10. O fato de o princípio não se encontrar regulamentado por lei não obsta a sua aceitação.

11. Deve-se também considerar a questão da habitualidade dos crimes de bagatela, pois, conforme o afirmado, a sua prática constante pode acarretar grandes prejuízos aos ofendidos quando de um balanço geral a respeito do *quantum* perdido.

7. Referências bibliográficas

- BASTOS, Marcus Vinicius Reis Bastos. *O princípio da insignificância*. [On line]. Brasília, mai. 1998. Arquivo capturado em 26 de fev. 1999. Disponível na Internet: <http://www.prdf.mpf.gov.br/~gozoto/insig.htm>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal; - Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. rev. amp. São Paulo: RT, 1995.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O Direito Penal Militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público. *Revista da ESMape*, Recife, v.1. n. 2, nov. 1996.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95, Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: RT, 1997.
- MAGALHÃES, Joseli de Lima. *O princípio da insignificância no Direito Penal*. [On line]. Teresina, mai. 1996.

- Arquivo capturado em 26 fev. 1999. Disponível na Internet: <http://www.jus.com.br/doutrina/insigni.html>.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VICO MANÃS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL

Ricardo Silveira Ribeiro

Mostrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor de Hermenêutica Jurídica da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

SUMÁRIO

1. A vida em transformação. 2. Nasce a Constituição Econômica. 3. A Noção de Constituição Econômica. 3.1. Discussões conceituais. 3.2. Formal, material e dirigente? Um falso dilema da teoria constitucional. 4. Os Direitos econômicos e a Constituição brasileira. 5. Entre os problemas clássicos e os contemporâneos. Em busca de novas respostas. 6. Referências bibliográficas.

1. A vida em transformação

Na atual temporalidade, o fatalismo parece haver tomado conta das filosofias humanísticas, consagrando uma compreensão estereotipada, determinista por excelência, dos rumos das políticas econômicas e compreensão das relações privadas. O mal estar de fim de século parece haver tomado conta daqueles que lidam com o mundo da vida, inaugurando uma ética da passividade diante dos fatos sociais e econômicos, forma de pensar esta em muito diferente dos ideais de transformação veiculados no século XIX.

Não é dentro, todavia, desse contexto que nos inserimos. Acreditamos, sim, na possibilidade de o homem recriar a sua realidade com vistas à melhoria de suas con-

dições de vida. Nesse sentido, parece que o surgimento do que os especialistas chamaram de Constituição Econômica foi um passo importante na busca de uma direção para as relações humanas. É, portanto, dentro dessa esfera de reflexão que se insere nosso trabalho – uma tentativa de, a partir de referenciais críticos, reavaliar de forma tópica algumas das visões correntes na doutrina jus-econômica, notadamente no que pertine à Constituição Econômica e seu papel junto ao Estado e à Economia. Para que esse intento se concretize, torna-se necessário refletirmos, preliminarmente, acerca da origem e função social da categoria Constituição Econômica.

2. Nasce a Constituição Econômica

Refletindo tendência advinda dos tempos do Estado Social, nascem novos subsistemas constitucionais no seio das Constituições contemporâneas, relacionados com direitos muito diferentes da velha noção individualista: trata-se, agora, de direitos cuja exigência de prestações por parte do Estado é premente, não mais devendo essa instituição se limitar a garantir a não intervenção, mas um *facere* em benefício dos cidadãos.

É dentro desses novos subsistemas normativos que está o emergente sistema econômico, mais conhecido entre a doutrina mundial como Constituição Econômica, a qual nada mais é do que um conjunto de regras e princípios localizados em partes sistematicamente delimitadas na Lei Fundamental, com vistas a reger o mundo econômico com a sua força normativa. Há registros na doutrina portuguesa de que a expressão aqui discutida surgiu na obra de Baudeau (1771) – *Première Introduction a la Philosophie Économique*, para significar regramentos jurídicos

versando sobre a sociedade econômica (Moreira, 1979: 19). No sentido estritamente econômico, surge muito antes da sua feição jurídica como sinônimo de mundo onde acontecem as relações de troca – a estrutura ou sistema econômico (Moreira, 1979: 19).

Por outro lado, seu significado jurídico moderno guarda raízes no pós I Guerra Mundial, quando se teve a idéia de transformar o cidadão político em cidadão econômico, no sentido de dotar o povo de uma capacidade de controle das relações econômicas, através de duas idéias-força: democracia econômica e administração autônoma da economia (Moreira, 1979: 20 e ss.). É dentro dessa perspectiva que se pode falar que o conceito goza de uma carga pragmática (emotiva) muito forte, ligada estreitamente a uma dimensão de luta política em benefício de uma nova ordem da economia (Moreira, 1979: 22).

Posto isso, cumpre refletirmos acerca do moderno significado de Constituição Econômica para, a partir dessa delimitação semântica, tentarmos dar nossa contribuição crítica ao tema.

3. A Noção de Constituição Econômica

3.1 Discussões Conceituais

Na doutrina abalizada, grassam definições do que seria uma Constituição Econômica, no entanto nos fixaremos na análise da contribuição crítica de Vital Moreira por ser um tentativa de superação das clássicas conceituações de Böhm, Huber e Ballerstedt, através de um amplo conceito. É nessa linha que o constitucionalista português se esmera em afirmar que o mundo econômico da Constituição nada mais seria que “princípios, normas ou

institutos jurídicos, *constituintes* da ordem econômica" (Moreira, 1979: 36 e ss.). Essa consideração, em sua totalidade, tende, no entanto, a suscitar sérios problemas terminológicos, tendo em vista necessitarmos fixar critérios para pôr em evidência quais as normas que "traduzem" ou representam simbolicamente – diríamos, o mundo econômico de forma sistêmica, critério esse que não poderia se ater tão somente a designações de ordem estritamente jurídica, posto o qualificativo econômico só poder ser levado em consideração se saltarmos do mundo das normas para o mundo dos fatos econômicos.

Assim é que Moreira (1979: 37 e ss.) procura fazer com que busquemos a Constituição Econômica a partir de uma definição do que é o meio econômico e quais os seus pressupostos. Revela-se então uma categoria marxista, o modo de produção, como melhor forma de entender a unidade (sistema) do econômico e os reflexos do mesmo no âmbito jurídico. Embora haja numerosas organizações econômicas concretas a depender do local que se toma para análise, todas trazem dentro de si a nota da igualdade (qualitativa) das relações sociais capitalistas em jogo. São as diversas possibilidades de, concretamente, organizarem-se as formas do modo de produção que ensejam lutas de cunho político para a implementação de ordens econômicas até então inexistentes, a contraposição ideológica e dialética entre o novo e o velho, sendo que o primeiro deve ser visto dialeticamente como síntese superadora das contradições inerentes ao velho sistema (Moreira, 1979: 38). Tais contradições econômicas terminam por refletir na Constituição Econômica, fazendo com que ela traga em seu ínterim disposições às vezes até mesmo avançadas em relação à sociedade que a instituiu, posto o povo, enquanto categoria englobante de todos os membros da sociedade,

nunca existir quando da feitura de princípios e regras, sendo mais preciso falar no trabalho de movimentos sociais representantes de inúmeras categorias sociais diferenciadas, em choques contínuos. Vital Moreira (1979: 40) chega a afirmar que "uma nova constituição econômica muitas vezes representa não mais do que a passagem à normatividade de uma realidade já criada, de um **princípio estruturador da economia desenvolvido pelas suas forças criadoras imanentes** (grifo nosso)."

Tendo em vista esses argumentos, Moreira (1979: 41) irá defender um conceito de considerável amplitude que poderia ser resumido da seguinte maneira: toda gama de princípios, regras e instituições jurídicas que tratem de instituir uma forma à esfera econômica, organizando e viabilizando seu funcionamento; trata-se de "normas ou instituições jurídicas que (...) garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta." Esse conceito possui o inconveniente de trazer para dentro de si diversos dispositivos constitucionais relacionados com a proteção do trabalho, finanças, orçamento e outras sem, com a devida vênia, "separar o joio do trigo." Daí não se conclua que nos afiliamos às posturas que ressaltam a Constituição Econômica como mera regulamentadora da intervenção do Estado na economia ou a Constituição Econômica como mera regulamentadora do mercado. Essas últimas posições, pela excludência de entes tão relacionados como economia e Estado, não se prestam a nossas reflexões, tendo em vista que partimos do fato de que entre as relações de troca e o político existem relações dialéticas de implicação recíproca, embora, em última análise, afiliemo-nos à tese marxista da arquitetura do econômico como essencial para se compreender o corpo de instituições.

Portanto, sem embargo da importante contribuição de Vital Moreira, optaremos por uma definição qualitativa de Constituição Econômica que obedece a critérios jurídicos e econômicos: conjunto de regras e princípios com vistas a **direcionar** o sistema de **circulação de mercadorias** (livre iniciativa, mão de obra disponível, emprego, concorrência, circulação monetária e outros) e a regular a **atuação do Estado** no âmbito econômico, formalmente consignados em um texto dotado de supremacia e suprallegalidade (mecanismos de guarda e defesa)¹. Com essa definição operacional, conseguimos separar a Constituição do Trabalho, a Constituição Econômica e a Constituição Orçamentária. A título de exemplificação, poderíamos dizer que à Constituição do Trabalho caberia reger as regras de proteção ao trabalhador, enquanto que a Constituição Econômica cuidaria de regras que estimulassem a própria existência de postos de trabalho e mão-de-obra disponível.

Por fim, devemos acentuar que nos repugnam certas conclusões precipitadas acerca de nosso conceito, notadamente quanto a uma possível crítica baseada em um desmerecimento, da nossa parte, quanto à articulação sistemática das constituições, uma vez que pareceria ficar subentendido em nossa idéia uma independência total do subsistema econômico em relação ao subsistema do trabalho. Lembramos a possíveis críticos que acatamos em nossa análise o pensamento dos filósofos franceses Edgar Morin e Anne Brigitte Kern (1995: *passim*), os quais vislumbram uma auto-eco-referência entre os sistemas sociais, vale dizer: embora afirmemos que a Constituição Econômica é autônoma (auto-referência), não desconhe-

ceamos o contato (inter-relacionamento/ecológico) dessa com o texto constitucional referente a orçamento, meio ambiente, trabalho e outros, através de princípios que lhes são comuns (princípios estruturantes ou gerais)². Após algumas reflexões pertinentes à nossa proposta conceitual, é chegada a hora de abordar como nossa delimitação semântica reagiria às três clássicas distinções da teoria constitucional – a Constituição formal, material e dirigente.

3.2 Formal, material e dirigente? Um falso dilema da teoria constitucional.

3.2.1 A Constituição Material

O que é a Constituição? Poder-se-ia falar em uma Constituição Econômica Material? Tal questão, por demais intrigante, tem se firmado na doutrina brasileira e alienígena como uma das mais difíceis de ser solucionada. Moreira (1979: 70) procura mostrar que a Constituição Econômica deve ser vista como a tradução jurídica de relações de produção, gerando, desde já, um questionamento de difícil conclusão: se a Constituição Econômica é o conjunto de normas que representam simbolicamente as estruturas concretas e contraditórias da sociedade, poderá haver normas dessa Constituição que não estejam dentro da Constituição (texto). Se bem entendemos o que quer dizer Constituição Econômica, em seu aspecto material, não haveria preocupação do autor com a qualidade formal das normas, ou seja, a Constituição Econômica existe independentemente de sua consagração no texto constitucional. Como

1 Sobre o conceito de supremacia e suprallegalidade, ver Dantas, 1994: 41 e ss.

2 Para uma conceitualização desses princípios e uma demonstração do seu inter-relacionamento, cf. Canotilha, 1995: 180 e ss.

resolver esse paradoxo? Segundo este autor (Moreira, 1979: 73), não mais se tem em vista a bizantina discussão entre optar por um conceito material ou formal da Constituição, mas tomar ciência de que o fenômeno da Constituição material é um fato e, por fim, tentar decifrar como essas duas Constituições se relacionam. Ademais, para que normas sejam consideradas como parte da Constituição Econômica em sentido material, basta que regulem algo que seja de fundamental importância para as relações materiais (Moreira, 1979: 74).

Todas essas idéias quase que nos obrigam a refletir detidamente sobre o tema. Temos, para isso, de rememorar a distinção. A constatação de que existe uma divergência entre optar por um conceito material ou formal de Constituição remonta, primeiramente, às reflexões de Ferdinand Lassalle (s/d: 34) sobre a oposição Constituição Real x Constituição Formal (*chifon de papier*) e, a posteriori, à crise de juridicidade sofrida pelas Constituições de modelo liberal no início do século XX, momento no qual aparecem formulações **mais elaboradas** acerca de uma Constituição que se confundiria muito mais com decisão política que com texto formalmente considerado. Essa última compreensão surge através da pena de Rudolf Smend, Carl Schmitt e Herman Heller para dar lugar, futuramente e sob nova roupagem, a correntes interpretativas vinculadas a uma compreensão da Constituição como algo dinâmico que não se esgotaria no seu aspecto formal. O fato é que, nos momentos precedentes às guerras mundiais, a Constituição pareceu se distanciar da realidade, do mundo da vida, ocasionando assim um afastamento do jurídico da realidade, comprometendo, dessa maneira, a força normativa da Constituição. Nessa mesma época, vigoravam, predominantemente, esquemas in-

terpretativos de matrizes formalistas, incapazes, portanto, de compreender o “hiato constitucional” que ocorria diante de seus olhos (Bonavides, 1996: 77 e ss.). É dentro desse contexto de crise e tentativa de superação pelas forças sociais em jogo que nasce a compreensão de que existiria uma Constituição material, real ou fatural que poderia ser definida como “(...) conjunto de forças sociais politicamente atuantes por sua múltipla natureza econômica, cultural, militar, religiosa, profissional (...)” (Bonavides, 1996: 80). Essa última, em última instância, deveria estar sempre de acordo com a chamada Constituição jurídica, sob pena de uma perda brutal da força instrumental do texto. Não será essa, todavia, a postura a ser assumida em nosso trabalho. Justifiquemos!

Como sabemos, a discussão se acirra quando da perda da capacidade instrumental das Constituições liberais do século XIX, momento no qual se levantaram hipóteses quanto à explicação do ocorrido. Das mais famosas estava a que vislumbraria a existência de uma Constituição real ou material, ao lado da formal, responsável por tais crises nos casos em que não houvesse adequação do texto legal à primeira. Esse pensamento não pode ser sustentado. Baseemo-nos em pelo menos duas objeções: a perda do caráter conformador se explica pela inadequação do texto a uma realidade complexa, contraditória por excelência, a qual não podemos designar de constituição,³ tendo em vista que esse signo, historicamente, está impregnado com um caráter de organização uniforme (pacto) e com a idéia de um texto contendo regramentos fundamentais escritos destinados a reger o Estado e preservar o indivíduo contra o “Leviatã”; as mudanças de senti-

³ Em sentido contrário, ver Lassalle (s/d: 26), o qual chega a afirmar que, em todo país, houve uma Constituição real ao longo da história.

do ocorridas no texto constitucional não devem ser vistas como resultante de uma Constituição Real ou um outro Poder constituinte originário, mas como mudanças de sentido provocadas em virtude da interação texto/realidade social contraditória, tal qual as que acontecem nos textos escritos de uma maneira geral (alterações ligadas a problemas de cunho semântico e pragmático).⁴ Em suma, não parece adequado confundir a expressão constituição com os efeitos que a realidade social pode trazer para com a efetividade instrumental da mesma. Desse ângulo, podemos nos aperceber de que não podemos ver a existência de uma Constituição jurídica fora do âmbito textual, tendo em vista que isso resultaria em assumir para si uma falsa compreensão dos problemas lingüísticos que envolvem o estudo do texto contemporaneamente. Aquilo que está fora do âmbito jurídico, embora influenciando-o diretamente, é o mundo social (instituições, grupos sociais, fatos institucionais e outros). Transplantando essa discussão para a classificação de Vital Moreira acima levantada, não há uma Constituição Econômica fora do âmbito do texto constitucional, conforme professa este autor: a constituição Econômica não pode ser vista como a tradução jurídica fundamental das relações econômicas, independentemente de uma consagração em texto formal dotado de supralegalidade. O que não está no texto constitucional deve ser visto como regras ou princípios infraconstitucionais reguladores do econômico. Feita a crítica à noção de Constituição Material, adentremos em considerações acerca da existência ou não de uma Constituição Econômica Dirigente.

4 Essas alterações, hodiernamente, têm sido muito estudadas pela Análise de Discurso e a sociolingüística

3.2.2 A Constituição Dirigente

Parece estar claro haver um corpo de regras e princípios nos textos constitucionais contemporâneos versando acerca de diretrizes com vistas a reger o mundo da vida de forma transformadora; tais disposições, hodiernamente, são conhecidas como Constituição Dirigente, pois pretendem fixar fins e tarefas aos Poderes Públicos com relação aos seus ditames (Canotilho, 1994: 124). Não entraremos em discussão nesse texto se a Constituição deveria consagrar ou não disposições nesse sentido (principalmente diretrizes com vistas a reger a política econômica), posto a consagração de fins e tarefas ser hoje um fato social concreto, independentemente de possíveis considerações positivas ou negativas, mas se é possível falar na existência de uma Constituição Dirigente capaz de orientar a política econômica. Em um primeiro momento, diríamos que sim, embora possamos deixar hialinas algumas ressalvas a um otimismo exacerbado quanto a esse potencial.

A discussão não é nova e, pode-se afirmar, toma base, inicialmente, no campo de investigações da ciência política para, então, referir-se ao direito. Discute-se nesse ramo do conhecimento se é possível revolucionar estruturas sociais sem haver propriamente mudanças nas relações de produção econômicas. Tal questionamento parece remontar as afirmativas de Karl Marx (1996: 52) no seu prefácio da crítica da Economia Política, momento no qual esse pensador afirmava que a transformação (no sentido de revolução/vinda de um novo modo de produção) só aconteceria sob condição da mudança inicial da estrutura econômica, possibilitada pela superação da contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas de uma

dada época e as relações sociais de produção. Assim, frente a essa consideração, toda uma geração de pensadores ligados a ciências humanas se dividiram entre aqueles que aceitam a transformação social dependente das relações econômicas e os que a vêem como não necessariamente ligada ao econômico.

Durante longos anos, pensadores jurídicos críticos radicais ligaram a idéia de transformação social a mudanças de ordem econômica, tais quais Pachukanis e Stucka. Receberam por tais idéias críticas veementes no sentido de darem ao direito uma função menor dentro dos sistemas sociais, podendo-se até dizer que tais posturas são economicistas (Clève, 1988: 111). Por outro lado, a nova crítica tem procurado enfatizar um conteúdo transformativo ao direito, tentando com isso superar as posições economicistas. Procuraremos, no entanto, ver o problema de uma maneira mais conciliatória.

É que parece ser plausível que Marx (1996: 52) se referia a impossibilidade dos sistemas sociais – conjunto de instituições, basicamente, avançarem em relação ao próprio sistema que dá as suas rédeas – o econômico. Mas, por outro lado, não estaria desprezada a possibilidade de as instituições transformarem a sociedade; apenas, no entanto, não se poderá pensar, ingenuamente, que possamos suprimir o modo de produção em um passe de mágica, através de produção normativa, por exemplo, sem haver forças políticas de desordem (antitéticas) fortíssimas para dar origem a um novo sistema superador do anterior. Nesse sentido, não há que se falar na possibilidade do direito econômico extinguir a propriedade privada, o sistema de exploração da mais-valia, a mediação do dinheiro durante o processo de trocas e outras. Pode-se, isso sim, mitigar alguns dos efeitos negativos do sistema

por sobre a realidade ou procurar instituir políticas econômicas sem preocupações de ordem revolucionária. Assim, criaram-se dispositivos legais referentes a função social da propriedade, proteção ao trabalho, defesa das relações de consumo, regulação da livre concorrência e outros. Vital Moreira (1979: 125 e ss.), de maneira semelhante, mas com pressupostos muito diferentes dos aqui esboçados, procura caracterizar os limites das normas do ponto de vista do seu aspecto transformativo, encontrando como resultado que as normas devem respeitar a própria situação do desenvolvimento das forças produtivas (basicamente, tecnologia e força de trabalho) e a estrutura econômica, sob pena de termos até mesmo algumas regras com baixo conteúdo eficaz. É interessante notar que Vital Moreira fala de uma Constituição dirigente como algo diferente da Constituição Estatutária ou formal (Moreira, 1979: 138). Como veremos, aquela parece ser, à nossa luz, um subsistema que integra a Constituição, textual por excelência, a qual pode ser vista ao longo de parte dela como dirigente e, no restante, como não dirigente. Esclareçamos mais nosso entendimento acerca da Constituição Formal.

3.2.3 A Constituição Formal: a única Constituição existente dentro de uma visão jurídica!

Em termos históricos, a Constituição Econômica, incipientemente, aparece pela primeira vez em 1919, na República de Weimar, momento no qual se dispuseram sistematicamente enunciados normativos relativos à economia. Até então, o elemento sistematizador não estava presente nas Constituições anteriores, como as do México (1917) e as liberais, havendo, é certo, algumas refe-

rências a normas acerca do domínio econômico, mas sem uma pretensão regulativa maior (Ferreira Filho, 1994: 300). Por outro lado, a idéia ganhará verdadeiras proporções nas Constituições Socialistas a partir de 1936, para influenciar decisivamente a era contemporânea (Ferreira Filho, 1994: 301).

Como vemos, o ideal de uma Constituição Econômica nasce a partir do momento em que se consagram direitos de natureza social e econômica em textos dotados de possibilidades de serem vistos como sistema. Esta última nota não significa propriamente que os enunciados normativos devam estar colocados em um determinado lugar, de forma a que possamos identificá-los a uma primeira vista, mas que se pode identificar uma pretensão constitucional a regência da sociedade econômica de forma a que existam dispositivos passíveis de se relacionarem com outros com vistas a essa mesma finalidade.

Toda Constituição parece ser um esforço constante para conformar a realidade segundo os seus desígnios. Entretanto, dentro dela, pode-se diferenciar enunciados visualizadores de esforços contínuos para melhorar o sistema como um todo de outros que trazem dentro de si uma nota de regulação do sistema sem uma espécie de "mandado de otimização." Entretanto, não podemos confundir tais âmbitos como se separados fossem, como se fossem duas Constituições diferentes, mas, em verdade, devemos vê-los como duas faces da Constituição – para nós a textual.

Queremos, como visto, é deixar claro que não vemos uma Constituição Dirigente, uma formal e outra material. Vemos tão-somente a existência de uma Constituição que só pode ser vista como textual, mas que, em seu ínterim, possui dispositivos otimizadores do sistema

e dispositivos meramente reguladores; esses se relacionando mutuamente de forma a tentar dinamizar o meio econômico. Não se pode pensar, como o fez Moreira (1979), que à Constituição Estatutária caberia organizar a regulação do sistema econômico enquanto a Constituição dirigente o integra. Embora esse autor veja tal separação de forma clara, vez que defende a interpenetrabilidade de tais textos, optaremos, por razões de ordem lógica, por vermos a Constituição Econômica enquanto texto em determinado discurso significativo. E se assim afirmamos é para não cometer idealismo na apreciação dos fatos sociais como eles são. Não adotamos, todavia, uma visão estática do texto, mas acatamos as consequências teóricas dos modernos estudos sobre a dinâmica do texto passível de variações semânticas com o decorrer da história, em constante relação dialética com o intérprete mesmo e submetido a um distanciamento original da realidade, por ser linguagem, ou seja, uma representação do caso em tela, jurídica do dinâmico e complexo mundo da vida.⁵ Tais caracteres do texto, por não serem apreendidos, suscitaram, como já fora dito, numerosas reflexões sobre a existência de uma outra constituição de natureza social, ou sociológica, ou ainda material, queiram, e até mesmo considerações acerca da existência de um segundo Poder Constituinte Originário.⁶

No que pertine à Constituição Brasileira, a exemplo das modernas constituições, insistiu em trazer um local destinado às relações econômicas no Título VII. Entretanto, compreenda-se não podemos restringir a Cons-

⁵ Para uma visão aprofundada filosófica do texto, conferir Paul Ricoeur (1977: 54 e ss.).

⁶ Ver, nesse sentido, a opinião acerca da existência de um segundo Poder Constituinte Originário em Bonavides (1981: 6 ss.).

tuição econômica a esses dispositivos, posto a Carta possuir uma dimensão sistemática que a faz apta a regular o mundo econômico em muitas outras partes, inclusive às referentes a direitos fundamentais de natureza social, econômica e às normas de competência para condução da esfera econômica nos entes federativos e órgãos do Estado (Moreira e Canotilho, 1991: 152). Encaremos, todavia, esses outros dispositivos como pontos de contato com outros subsistemas constitucionais, logo nada nos autoriza a dizer que a Constituição Econômica seria um amplo subsistema que englobaria a Constituição do Trabalho, a Constituição do Meio Ambiente e outras, a despeito da opinião contrária de Vital Moreira acima exposta. Nem vemos como sustentar a ligação ontologizante feita por Derani (1997: 239) do sistema econômico e ambiental, através da referência à qualidade de vida. Vemos mais um problema de ponto de contato entre sistemas que, propriamente, um amálgama.

4. Os Direitos Econômicos e a Constituição Brasileira

Como já vimos, a Constituição Econômica pareceu ganhar corpo a partir de Weimar e dos textos dos países socialistas. Podemos dizer que esses instrumentos legais foram responsáveis pela abertura do debate de quais são os direitos econômicos fundamentais e como os fazer valer junto à realidade social. A incorporação desses nos textos constitucionais de outros países, entretanto, não foi pacífica. A própria Organização das Nações Unidas, a princípio, não reconheceu essa gama de direitos como fundamentais aos cidadãos, motivando assim a quase total exclusão desses na Declaração dos Direitos Humanos.

Tempos depois, a ONU viria a reorientar sua antiga posição ao aceitar a celebração de pactos versando sobre direitos econômicos, prova agora mais que indubitável de que não se pode desprezar o fato de esses direitos serem uma das dimensões dos direitos humanos (Souza, 1992: 255). Essa mudança se concretizou nos três pactos internacionais mais importantes acerca da proteção dos direitos de Segunda geração: a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Souza, 1992: 256 e 257). Entretanto, um novo problema se colocava: a consagração de direitos civis e políticos parecia exigir mecanismos de concretização jurídica muito mais simplificados – a simples consagração de ações, que os necessários para a efetivação de direitos sociais, econômicos e assemelhados. Esses, muito mais que uma omissão, exigem um *facere* do Estado em benefício dos cidadãos. Quais então os instrumentos jurídicos necessários à afirmação desses direitos?

A questão, cotidianamente, persiste e gera dois entendimentos: os que acreditam ser necessário implementar os direitos econômicos e sociais de maneira “progressiva,” por etapas e os que se preocupam com a necessária aplicação desses direitos diretamente, tendo em vista a unidade da idéia de direitos humanos (Souza, 1992: 257), isto é, conjunto de necessidades humanas fundamentais não passíveis de subdivisões e hierarquizações estáticas, sob pena de não os considerarmos em sua totalidade. As modernas Constituições parecem sinalizar para a segunda linha de entendimento, posto consagrarem em seu ínterim dispositivos “dirigentes,” normas-objetivo (Grau, 1988: 131), com vistas a fazer do texto um instrumento

de transformação social, dentro dos limites do sistema econômico (é claro!). Outro também não foi o intuito da nossa Constituição de 1988.

Grau (1991: 214 e 215), em seu *A Ordem Econômica na Constituição*, tenta elencar as principais referências constitucionais à ordem econômica de forma a que possamos fazer uma análise lógica dos preceitos, sem pretensões, no entanto, de esgotar a descoberta de outros princípios no texto normativo. Citem-se: dignidade da pessoa humana (art. 1, III; art. 170, *caput*); valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1, IV; art. 170, *caput*); construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I); desenvolvimento nacional (art. 3, II); erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3, III; art. 170, VII); liberdade de associação profissional e sindical (art. 8); direito de greve (art. 9); sujeição da ordem econômica à justiça social (art. 170, *caput*); integração capital privado-patrimônio público (art. 219) e, por fim, os demais princípios do art. 170 (soberania nacional, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, pleno emprego e favorecimento da pequena empresa).

É interessante notar a feição dirigente da ordem econômica claramente expressa no acatamento constitucional de tais princípios e na colocação dos capítulos dois e três, respectivamente sobre política urbana e agrícola-fundiária. Traduzindo, parece até mesmo que a CF/88 assumiu um modo particular de ver o desenvolvimento econômico – a necessidade de se levar em consideração a realização de reformas patrimoniais, ou mudanças de base, não se compadecendo com planejamentos econômicos de cunho meramente monetaristas. De outro lado, desses

mesmos dispositivos transparecem uma funcionalização da propriedade econômica de forma a tentar visualizá-la como meio para a obtenção de fins sociais não diretamente relacionados à redistribuição de renda, mas à proteção da biodiversidade (art. 186, II), das relações sociais trabalhistas diretamente envolvidas com a produção (art. 183, III), da qualidade de vida (art. 182, *caput*; art. 186, IV), e, até mesmo, a atenção à racionalização do uso da propriedade (art. 186, I). Não podemos deixar ainda de evidenciar a preocupação do constituinte com novas formas de associativismos mais ligadas a um ideal de repartição de riquezas – o cooperativismo, expressamente consagrado no art. 179.

Por conseqüência, se quiséssemos em poucas palavras evidenciar as notas essenciais da Constituição Econômica brasileira, diríamos que estariam situadas na ideia-base de um controle democrático da produção e reprodução do sistema de circulação de mercadorias, monetariamente mediado, ou seja, o sistema capitalista, e a promoção de um desenvolvimento econômico brasileiro pautado em mudanças qualitativas, não meramente monetárias.

5. Entre os problemas clássicos e os contemporâneos. Em busca de novas respostas.

Chegamos praticamente ao fim desse trabalho tentando despertar uma reflexão na doutrina nacional acerca de um repensar de posições já consagradas no meio jurídico, tais quais as considerações objeto de críticas acima expostas, bem como suscitar novos problemas que as economias hodiernas têm enfrentado, notadamente as dos países subdesenvolvidos.

Ao longo de todo o trabalho, procuramos retomar a discussão em torno da finalidade da Constituição Econômica dentro dessa conjuntura. Parece plausível que deixemos claro que a tentativa de reformulação do conceito de Constituição Econômica e os seus pressupostos aqui esboçados não devem ser encarados pelo leitor como uma obra acabada, infensa ao debate, mas algo que está em constante reconstrução, inclusive por pretender estar atento às mudanças cotidianas no mundo da vida. Assim, a nosso ver, a visualização da Constituição Econômica como texto procura estar de acordo com a realidade social tal como se apresenta diante de nós. Entretanto, é de bom alvitre acentuar: o atual estágio de desenvolvimento coloca novos problemas que incrementam as antigas questões – ainda mal resolvidas, de regulação da concorrência, controle democrático do planejamento econômico Estatal e regulação das relações privadas.

Parece claro que o atual capitalismo tem engendrado em todo o mundo uma espécie de perda de governabilidade do Estado em benefício das grandes empresas transnacionais e do capital especulativo. Com profundas preocupações, Furtado (1998: 34) adverte que os especuladores conseguem manipular os bancos centrais de todo o mundo. De outro lado, não se pode pensar no controle desses problemas sem se construírem novos aparatos institucionais capazes de fazerem valer normatizações do Poder Público. Tais instituições importam uma reavaliação do liberalismo atual em busca de uma guinada no sistema econômico como um todo. Nesse contexto, podemos dizer, com Unger (1998: 69), que o capitalismo pode admitir na esfera institucional ilimitadas possibilidades.

A verdade é que a atual conjuntura exige novos regramentos com vistas a firmarmos alguns critérios de entrada e saída do capital especulativo e manutenção do “controle nacional de cada país” (Furtado, 1998). Portanto, os operadores jurídicos deverão ter um papel fundamental, não devendo, de forma alguma, manterem-se omissos e avessos ao debate, mas participativos, procurando os melhores caminhos normativos para a concretização diuturna do texto constitucional.

A consagração de disposições dirigentes, dentro das Constituições contemporâneas, parece exigir um nível de reflexão mais aprofundado em relação ao Direito Econômico. Não há mais como separarmos esse conjunto de normas como mero regulamentador do econômico. Os mandamentos expressos na maioria desses textos parecem vincular inegavelmente todo o direito a uma idéia de ser instrumento do desenvolvimento econômico: não há mais como vislumbrar um distanciamento do direito econômico com relação às questões do desenvolvimento, como queria Wald (1993: 26)⁷. A Constituição Econômica trouxe para todo o direito a marca de um texto normativo militante, preocupado com as questões de transformação da realidade econômica em prol de uma justiça social possível.

6. Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. (1996). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. (1991).

⁷ Conformar os dizeres de Arnold Wald (1993: 26) que ilustram a assertiva crítica feita acima: “(...) direito econômico se importa basicamente com dados estatísticos e com a elevação do Produto Interno Bruto e tem finalidades meramente quantitativas.”

- Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. (1994). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. (1988). *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica.
- DANTAS, Ivo. (1994). *Constituição: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DERANI, Cristiane. (1997). *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (1994). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- FURTADO, Celso. (1998). Entrevista. In: *ISTOÉ*. N. 1511. São Paulo: Três, pp. 32-34.
- GRAU, Eros Roberto. (1988). *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRAU, Eros Roberto. (1991). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARX, Karl. (1996). *Marx (coleção os pensadores)*. São Paulo: Nova Cultural.
- MOREIRA, Vital. (1979). *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORIN, Edgar e KERN, Anne Brigitte. (1995). *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina.
- RICOEUR, Paul. (1977). *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- SOUSA, Washington Albino Peluso de. (1992). Direitos Econômicos na Constituição. In: *Revista dos Tribunais*. 81(N. 684). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 254-262.
- UNGER, Roberto Mangabeira. (1998). Entrevista. In:

- República*. 2 (N. 22). São Paulo: D'Avila Comunicações Ltda, pp. 66-72.
- WALD, Arnold. (1993). O Direito Econômico e o Direito do Desenvolvimento no Brasil. In: *Revista dos Tribunais*. 82(N. 693). São Paulo: Revista dos Tribunais.

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL

A utilização da forma de comunicação oral e a concentração dos atos processuais numa perspectiva de conferir maior celeridade ao processo.

Renato Pinheiro Filho

Advogado. Ex-aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Aluno do Curso de Direito de Especialização em Direito Processual Civil da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. A oralidade no processo civil: 2.1. Os procedimentos oral e escrito; 2.2. Visão do princípio da oralidade na história do direito processual; 2.3. Princípios ligados à oralidade: 2.3.1. Princípio da concentração; 2.3.2. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias; 2.3.3. Imediatidade e identidade física do juiz. 3. A oralidade no procedimento sumário e nos juizados especiais cíveis. 4. A defesa de chovenda para a aplicação da oralidade. 5. Aspectos negativos da oralidade. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Considerações iniciais

Preocupação de grande parte dos processualistas, bem como daqueles que vivenciam uma relação processual, seja como parte interessada, seja como advogado ou magistrado, a demora na prestação jurisdicional constitui um dos mais sérios problemas dos modernos ordenamentos jurídicos.

O Estado, ao tomar para si a atividade jurisdicional, vedou aos cidadãos a prática da justiça privada. Foi insti-

tuído o processo como meio de resolver conflitos através de uma decisão emanada de órgão jurisdicional, a qual pretende-se seja rápida, justa e conforme a natureza da discussão de modo a promover a pacificação dos litígios da melhor maneira possível.

Quando se faz referência à celeridade do processo, imediatamente surge a idéia de simplificação dos procedimentos, de concentração dos atos processuais, do abrandamento do rigor das formas, dentre outros aspectos de inegável relevância. Neste ponto, podemos aludir a uma das modernas tendências do direito processual, qual seja, a adoção da oralidade como um dos meios de tornar mais breve o processo.

Desde logo devemos fixar que não há de se aceitar a aplicação do procedimento oral puro no direito moderno. Não se propõe uma rigidez na utilização da oralidade no processo. Verifica-se, nas mais diversas legislações, uma aplicação conjugada entre o procedimento escrito e o oral, às vezes com maior preponderância da forma escrita sobre a falada (como é o caso do direito brasileiro), e às vezes com uma maior preponderância da forma oral (direito francês, americano, inglês). O que se verifica hoje em dia, portanto, é um sistema misto de procedimento, ou seja, aplicação tanto da forma oral como da escrita no processo. O que irá distinguir um sistema do outro é a maior utilização de uma dessas formas. A prevalecer o uso da comunicação oral ou escrita, dir-se-á que um ordenamento processual é do tipo oral ou escrito. É, destarte, plenamente possível, aceitável e, às vezes necessário, que no procedimento oral se escreva; por outro lado, também aceita-se o uso da palavra do procedimento escrito.

A análise da oralidade neste trabalho restringe-se ao procedimento ordinário do processo civil brasileiro, e será

utilizada a comparação deste tipo procedimental com o do tipo sumário, bem como com o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, demonstrando-se uma tendência de simplificação do procedimento ordinário a partir da experiência com estes outros tipos procedimentais, o que é amplamente defendido pelos profissionais do direito.

Ter-se-á como principal objetivo demonstrar a possibilidade de se alcançar mais rapidamente o julgamento do processo com um menor número de atos processuais, os quais devem ser praticados da forma mais concentrada possível, a fim de estabelecer a utilidade da aplicação do princípio da oralidade na prática processual e a segurança de uma rápida e efetiva administração da justiça, tão necessária à efetividade da execução das leis.

2. A oralidade no processo civil

2.1 Os procedimentos oral e escrito

Os atos processuais podem ser exteriorizados de forma escrita ou oral, de acordo com o ordenamento jurídico de cada país. Na maior parte dos sistemas processuais modernos adota-se o sistema misto de prática de atos processuais, e a preponderância de uma forma sobre a outra (escrita sobre a oral, e vice-versa) é que vai determinar o sistema adotado (oral ou escrito)¹.

A oralidade por si só não encerra nenhum mandamento ou doutrina que abduque totalmente a escrita, mas sim relega a esta um papel de documentação ou protocolização do processo, um recurso para recordar e docu-

¹ Segundo lição de Adolf Wach, a forma pela qual o conteúdo de um processo se apresenta "não é uma questão de princípio, mas sim de conveniência" (in WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Tradução: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958).

mentar determinados atos. Não existe procedimento oral em que não se admita, com maior ou menor aplicação, a utilização de atos escritos; neste ponto é salutar lembrarmos que existem certos juízos que não se prestam à prova oral, tal como a discussão acerca de título de propriedade; já outros requerem uma celeridade que somente a oralidade pode oferecer.

No sistema oral, define-se por escrito o pedido e a contestação, e passa-se a instruir a causa em audiência, de maneira concentrada, perante um juiz que decidirá imediatamente a causa. Temos nesse sistema a imediata percepção do processo e das matérias nele discutidas por parte do juiz.

Dessa sistemática resulta que a oralidade está intrinsecamente ligada a outros princípios, quais sejam: concentração, imediatidade, identidade física do juiz, irrecorribilidade das interlocutórias, e exige bem mais do juiz que o procedimento escrito.

Os defensores da oralidade no processo civil alegam que o emprego da palavra apresenta-se relevante porque põe o juiz em contato direto com as partes, permitindo uma apreensão imediata do litígio. Com muito mais segurança pode-se julgar quando se mantém esse contato do que se tudo fosse reduzido a registro escrito². Na verdade, procede o argumento à medida que o contato direto do julgador com as partes, a observação de seus depoimentos, argumentos, provas, etc., deduzidos de forma oral, permitem uma melhor formação do convencimento do magistrado que irá ditar a decisão final.

2.2 Visão do princípio da oralidade na história do direito processual

Historicamente, constatou-se que “os reis primitivos, depois os juízes que passaram a exercer a distribuição da justiça em nome do monarca, o *iudex* e o pretor romanos, o *vizir* egípcio, o *cádi* muçulmano, o *Rachimbourg* germânico sempre ouviram de viva voz as partes, antes de fazerem ouvir seu julgamento”³.

A forma oral do processo sempre esteve presente nos antigos ordenamentos jurídicos. Buscava-se a efetividade jurisdicional a partir da utilização da oralidade e dos princípios que a ela estão intrinsecamente ligados.

A ciência processual moderna tem como pilas históricas o direito romano e o direito germânico, os quais eram essencialmente orais. O processo romano, tanto sob a *ordo iudiciorum* como sob a *extraordinaria cognitio* tinham na oralidade e na concentração suas principais características.

O sistema romano era oral na sua essência. A prova produzida dentro do processo, de forma oral, era dirigida a formar o convencimento do juiz sobre a base da observação imediata dos elementos de conhecimento. O juiz romano decidia, pois, por convicção, por ele próprio extraída da prova.

Com a queda do império romano, passaram a coexistir o processo romano e o germânico, o que veio a gerar a protocolização dos atos de cada um para distingui-los entre si. Com o passar do tempo, os dois sistemas derivaram para um único sistema processual, por sua vez

² SILVA, Cláudia Batista da e GOMES, Luiz Fábio: *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

³ SIDOU, J. M. Othari: *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo)*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1987, p. 227.

escrito, o qual é conhecido como processo itálico-canônico, de generalizada aplicação até a Idade Moderna.

Esse processo itálico-canônico era todo escrito, com fases sucessivas interrompidas a cada passo pela sucessão de recursos contra as decisões interlocutórias, o que levava o mesmo a arrastar-se lentamente, longe do juiz.

Aos poucos foi-se tentando reviver a experiência romana do procedimento oral, o qual teve como um de seus maiores defensores neste século Chiovenda (o qual pregava o retorno do publicismo e da oralidade processual em campanha desfechada na Itália em 1906). Antes mesmo desse autor, já havia manifestação em defesa do procedimento oral na Itália (Mario Pagano) e na Inglaterra (Jeremy Bentham), com argumentos similares, e era o procedimento oral largamente utilizado nos Estados Unidos da América, na Inglaterra, na França, na Alemanha⁴, na Suécia e na maioria dos Cantões Suíços.

Chiovenda considera a oralidade como o problema fundamental dentro dos problemas do procedimento. Retira da experiência histórica que o procedimento oral é o melhor e mais conveniente com as exigências da vida moderna, já que sem comprometer em nada o fim do processo, que é a obtenção da prestação jurisdicional, proporciona maior economia, simplicidade e celeridade. Afirma ainda dado estatístico segundo o qual nos países de procedimento oral os processos duram três a quatro vezes menos que nos países de procedimento escrito⁵.

4 A legislação processual alemã seria claramente para a oralidade, como pode ser visto dos dispositivos legais da ZPO a seguir transcritos: § 128 "A discussão da causa pelas partes, perante o tribunal que delas conhece, será oral"; § 272b (reformado em 1924) "O presidente ou um membro do tribunal designado por ele cuidará de tomar antes dos debates todas as medidas que estime oportunas a fim de terminá-los numa só audiência"; § 280: "A sentença somente pode ser proferida pelos juizes que assistiram ao debate em que a sentença se baseia".

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. IV, Tradução: E. Gomez Orbaneja. La Mesa, México: Ardenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 168.

No Brasil, a partir do Código de Processo Civil de 1939, buscou-se dar ênfase à oralidade no processo civil. Contudo, foi o princípio desvirtuado na prática forense. Verificava-se a realização de audiências inócuas, com a presença das partes e de seus advogados, os quais, não raro, faziam deduções remissivas às peças escritas apresentadas no curso do processo.

Dessa experiência surgiu um certo preconceito dos profissionais do direito no Brasil contra a oralidade no processo. Até hoje em dia, sentimos uma aversão ao princípio, seja por parte dos doutrinadores, seja por parte dos advogados e dos magistrados.

Em 1973, o novo Código de Processo Civil atenuou o princípio da oralidade, dando uma importância secundária à prática oral de atos dentro do processo⁶. Efetivamente, a oralidade não é observada na prática forense e os princípios dela decorrentes não são igualmente verificados. A identidade física do juiz é atenuada pelo art. 132 do Código de Processo; não há obrigatoriedade de julgamento em audiência (quer no procedimento sumário quer no ordinário, e também nos Juizados Especiais); a orientação do Código quanto à irrecorribilidade das interlocutórias foi totalmente contrária ao princípio (permite a impugnação através de agravo de todas as decisões proferidas no curso do processo), o que denota certo preconceito dos nossos legisladores (influenciados pela doutrina) para com a utilização da forma oral no processo.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 30: "A oralidade, em nosso Código, foi adotada com mitigação, em face das peculiaridades da realidade brasileira e das restrições doutrinárias feitas ao rigorismo do princípio".

2.3 Princípios ligados à oralidade

2.3.1 Princípio da concentração

Da oralidade decorre o princípio da concentração. O processo deve ser concentrado em um breve período de tempo, e reduzido a um número mínimo de audiências, se possível a uma única, na qual seja feita a instrução e seja proferida a sentença. Caso a sentença não seja proferida imediatamente após o término da audiência, em respeito ao princípio deve a decisão ser outorgada em breve lapso de tempo, posto que um intervalo de tempo longo entre a instrução do processo e seu julgamento dificulta a conservação na memória do julgador dos elementos que o tenham impressionado na recepção da prova, podendo até desaparecer com o tempo.

Surge deste princípio o poder diretivo do juiz na condução do processo, que deve estabelecer os pontos controvertidos da lide, selecionar e ordenar os debates, decidir as matérias incidentes, etc., de modo a possibilitar o normal andamento do processo e sua decisão tão logo seja a instrução terminada.

A concentração dos debates orais é indispensável para assegurar a correta aplicação do princípio da oralidade. Não se admite na oralidade uma postergação do processo nem a dilação do proferimento da sentença. Eventualmente, pode-se exigir a apresentação de escritos preparatórios, para poder o juiz delimitar os debates entre os advogados das partes.

Mister exigir das partes a invocação, de uma só vez, dos meios de ataque e defesa nos escritos preliminares ou preparatórios, e na audiência de instrução quanto aos demais meios probatórios, o que ressalta a necessidade de concentração, também dos atos das partes.

2.3.2 A irrecorribilidade das decisões interlocutórias

Para que a oralidade proporcione a efetividade na prestação da justiça, precisa o processo ter seu curso normal sem qualquer interrupção para discussão de matérias incidentes. Daí nasce a necessidade de se obstar que o feito seja paralisado sucessivamente a partir da tomada de cada decisão.

Conserva-se o princípio da oralidade impedindo que as decisões interlocutórias sejam objeto de sucessivos recursos. Todavia, não se há de limitar a futura impugnação da decisão proferida no curso do processo, sobre a qual a preclusão não opera, podendo a matéria ser suscitada quando da apresentação do apelo. Outra providência que pode ser salutar é a adoção de agravo retido para as interlocutórias como meio de não obstar o curso do processo.

As interlocutórias devem ser inatacáveis, pois, do contrário, o processo é detido por longo tempo o que acarreta na dispersão do material de conhecimento, ou, caso se permita o recurso contra as decisões proferidas no curso do processo, devem esses ficar pendentes de julgamento até que o tribunal de apelação conheça do recurso interposto contra a sentença, sem que o processo seja interrompido.

O direito processual civil brasileiro prevê a utilização do recurso de Agravo como meio de impugnação das decisões proferidas no curso do processo. Essa modalidade recursal apresenta-se de forma retida nos autos ou por instrumento.

O grande inconveniente do Agravo consiste na eventual atribuição de efeito suspensivo a este recurso, quando apresentado diretamente ao Tribunal. Essa atribuição

de efeito suspensivo constitui óbice ao normal andamento do processo e torna-se incompatível com o princípio da oralidade. É certo que determinadas decisões proferidas no curso de um processo admitem a interposição do recurso e podem acarretar uma obrigação de fazer ou não fazer a uma das partes do processo. Nestes casos, não se pode negar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso até porque a parte pode vir a ser prejudicada com a decisão atacada; por outro lado, a atribuição de efeito suspensivo deve ser restrita à decisão, e não obstar o curso do processo, como algumas vezes se verifica, quando o juiz de primeiro grau aguarda o pronunciamento do Tribunal acerca da decisão atacada para, somente então, dar seguimento à instrução e julgamento do processo.

2.3.3 Imediatidade e identidade física do juiz

Com a imediatidade, o juiz colhe diretamente o material de que se servirá para julgar. Está o juiz em contato direto com as partes e seus respectivos advogados, com as provas produzidas no curso do processo, de modo a possibilitar uma rápida apreensão do litígio e a solução de todas as questões prévias que devem ser decididas antes da prolação da sentença.

Intimamente ligado ao princípio da imediatidade está o princípio da identidade física do juiz⁷. Sem dúvida que seria inócua qualquer disposição acerca da imediatidade

quando se possibilitasse que juiz diverso daquele que dirigiu a instrução do processo em audiência viesse a proferir a sentença.

O código de 39 (art. 120) determinava que o juiz substituto que houvesse iniciado a instrução da causa em audiência deveria concluir o julgamento, ainda que o efetivo reassumisse o cargo (a obrigação permanecia ainda em caso de transferência, promoção ou aposentadoria).

Já o novo código dá importância secundária ao princípio da identidade física do juiz (art. 132), prevendo a possibilidade de o juiz que presidiu e concluiu a audiência passar os autos a seu sucessor nos casos de convocação, licenciamento, afastamento, promoção ou aposentadoria. Em todo caso, há disposição no código que possibilita a repetição da prova já produzida, fato esse bastante raro na prática forense.

É claro o inconveniente quando um juiz diverso daquele que presidiu a instrução do processo vem a julgá-lo. Este juiz não teve contato direto com a prova, com as partes, não assistiu aos debates orais, enfim, todo o embasamento sobre a questão fática que irá motivar a decisão está restrita às atas das audiências, que refletem de modo frio e distante os acontecimentos no curso da instrução da causa.

Necessário se faz que o processo seja julgado por quem colheu a prova e esteve em contato direto com as partes, conjugando a aplicação do princípio da imediatidade e da identidade física do juiz; não se podendo esquecer que esse julgamento, para refletir uma maior percepção da lide, deve ser proferido no curso da audiência ou logo após sua realização. Vemos que a oralidade está intimamente ligada e é dependente dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração. Cada um desses princípios decorre dos demais e a inob-

7 MARINONI, Luiz Guilherme: *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 98: "De nada adiantaria o princípio da imediatidade, porém, se não fosse dada a devida importância ao princípio da identidade física do juiz. O juiz, através da imediatidade, tem uma possibilidade de avaliação crítica do material probatório bastante ampla. Assim, por óbvio, seria completamente descabido outro juiz, que não aquele que teve contato pessoal com as partes e com as provas, poder-se proferir a sentença. É por isso que o artigo 132 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de modo a preservar a imediatidade".

servância de um deles acarreta um dano ao processo que vem a tornar inócua a aplicação da oralidade. Estes princípios (imediatidade e identidade física do juiz) constituem, no dizer de Chiovenda, a essência do processo oral⁸.

3 A oralidade no procedimento sumário e nos juizados especiais cíveis

Verifica-se hodiernamente tendência processual em torno da sumarização das formas⁹. Processualistas modernos esboçaram recentemente grande preocupação com o fenômeno da lentidão dos processos em face da complexidade de ritos, e partiram para a observação do sistema germânico, que recentemente revisado, concentrou numa única audiência oral a instrução, debate e decisão da causa.

No procedimento sumário, a partir da alteração promovida pela Lei Federal N.º 9.245, de 26 de dezembro de 1995, buscou-se a simplificação das formas procedimentais, concentrando-se, ao máximo, os atos processuais. A partir disso, foi instituída a audiência inaugural de conciliação, na qual o réu apresenta sua "resposta", caso a conciliação não seja obtida.

O Código, nesta parte, evitou a palavra contestação, e utilizou o termo "resposta", conforme acima aludido, a qual poderá ser oral ou escrita. Dentro da sistemática da legislação processual civil brasileira, a resposta do réu pode ser deduzida através de contestação, exceção e reconvenção (arts. 297 e seguintes)¹⁰.

Caso a defesa seja realizada oralmente, bastante lógico é se afirmar que as questões incidentes ou prejudici-

ais (tais como exceções, impugnações ao valor da causa, ilegitimidade passiva, etc.) deverão de ser ofertadas antes da defesa de mérito. Por outro lado, seja escrita a defesa, poderá a parte, se assim preferir, deduzir as questões acima aludidas em peças autônomas ou como preliminar da contestação¹¹, sendo preferível a última hipótese, dado o princípio de simplificação e concentração adotado pela revisão da legislação.

Todavia, mesmo que se façam as impugnações e exceções em peças autônomas, essas não são atuadas em apenso aos autos principais, dada a concentração dos atos preconizada pela alteração do Código de Processo Civil, no que toca ao procedimento sumário, que ordena, ainda, decisão sobre a matéria na própria audiência inaugural.

Ainda na esteira deste entendimento, segundo o qual a resposta do réu no procedimento sumário pode concentrar todos os meios de defesa (contestação, impugnação, reconvenção, etc.), traz o código disposição que autoriza ao réu deduzir pedido a seu favor (art. 278, § 1.º) na própria resposta. Esse pedido, equivalente à reconvenção, há de ser pleiteado dentro da resposta, diferentemente do procedimento ordinário, no qual é apresentado em peça autônoma.

No que tange à impugnação ao valor da causa, quando oferecida em procedimento sumário, não poderá esta observar as normas do art. 261 do Código de Processo Civil, senão vejamos.

11 BERNUDES, Sérgio: A reforma do código de processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 41/45: "Acertadamente, o art. 278 estatui que o réu apresentará, na própria audiência de conciliação, a sua resposta, evitando a palavra contestação. Com efeito, o réu pode responder por meio das três modalidades referidas no art. 297, com as adaptações indispensáveis ao procedimento sumário, que a lei quer, tanto quanto possível, simples e expedito. ... Pode o réu também arguir a incompetência relativa do juiz. A exceção de incompetência não seguirá o rito dos arts. 307 a 311, incompatível com o procedimento sumário e com a possibilidade da sua formulação verbal. Deduzir-se-á exceção, oralmente, ou por escrito, na própria contestação, ou em peça autônoma".

10 SANTOS, Emílio Fidélis dos: Novos perfis do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 231/231: "O conceito de resposta, no procedimento sumário, em razão de seus próprios princípios, deve ser o mais amplo possível..."

Este dispositivo (art. 261 do CPC), afirma que a impugnação será oferecida no prazo de contestação, devendo ser autuada em apenso. Após esta autuação, o autor terá o prazo de 5 (cinco) dias para se pronunciar sobre a impugnação. Ora, no procedimento sumário, oferecida a impugnação, o autor deverá ser imediatamente ouvido, e o juiz, à vista do disposto no artigo 277, § 4.º, decidirá de plano, na própria audiência, sobre a impugnação. Consequentemente, torna-se incompatível a forma prevista no artigo 261 do código com o procedimento sumário¹².

Há de se levar em consideração, sempre, a adequação de diferentes incidentes e meios de defesa ao procedimento sumário. Certo é, porém, que não de prevalecer as normas específicas atinentes a esse tipo procedimental, ou seja, havendo incompatibilidade entre disposições previstas para o rito ordinário, há de prevalecer o disposto para o rito sumário, e, sendo impossível prevalecer a norma para esse último procedimento (sumário), converter-se-á o mesmo em ordinário, conforme expressa disposição legal (art. 277, § 4.º).

Na Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995), procurou-se estabelecer novos critérios para um processo que adotou a verdadeira oralidade, com o integral diálogo entre as partes, as testemunhas e o juiz, acompanhada da simplicidade, informalidade, celeridade, economia processual e gratuidade.

Em síntese, o procedimento perante os Juizados Especiais em muito se assemelha ao procedimento sumário do Código de Processo Civil, no que pertine à realização de audiência prévia de conciliação e audiência de instru-

ção e julgamento, quando deverá ser deduzida toda a prova, os debates orais e proferida a sentença. A defesa também pode ser concentrada em uma única peça escrita ou deduzida oralmente, podendo o réu requerer pedido em seu favor (pedido contraposto) na mesma oportunidade.

Em ambos os tipos procedimentais, portanto, vê-se a tendência do direito processual de se concentrar em atos processuais e toda a discussão da causa a uma única audiência que tem na oralidade seu principal fundamento. Essa tendência reflete a busca pela simplificação do processo de modo a possibilitar a efetividade da outorga da prestação jurisdicional e uma rápida decisão dos litígios. O que se verifica nesses tipos procedimentais bem podem ser aplicados, com alguns ajustes, ao procedimento ordinário. Não se trata de limitar a discussão da lide, o valor da causa ou a colheita de provas, mas sim de proporcionar a aplicação dessas inovações processuais a um tipo procedimental mais complexo que é o ordinário, sem prejudicar a finalidade maior de se alcançar uma sentença de mérito proferida após uma ampla discussão da causa, em vista dos meios de prova exaustivamente produzidos diretamente perante o julgador.

4. A defesa de Chiovenda para a aplicação da oralidade

Um dos maiores defensores da oralidade no processo civil foi o professor italiano Giuseppe Chiovenda, que no início deste século advogou a aplicação do princípio como um dos meios para chegar-se à efetiva prestação jurisdicional de forma mais rápida e eficaz.

Refutando o argumento de que o procedimento escrito melhor atende ao espírito e à tradição latina, enquanto

12 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias: *op. cit.*, p. 211: "Havendo impugnação ao valor da causa, o procedimento a ser adotado não é o do art. 261 do CPC, mas aquele preconizado no art. 277, § 4.º, combinado com art. 278, caput, na própria contestação, sem qualquer autuação em apenso a respeito do incidente".

o procedimento oral é um produto de índole germânica, Chiovenda alude ao fato de que o procedimento romano era oral, imediato e concentrado, e deformou-se em escrito justamente após a influência germânica.

Para o autor a oralidade era uma tendência universal do processo, e teve como precursora toda a sistemática processual antiga, que era essencialmente oral e, por razões diversas, derivou para o procedimento escrito com o declínio do império romano. Buscou o autor reafirmar a utilidade do princípio, e o resgate da tradição oral do processo romano.

Na opinião de Chiovenda, na oralidade há o predomínio da palavra falada como meio de expressão, atenuado pelo uso de escritos de preparação e de documentação; a oralidade não exige que se prescindia dos escritos no processo, que é meio perfeito para se conservar e documentar atos e fatos. Afirma ainda que é difícil imaginar um procedimento oral onde não se admita, em maior ou menor grau, atos escritos, concluindo que todo o processo moderno é misto¹³.

A oralidade encerra maiores benefícios na apreensão do litígio e dos fatos que o desencadearam. Quando o juiz deve analisar algum testemunho ou prova pericial, o contato direto com as pessoas possibilita uma maior apreensão da verdade, e quando essa depende de prova controversa, a confrontação perde toda eficácia quando é reduzida a escrito.

Ainda que o processo somente exija a apuração de questão puramente de direito, ou quando o fato resulta de documentos escritos, a discussão oral pode conduzir a uma resolução certamente mais rápida e provavelmente

mais acertada que aquela que amadurece na cabeça do juiz com os escritos como único guia.

Para Chiovenda, os escritos cumprem uma dupla função do procedimento oral. A primeira é de preparar a substância da causa. O primeiro escrito (produzido pelo autor) é o que contém a demanda judicial, e deve indicar os elementos da demanda, os meios de prova de um modo suficientemente preciso e determinado, para colocar o demandado em situação de defender-se. O réu, ao ser citado para ingressar no pólo passivo da ação proposta, deve anunciar suas declarações de fato, suas exceções e os meios de prova que pretende utilizar em outro escrito preparatório.

Enquanto no procedimento escrito as petições são uma forma de dedução, uma demanda, uma exceção, uma proposição de prova, no procedimento oral os escritos são anúncios de declarações. No procedimento oral, as declarações propriamente ditas somente têm eficácia quando produzidas oralmente perante o juiz, e não devem ser remissivas ao que já foi escrito. Há, sim, escritos preparatórios.

Chiovenda afirma que "dizer oralidade é como dizer concentração"¹⁴. A concentração subsume-se na principal característica do procedimento oral. A sustentação da causa deve ser efetuada em uma única audiência, ou no menor espaço de tempo possível de audiências próximas. Para ele, quanto mais próximos os atos de decisão, menor será o perigo de perderem-se as impressões colhidas do processo.

Ao lado da concentração, está a exigência da imediatidade, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

13 CHIOVENDA, Giuseppe: *op. cit.*, p. 174.

14 CHIOVENDA, Giuseppe: *op. cit.*, p. 179.

5. Aspectos negativos da oralidade

Como já foi afirmado, sempre que se tem em mente a demora do processo, pensa-se na oralidade e concentração como meio de torná-lo mais breve e eficaz. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 deu ênfase ao princípio da oralidade, contudo, observou-se uma desvirtuação do princípio a partir da prática forense, tendo se observado a realização de inúteis audiências onde os advogados das partes somente reiteravam os argumentos da petição inicial ou da defesa.

Apesar da oralidade ter amplo apoio da doutrina estrangeira, não se verificaram resultados práticos favoráveis à aplicação do princípio no nosso sistema processual. As audiências (partes orais do processo) tendem a converter-se em escritos, o que torna a oralidade uma ficção inútil. No foro brasileiro não há maior predominância do princípio em vista dos memoriais escritos que são reiteradamente apresentados no lugar das razões finais oralmente deduzidas ao fim da audiência de instrução e julgamento. O princípio da oralidade e os dele decorrentes não têm predominância na prática.

Outra objeção que se faz à oralidade é quanto a um temor em relação à superficialidade do procedimento gerando, conseqüentemente, decisões precipitadas que comprometam a qualidade das sentenças proferidas na própria audiência. O argumento maior dessa objeção consiste na maior precisão dos escritos e maior ponderação com que podem ser eles analisados. Ora, não se eliminam escritos preparatórios no procedimento oral. A discussão da causa está adstrita aos pontos fixados nos escritos preparatórios. O juiz, ao se deparar com o processo oral participa diretamente e de uma maneira mais próxima do pro-

cesso e das partes, o que faz o magistrado dominar o litígio com maior facilidade. O procedimento oral assegura uma maior veracidade e sinceridade à prova. Outrossim, não se pode olvidar que contra eventuais erros na sentença há a contrapartida de proporcionar sua revisão através do recurso de apelação.

Outro temor difundido entre aqueles que atacam o princípio consiste na eventualidade de ocorrência de surpresas dentro do processo. Tal, contudo, é insubsistente à medida que toda a matéria probatória já está efetivamente delimitada nos escritos preparatórios, os quais devem fazer alusão a tudo o que se pretende alegar e provar.

O medo do favorecimento da retórica está presente também quando se trata da oralidade. Contudo, é de se afirmar que a discussão da causa não se estende, mas, pelo contrário, é restrita ao ponto em discussão. Não se podem permitir alongados arrazoados orais sobre matéria diversa da discutida, sob pena de favorecer a retórica em detrimento do direito. A permitir divagações dentro do processo, há uma verdadeira degeneração da sustentação oral.

Na sustentação oral não se deve tentar ensinar o magistrado, como se faz em peças escritas. O juiz, presume-se, deve ter o conhecimento necessário à solução da lide; se não tiver esse conhecimento acerca do direito aplicável, mister estudar e verificar a posição da doutrina e da jurisprudência sobre a questão previamente, antes da realização da audiência de instrução e julgamento. O conhecimento prévio do direito é essencial à prolatação da sentença ainda em audiência.

Ainda existe reação à aplicação do princípio quando se tem em vista que a percepção imediata do litígio e da prova observada em primeira instância no procedi-

mento oral não se reproduz perante o juiz de apelação. Para este problema, surge a idéia de se limitar a apreciação da questão fática ao juiz de primeiro grau, e limitar, por via de consequência, a revisão do julgado pelo tribunal de apelação à questão de direito. Não se pode olvidar que raramente uma questão fática é revista por algum tribunal quando se julga um recurso contra sentença de mérito.

Contudo, proibir totalmente a reapreciação da questão de fato não se afigura a melhor hipótese, conquanto poderá o tribunal rever algum fato desde que fundamental para o embasamento da decisão e, assim declarado pelo juiz de primeiro grau, a parte manifeste oposição ao argumento. É certo que a reapreciação de algum fato não será tão efetiva pela corte de apelação quanto o foi em primeiro grau, perante o juiz da instrução; entretanto, ao declarar o embasamento da sentença em algum fato, o juiz de primeira instância relatará seu entendimento consoante a prova que foi produzida em audiência, o que, por si só, dará elemento ao tribunal do recurso para averiguar a propriedade ou não da questão apreciada.

6. Conclusão

A oralidade está intimamente ligada à celeridade processual. Consoante o princípio, o processo nasce a partir da provocação de uma parte, que chama a outra para defender-se, e termina imediatamente após a realização de uma audiência de instrução, quando as partes serão ouvidas, será discutida a matéria previamente delimitada, serão produzidas todas as provas.

A doutrina processual moderna está cada vez mais inclinada à simplificação do processo, a uma maior parti-

cipação do juiz, num maior contato deste com as partes¹⁵, e tudo isto está presente quando se adota o procedimento oral.

O juiz tem, no procedimento oral, maior contato com a lide e identifica melhor o pomo da discórdia. Contrapõe imediatamente fatos e testemunhos e, enfim, decide a matéria tão logo a instrução do processo seja encerrada. Há, efetivamente, uma concentração de atos processuais que proporciona uma celeridade ao processo¹⁶.

A opção entre o sistema oral e o escrito não depende única e exclusivamente de tradição jurídica, mas sim de conveniência. É certo que no Brasil o princípio é totalmente desvirtuado e amplamente combatido. Aqui as partes são obrigadas a expor por escrito não só suas declarações, como também as razões de fato e de direito, o que torna a discussão oral uma repetição completamente supérflua e dispensável.

O procedimento oral permite uma redução do número de atos judiciais, reduzindo o lapso temporal verificado entre a propositura da demanda e seu julgamento. A simplificação dos atos e sua concentração em uma única audiência proporciona não só a diminuição de possíveis incidentes processuais e decisões interlocutórias, e estas, uma vez proferidas na própria audiência, não obstem o normal andamento do processo. O formalismo exigido dos atos escritos desaparece quando o procedimento é oral.

Terminada a instrução da causa em audiência, imediatamente se dá o julgamento da lide. Eis aí um dos mais

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme: *op. cit.*, p. 99: "O procedimento oral, além de guardar relação com o problema da demora do processo e de estar ligado à própria qualidade da prestação jurisdicional, é o que melhor garante a participação das partes e do juiz no processo".

fundamentais pontos da oralidade dentro do processo, sem o qual quedará qualquer tentativa de promover uma maior celeridade da prestação jurisdicional. Quando não se julga na própria audiência ou imediatamente após o término desta, há verdadeira indução ao pensamento de que toda a culpa pela demora da prestação jurisdicional decorre do acúmulo de serviço. Certamente a parte demandada, que tem interesse na demora da prestação jurisdicional, aceita mais facilmente a circunstância de se prorrogar o processo indefinidamente.

Alguns advogados, ao fim da instrução do processo, aceitam passivamente a demora da decisão da lide, pois até o momento cumpriram o seu mister de atacar e defender seus respectivos clientes. A parte que depende do provimento jurisdicional é que, desamparada, fica à espera da decisão da lide; quando reclama de seu advogado, este diz que nada pode fazer porque não há como obrigar o juiz a decidir logo a demanda; se vai diretamente ao juiz, quando é atendida, recebe a explicação de que a demora se deve ao acúmulo de serviço; e com isto vai passando o tempo e sai da memória do julgador toda a prova que perante ele foi produzida¹⁷.

Será sempre mais adequado o procedimento que proporcionar de modo mais seguro o conhecimento do conteúdo, e a oralidade, ao colocar o juiz que vai julgar o processo em contato direto com as partes e com a prova, permite uma melhor apreensão do ponto litigioso. A forma que permite um conhecimento do conteúdo na primeira percepção é a oralidade; contudo não podemos es-

quecer que o procedimento oral não permite guardar este conhecimento para o futuro, e a decisão imediata da questão tão logo após a apreensão do conhecimento é de curial importância para a efetivação do princípio.

Até certo ponto entende-se a opção de alguns magistrados de não julgar na própria audiência. Podemos até resumir esta opção a uma questão cultural, na qual podemos colocar como diretamente responsáveis todos os operadores do direito (magistrados, advogados, membros do Ministério Público, entre outros). Exige-se dos advogados das partes uma erudição desmedida nas suas peças processuais. Muitas vezes os membros do Ministério Público demoram meses, e até anos, para elaborar longos pareceres. Por via de consequência, o magistrado, não querendo se posicionar sem um mínimo de fundamentação em doutrina e jurisprudência, remete os autos à conclusão para elaborar uma longa sentença.

Todas as partes envolvidas no processo, com estas atitudes, confundem a fundamentação de suas alegações com erudição, e tentam sobrepor suas alegações à da outra parte, ou do magistrado ou do membro do parquet.

Ao legislador e ao jurisdicionado interessam uma sentença justa e rápida, que reflita a melhor solução para o litígio. Não se quer peças e sentenças belas do ponto de vista estético, recheadas de citações de doutrina (às vezes até em língua estrangeira), mas sim uma decisão mais pragmática e prestimosa.

A oralidade, consoante o que foi exposto, proporciona uma redução dos atos processuais, simplifica e concentra estes mesmos atos em uma única audiência, o que faz desaparecer inúmeras questões processuais verificadas em um procedimento escrito, proporcionando uma diminuição de incidentes e impugnações; deixa o proces-

17 Nestes termos, faz-se pertinente transcrever Joel Dias Figueira Junior, *op. cit.* p. 247: "Remeter os autos em conclusão para decidir em gabinete significa, em outros termos, o rompimento do liame criado entre os sujeitos do processo na audiência de instrução e julgamento; o qual é tão desejado pelo princípio da oralidade."

so seguir seu curso normal até a decisão final, sem a necessidade de se parar a cada etapa por consequência de recursos contra decisões interlocutórias; enfim, torna mais célere a prestação da justiça.

Por fim, cabe salientar que a aplicação do princípio da oralidade dentro do processo, visando a sua celeridade e simplificação, tem por escopo não só aspectos jurídicos, como também sociais que são a promoção da justiça com rapidez e efetividade. A sociedade encontra para cada problema mecanismos próprios de defesa. Às vezes, alguma reação da sociedade é fruto de uma ação previamente verificada. Seguindo esse pensamento, pode-se chegar à conclusão de que a demora na prestação jurisdicional acarreta um inconformismo da parte, a qual tentará obter a efetivação daquilo que em juízo demanda diretamente, sem a interveniência do Poder Judiciário, o que nos fará voltar aos primórdios da história da humanidade, quando o Estado ainda não havia tomado para si o exercício do poder jurisdicional, ressuscitando a justiça privada como meio de obter a solução de conflitos, em que sempre aquele mais fraco quedará vencido.

7. Referências Bibliográficas

- AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- ALVIM, Arruda e ALVIM, Teresa Arruda: *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- BARBI, Celso Agrícola: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983. v. 1
- BERMUDES, Sérgio: *A Reforma do Código de Processo*

- Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- CALAMANDREI, Piero: *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução: E. Gomez Orbaneja. La Mesa, México, 1989. v. 3
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.
- COUTURE, Eduardo J.: *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.
- DAVID, René: *O Direito Inglês*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes Editora, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel: *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias: *O Novo Procedimento Sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LACERDA, Galeno: *Despacho Saneador*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme: *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis: *Novos Pareceres do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.
- SANTOS, Moacir Amaral: *Primeiras linhas do direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1978. v. 1.

- SIDOU, J. M. Othon: *Processo Civil Comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Batista da, e GOMES, Luiz Fábio: *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOARES, Guido Fernando Silva: *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1
- WACH, Adolf: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Tradução: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1958.

INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO

Walber de Moura Agra

Professor Universitário, Mestre em Direito Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Procurador do Estado - PE, Advogado.

SUMÁRIO

1. Primeiras linhas. 2. O Porquê do Aparecimento dos Sofistas. 3. Eram os Sofistas Wiles? 4. O imediatismo sofista. 5. Pagamento Cobrado. 6. O Luminismo Sofista. 7. Correntes sofistas. 8. Protágoras. 9. Gorgias. 10. Pródigo do Céus, Hípias e Antífone. 11. Prima Sofista da Estrutura Normativa. 12. O rastro das especulações sofistas. 13. Referências Bibliográficas.

1. Primeiras linhas

O tema focado tentará analisar a influência dos sofistas na Ciência Jurídica.

Na limitação do tema, escolhemos tratar apenas dos sofistas do período grego- Protágoras, Gorgias, Hípias, Crítias, Pródico, Antífone e Trasímaco. Sobre Cálicles, chegamos à conclusão de que não passou de um figura criada por Platão para satirizar Crítias, seu primo. A restrição a esses é porque são a essência da contribuição sofista ao Direito. Os contemporâneos denominados de retóricos não foram tratados pelo caráter propedêutico do artigo.

Quanto à realidade da inexistência de uma escola sofista, sistematizando os preceitos congêneres, ameni-

zaremos discutindo as principais idéias dos filósofos citados e traçando um liame dos seus pensamentos.

A bibliografia utilizada foi a possível de ser encontrada, configurando-se em nossa deficiência. Os sofistas não deixaram obras completas, restando excertos raros, inexistentes no país. A própria bibliografia acerca deles é escassa e rara; os poucos livros existentes contêm apenas algumas linhas.

Colhemos os subsídios disponíveis e tentaremos passar nossa visão desses controversos pensadores. Outrossim, devemos deixar claro que eles não são os sórdidos mercadores de conhecimentos pintados ao longo dos séculos, nem iremos passar uma tentativa de beatificação; procuraremos, como o usual em trabalhos científicos como este, sermos imparciais, mostrando os fatos como eles ocorreram. Como as acusações contrárias a esses pensadores nós conhecemos, tentaremos nos dedicar com intensidade a outras abordagens, analisando prismas em que eles contribuíram para o desenvolvimento intelectual.

2. O Porquê do Aparecimento dos Sofistas

Os tratadistas helênicos mais abalizados são uníssimos em afirmar que os sofistas contribuíram de forma tão assaz para a cultura grega que sem eles o aparecimento de um Sócrates, Platão ou Aristóteles seria totalmente impensável. Eles fluíram das mais variadas partes do mundo grego, vagando de cidades em cidades, indo em direção aos grandes centros, notadamente Atenas, o maior de todos eles e o mais desenvolvido. Provinham das classes mais desfavorecidas; sem rendas ou bens precisavam retirar de suas aulas o sustento de suas vidas. Ao

chegarem às cidades, logo atraíam a atenção de todos, sua oratória embelezava as assembléias, faziam com que os argumentos mais fracos se parecessem com os mais fortes, atraindo a admiração e a inveja concomitantemente.

Viajando a maior parte das suas vidas, não deviam fidelidade a cidade nenhuma, nem adoração aos seus deuses, assim podiam tirar lições de variados acontecimentos históricos. Frequentaram as escolas filosóficas existentes na época, não sendo correligionários de nenhuma porque não aceitavam seus postulados. A única coisa que seguiam era a busca pelo saber e a concretização dos seus interesses.

Tomavam posições sem restrições de dogmas ou divindades, tinham, em virtude dessas características, aguçado senso crítico, usando-o comumente contra as autoridades e os dogmas morais.

Desenvolveram-se na ocasião que o mundo grego entrava em declínio, a fase áurea de Péricles havia passado, as guerras entre as próprias cidades-estados o enfraqueciam, tornando-o presa fácil para os inimigos. Na política interna, a aristocracia tentava mais uma vez assaltar o poder, esmagando o poder da *demos*; o resultado dessa contenda foi um maior enfraquecimento da *polis* grega.

A credibilidade dos dogmas, sob tais circunstâncias se diluía, esperava-se um pensamento crítico que oferecesse soluções às crises. A estrutura posta não atendia aos anseios da população. O ambiente vivido favorecia o surgimento e o desenvolvimento dos sofistas.

No aspecto filosófico, as escolas existentes não atendiam aos problemas vividos, perdiam-se em proposições sem nenhuma finalidade prática e palpável, preferiam discutir problemas cosmológicos do que oferecer soluções às carências da coletividade.

A especulação naturalista produziu resultados anulantes entre si; a filosofia heracliana, arrimada no movimento contínuo das coisas, precursora da dialética hegeliana, confrontava os preceitos dos eleáticos, principalmente Heráclito; os pitagóricos preferiam se ater ao estudo religioso, formando uma seita sacerdotal, ao invés de formulações filosóficas; a busca pelo elemento básico das coisas variava da água, fogo, ar, sem chegar a um solução exequível. Reconhecia-se que as soluções possíveis tinham sido propostas e não teriam outras imagináveis. A filosofia existente tinha se exaurido, os problemas permaneciam e outros eram criados, tinha que se começar de nova forma, com novo objeto e método peculiar.

Diríamos que a filosofia sofista não nasceu, foi impelida a nascer, frutificou em terra carente de adubo, portando a esperança dos cidadão gregos. Nasceu para atender a interesses peculiares do momento histórico grego.

3. Eram os Sofistas Vilões?

Etimologicamente a palavra sofista significa aquele que é especialista no saber, possuidor do saber, sentidos diferentes do representado por essa palavra; hodiernamente carrega um sentido depreciativo, maculado de esperteza e subterfúgios, significando aquelas pessoas falaciosas, portadoras do saber apenas aparente, capazes, por sua eloquência, de levar pessoas crédulas a realizar maus negócios.

Essa herança negativa se deve à imagem passada por aqueles que retrataram os sofistas; Platão, nos diálogos socráticos; Aristóteles, Xenofonte, Aristófanes dentre outros inimigos seus que os deturpavam. Não se defende-

ram, inexistem obras integrais deixadas por eles, resta exclusivamente excertos esparsos, sem nenhuma peça integral. Portanto, a visão vigorante por muito tempo não é necessariamente a visão dos vencedores porque não existiram vencidos, mas a versão dos seus inimigos filosóficos. Não puderam se defender, pereceram sem luta.

A reabilitação da obra sofista foi fruto de autores como Hegel, Goethe, Nietzsche, Bertrand Russel etc, passou-se a ver o lado benéfico da filosofia sofista, valorando o que eles destruíram e o que eles construíram de maneira isenta. Descobriu-se que seus detratores agiram mais movidos por se sentirem contrariados em suas posições do que por discórdias filosóficas.

Os sofistas conseguiram se desincompatibilizar com amplos setores da sociedade grega. Contrariaram interesses dos pensadores tradicionais porque desdenharam de seus estudos e seguiram por novos caminhos. Afrontaram a opinião pública com seus posicionamentos antagônicos, com seu imoralismo quanto aos costumes, pela ínfima importância dada aos deuses. Criaram atritos com os sacerdotes por desacreditar dos dogmas religiosos e finalmente com a aristocracia por terem contribuído para a sua perda de poder e por colaborarem com a criação de uma nova classe não mais amparada nos laços de sangue e sim pelas habilidades pessoais. Não se poderia esperar comentários elogiosos a filósofos que afrontaram tantos interesses.

Basicamente, são dois os argumentos contra a mencionada vertente filosófica: o de que só tinha um saber aparente, enganando seus interlocutores com bela oratória e que ensinavam com finalidade lucrativa, desinteressando-se pelo amor à verdade. O primeiro argumento se configura devido à negação da existência de verdades

absolutas; havia verdades relativas, determinadas por cada homem; pelas antilogias protagorianas; pelo niilismo gorgiano. Deixaram de analisar a essência de suas idéias para se preocupar com o que elas poderiam causar. O segundo argumento é devido a preconceito aristocrático, hoje ninguém comenta o numerário recebido pelos professores, acham normal e inerente à profissão; se os sofistas não pudessem cobrar teriam deixado de ensinar para seguir outras atividades que pudessem alimentá-los, perdendo a filosofia importante desenvolvimento; foram os precursores da profissionalização dos professores.

Não foram vilões, entretanto não foram santos.

4. O imediatismo sofista

O que também contribuiu para aviltar a filosofia sofista foi a crítica, aliás verdadeira, de que eles se ligavam a finalidades práticas, imediatistas, especulações que tinham interesses variáveis de acordo com as contingências do tempo. A *praxis* sofista foi muito importante para o Direito pois este tinha que se adequar a um ambiente social que era diferente em cada realidade social.

Não se portavam, por exemplo, como os filósofos eleatas que passavam suas vidas inteiras procurando uma verdade fundamentada em si mesma, estudando a *physis* de forma despreocupada sem qualquer objetivo terreno; estudar fenômenos factuais era considerada um queda moral e uma depreciação do pensamento filosófico. Os sofistas não viam com interesse o estudo dos elementos naturais, acusavam de não ter repercussões práticas. Detinham-se no estudo da *physis* apenas para dotá-los de saber enciclopédico e não se preocupavam em aprofundar os estudos já efetuados.

Mudado o objeto de estudo para a ética humana, começou-se a analisar o porquê das condutas e se reconheceu que elas visavam ao útil, confundindo-se *bem* com o que dava prazer. Porque analisavam condutas situadas dentro de um contexto e utilizavam o método empírico-dedutivo, seus preceitos tinham finalidades imediatas.

Esse método que privilegiava o conhecimento pela análise simples dos fatos e que chegava a uma depreensão geral partindo de fatos particulares, formulava vários preceitos de conclusões cambiantes no tempo, gerava perplexidade pois o motivo que levou um fato a ocorrer em um determinado contexto não seria o mesmo a levá-lo a ser criado em situação diferente, e tirar uma regra de uma situação isolada era bastante precário.

O imediatismo afluía com força idêntica nas aulas ministradas por esses filósofos. A juventude, seus maiores ouvintes, estavam fatigados com discussões estereis e sem finalidade prática palpável; como esses pensadores precisavam das aulas para sobreviver, tinham que atrair o interesses de seus ouvintes e isso era realizável através de assuntos de praticidade imediata.

Mesmo sem essa utilidade, seria impossível tratar de condutas humanas com elocubrações estereis e ininteligíveis; o imediatismo sofista tinha sua serventia devido ao próprio objeto de estudo escolhido: o homem em suas relações sociais, interligando-se com o fator teleológico do Direito.

5. Pagamento Cobrado

Questão que contribuiu para denegrir a imagem dos sofistas foi o fato de que eles cobravam por suas aulas,

palestras; enfim, cobravam de quem tinha interesse em aprender seus ensinamentos. Enquanto os renomados sábios gregos, v. g. Sócrates, davam seus ensinamentos gratuitamente e abominavam quem cobrasse para expor seus dotes intelectuais. Achavam que o saber representava o que existia de mais puro e nobre no espírito humano, devendo ser aprendido e transmitido sem nenhuma finalidade prática. Cobrar significava baixa moral.

Analisando historicamente esse repúdio manifestado na cobrança de ensinamentos, vamos encontrar um preconceito de classe. Nas cidades gregas, a cultura era uma herança ou bem de preciosa valia dos aristocratas e dos ricos, que tinham solucionado todos os seus problemas econômicos, não precisando se preocupar com o que comer no dia seguinte. Consideravam a cultura como a arte humana mais preciosa e se dedicavam a ela com a mais pura das intenções, sem se preocupar com dinheiro ou com lucro, o que achavam ser coisas incompatíveis com a cultura.

Ocorre que os sofistas eram andarilhos, vagueavam de cidade em cidade, aprimorando seus conhecimentos e ensinando. Não dispunham de empregos, rendas ou bens, não descendiam, na sua maioria, da classe aristocrática e necessitavam de um meio que lhes possibilitasse sua manutenção e o único para tanto era cobrar pela coisa que melhor tinham: seus conhecimentos. Os aristocratas não ficavam satisfeitos em verem seus filhos gastando dinheiro com os sofistas em um aprendizado que deveria ser de graça.

Com esse pagamento, eles conseguiam se sustentar e levar suas vidas em especulações filosóficas. Poucos, como Protágoras e Górgias conseguiram fabulosas somas. O segundo, com o numerário conseguido, pôde erguer,

no templo de Delfos, a própria efígie, cunhada em ouro e o primeiro, segundo o próprio Platão, ganhou com suas aulas mais que um famoso escultor como Tídias e mais dez outros juntos. Interessante é que um escultor, mesmo sabendo que a escultura se configura em uma sublime arte, pode cobrar e amealhar fortuna sem levantar as menores críticas, enquanto que um filósofo não podia cobrar pelos seus ensinamentos.

Há uma história contada por Marcus Acquaviva que reflete o fato de os sofistas cobrarem por suas aulas e como eles eram bons educadores, já que os alunos aprendiam o ensinado. A história é a seguinte:

"Pois bem, um belo dia apareceu na Escola de Protágoras um jovem de olhar vivo e irrequieto chamado Evatlo, que desejava aprender Direito e retórica para advogar. Como não tinha dinheiro para pagar todas as aulas, saldou metade dos débitos e se comprometeu a pagar a outra metade quando, já formado, vencesse a primeira causa. Protágoras concordou. Evatlo assistiu às aulas, concluiu o curso e desapareceu, sem pagar a metade que devia. Protágoras, furioso, foi a juízo cobrar seu crédito. Evatlo, localizado, foi levado à presença dos magistrados. Colocados professor e aluno frente a frente, disse Protágora, com veemência, ao caloteiro: 'Saiba, meu querido, que em qualquer circunstância, você me pagará! Se a sentença me for favorável, fica claro que tenho razão, e receberei meu dinheiro. Por outro lado, mesmo se os juízes não me derem razão, você deverá me pagar, pois estará vencendo a primeira causa!.' Evatlo, aparentemente assustado pela firmeza do mestre, logo recuperou a calma e contra-argumentou: 'Senhores juizes, caro mestre, nada lhe devo. E porque nada lhe devo? Porque, se os ilustres magistrados me derem razão, não

estarei obrigado a lhe pagar, eis que a própria Justiça assim o determinará. E se perder a demanda, ainda assim nada lhe devo, pois estarei perdendo minha primeira causa'. Os juízes franziram o cenho, deram de ombros e não decidiram a causa, continuando tudo como antes, para decepção de Protágoras e alívio de Evatlo, que já se mostrava um discípulo digno do mestre..."¹

6. O Iluminismo Sofista

Os críticos acusam os sofistas de terem semeado a dúvida onde antes havia a certeza e que sua atuação foi mais destrutiva do que benéfica; esse pessimismo se encontra exposto no diálogo platônico. Essa assertiva deve ser analisada com bastante ponderação, quicá com incredulidade, porque a dúvida é a premissa primeira da filosofia. A semente sofista de acrescentar a crítica diante dos dogmas foi de tão assaz efeito que, no Século XX, algumas correntes jurídicas utilizam-se da crítica para delinear uma nova estrutura normativa, como o Direito Alternativo.

Na verdade, o produto da atuação dos sofistas foi mui benéfico, servindo como um 'fermento' que fez trilhar a filosofia por caminhos nunca antes percorridos. Compara-se o racionalismo iluminista da sofística com o iluminismo europeu do século XVIII; Paulo Bonavides² nos diz que "Kant estaria para os empiristas e nacionalistas que o precederam assim como Sócrates esteve para os sofistas de seu tempo." Continua ainda o douto Bonavi-

des³; "Os sofistas combatem o mito dos heróis e dos deuses - diz Wolf para alforriar a razão, para estabelecer a reflexão autônoma e implantar o pensamento crítico, que conduz à vitória do 'logos' sobre o 'mythos'; aí festeja-se nos sofistas o racionalismo impugnador e a energia revolucionária de que dão provas 'emancipando o espírito da tutela das verdades sacerdotais e das fábulas poéticas."

Entendemos, portanto, que a principal contribuição sofista foi a sua liberdade de espírito, sem o cerceamento desse direito por qualquer dogma. As velhas tradições da *physis* foram atacadas, a tônica dos estudos sofistas deveria ser o comportamento dos homens; o objeto de estudo saía da esfera da cosmológica e adentrava na esfera humana. Quanto aos benefícios da sofística, eis o julgamento de Reale⁴: "no próprio sentido do relativismo sofístico, o pensamento se demonstra feitor e, ao mesmo tempo, destruidor das representações e, como tal, não se revela mais como um poder limitado, circunscrito, finito."

Dentro do espírito iluminista sofista, interessante é a abordagem de determinados assuntos no qual o posicionamento sofista se apresenta avançado.

Espírito Pan-Helênico: como vagavam pelo mundo grego, seus laços de fidelidade se arrefeciam, rompendo a tradição que os consideravam mais como cidadãos unidos em sentimentos a uma cidade do que indivíduos isolados. Começava o individualismo propugnado pelos sofistas e a construção de um ideal pan-helênico, segundo o qual as *polis* pudessem, em simbiose, florescer em crescimento. Previram que, se as cidades gregas continuassem em guerras fratricidas seriam destruídas por uma potência estrangeira, como realmente o foram. Sonharam

¹ ACQUAVIVA, Marcos. "O legado Sofista." In: Revista de Informação Jurídica. São Paulo.

² BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. P. 278.

³idem. Ibidem. P. 279.

⁴ REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. São Paulo: Loyola, Vol. 1, 1993. P. 198.

com uma nação grega unida. O espírito pan-helênico forçou o nascimento do conceito de soberania.

Contrariedade à Escravidão: achavam que todos os homens eram iguais porque neles havia a natureza sensível, como defendia **Antifone**. Como não eram oriundos da classe aristocrática, não admitiam uma desigualdade baseada em laços de sangue e sim em méritos próprios; se todos eram iguais, que se sobressaíssem os mais capazes.

Tornaram a Filosofia Popular: como ganhavam a vida dando aulas, precisavam se fazer inteligíveis para que os alunos entendessem. Para isso, tornaram acessíveis termos antes só ao alcance de eruditos; pode-se dizer que popularizaram a filosofia.

Espírito Crítico: negando a existência de verdades absolutas e, conseqüentemente, de dogmas, todo assunto era posto ao crivo de críticas, a antologia ensinava que cada assertiva poderia ser contraposta por outra oposta. Não ficou um valor sem críticas.

Contrariedades aos Deuses: inexistindo verdades, as cominações aos Deuses seriam relativas, sendo passíveis as orientações religiosas de críticas e de desobediência pelos sofistas. Em relação às entidades divinas, os sofistas eram agnósticos ou considerados ateus; o que causou furor nas autoridades e aumentou o ódio contra eles. Contudo, respeitavam a liberdade de crença, preceito que depois está vertido na maioria das Constituições.

7. Correntes sofistas

Comumente, um sistema filosófico deve ser vislumbrado como um organismo humano em que cada parte

tem uma função dentro da integralidade do todo. Funciona como peças de um quebra-cabeça, irmanados por uma finalidade comum. Nesse sentido, não podemos dizer que a filosofia sofista era um sistema monolítico, em que proposições comuns interligassem as idéias de seus filósofos. Todavia, não podemos afirmar que suas formulações fossem incompatíveis e que não convergissem em determinados assuntos por uma mesma direção.

Algumas idéias estão presentes na doutrina sofista e foram formuladas, de certa forma, por todos os seus pensadores, como a textura crítica de suas posições, a negação da existência de verdades absolutas, o individualismo, a crença na igualdade dos homens, a preocupação com problemas éticos-políticos, a procura de meios idôneos para disciplinar o relacionamento dos cidadãos, a essência das normas jurídicas etc.

A ausência de uma doutrina monolítica por parte dos sofistas reside em que eles não continuaram a obra de grandes mestres, como Protágoras, por exemplo. Quando conseguiam sorver o conteúdo dos mestres, preferiam palmilhar por rumos diferentes, ao invés de continuar a obra continuada. Decorre, ainda, do fato de que eles não se agrupavam em torno de uma escola, onde pudessem unificar e pregar seus postulados, como Platão, que fundou a Academia e Aristóteles, o Liceu. Acrescente-se que eles provieram de várias cidades gregas, percebendo culturas e realidades diferentes.

De modo geral, podemos agrupar os sofistas em quatro escolas:

a) formada pelos grandes sofistas, Protágoras e Górgias, foi a primeira e mais fecunda geração, obtendo respeito de filósofos como Platão e Sócrates, apesar de discordarem de suas posições. Tinham prazer na busca de

conhecimentos; o dinheiro e o poder eram secundários. Analisaram detidamente as leis de seu tempo.

b) Formada por nomes como Pródico de Céos, Hípias e Antifonte. Eles formularam idéias acerca de temas tratados pelos grandes, sem, contudo, o mesmo brilho.

c) Os eristas, que optaram pelo aspecto formal, sem qualquer conteúdo, utilizando a retórica como forma de expor seu conhecimento. Não tiveram apego por princípios morais, transformaram a dialética sofista em uma arte de discursos vazios, sem essência; o importante era a capacidade de alcançar objetivos.

8. Protágoras

Protágoras nasceu em Abdera, no ano de 491 ou 481 a.C.. Como os demais sofistas, viajou por várias cidades gregas, estando mais de uma vez em Atenas, onde, com seus dotes retóricos, alcançou triunfantes sucessos políticos. Sua capacidade foi notada inclusive por Péricles, que confiou-lhe o encargo de preparar a legislação para a colônia de Turi.

Suas posições polêmicas e seu ceticismo acarretaram-lhe o ódio das autoridades atenienses, tendo sido banido da cidade e seus escritos queimados em praça pública.

Suas maiores obras teriam sido *Sobre a Verdade*, *Raciocínios Demolidores* e *Antilogias*. Nessas obras, o maior dos sofistas expõe a doutrina do relativismo da verdade e, pedagogicamente, explicita a forma de contrariar qualquer preposição mediante raciocínios lógicos. Dessas obras, na atualidade, infelizmente, restam apenas alguns fragmentos. Dentro do seu relativismo, as normas jurídicas não teriam verdades imutáveis, abolindo preceitos jusnaturalistas; a carência de conteúdo faz um liame com a neutralida-

de do positivismo, só que o pressuposto de validade não seria a estruturação de uma pirâmide normativa, e sim a legitimidade imposta pela vontade de uma autoridade que pudesse impor sua vontade pela força.

Se pudéssemos resumir com uma frase seu pensamento, seria indubitavelmente "o homem é a medida de todas as coisas." Giorgio Del Vecchio fez um liame do pensamento de Protágoras e do de Kant, o qual afirmou, tempos mais tarde, e em sentido diverso do relativismo sofista, que a mente humana é a medida de todas as coisas, considerando-a como sendo, necessariamente, idêntica em todos indivíduos. A tese de Kant afasta o relativismo planteado por Protágoras, já que a igualdade da mente humana existente em todas as pessoas possibilitaria a existência de verdades 'irrefutáveis'.

O significado básico dessa preposição é que cada homem teria sua própria visão de uma determinada realidade, tornando impossível a existência de verdades absolutas. Suas visões de verdades seriam ditadas por interesses e percepções sensoriais, sendo essas individuais e peculiares a cada um. De forma alguma o mestre sofista foi um precursor de Karl Marx, propugnando diversas visões da realidade de acordo com a classe social; membros de um mesmo segmento social poderiam ter diversas visões da realidade, pois as percepções sensoriais são peculiares. Nesse sentido, as palavras de Del Vecchio⁵: "cada homem possui seu próprio modo de ver e conhecer as coisas. Daqui a tese segundo a qual não é possível uma ciência autêntica, de caráter objetivo e universalmente válida, mas tão só opiniões individuais". E também as de Burns⁶: "sendo a percepção

⁵ VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1959. P. 40.

sensorial a fonte exclusiva do conhecimento, só pode haver verdades particulares válidas para um certo tempo e um certo lugar. Do mesmo modo, a moral varia de povo para povo, pois não há cânones absolutos do certo e do errado, decretados eternamente nos céus para atender a todos os casos”.

O relativismo encontrado em todas as linhas de sua obra foi fundamentado no princípio das antilogias, no qual em cada coisa existem dois raciocínios contrapostos entre si, sem haver nenhum método exequível de se chegar à verdadeira opção; sendo a verdade de hoje a mentira de amanhã.

Na atividade pedagógica, ele ensinava aos alunos a arte do contraditório, a antilogia, demonstrando a possibilidade de se negar qualquer afirmação. Sobre assuntos importantes da atualidade, ele elencava diversas hipóteses, devendo ser escolhida a mais conveniente. Conscientizava-os para a existência de várias verdades e não de apenas uma. Escolhido o caminho, dotava o aluno de saberes retóricos para defender o ponto de vista escolhido.

O relativismo de **Protágoras** expresso na frase “o homem é a medida de todas as coisas” encontra, no âmbito de comportamento social, limitações oriundas do pragmatismo utilitário formulado pelo mestre sofista. O bem significa o útil e o mal, o prejudicial; devendo a utilidade das condutas nortear a escolha das diversas variáveis concernentes a um mesmo tema. Porém, se não existe uma verdade fundante, como poderá ser determinado o bem ou o mal?

O bem seria aquilo que, dentro de uma conjuntura e para uma pessoa determinada, fosse útil ou menos pre-

6 BURNS, Edward MacNall, e outros. História da Civilização Ocidental. Do homem das cavernas às nave espaciais. Vol. 1. São Paulo: Editora Globo, 1995. P. 107.

judicial; podendo o bem de uma situação não ser o de outra; no fundo chega-se à mesma relatividade conceitual na definição de utilidade encontrada na definição de verdade. O que ele queria descortinar era um caminho produtor de melhores benefícios e utilidades, algo que pudesse uniformizar condutas dentro de certas circunstâncias diante da inexistência de padrões verdadeiros. Seria um antídoto aos excessos do relativismo.

O posicionamento abolindo a idéia de bem e de mal serviu para estorvar a legitimação do poder com base teocrática; com isso, atraiu o opróbrio das classes dominantes. Contudo, serviu para vislumbrar uma ordem jurídica cujo alicerce fosse a vontade do povo.

Quanto ao seu posicionamento em relação aos deuses, que teria motivado sua expulsão de Atenas, era de absenteísmo. Segundo Diógenes Laércio⁷, estas foram suas palavras: “sobre os deuses não tenho possibilidade de afirmar nem que são, nem que não são”. Esse posicionamento era consentâneo com o princípio do relativismo. Se houvesse deuses, seus mandamentos seriam verdades peremptórias, porque proviam de entes superiores, sendo essas verdades extensivas a todas as pessoas. Com essa posição, **Protágoras** evitava contrariar o dogma da existência de entidades superiores, que desagradaria autoridades locais e evitava contrariar a base de sua doutrina, o relativismo, que inadmitia a existência de divindades e verdades divinas.

7 Apud REALE, Giovanni. *Obra Citada*. P. 208.

9. Gorgias

Nasceu em Leontina, na Sicília, provavelmente entre os anos de 485/480 a. C. Começou seu aprendizado sendo discípulo de Empédocles e, como os demais sofistas, viajou por muitas *polis* gregas, inclusive Atenas, onde esteve em 427 a.C., enviado por sua cidade natal, como embaixador, para buscar ajuda militar contra Siracusa. Orador de rara beleza, se destacava facilmente em eventos políticos. Dos seus trabalhos filosóficos, o mais notável foi *Sobre a Natureza do Ser ou Sobre o Não-Ser*, restando, atualmente, fragmentos não traduzidos para o português.

Comparando Górgias com Protágoras, vamos notar que este ensinava a existência de uma verdade, mesmo relativa, variando de pessoa para pessoa; enquanto que aquele ensinava a inexistência absoluta da verdade e de que tudo que existe era inexoravelmente falso.

A tese fundamental desse pensador sofista era da inexistência de uma verdade, mesmo sendo essa relativa. Defendia seu postulado com a concatenação de três assertivas: a) não existe o ser, isto é, nada existe; b) mesmo existindo o ser, ele não seria compreensível e c) mesmo admitindo que fosse, ele não seria comunicável nem explicável aos outros. Vamos explicar cada um deles.

O princípio de que nada existe, isto é, que o ser não é, foi formulado graças à possibilidade da negação de qualquer afirmativa, contradizendo-se qualquer proposição com assertivas de modo que, no final elas se anulassem reciprocamente. Sobre qualquer formulação poderia ser contraposta outra antípoda, anulando assim seus postulados; se dissemos que a visão é um sentido existente em todos os homens seríamos contraditados pela existência

dos deficientes visuais, ou seja, a cada regra posta teríamos uma exceção. Na segunda apreensão lógica, a de que existindo o ser, ele não seria compreensível, parte ele de uma questão antieleática, negando que o pensamento é sempre e somente pensamento do ser, admitindo a sua existência sem qualquer realidade e, portanto, inexistente. Partindo daí, conclui Górgias⁸ no Sexto Empírico "se é verdade que existem não existentes pensados, é também verdade o inverso, isto é, que o ser não é pensado - se o pensado não existe, - se o pensado não existe, o ser não é pensado".

Separa abissalmente o ser e o pensamento; caso houvesse a sua existência, segundo ele, esse seria incognoscível. E, por último, a afirmação de que, mesmo pensável, o ser permaneceria inexprimível, arrimando-se na impossibilidade que teria a palavra de exprimir o ser na sua integralidade. Por mais que tentássemos explicar a um deficiente visual o que seria a cor preta ele não entenderia devido à linguagem não poder exprimir um objeto em sua integridade.

Ante a inexistência da verdade, quer absoluta, quer relativa, o filósofo siciliano advoga a ética da situação. Diante de cada situação posta, os homens deveriam se posicionar de modo tal que da posição escolhida possa auferir os melhores benefícios, não deixando de se tornar um eudemonismo. Essa atuação ficava sob os influxos da *doxa*, opiniões correntes, não ficando ao talante da vontade individual, mas uma única *doxa*, a imperante em um contexto histórico.

Importante foi sua contribuição à taxionomia da palavra. Inexistindo verdade absoluta e desvinculando a

⁸ Apud REALE, Giovanni. *Ob. Cit.* P. 213

palavra do ser, a palavra alcançara magnitude antes inatingível. Ela passa a ser portadora de persuasões e crenças, passando a todos convencer de fatos dificilmente comprováveis.

Para Górgias a base das estruturas normativas seria a possibilidade da coercibilidade, exatamente a mesma característica que lhe atribuiu Hart vários séculos após. O povo não cumpria totalidade das normas jurídicas por mera vontade própria; obedece porque é impelido por medo de sofrer uma sanção. Sem a sanção, as normas jurídicas são destituídas de concretude normativa.

10. Pródico do Céos, Hípias e Antifone

Não se sabe da data do nascimento de Pródico de Céos, situando-se entre os anos de 470-460 a.C.. Perambulou por várias cidades gregas, inclusive Atenas, na qualidade de embaixador. Sua principal obra foi *Horai*, nome dado à Deusa da fecundidade.

Em data desconhecida, nasceu Hípias em Élida, tendo viajado por muitas cidades e composto algumas obras que foram perdidas no tempo. A data de nascimento de Antifone também não conhecemos, sua principal obra chamava-se *A verdade*, restando dela poucos exertos.

Sobre esses filósofos ínfimas são as notícias.

A base da filosofia de Pródico era a sinonímica. Ela era feita pela distinção de vários sinônimos e uma determinação de enfoques diferentes entre sinônimos, assim, a palavra ganhava infinitas possibilidades de emprego contextual. Partindo da distinção e da colocação de sinônimos, ele ensinava seus alunos e explorar o uso das palavras, mesmo que em prol de idéias antagônicas. Em ter-

mos de moral, sugestivo é o mito de *Herácles na Encruzilhada*, no qual, do debate entre duas mulheres, uma o símbolo da virtude-*Areté* e a outra o símbolo da depravação-*kakta*, vamos concluir que ele opta por um utilitarismo como arrimo no valor moral.

Pródico foi o precursor da semiótica jurídica, avultando a dimensão dos signos na importância para uma interligação, sistematização das variadas leis.

Entre duas opções em que deva ser escolhido apenas uma, sábio é quem escolhe o caminho que acarrete menos esforço e que possa produzir maior utilidade, então a equação deveria ser solucionada pelo binômio 'menos esforço-mais utilidade'. A utilidade, base da moral, segundo este sofista, deveria ser entendida igualmente aos aspectos teológicos; o divino seria determinada conduta útil em um contexto e não dogmas prolatados por sacerdotes, oráculos dos deuses.

Hípias e Antifone são membros da denominada corrente naturalista da sofística. Esta corrente contrapôs o *nomos* e a *physis*, ou seja, as leis e as normas da natureza. Tendo essas existências fatuais e aquelas oriundas da criação humana seriam formuladas para gerir situações concretas.

Enquanto Protágoras fazia apologia da antilogia e Pródico da sinonímica, Hípias utilizava a polimatia, o saber enciclopédico, em que as noções preliminares de cada assunto deveriam ser assimiladas. Para conseguir memorizar tamanhas informações, Hípias ensinava processos mnemônicos, arte de memorizar, possibilitando aos seus discípulos conteúdo necessário para se destacar em suas atividades.

Hípias, como membro da corrente naturalista da sofística, punha em planos antagônicos a *physis* e o *nomos*.

A natureza representava o que une os homens semelhantes; a lei teria o significado de divisão, quando contrariasse as normas da natureza; quando não, inexistiria essa contradição.

Antifonte também sublinhava a distinção entre o *nomos* e a *physis*, contudo, avultou o abismo existente, considerando ambos sempre antagônicos e não apenas quando a lei afrontasse os preceitos da natureza. Os homens deveriam viver segundo normas naturais, tidas como a verdadeira base do agir humano e nunca de acordo com leis formuladas pelo homem.

Hípias contribuiu para reforçar o cosmopolitismo dos sofistas, dando-lhe uma textura igualitarista. Achava que os bárbaros, moradores de cidades sem a cultura grega, eram seus iguais. Essa postura contribuiu no arrefecimento do poder da aristocracia e no crescimento do poder da *demos*. Antifonte igualmente acreditava na semelhança dos gregos com os demais povos por que eles possuíam a mesma natureza sensível em que o bem seria útil e o prazeroso e o mal, o prejudicial e o doloroso. Dispondo o homem da mesma natureza sensível, as leis não deveriam conter discriminantes e abranger igualmente a todos.

11. Prisma Sofista da Estrutura Normativa

Não foram os sofistas os primeiros pensadores gregos a tratarem da estrutura normativa e do direito. Pitágoras distinguia a lei cósmica da lei estadual, recebendo o direito influência do ordenamento cósmico e a justiça representada como o equivalente de uma relação de igualdade; Heráclito, fiel ao movimento das coisas, separava a ordem jurídica contingente e a mutável, tendo aquela mai-

or importância que esta; os eleatas consideravam a justiça a simetria entre as suas relações e as relações dos elementos da natureza; havendo diferença, ocorreriam injustiças. Adentraram em terreno semeado, contudo, seu mérito é ter vislumbrado o assunto sob prisma original.

Seus trabalhos começam acerca da legitimação normativa. Inexistindo verdade absoluta e sendo o homem a medida de todas as coisas, as leis não se tornariam eficazes por assentimento, o entedimento peculiar a cada pessoa faria com que fossem cumpridas somente aquelas que trouxesse benefícios, as contrárias seriam descumpridas. A natureza sensível presente em cada homem propiciaria visões particulares, tomando atitudes de acordo com esses entendimentos de modo a propiciar menos sacrifícios e maior utilidade; em suma, cada um só obedeceria às leis consoantes seus interesses.

Na legitimação teológica, as normas poderiam ser cumpridas se fossem oriundas de mandamentos divinos, que representavam a vontade dos deuses. Porém, os sofistas preferem se manter alheios quanto ao debate da existência ou não de divindades; são considerados agnósticos ou ateus, submetendo a crença religiosa a duras críticas. Dizem que buscar fundamentação das normas em cominações divinas seria tentar esconder a fraqueza de normas que não têm condições sozinhas de se impor, ludibriando a boa fé dos cidadãos.

A diversidade dos homens produzida pela verdade sensível, tornando uns fortes e outros fracos, encontra similaridade no mundo da natureza, onde existem criaturas fortes e fracas. Na natureza, os fortes dominam os fracos; então, seguindo os ensinamentos, seria natural que os homens mais fortes subjugassem os mais fracos.

Admitiam a ocorrência de duas espécies de leis; as provenientes da *nomos* e as da *physis*, ou seja, o *nomos dikaion*, justo segundo a lei, e o *fisei dikaion*, justo se-

gundo a natureza. E quanto às da natureza teriam sua maneira de se comportar e esse comportamento seria sintonizado de acordo com as normas naturais, de nada resultando a formulação de leis humanas contra esses princípios; a força da natureza seria inquebrantável.

O homem deveria seguir as leis da natureza; se nela os fracos são dominados pelos fortes, os animais mais fortes esmagam os fracos, os Estados fracos são subjugados pelos fortes; nas relações sociais os homens fracos devem ser dominados pelos fortes. Essa dominação estaria amparada por lei natural.

Deprecende-se que a legitimidade normativa está aliçada na força e o justo seria a vantagem do mais forte. Se a natureza fez os homens diferentes, criando os hipossuficientes, foi justamente para serem dominados pelos mais fortes e as leis expressantes do contrário são afrontosas à lei da *physis*.

Nesse prisma, o direito seria a procura do justo e justo é a situação implantada pela força. Direito das minorias não existiriam, piedade cristã é sentimento abominável e vil. Trasímaco planteava que a justiça é na realidade um bem de outrem; é uma vantagem para quem manda e um dano para quem obedece.

O posicionamento citado foi desenvolvido, depois dos sofistas, por filósofos como Nietzsche e Tobias Barreto. Esse último dizia que o direito era a força que matou a força. Nenhum desses, felizmente, granjeou o opróbrio da história como os iluministas gregos.

12. O rastro das especulações sofistas.

Depois da análise séria e isenta sobre a obra sofista, com a imparcialidade que a distância do tempo nos ofe-

rece, vamos compreendendo a sua complexidade, expungindo imagens parciais e conceitos falaciosos. Significa anular a depreciação da palavra sofista e do conteúdo de suas obras e tomá-los com o devido valor, sem correr o risco de alçá-los ao púlpito da proeminência filosófica, o que não seria a verdade.

Impossível negar que alguns, a pretexto de ter de ganhar a vida dando aulas, tenham se utilizado desse expediente para acumular potentes somas de dinheiro, esquecendo qualquer compromisso com o saber ou sua divulgação.

Negligenciar que, nos debates políticos, defendiam as teses mais díspares, sem preocupação com o seu conteúdo ou a finalidade. Munidos de argumentos capciosos, desrespeitavam os anseios da população, pensando exclusivamente nas suas necessidades particulares. O poder os fascinava e para ele dedicavam sua energia; os sofistas políticos perverteram a ética, acabando com a decência política e com a fidelidade à *polis* grega.

Sucumbiram com os valores seguidos nas cidades e em troca não ofereceram nada. Arrefeceram o sentimento religioso, mesmo o antropomorfismo dos naturalistas, pondo em troca o vazio, a descrença, o pessimismo. O tradicional orgulho dos cidadãos foi definitivamente dilacerado.

Ao lado desse débito, configurante de um lado da moeda, temos o outro lado, o crédito a eles devido.

Enfraquecendo a dogmática religiosa, houve a liberação do pensamento. Procuraram-se assim as verdadeiras causas provocadoras dos efeitos, relegando a superstição. Os desejos dos deuses na verdade expressava a vontade dos homens, livres de amarras; o pensamento floresceu como em nenhum lugar da antiguidade. A influ-

ência religiosa antes de ser um estorvo, funcionou como um aliado do saber.

Acabaram com a diferenciação entre os homens baseada em laços de sangue. A diferenciação devia ocorrer em virtude das aptidões pessoais e não por hereditariedade. Ajudaram a que o poder da *demos* se consolidasse, contribuindo com a democracia.

Transmutaram o objeto do estudo filosófico, da natureza para o homem. Não tinham interesse em conhecer o cosmo enquanto objetivo de especulações, seu interesse era o homem nos aspectos ético-político-educativos. Foram os precursores do individualismo; ele tem relevância como pessoa individual e não como membro da *polis*.

Fermentaram a filosofia, destruindo antigos preceitos, levando a filosofia para fora dos salões eruditos. Semearam o terreno para filósofos do porte de Platão, Aristóteles, contribuindo de forma ímpar para o aprimoramento da filosofia.

Comparando o débito com o crédito, verificamos um crédito em favor das elucubrações sofistas. Sua passagem na filosofia sofista foi notável, trouxe-lhes amor e ódio, deixando um legado que não deve ser desprezado pela posteridade.

12. Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. (organizador). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995.

ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *Poética*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BURNS, Edward MacNall e outros. *História da Civilização Ocidental. Do Homem das cavernas às naveas espaciais*. Vol. 1 e Vol. 2. 36ª ed., São Paulo: Editora Globo, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática S. A., 1994.

CÍCERO. *Do Orador- e Textos Vários*. Porto: Rés Editora Ltda, 1993.

_____. *Orações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.

CRESSON, André. *Aristóteles*. São Paulo: Edições 70, 1981.

DURANT, Will. *A história da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GAARDER, Jostein. *O Mundo de Sofia. Romance da História da Filosofia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JÚNIOR, David Jardim. *História de Bolso da Filosofia*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1964.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras Incompletas*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

_____. *Assim falava Zaratustra*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989.

PLATÃO. *Diálogos. A República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

_____. *Diálogos. Fédon, Sofista, Político*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

- _____. *O Simpósio, ou do Amor*. Lisboa: Guimarães Ltda, 1986.
- PLATÃO**. *Defesa de Sócrates*. **XENOFONTE**. *Ditos e feitos Memoráveis de Sócrates*. **XENOFONTE**. *Apoloogia de Sócrates*. **ARISTÓFANES**. *As Nuvens*. Coleção *Os Pensadores - Sócrates*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- REALE**, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. Vol. 1. São Paulo: Loyola, 1993.
- SCHURÉ**, Édouard. *Os Grandes Iniciados - Platão*. São Paulo: Martin Claret, 1987.
- _____. *Os Grandes Iniciados - Pitágoras*. São Paulo: Martin Claret, 1986.
- SÓFOCLES**. *Rei Édipo*. *Antígona*. **ÉSQUILO**. *Promeu Acorrentado*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991.
- SOUZA**, José Cavalcante de (seleção de textos). *Os Pré-Socráticos: Fragmentos, Doxografia e Comentários*. 2ª ed., São Paulo: Abril, 1978.
- VECCHIO**, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. Vol. 1 e 2. Coimbra: Armênio Amado, 1959.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*

Zélio Furtado da Silva
Mestre e Doutorando em Direito - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Universidade Federal da Paraíba - UFPB/CAMPUS VI e da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMape. ADVOGADO.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dos Princípios Fundamentais: proibição de preconceito de origem e raça. 3. Igualdade entre brasileiros e estrangeiros. 4. Direito de locomoção. 5. Direito de sucessão. 6. Direito adquirido. 7. Proibição ao racismo. 8. Extradicação. 9. Outros direitos decorrentes dos tratados internacionais. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

As Constituições Brasileiras sempre trouxeram para os seus textos elementos de Direito Internacional Privado, contudo, em relação à atual, é nítida a diferença. O Direito Internacional Privado também não é o mesmo do que foi no século passado e, mesmo nessas últimas décadas. Evoluiu. Como evoluíram as Constituições, o Direito Constitucional e a própria Ciência do Direito.

A partir do século XVIII, com o surgimento da Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791, os sistemas jurídicos das nações Ocidentais passaram a adotar, como lei de maior hierarquia, a Constituição, acima de qualquer regramento. Estatuto jurídico-político e social que tanto organiza o Estado, como dispõe sobre direitos e garantias individuais e coletivos.

* Este artigo é uma homenagem ao Emérito Prof. Sívio Loreto pela sua relevante contribuição aos estudos do Direito Internacional Privado aos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife.

Essa opção por uma Constituição – como *LEX MAXIMA* – fez florescer e se afirmar o Direito Constitucional diante de outros tradicionais ramos do Direito, como, por exemplo, o Civil, o Penal, o Internacional Privado, etc., levando PONTES DE MIRANDA a comentar que o *Direito Constitucional é o invasor de todos os domínios jurídicos*.

Essa adoção por um modelo de organização, via Constituição codificada, tem provocado uma constitucionalização de todos os ramos do Direito, partindo do entendimento, hoje consagrado e irrefutável, de que está na Constituição o substrato, o fundamento de validade de todo sistema jurídico. Uma submissão e adequação obrigatória dos vários ramos do Direito à Constituição. Daí a razão porque tem-se registrado um nítido crescimento de normas em seus textos¹, outrora sintéticas, hoje analíticas. Registre-se que o crescimento não foi só quantitativo; qualitativo também, neste aspecto, contudístico, superamos o modelo meramente liberal próprio das constituições do século XIX para adotarmos, a partir da Constituição de 1934, por influência da Constituição Alemã de WEIMAR, as Constituições ditas sociais.²

Com as transformações e mudanças sociais, registradas neste século, surgiram novos institutos jurídicos e outros, tradicionais, se aperfeiçoaram. Conceitos foram refeitos, adaptando-se a uma nova realidade, e o Direito, como caixa de ressonância dessas mudanças, tem tenta-

1 A 1ª Constituição de 1891 teve 91 artigos no texto permanente e 8 nas Disposições Transitórias, enquanto a atual tem 245 no texto permanente e 75 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, excluindo-se as Emendas.

2 PAULINO JACQUES. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 63.
FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 62.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 63.

do acompanhar. Basta que se diga, por exemplo, que a Constituição Monárquica de 1824 apenas se refere ao elemento estrangeiro só quando trata de nacionalidade; a Constituição vigente, além do princípio da igualdade jurídica entre brasileiros e estrangeiros, impõe que sejam respeitados outros direitos e garantias objeto dos tratados internacionais (§ 2º do art. 5º).³

A evolução gradativa das relações internacionais, criando condições para outros modelos jurídicos, foi mudando o quadro de organização, tanto no contexto interno como externamente. Saíram os países de seus confinamentos, interagindo, resultando num novo modelo de convivência entre os povos. Daí porque, explica-se o surgimento e a formação, nessas últimas décadas, de Comunidades de Nações, um exemplo eloqüente do crescimento das inter-relações humanas internacionais.

Em decorrência de todo esse processo evolutivo, e como prova de sua importância, a atual Constituição Brasileira elevou à categoria de princípios fundamentais, entre outros, que são pertinentes ao nosso estudo, os seguintes: (...) II – prevalência dos direitos humanos; (...)VIII – repúdio ao racismo (Artigo 4º - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS).

A Constituição de 1988 estende-se para além do tradicional Estatuto Político de organização do Estado, adentra em todos os campos do jurídico, constitucionalizando-os.

3 Constituição de 1824. Art. 6º São cidadãos brasileiros: (...) V – Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja sua Religião. Art. 95. Todos os que podem ser eleitos são hábéis para serem nomeados deputados. Exceção-se: (...) II – os estrangeiros naturalizados.

§ 2º do art. 5º da Constituição de 1988: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Quando o constituinte de 1988 inseriu normas de natureza de Direito Internacional Privado, não o fez para usurpar desse a sua natureza e autonomia, e sim para dar-lhe cunho de validade no sistema jurídico que tem, como ápice normativo, a própria Constituição. Daí porque, ao albergar um segmento do jurídico não o desprestigia, pelo contrário, o enaltece. O fenômeno da constitucionalização não usurpa as categorias que são próprias de cada ramo do direito, dá-lhes maior magnitude ante o prestígio de que goza a Constituição.

Neste trabalho procuraremos destacar as normas constitucionais, topograficamente localizadas no Título I e no Capítulo I do Título II, que têm ligação direta com institutos de Direito Internacional Privado. A preocupação deste estudo está mais para apontar os resultados de uma investigação do que propriamente se fazer comentários sobre o texto constitucional, o que certamente impõe-se que seja feito, contudo, dentro da ótica internacionalista.

2. Dos princípios fundamentais: proibição de preconceito de origem e raça

Título I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A denominação Princípios⁴ Fundamentais do Título I é uma inovação do Constituinte de 1988.⁵ Nos Textos anteriores não havia qualquer menção à existência de princípios que fundamentassem a ordem constitucional, embora saibamos que o Direito está edificado em princípios que são as bases de todo sistema jurídico. As Constituições anteriores também não deram atenção ao preconceito de origem e de raça como norma impositiva e programática, apenas se referiam a que no tocante ao racismo, esse seria punido por lei, sem contudo elevá-lo à categoria de princípios fundamentais⁶

*Origem*⁷, leia-se, nacionalidade, elemento de conexão do Direito Internacional Privado. O inciso IV, portanto, é o ingresso deste ramo do direito na Constituição. Visa à pessoa estrangeira, a qual não poderá sofrer diferenças de tratamento, por conta de sua nacionalidade, origem. O Constituinte deu comando normativo ao legislador infraconstitucional e à Administração de que não poderá haver distinção entre nacionalidades, preferências e escolhas, sob pena de inconstitucionalidade.

De igual modo e em outra vertente, a proibição do preconceito é dirigida tanto ao brasileiro com relação ao

4 Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito". DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 7 e 4.

Sobre os princípios jurídicos: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 49; CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 1, p. 129; CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 175; Kelsen Hans. *Teoria Geral da Norma*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 145; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Folia, 1989, p. 159; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 228 e 229.

5 (...) vem sendo uma técnica cada vez mais usada pelas Constituições contemporâneas, dentre as quais podemos citar a da Itália (1947), de Portugal (1976 e revisões) e Espanha (1978), in: DANTAS, Ivo. *Constituição Federal - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 223, v. 1.

6 Sobre racismo, comentários ao inciso XLII, neste trabalho.

7 CRETELLA JÚNIOR José. *Comentários à Constituição de 1988*, op. cit. p.164.

estrangeiro, como aos estrangeiros entre si, das diversas nacionalidades e raças, no território nacional. É um direito público subjetivo do estrangeiro contra a República Federativa do Brasil.⁸

Ainda que pese a proximidade do novo milênio, o fato é que existe ainda a discriminação de origem, o preconceito contra o ingresso de certos tipos de estrangeiros, notadamente os países desenvolvidos com relação aos de Terceiro Mundo.

A proibição do preconceito de origem e raça não significa dizer que o Estado abriu mão de certas prerrogativas que são inerentes aos seus interesses e a sua segurança. Tratar sem preconceito de origem é dispensar tratamento igualitário a todos os alienígenas, de nações ricas ou pobres, de brancos, amarelos ou negros. Sendo assim, quando o Direito Internacional Privado é chamado a operar com o elemento nacionalidade, não deve fazer distinção, aplica o critério sem preconceito, seja qual for a nacionalidade. O comando constitucional se espalha por todos os ramos do direito a exigir deles adequação, conformação de conteúdo e forma; de outro modo não poderia ser: a inadequação acarretaria uma inconstitucionalidade.

3. Igualdade entre brasileiro e estrangeiro

Título II DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

8 O inciso VIII do art. 4º diz que nas relações internacionais o Brasil repudiará o racismo. *Aí a Constituição se dirige às relações entre Estados, obrigando que não só internamente está proibido o racismo, como cabe ao Brasil repudiar o racismo de outros países que mantenham este tipo de segregação.*

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Trata-se do princípio isonômico do direito.⁹

Todas as Constituições Republicanas trataram de estabelecer esse princípio.¹⁰ A Constituição Imperial de 1824 restringia aos Cidadãos Brasileiros as "Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos" (Título 8º), estabelecia no artigo 179 que "A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos **cidadãos brasileiros**, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império..."¹¹

Esse princípio o mundo Ocidental consagrou por influência do Cristianismo. Trata-se da mais respeitável condição jurídica do estrangeiro.

O mesmo sentido deu-lhe o art. 3º do Código Civil de 1916, ao estabelecer que: a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros, quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis. O Código Civil é o Estatuto maior da vida privada e nele estão contidas normas de Direito Internacional Privado. Desse modo, repetindo o princípio constitucional contido no artigo 5º, *caput*, o artigo 3º do CCB equipara os nacionais a estrangeiros quanto à aquisição e o gozo dos direitos civis.

A história sobre a condição jurídica do estrangeiro – o conjunto de direitos e as garantias asseguradas por um

9 Sobre o princípio da igualdade perante a lei, cf.: MELO, Celso Antônio Bandeira da. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Matheiros, 1993.

10 Na Constituição de 1891, art. 72, § 2º; Constituição de 1934, art. 113, item 1º; Constituição de 1937, art. 122, item 1º; Constituição de 1946, art. 141, § 12º; Constituição de 1967, art. 150, § 1º.

11 Não significa dizer, contudo, que mesmo antes do advento da República, não tivesse adotado o Império o regime da reciprocidade, e que no Brasil o estrangeiro não gozasse de direitos naquele período.

determinado ordenamento jurídico - vem desde as civilizações antigas e sua evolução coincide com as transformações ocorridas ao longo dos tempos na humanidade.

Segundo AMILCAR DE CASTRO¹², "condição jurídica do estrangeiro é o conjunto de direitos de que o mesmo goza em determinado país numa certa época. É o estado de estrangeiro, em oposição ao estado nacional."

Para a doutrina do Direito Internacional Privado, principalmente a francesa, a condição jurídica do estrangeiro integra o objeto desse ramo do Direito. Esclarece JACOB DOLINGER que essa condição versa sobre os direitos do estrangeiro de entrar e permanecer no país, uma vez domiciliado ou residente no território nacional, tratando dos seus direitos no plano econômico (civil e comercial), social (trabalhista, previdenciário), público (funcionalismo), político (eleitoral), incluindo restrições que sofre em determinadas áreas da atividade humana.¹³

Conforme aludimos no estudo sobre a proibição do preconceito de origem e raça, o princípio da igualdade perante a lei também sofre restrição em sua aplicação, dessa feita, com relação àqueles direitos que a Constituição reservou para os brasileiros natos e naturalizados.

Não ocorre desigualdade jurídica quando o Estado, na preservação de valores jurídicos supremos afeitos a seus altos interesses, limita a participação do estrangeiro,

.....

12 CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado. Rev. e Atual. de OSIRIS ROCHA*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63. Ainda sobre Condição Jurídica do Estrangeiro: BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 83; STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 2726; ANDRADE, Agostinho Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 109 e ss.; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 181 e ss.

13 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

por exemplo: para ocupação dos cargos elencados no § 3º do art. 12. Não ocorre aí preconceito de origem e raça; trata-se de um bem jurídico maior que é a preservação dos interesses do país e de sua segurança. Não procede a crítica, portanto, da inexecutabilidade do princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei. Nos diplomas internacionais, referentemente ao exercício da atividade política, é consagrada a proibição da participação do estrangeiro.¹⁴

As restrições quanto ao tratamento isonômico entre brasileiro e estrangeiro a Constituição elenca, ao longo do seu texto, dentre as quais: as referida do § 3º do artigo 12 (os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República; de Presidente da Câmara dos Deputados; de Presidente do Senado Federal; de Ministro do Supremo Tribunal Federal; da carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas); o acesso aos cargos públicos previsto no artigo 37, inciso 1º¹⁵. Quando só admite o acesso de brasileiro nato no Conselho da República (artigo 89, VII); quando impossibilita ser o estrangeiro proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão (artigo 222); quando limita a aquisição de propriedade rural (artigo 190); quando afasta a capacidade processual para promover Ação Popular (inciso LXXIII do artigo 5º). São situações que ultrapassam os limites do interesse individual do estrangeiro e que atingem diretamente a segurança e os altos compromissos que o país tem com os seus nacionais e com a sua própria preservação.

.....

14 Código Bustamante, 1928, art. 7º; Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 21; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 38.

15 Sobre o assunto: REIS, Palhares Moreira. A Participação política formal, inclusive do Estrangeiro, no Brasil. *Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito. Ano 9, n. 9, 1988*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/CCJ, coordenador, João Maurício Adornato. Editora Universitária da UFPE, 1988, p. 180/213.

Em socorro aos nossos argumentos, lembramos a exposição que HANS KELSEN, citado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, fez sobre o princípio da igualdade: "A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é conceitual: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres."¹⁶

O artigo 5º fixa a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, não permitindo a desigualdade entre estrangeiros com outros estrangeiros. Pelo fato de o Brasil manter melhores relações com um determinado país e não manter com outro, não significa que as atenções com o estrangeiro daquele país venham a ser diferenciadas, contra ele não se opera qualquer discriminação. Estando na condição de estrangeiros, todos gozam dos mesmos direitos, têm as mesmas obrigações, sofrem idênticas restrições para o exercício daqueles direitos reservados para o brasileiro nato ou naturalizado¹⁷.

16 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. SP: CFJ, p. 11.

17 Estatuto dos Estrangeiros: Lei n. 6.815, de 19-II-1980 (Atualizada pela lei 6.064, de 9-12-1981), e Decreto n. 86.715, de 10-12-1981, que revogou o Decreto-Lei n. 941, de 13-10-1969, disciplina sobre a entrada do estrangeiro; os vários tipos de visto; a transformação de um em outro; a prorrogação do prazo de entrada; a condição do assilado; o registro do estrangeiro; sua saída e seu retorno ao território nacional, sua documentação para viagem; a Deportação; a Expulsão; a Extradicação; os Direitos e Deveres do Estrangeiro; a Naturalização e a criação do Conselho Nacional de Imigração.

Está claro que tais direitos gozam os estrangeiros na condição de residirem no Brasil. Na aplicação das regras, leva-se em consideração o fato da situação jurídica da pessoa estrangeira a quem se destina o resultado. O vínculo é jurídico e se estabelece por um lado pela vontade do Estado que admite o ingresso e a permanência de estrangeiro no país, e, por outro, pela espontânea vontade do estrangeiro em se submeter ao direito brasileiro com as restrições que são próprias em cada Estado.

4. Direito de locomoção

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Em tempo de paz, é assegurado aos brasileiros e estrangeiros o direito de locomoção. Sim, "em tempo de paz" porque na vigência do estado de sítio, poderão ser tomadas medidas restritivas, obrigando permanência em localidade determinada (artigo 139, inciso 1º).

A entrada do estrangeiro ou a sua proibição é uma questão do país com repercussão interna e na comunidade internacional. Embora seja de competência exclusiva do Estado o controle de imigração, não quer isto dizer possa o mesmo coibir a entrada de estrangeiros e a saída de seus nacionais, o que ocorreria pressão dentro e fora insustentável e de efeitos imprevisíveis, principalmente com a atual globalização da economia e os sofisticados meios de comunicação, que têm ensejado o rompimento de fronteiras, a unificação dos povos e um novo conceito de soberania.

No plano internacional, o Código Bustamante (Convenção de Havana, de 1928), sancionada no Brasil pelo Decreto nº 5.646, de 8-1-1929, e promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22-10-1929, já dispunha em seu artigo 1º, que os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros em seus territórios.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, dispõe em seu artigo 13, alínea 2, que "toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, inclusive do seu próprio, e de regressar ao seu país".

No Brasil, a imigração teve o seu marco inicial em 1808, quando D. João VI, em Carta Régia, determinou a abertura dos portos às nações amigas.

O artigo 179, VI, da Constituição Monárquica de 1824, dispunha "que qualquer pode conservar-se, ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro".

A Constituição de 1891 no § 10º, do artigo 72, enfatizava que: "Em tempo de paz, qualquer pode entrar no território nacional ou dele sair, com a sua fortuna ou bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte". A Emenda Constitucional de 1926 suprimiu a expressão: *quando e como lhe convier, independentemente de passaporte*.

O Constituinte de 1934 objetivando promover "o amparo da produção e estabelecer as condições do trabalho, na cidade e no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país" (artigo 121) limitou o ingresso de estrangeiros. Na dicção do § 6º, do artigo citado: "A entrada de imigrantes no

território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos". Embora que no Capítulo II, dos Direitos e Garantias Individuais, artigo 113, item 14, assegurar-se que "em tempo de paz, salvas as exigências de passaporte quanto à entrada de estrangeiros, e às restrições da lei, qualquer pessoa pode entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair".

Por tal critério do § 6º do artigo 121, o Brasil passou desde então a conviver com o sistema de cotas imigratórias, tendo a Constituição de 1937 no artigo 151, não só reafirmado esse sistema, como expurgado do seu texto a liberdade de entrada e saída de estrangeiros – em tempo de paz – prevista nos Direitos e Garantias Individuais do artigo 113, Item 14, da Constituição de 1934.

Com a Constituição da Redemocratização de 1946, as cotas imigratórias foram extintas passando "a seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes ficarão sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional" (artigo 162). Sendo restabelecido o direito de qualquer pessoa com os seus bens – em tempo de paz – entrar no território nacional, nele permanecer, dele sair, respeitados os preceitos da lei (artigo 142).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional Nº 1 de 1969, mantiveram essas prerrogativas, art. 150, § 26 e art. 150, § 26, respectivamente.¹⁸

18 Por meio do Decreto-Lei n. 941, de 13-10-1969, foi criado o Estatuto do Estrangeiro, Direito Internacional Privado, diploma este que versava sobre diversas matérias concernentes à entrada e à vida do estrangeiro no Brasil.

A Constituição de 1988 manteve a tradição dos republicanos de 1891 consagrando em nosso Direito a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, reservando à União a competência privativa para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros (artigo 22, XV)¹⁹.

5. Direito de sucessão

XXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus; 20

Segundo adverte AMILCAR DE CASTRO, a questão de saber se a sucessão deve ser regulada por um só direito vem sendo controvertida há séculos; e, os autores, tanto quanto os direitos internacionais privados positivos, divergem muito sobre a circunstância de conexão que deve ser adotada, uns considerando a situação das coisas de que se componha o espólio, outros tomando como ponto de partida a nacionalidade ou domicílio do defunto, e outros focalizando a própria sucessão, como o pertinente a determinado meio social. Adotando como circunstância de conexão a situação das coisas, tem-se de chegar inevitavelmente à conclusão de fracionar a sucessão; en-

19 O Decreto n. 840, de 22-6-1993, dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração.

20 Sobre o assunto: ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 239 a 244; CASTRO, Amílcar de. *Curso de Direito Internacional Privado*. 5 ed. Rev. e Atual. de OSIRIS ROCHA, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 449 a 465.; BEVILÁQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, Edição Histórica, p. 275 a 304. VALLADÃO, Haroldo. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, v. II, p. 206 a 237; ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975, 141 a 146.

quanto considerando-se a nacionalidade, ou o domicílio, do defunto, ou a própria sucessão, pode-se obter com o resultado regê-la por um só direito: o *ius patriae*, o *ius domicilii* ou o *ius fori*, por exemplo²¹.

O direito de os estrangeiros receberem e transmitirem por herança não existia desde a antiguidade, quando, por força e inspiração dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, passaram esses a gozá-lo.²² Lembra, contudo, HAROLDO VALLADÃO, que na Península Ibérica e na América Latina, inclusive o Brasil, tornou-se impossível essa restrição a direitos hereditários para os estrangeiros, em face dos princípios da equiparação completa destes aos nacionais, constantes nos textos das Constituições e nos Códigos.²³

Existem para o Direito Internacional Privado quatro conhecidas doutrinas em matéria de sucessão: a) Estatutária, segundo a qual a sucessão de bens imóveis se submete ao *ius rei sitae* e a de bens móveis ao *ius domicilii*; b) a do *ius patriae*, segundo a qual a sucessão obedece ao direito do país do *de cujus*; c) a do *ius domicilii*, que aponta como foro de sucessão o lugar do último domicílio do *de cujus*; e, d) a que estabelece como competente o lugar do falecimento do estrangeiro.²⁴

No Brasil, desde a Independência até 1942, vigorou o sistema *ius patriae*, ou seja, a sucessão pelo direito da nacionalidade do *de cujus*. Após 1942, passamos a adotar o sistema do domicílio (*ius domicilii*).²⁵

21 CASTRO, Amílcar de. *Curso de Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 450/451.

22 Cf. no mesmo sentido: VALLADÃO, Haroldo. *Curso de Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 207.

23 VALLADÃO, Haroldo. *Curso de Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 208.

24 Cf. CASTRO, Amílcar de. *Curso de Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 453.

25 Sobre legislações internas no Direito Internacional Privado: LORETO, Sylvia. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Ano 8 e II, n.º 8 e 9, 1997 e 1998. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – CCJ. Coordenador, João Maurício Adeodato. Editora Universitária da UFPE, 1999, p. 313 a 345 e 251 a 294.

O artigo 14 da 1ª Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro mantinha como circunstância de conexão a nacionalidade do falecido, e só quando esse fosse casado com brasileira, ou tivesse deixado filhos é que ficaria a sucessão sujeita ao direito brasileiro. Pelo § 1º, do artigo 10 do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que deu nova redação em alguns artigos da Lei de Introdução ao Código Civil, a sucessão por morte, ou por ausência, passou a obedecer à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. Tal prescrição, contudo, tem agora a redação que lhe é dada pela Lei 9.047, de 19.5.95, segundo a qual "A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*". Ou seja, o legislador ordinário apenas trouxe para a LICC, o que dispõe o inciso XXXI do artigo 5º da Constituição de 1988.

A Constituição de 1934, em seu artigo 134, e o artigo 152 da Constituição de 1937 estabeleciam que a vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil seria regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos (do casal), sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cuius*.

O Constituinte de 1946 suprimiu a palavra estatuto, substituindo por lei nacional, permanecendo a mesma redação da norma da Constituição de 1934.

O artigo 150, § 33, da Constituição de 1967 e Ementa EC nº 1, de 1969, estabeleciam que "a sucessão em bens de estrangeiros, situados no Brasil, será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge, ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*".

O inciso XXXI, do artigo 5º, da atual Constituição, não inovou, manteve o texto da Constituição de 1967 e da EC nº 1/69, a sucessão de bens de estrangeiros situados no país é regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*. Por este critério de sucessão, há possibilidade de vigorar dois sistemas, um com exclusão do outro. No primeiro momento, o sistema prevalecente é *ius domicilii*, na hipótese de ser mais favorável a lei pessoal do *de cuius*, ou seja, de sua nacionalidade, a sucessão, por aquela lei, passará a ser regida, *ius patriae*.²⁶

6. Direito adquirido

XXXIV – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.²⁷

A questão dos direitos adquiridos pode ser posta sob dois ângulos: a) aqueles que os estrangeiros adquirem enquanto estiverem residindo no Brasil; e, b) aqueles que os estrangeiros adquirem fora do Brasil.

26 E, por aí se vê, diz CASTRO, Amílcar de. Que praticamente tanto pode funcionar o sistema *ius patriae*, em que vivíamos, como o *ius domicilii* combinado com *ius patriae*, em que vivemos, sem grande inconveniente, sendo porém manifesta a vantagem desta última combinação. In, *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 425.

27 Sobre o significado de Direito Adquirido: cf. POPP, Carlyle. A Retroatividade das Normas Constitucionais e os Efeitos da Constituição Federal sobre os Direitos Adquiridos. *Rev. de Inf. Leg.*, Senado Federal: 1992, nº 112, p. 87; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: 1975. Edição Histórica, Francisco Alves, p. 27; OVIDIO BERNARDI. O Direito Adquirido e seu Problema Conceitual. *Rev. dos Tribunais*, 284-25. São Paulo: 1959; MATTOS PEIXOTO. Limite Temporal da Lei. Rio de Janeiro, 1946. *Arquivo Judiciário*, v. LXXVIII, p. 52; PORCHAT, Reynaldo. Da Retroatividade das Leis Civis. cit., p. 8; TENÓRIO, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 202.

Quanto ao primeiro ângulo da questão, não há dúvida de que a Constituição não distingue entre brasileiros e estrangeiros. Obviamente, para o estrangeiro, o direito adquirido circunscreve aquelas faculdades que lhe são autorizadas por lei, ante a sua condição. Evidente que contra os próprios limites previstos na Constituição e no Estatuto do Estrangeiro, qualquer ato praticado não surte efeito de direito adquirido em benefício do estrangeiro infrator, posto que, é assente no direito brasileiro a regra segundo a qual ninguém adquire direito sob o manto de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

A questão toma relevo no Direito Internacional Privado, quando se quer fazer prevalecer um direito adquirido noutro país diferente daquele em que se o adquiriu. Nesse ponto as divergências são enormes, principalmente quando se defende a sua inclusão como objeto do Direito Internacional Privado e, não, como norma de conflito, como objeto.²⁸

Segundo ANTOINE PILLET, autor da teoria dos direitos adquiridos no Direito Internacional Privado, essa teoria não se confunde com a problemática do conflito de leis, pois essa encerra a dúvida sobre qual a lei competente para determinada relação jurídica, enquanto naquela não há dúvida sobre a lei competente, já aplicada alhures, tratando-se tão-somente de saber se seus efeitos serão reconhecidos em outra jurisdição. Exemplifica com a hipótese de um casal que contraiu núpcias em seu país de origem e que vive na França, onde submete à corte local suas eventuais divergências. Não há dúvida de que será

tratado como pessoas casadas, eis que essa situação jurídica já a adquiriram antes de vir para a França, não cabendo às cortes deste país indagar da validade do matrimônio. Essa hipótese é desenvolvida com a variante de um padre que casou validamente em seu país, e vem, mais tarde, viver com sua esposa em país onde não se admite o casamento de clérigos católicos. Considerando que o casamento foi incontestavelmente regular em sua origem, seus efeitos serão respeitados no estrangeiro. No campo das obrigações, o autor ilustra com a hipótese de um contrato firmado no estrangeiro, que deverá ser respeitado em território francês, exclusivamente por força da teoria dos direitos adquiridos. E em matéria de direitos reais, descreve a hipótese do francês que, viajando para o exterior, vê contestada sua propriedade sobre um bem móvel que adquiriu na França e que deverá ser respeitada por força do mesmo princípio. Em nenhuma destas hipóteses, dizia Pillet, haverá de se indagar da natureza do direito, se pessoal, se real, para então decidir da aplicação da lei estrangeira ou da lei local. Não há discussão em torno da lei aplicável, eis que o direito já foi consolidado e deve ser reconhecido em toda parte.²⁹

A teoria do respeito aos direitos adquiridos – ainda segundo PILLET – no plano internacional, relaciona-se com o princípio dos direitos adquiridos no plano interno de cada sistema jurídico, que se materializa na regra da irretroatividade das leis. Mas, diz PILLET que, no plano interno pode-se conceber exceções à regra, em que a lei nova entre imediatamente em vigor e seja aplicada inclusive para situações já anteriormente consolidadas, o que não poderá ocorrer no plano internacional. Eis que o res-

28 Sobre Direito Adquirido em Direito Internacional Privado: VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, v. I, p. 465; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 411 a 431; RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura. *Das Relações Privadas Internacionais – Estudos de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 11 a 48; MACHADO, João Batista. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Livraria Alameda, 1992, p. 53/56.

29 PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. op. cit., p. 411.

peito ao direito adquirido no exterior representa uma obrigação dos Estados entre si, da qual não podem se libertar. No plano interno, uma mudança de legislação supõe uma lei antiga ab-rogada e substituída por uma lei nova; no plano internacional não há lei ab-rogada, apenas uma relação jurídica passa do domínio de uma legislação para o de outra. Essa distinção dos componentes das teorias do direito adquirido no plano interno e no plano internacional leva à conclusão de que o "parentesco" entre elas seja considerado um "parentesco distante". Assegura que é o respeito recíproco pela soberania dos Estados que os leva a respeitar a validade conferida a um ato praticado em outra jurisdição. Com isso não há renúncia a qualquer parcela de sua soberania, pois não se pode pretender que ato realizado no exterior se sujeite à lei do foro.³⁰

Além desse, PILLET desenvolve outro fundamento para a teoria – o da necessidade. É possível admitir, pergunta, que um homem que passa do território de um Estado para o de outro perca suas qualidades de filho legítimo, de esposo, de pai de família que tinha adquirido regularmente? Se esse levasse a idéia da independência dos Estados ao ponto de dizer que cada Estado é dono absoluto sobre seu território e sobre tudo o que nele ocorre, chegar-se-ia facilmente a pretender que o Estado não é obrigado a reconhecer numa pessoa as qualidades jurídicas que adquiriu sob o império e sob a garantia de outras leis.³¹

30PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. op. cit. 412/413.

31PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. op. cit., p. 413. Ousar-se-ia dizer, prossegue o autor francês, que um comerciante, um viajante que sai de sua pátria, não é mais proprietário das mercadorias que leva consigo? Seria absurdo, mas não deixaria de ser a consequência lógica da falta de todo respeito por atos jurídicos realizados no estrangeiro com fundamento nas leis ali vigentes. Conclui Pillet que seria impossível a participação das pessoas no comércio internacional se não houvesse "esta grande lei do respeito". Aliás, nenhum Estado tem interesse em obstar o seu comércio com outros países, e sem respeitar os direitos adquiridos em outro país, este comércio não seria possível.

Formula PILLET o princípio nos seguintes termos: "Todo Estado deve, como regra geral, assegurar sobre seu território o respeito e a observância dos direitos adquiridos no estrangeiro. Este princípio pode ser qualificado como um dos fundamentos do direito internacional privado."³²

Entendemos que há um direito adquirido do estrangeiro; caso assim não existisse, não haveria previsão nas normas jurídicas internacionais. Os Tratados e as Convenções se dirigem a esses direitos para reconhecê-los.³³ É, também, elemento de conexão, posto que no aparecimento de um conflito, a condição de uma das partes como portador de um direito consolidado – adquirido -, já indica a regra da solução.

Outra coisa é afirmar que existem certos direitos adquiridos pelo estrangeiro em seu país de origem que são irrelevantes, ou mesmo desconhecidos por outros países. Na primeira hipótese ocorre, principalmente, enquanto não interagem, isto é, quando só interessam indi-

32PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. op. cit. 413.

33O Código Bustamante em seu artigo 6º; os tratados de Direito Civil Internacional de Montevideu, em 1889 e de 1940, nos seus artigos 2º, 30 e 34; a Convenção de Genebra, sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951; a Convenção sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, associações e fundações estrangeiras, de 1956, artigo 1º; Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Obrigação Alimentar para com os Filhos, de 15 de abril de 1958, artigo 2º; Convenção sobre o Conflito de Leis em Matéria de Forma de Disposições Testamentais, de 5 de outubro de 1961, artigo 1º; Convenção sobre a Competência de Autoridades e a Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, de 5 de outubro de 1961, artigo 7º; Convenção sobre a Competência de Autoridade, a Lei Aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção, de 15 de novembro de 1965, artigos 3º e 6º; Convenção sobre Reconhecimento de Divórcios e Separações de Corpos, de 1 de junho de 1970; Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, de 1 de janeiro de 1971, artigo 4º; Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas a Obrigações Alimentares, de 2 de outubro de 1973, artigo 4º; Convenção sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, aprovada na 2ª Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado, 1979, Montevideu, artigo 7º (JACOB DOLINGER, ob. cit. p. 420/422).

vidualmente ao detentor daquele direito. Ao ordenamento jurídico do país, a que se pretende impor o direito adquirido, só há relevância quando o detentor do direito adquirido é chamado a demonstrar a existência deste direito, do contrário, passa despercebido, sem qualquer importância para a ordem jurídica local. Assim, por exemplo: um estrangeiro que se diz casado, essa condição só vai interessar a outro país quando for praticado algum ato jurídico em que precise demonstrar essa condição. Enquanto não houver a necessidade de o estrangeiro demonstrar a sua condição de casado, nenhum interesse assiste ao país estrangeiro saber sobre a condição civil daquele estrangeiro. Havendo Tratados e Convenções que obrigam os Estados signatários a reconhecerem a condição de casado, aí haverá um direito adquirido recíproco: do lugar onde foi celebrado o casamento e naquele outro em que se quer demonstrar essa condição.

De sorte que, ao nosso ver, no direito brasileiro existe: a) na esfera interna: possibilidade de o estrangeiro adquirir um direito, enquanto aqui estiver; b) na esfera internacional: de ser respeitado um direito adquirido pelo estrangeiro em outro país. Obviamente, como de resto se exige do nacional, não há direito adquirido contra a ordem pública e os bons costumes.³⁴

34 HAROLDO VALLADÃO considera "o princípio dos direitos adquiridos como consequência directa dos textos (entre os quais a Declaração dos Direitos do Homem da ONU) que proclamam a equiparação do estrangeiro ao nacional e lhe reconhecem a personalidade, base do respeito pelos seus direitos adquiridos". (...) "o reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro é o acautamento a uma relação de vida, necessária à expansão da pessoa humana no espaço". In, *Direito Internacional Privado*, v. I, op. cit., p. 485 e 490.

7. Proibição ao racismo

*XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*³⁵

A proibição do preconceito de raça é, como já vimos, um dos Princípios Fundamentais da República, nos termos do inciso IV, do artigo 3º, já comentado.

A prática ao racismo constitui uma manifestação repugnada por todas as nações signatárias da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, que dispõe em seu artigo II: "Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".

O artigo 113, item I, da Constituição de 1934, já garantia a igualdade de todos perante a lei, sem privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

A Constituição de 1967 e a EC nº 1.969, § 1º, do artigo 153, previu que seria punido pela lei o preconceito de raça.

35 Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, alterada pela Lei nº 9.450, de 13 de maio de 1997. Dispõe sobre crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Dispõe sobre crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza.

Sobre o assunto: FALCÃO, Alcino Finto. *Comentários à Constituição*. Vários autores. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 271/273. CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I, p. 481.

No âmbito da infraconstitucionalidade, surgiu a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1961, incluindo entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça e cor. Agora, com o advento da Constituição de 1988, essa prática deixou de ser contravenção, para se tornar crime inafiançável e imprescritível.

Efetivamente, a prática do racismo contra o estrangeiro não afronta só o princípio fundamental, como coloca o Brasil diante da sociedade internacional em posição francamente de hostilidade.

A prática xenófoba é intolerável, terá de ser repeliada, posto que constitui direito individual do estrangeiro ser tratado sem qualquer discriminação racial.

8. Extradição

*LI – Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;*³⁶

LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Em que pese tratar-se de um instituto afeito às questões de Estado, contudo, do nosso entender, a extradição

merece relevo no Direito Internacional Privado, em razão de tratar do elemento humano que é a pessoa do estrangeiro e a sua condição jurídica, objeto desse ramo do direito.

Com a extradição, rompem-se vínculos estabelecidos no país em que reside, despede-se o estrangeiro das condições jurídicas postas ao seu dispor, antes então, no mesmo nível igualitário ao nacional (com as restrições obviamente que lhes são próprias).

A extradição – termo formado da expressão latina *ex* (fora de) *traditio* (entrega), entende-se o processo pelo qual um Estado, fazendo valer sua lei penal, solicita e consegue a *entrega*, pelas autoridades do outro Estado, do criminoso que se *foragiu* para seu território, a fim de que seja julgado e punido pela autoridade judiciária do Estado requisitante. PLÁCIDO E SILVA ainda explica que “a extradição, assim, em seu sentido jurídico, entende-se o meio legal por que se conduz o criminoso, mesmo refugiado no estrangeiro, perante a autoridade competente, para que seja julgado e condenado, segundo as regras do Direito Penal do país, em que cometeu o crime, ou mesmo em país estrangeiro, se se trata de crime sujeito à ultraterritorialidade. A concessão da extradição assenta em convenções internacionais, em que se estabelece a reciprocidade, entre os países contratantes. Em regra, a extradição é concedida sobre o *nacional* do país requisitante, salvo se se tratar de crime político. A lei brasileira, em princípio constitucional, não permite a extradição do *brasileiro* pelo governo ou autoridade estrangeira.”³⁷

³⁶ O Estatuto dos Estrangeiros: Lei n. 6.815, de 19-8-1960 (Atualizada pela lei 6.964, de 9-12-1961), e Decreto n. 88.715, de 10-12-1961, que revogou o Decreto-Lei n. 941, de 13-10-1969.

Sobre extradição: FALCÃO, Alcino Pinto. Comentários à Constituição. Vários autores. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 282 a 287; CRETELLA JUNIOR, J. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I, p. 520 a 525.

³⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 256.

A extradição é fundada no princípio da reciprocidade, e por isso, impõe às partes deveres; tem como fim prevenir e reprimir a delinquência no interesse de todos, na necessidade internacional de segurança e defesa social.³⁸

Além da preexistência do instrumento do tratado, a concessão da extradição está condicionada a certas condições que a lei faz para assegurar o direito de permanecer e de liberdade do estrangeiro no país. No caso brasileiro, são condições para a concessão de extradição: I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e, II – existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente (art. 78, Estatuto do Estrangeiro).

Na hipótese de mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. Tratando-se de crimes diversos, terão preferência, sucessivamente: I – o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira; II – o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e, III – o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos (art. 79, *caput*, § 1º). Nas hipóteses não previstas, o Governo Brasileiro decide. O impasse sobre a preferência no atendimento ao pedido poderá ser resolvido em favor daquele Estado em que constem no tratado normas a respeito dessa preferência (§§ 2º e 3º do art. 79).

38 Art. 76 do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19.08.80 e suas alterações posteriores): A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Com a extradição, o estrangeiro retira-se compulsoriamente do país. O Supremo Tribunal Federal é a instância única para se pronunciar sobre a legalidade e procedência do pedido de extradição (art. 83).

Ocorrendo a hipótese de o Estado requerente não retirar o extraditando do território nacional no prazo de sessenta dias, após comunicação do Ministério das Relações Exteriores, será o extraditando posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o pedido de extradição o recomendar (art. 87). Negada a extradição, não se admitirá novo pedido, baseado no mesmo fato (art. 88).

Na história do constitucionalismo brasileiro, não encontramos a hipótese de extradição nas Constituições de 1824 e 1891. A primeira Constituição republicana se referia no item 32 do art. 34, à competência privativa do Congresso Nacional para “regular os casos de extradição entre os estados” e, no item 4º do art. 66, “Denegar a extradição de criminosos, reclamados pelas justiças de outros Estados, ou do Distrito Federal, segundo as leis da União, por que esta matéria se reger (art. 34, nº 32).” Isto é, entre estados da federação. A Emenda à Constituição de 3 de setembro de 1926 repetiu o texto original.

A Constituição de 1934, no Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais), art. 113, item 31, introduziu: “Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiros.”

A Constituição de 1937, no item 12, do art. 122, adotou outra redação: “Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro.”

Chama atenção, CRETELLA JÚNIOR, pelo erro de redação da regra supra, que se deve “à autoridade de Fran-

cisco Campos, o jurista completo, encerra imperdoável erro de terminologia, ou, mais ainda, de tradução, em linguagem jurídica, a situação fática que conflita com a natureza das coisas, verdadeiro cochilo do doutrinador e do legislador. (...) Empregando a proposição "poderá ser extraditado pelo Governo estrangeiro", informou erradamente quanto ao titular do direito de extradição, e quanto ao local em que se encontra o extraditando, porque: "Quem extradita é a autoridade do Estado em que se acha o acusado, e não o governo do Estado que pede a extradição".³⁹

A Constituição de 1946 (art. 141, § 33) e depois a de 1967 (art. 150, § 19 e EC nº 1/69, art. 153, § 19), tiveram a mesma redação: "Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiros."

Os incisos em comento referem-se a três tipos: a) o brasileiro nato; b) o estrangeiro naturalizado; c) e, o estrangeiro. Na primeira hipótese, veda a extradição; na segunda, permite em caso de crime comum, praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; e, na terceira hipótese, permite. Não será concedido, contudo, em nenhuma hipótese se o crime cometido pelo estrangeiro for de natureza política ou de opinião.

Ensina CRETELLA JÚNIOR que a extradição foi outrora admitida, em quase todas as legislações, para facilitar a repressão dos crimes políticos, considerados de natureza gravíssima. Mais tarde, na terceira década do século dezenove, a doutrina passou a sustentar, precisamente, que o crime político, que havia dado origem ao instituto da extradição, não podia mais

ser admitido (...). Em síntese, sujeito passivo do crime político é sempre o Estado; sujeito ativo é nacional desse Estado. Regra geral, o crime político é cometido no território em que reside o agente. Cometido o crime, seu autor deixa o país de origem, refugiando-se em outro a quem solicita asilo, ocorrendo, então, o pressuposto lógico-material para o *pedido de extradição*.⁴⁰

Ainda no século passado, lembra ALCINO PINTO FALCÃO, a recusa de extraditar criminosos políticos dava margem a sérios desentendimentos, como a pressão de 1849 contra a Turquia, pela Rússia e Áustria e que só não concretizaram suas ameaças por haver-se solidarizado com a Turquia a Inglaterra. Com esse incidente, Lord PALMERSTON se celebrou, escrevendo aos embaixadores, perante o Czar das Rússias e o Imperador da Áustria: "se existe atualmente uma regra que, mais do que qualquer outra, haja sido observada nos tempos modernos por todos os Estados independentes, grandes ou pequenos, do Mundo Civilizado, é a de não entregar os refugiados políticos, a menos de estar a isso obrigado por um tratado; e o Governo de Sua Majestade crê que há poucos compromissos desse gênero, se é que os há. As leis da hospitalidade, as exigências da humanidade, os sentimentos naturais do homem, reúnem-se para excluir tais extradições e todo governo independente que, de livre vontade, concedesse uma deste gênero, seria a justo título e universalmente estigmatizado como se havendo desonrado".⁴¹

39 CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 520/521.

40 CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 524.

41 FALCÃO, Alcino Pinto, *Comentários à Constituição*, *ob. cit.*, p. 285.

9. Outros direitos decorrentes dos tratados internacionais

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O dispositivo em comento deixa claro que: a) os direitos e garantias constitucionais não se restringem aos referidos no art. 5º, outros gozarão do mesmo *status*, desde que estejam no Texto ou decorram “do regime e dos princípios por ela adotados”; b) o reconhecimento daqueles direitos consignados nos tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Esse reconhecimento quanto aos direitos e garantias individuais previstos nos tratados pode parecer óbvio. O que não é. Elevando-se os tratados a nível constitucional, significa dizer que a norma de direito internacional encontra-se no mesmo patamar hierárquico das normas constitucionais, gozando-as de idêntica posição. Não se pode mais invocar a supremacia do direito interno sobre o direito internacional. Tal método hermenêutico, que subestimava e subjugava o direito internacional dos tratados, chegou ao fim, pela dicção da parte final do parágrafo 2º.

Trata-se de uma inovação do nosso Constituinte de 1988, que vem demonstrar a importância que as relações internacionais têm provocado neste final de milênio, a ponto de subjugar a legislação ordinária interna em favor dos diplomas internacionais, quando a matéria tratada consistir em “direitos e garantias”.

Ao Direito Internacional Privado, cujo fim teleológico é a pessoa, *lato sensu*, em conflitos de dimen-

sões espaciais diferentes, galga pela vontade da Constituição uma posição da mais alta importância no direito positivo brasileiro.

10. Conclusão

1. A Constituição Federal de 1988 albergou o Direito Internacional Privado, dando cunho de validade constitucional aos seus institutos.

2. A Constituição brasileira adotou como um dos Princípios Fundamentais a proibição do preconceito de origem. Sendo a palavra origem sinônima de nacionalidade, resulta dizer que esse elemento de conexão do Direito Internacional Privado não só restou confirmado, mas assumiu outra magnitude, como princípio fundamental.

3. No art. 5º estão previstos alguns dos direitos inerentes à condição jurídica do estrangeiro, sendo assim, a entrada e permanência do alienígena no território nacional goza do privilégio que a Constituição lhe empresta. O legislador ordinário – em obediência ao comando constitucional e nos limites fixados pelos Tratados que o Brasil subscrever – não poderá restringir essas prerrogativas.

4. As restrições à plena aplicação do princípio isonômico do direito quanto à vedação de certas atividades ao estrangeiro e só concedidas ao brasileiro nato e naturalizado, não desmerecem a pessoa do alienígena. É aceito pelo direito internacional que o exercício de certas atividades só deverão ser atribuídas aos nacionais.

5. O Estado não conseguiria exaurir seus propósitos nem atender a comunidade internacional de que o mesmo faz parte e precisa, se não admitisse e reconhecesse o direito do estrangeiro. A legislação nacional não poderá

deixar de estar em sintonia com o direito internacional. Se o Estado não está isolado – o que na atualidade é impossível se pensar – significa dizer que o direito de outros povos terá que será respeitado.

6. Os direitos e garantias individuais previstos nos tratados e convenções internacionais terão que ser vistos, respeitados e aplicados no mesmo patamar hierárquico normativo, de que gozam no sistema jurídico as normas constitucionais.

11. Bibliografia

- ANDRADE, Agenor Pereira de Andrade. *Manual de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A., 1980, 3ª Edição.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, vol. 1, 2ª Edição.
- BERNARDI, Ovídio. *O Direito Adquirido e seu Problema Conceitual*. Rev. dos Tribunais, 284/25. São Paulo: 1959.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio em Convênio com as Faculdades Integradas Estácio de Sá.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. CLÁUDIO DE CICCIO e MARIA CELESTE C. J. SANTOS. São Paulo: Polis, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, Revisão e Atualização Osiris Rocha, 5ª Edição.
- DANTAS, Ivo. *Constituição Federal*. Rio de Janeiro: V. I, Atualizada pela Lei nº 8.713, de 30-09-93.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, 3ª Edição, v. VII e IV.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 4ª Edição.
- LORETO, Sylvio. *Dos Princípios de Direito Internacional Privado nas Legislações Internas (Primeira Parte)*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Ano 8, n. 8, 1997. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, CCJ, coordenador, João Maurício Leitão Adeodato; Editora Universitária da UFPE, 1999.
- *Dos Princípios de Direito Internacional Privado nas Legislações Internas (Segunda Parte)*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Ano 9, n. 9, 1998. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, CCJ, coordenador, João Maurício Leitão Adeodato; Editora Universitária da UFPE, 1999.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 10ª Edição.
- JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1992, 3ª Edição.
- PEIXOTO, Mattos. *Limite Temporal da Lei*. Rio de Janeiro, 1946, Arquivo Judiciário, v. LXXVIII.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroactividade das Leis Civis*.
- POPP, Carlyle. *A Retroatividade das Normas Constituci-*

- onais e os Efeitos da Constituição Federal sobre os Direitos Adquiridos. Rev. de Inf. Leg., Senado Federal: 1992, n° 112.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Das Relações Privadas Internacionais (Estudos de Direito Internacional Privado)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 1975, 3ª Edição.
- STRENGER, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 1ª Edição.
- TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsó, 1955.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, vol. II, 2ª Edição.
- REIS, Palhares Moreira. *A Participação Política Formal, inclusive do Estrangeiro no Brasil*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Ano 9, n° 9, 1998. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – CCJ. Coordenador: J

PRÁTICA

SENTENÇA
PODER JUDICIÁRIO
I Juizado Especial das Relações
de Consumo - Recife - PE.

PROCESSO N.º 02729/99

Vistos etc...

EMENTA: CONSÓRCIADO EX-
CLUÍDO. PEDIDO DE RESTITUI-
ÇÃO IMEDIATA DAS PARCELAS
PAGAS E COM CORREÇÃO MONE-
TÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITI-
MIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*
REJEITADA. DIFICULDADE FI-
NANCEIRA DO CONSORCIADO.
CLÁUSULAS ABUSIVAS. VULNE-
RABILIDADE DO CONSUMIDOR.
VANTAGEM EXCESSIVA. DEDU-
ÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRA-
ÇÃO. PERCENTUAL REDUTOR E
SEGURO DE VIDA. PROCEDÊNCIA
EM PARTE.

F. H. T. S., qualificado nos autos, ingressou com a presente **Reclamação** contra o **CONSÓRCIO NACIONAL FORD**, em que pede a imediata restituição das parcelas pagas, com a devida correção monetária, em face de sua exclusão do grupo, uma vez que deixou de efetuar os pagamentos em razão de dificuldade financeira, em conformidade com a inicial de fls. 02 e esclarecido em audiência de instrução.

Esgotadas as possibilidades de conciliação, instrução às fls. 06.

DECIDO.

A preliminar levantada pela parte ré, qual seja **CARÊNCIA DE AÇÃO** por ilegitimidade passiva *ad causam, data vênia*, não pode prosperar.

O contrato de fls. 08/09 foi firmado entre o autor e a administradora ré, sendo esta a única responsável pela captação dos recursos financeiros do grupo e pelo seu destino, sem qualquer interferência do grupo de consorciados. A empresa ré, mediante pagamento da taxa de administração, gerencia o capital do grupo e consta expressamente no contrato de adesão **INSTRUMENTO DE MANDATO** com poderes outorgados pelo consorciado ao consórcio réu, inclusive para representação em juízo - cláusula *ad judicium*.

Não há qualquer dúvida de que o consórcio réu deve responder, em juízo, pela quantia recebida do consorciado, ainda mais quando se busca a manifestação judicial quanto à validade ou não de cláusula do contrato de adesão, elaborado unilateralmente pela empresa exploradora do ramo de consórcios.

É evidente que a demandada, com a arguição da preliminar de ilegitimidade passiva, pretende impedir que o contrato firmado com o autor passe pelo crivo do Poder Judiciário, pois, acatada a aludida preliminar, certamente restaria inviável o chamamento em juízo dos integrantes do grupo.

Por outro lado, parece-me oportuno citar o seguinte entendimento do Colégio Recursal de Pernambuco:

"Recurso nº.: 00316/1998

Origem.....: JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Processo....: 05264/1997

Recorrente.: FIAT -ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA.

Advogado....: JORGE VELOSO DA SILVEIRA

Recorrido...: J. R. T. N.

Advogado....: ALBINO GONÇALVES DE MELLO NETO

Relator: JUIZ - JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

Relator para o acórdão...: JUIZ - JOVALDO NUNES GOMES

EMENTA :

- **CONSÓRCIO - PARTICIPANTE DESISTENTE -PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO IMEDIATA DAS QUANTIAS PAGAS CORRIGIDAS MONETARIAMENTE -POSSIBILIDADE - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL REJEITADA - ADMI-**

NISTRADORA RESPONDE PELA RESTITUTIO IN INTEGRUM, COM EXCLUSÃO, APENAS, DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO E PRÊMIO DE SEGURO - SENTENÇA MANTIDA, POR MAIORIA.

- I) *Inobstante sob a forma sucinta, o ato sentencial se apresenta devidamente motivado, donde não há cogitar-se de sua nulidade sob a alegativa de falta de fundamentação. Preliminar de nulidade da sentença que se despreza, por votação indiscrepante.*
- II) *Cuidando de relação consumerista, desde que versa sobre contrato cujo objeto é o fornecimento de bem a destinatário final, lúdima é a opção do autor-recorrido pelo Juizado Especial das Relações de Consumo, como bem frisado na douta sentença hostilizada. Preliminar de incompetência ratione materiae rejeitada, de forma uníssona.*
- III) *Conquanto não encerradas as atividades do grupo consorcial (considerando-se aqui o prazo contratado para a contemplação do bem por todos que o integram), viável se mostra o exercício da ação para haver, o consorciado desistente, o que efetivamente contribuiu. O interesse de agir prende-se à existência de cláusula contratual que exclui a correção monetária das parcelas pagas, matéria esta já pacífica em sede jurisprudencial, ao ponto de ser base para o enunciado da Súmula n.º 35, do colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, no particular, a uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional. A circunstância do pedido de de-*

volução imediata não induz no decreto de carência de ação, até porque, analogicamente, pode e deve, in casu, ter aplicação o disposto no art. 572, do Código de Processo Civil.

- *O desistente do consórcio, ante a impossibilidade de prosseguir pagando regularmente as cotas, não precisa aguardar o encerramento do grupo para buscar a prestação jurisdicional com vistas à devolução do que pagou, com as correções legais.*
- *Preliminar de carência do direito público subjetivo de ação rejeitada, à unanimidade.*
- IV) *Por outro lado, não há como prosperar, igualmente, a tese oposta pela ré-recorrente de ilegitimação passiva ad causam. Explico. Um consórcio tem natureza jurídica de cooperativa para aquisição de bens, mediante a alocação dos recursos compartilhados dos consorciados, sob administração de terceiro, o qual responde pelos atos e omissões de cada grupo que administra, mediante remuneração intitulada "taxa de administração."*
- *Em verdade, a administração remunerada impõe ao administrador os naturais riscos de qualquer atividade negocial, não sendo lícito à Ré pretender apenas as vantagens financeiras advindas do negócio que explora, eximindo-se de encargos que se apresentem.*
- *Outro, aliás, não é o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que, por votação indiscrepante de sua 4ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 0022374, sendo relator o eminente Des. NAPOLEÃO TAVARES, cujo acórdão foi publicado no Diário do Poder Judiciário de 14.06.95, assentou que:*

"Civil e Processual Civil - Consórcio - Natureza da 'sociedade' - Legitimação - Preliminar desprezada - Retirada ou exclusão do participante - Restituição de parcelas pagas - Correção monetária - Incidência - Decisão mantida. Sendo os consorciados meros clientes de uma empresa civil ou comercial, e não sócios uns dos outros, essa empresa é da espécie de falsa sociedade consorcial (Lei n.º 5.768/71 e seu Regulamento, Decreto n.º 70.951/72). O grupo de consórcio não tem personalidade jurídica e é administrado e representado, ativa e passivamente, pela Administradora, conforme seu próprio Regulamento Geral. Preliminar de ilegitimidade passiva que se despreza. Desde que a Administração utiliza os valores recebidos dos consorciados para diversos e indicados efeitos, não seria equânime que, em caso de desistência ou exclusão de um participante do Grupo, devolvesse o que foi pago sem atualização do valor; locupletando-se, portanto, do alheio. Apelo improvido".

Estamos diante de evidente relação consumerista, em que de um lado temos o consorciado e do outro a administradora, sendo essa responsável pela captação dos recursos para aquisição de bem, mediante remuneração da taxa de administração, conforme contrato de fls.08.

Por todas as razões expostas é que **REJEITO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.**

Presentes os requisitos da ação.

A *quaestio iuris* dos presentes autos é, basicamente, a possibilidade ou não da devolução das parcelas pagas de imediato e com a devida correção monetária.

Vê-se que se almeja a manifestação judicial quanto à validade ou não da cláusula que prevê a devolução da quantia paga após o encerramento das atividades do grupo, sem a devida atualização monetária.

Sabe-se que no contrato de adesão o consórcio, unilateralmente, dita as regras e ao consorciado cabe, apenas, acatá-las.

Após a Revolução Industrial, os chamados *contratos de massa*, hoje conhecidos como contratos de adesão, mereceram atenção especial e, no direito pátrio, foram especialmente protegidos pela legislação consumerista, de ordem pública, que previu a possibilidade de seu exame por parte do julgador (art. 51 do CDC), fortificando a tese de que, em razão da grande massificação dos contratos e considerando o poder econômico dos fornecedores de produtos e serviços, deve o Estado Juiz intervir de forma a evitar os abusos praticados contra o consumidor, em decorrência da sua condição de hipossuficiente, visando à preservação dos princípios fundamentais que regem a relação de consumo - a equidade e a boa fé.

Ora, qualquer cláusula que venha a prever a devolução das parcelas pagas, apenas, ao final das atividades do grupo e sem atualização monetária, ao meu ver, é **MANIFESTAMENTE ABUSIVA E NULA DE PLENO DIREITO.**

Não é possível se admitir que o consorciado desistente ou excluído venha a perder toda a correção monetária que, diga-se de passagem, é apenas uma forma de se manter o valor da moeda corroída pela inflação, por conta de previsão contratual (unilateral e imposta ao aderente) respaldada por portaria do ano de 1989 (a qual não

acompanhou a evolução do direito consumerista). É uma cláusula manifestamente abusiva.

No concernente à cláusula que prevê a devolução das parcelas pagas após 60(sessenta) dias do encerramento das atividades do grupo, também, ao meu ver, é abusiva e nula de pleno direito. Trata-se de previsão contratual que, abertamente, contraria o art. 51, IV do CDC, o qual prevê como cláusulas nulas de pleno direito as que "...estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade.". Assim, a devolução deve ser feita de imediato.

Com muita propriedade a Prof^a. Cláudia Lima Marques, em sua obra Contratos no Código de Defesa do Consumidor (Revista dos Tribunais, 3^a. Edição, p. 342), lembrou que o "...caput do art. 4.º do CDC menciona além da *transparência*, a necessária *harmonia* das relações de consumo. Esta harmonia será buscada através da exigência de *boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor*." Prossegue, adiante, dizendo: "Poderíamos afirmar genericamente que a *boa-fé* é o princípio máximo orientador do CDC..."

Sobre a questão que aqui se discute, inclusive, a própria Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 04, datada de 13 de Março de 1998, manifestou-se no sentido de que: "...em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90 e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito: ...5. estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judi-

cial de perdas e danos comprovadamente sofridos; ... 13. estabeleçam a devolução de prestações pagas, sem que os valores sejam corrigidos monetariamente;...".

O réu não fez qualquer prova de ter sofrido algum prejuízo com a exclusão do autor, ainda mais quando se sabe que logo se providencia a substituição do consorciado nos casos de desistência ou exclusão. Ademais, é de se ressaltar que o próprio contrato já prevê a aplicação do redutor como forma de pré-fixação dos prejuízos causados em razão da desistência ou exclusão, FICANDO DESTITUÍDA, ASSIM, DE QUALQUER OPERACIONALIDADE A CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA APÓS O ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DO GRUPO, mais um motivo para se admitir que a restituição das parcelas pagas se dê de imediato.

Por todos os motivos elencados acima, é que NÃO SE JUSTIFICA A RETENÇÃO DA QUANTIA PAGA PELO CONSORCIADO DESISTENTE OU EXCLUÍDO, ainda mais quando se sabe que o pagamento é suspenso pela impossibilidade econômica de se honrar o compromisso assumido, ou seja, por pura e simples DIFFICULDADE FINANCEIRA atravessada pelo demandante (vide ata de fls. 06).

A declaração da nulidade da cláusula que prevê a devolução do que foi pago após o encerramento das atividades do grupo, além de significar um corajoso avanço dos nossos Tribunais pátrios, significa o restabelecimento do equilíbrio contratual que, em se tratando de contrato de adesão (cujas cláusulas são pré-fixadas e elaboradas de forma unilateral), foi desprezado em razão do imperialismo do poder econômico que se sobrepõe de forma arrasadora sobre o consumidor, nitidamente o mais

fraco da relação consumerista. Vou mais adiante e afirmo que **as decisões pela devolução imediata têm alcançado a verdadeira JUSTIÇA SOCIAL**, não se afastando, em momento algum, da correta aplicação da lei e do direito, uma vez que o CDC prevê claramente a submissão dos contratos, principalmente os de adesão, ao controle do Estado Juiz.

Além do mais, não é possível se divorciar do caráter da Lei 8.078/90. Esta, em seu art. 1º, claramente expressa que o **"...presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social..."**.

Ao reconhecer a abusividade das cláusulas apontadas, o magistrado age em estrita obediência à norma aplicável ao caso, alcançando com proficiência e sabedoria os objetivos do Código de Defesa do Consumidor.

É salutar lembrar que a Política Nacional das Relações de Consumo, estabelecida no art. 4º do CDC, busca a transparência e harmonia das relações consumeristas **COM O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO** (inciso I).

É o consumidor, sem dúvida, quem se situa no ponto mais fraco da corrente, cabendo ao Estado Juiz, quando provocado, intervir de forma a restabelecer o ponto de equilíbrio e **GARANTIR A HARMONIA DA RELAÇÃO DE CONSUMO**.

O caso posto a exame muito bem demonstra a posição de hipossuficiência do consumidor que, inegavelmente, só tem uma opção - submeter-se às regras impostas no contrato de adesão.

Andou bem o **Tribunal de Justiça da Bahia** quando assim se posicionou:

"Face ao número reduzido de prestações pagas em relação às 50 previstas contratualmente, este Conselho tem-se posicionado no sentido da devolução ser imediata e de uma só vez, pois não nos parece justa a espera de anos para que se promova a restituição. Afinal o fundo de reserva foi criado para suprir eventuais insuficiências da receita por impontualidade de pagamento, pagamento de prêmio de seguro, de quebra de garantia, cobertura das perdas causadas por consorciados contemplados e inadimplentes, etc., devendo ser devolvido por rateio aos consorciados, no final das operações do grupo, proporcionalmente às suas contribuições.

Contudo, vale ressaltar que o entendimento dominante é de que a desistência ou exclusão do consorciado não causa prejuízo ao grupo, pois ele é substituído por outro consorciado, que pagará as prestações atualizadas, a preço do dia, inclusive aquelas já pagas pelo desistente excluído.

Outrossim, tratando-se de contrato de adesão, a jurisprudência e doutrina dominante têm orientado que a interpretação das cláusulas que foram aderidas deve ser em favor daquele que aderiu e contra quem redigiu o contrato.

Portanto, à forma do art. 51, II e IV, do CDC, as cláusulas consideradas abusivas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa fé ou equidade, e que subtraíam a opção do consumidor de ser reembolsado da quantia paga, são nulas de pleno direito" (TJBA, CJDC, v. u., RCv 267/92 - Salvador, j. 11-5-1993, rel. Des. Manuel Pereira).¹

¹ Garigé, W. A. Dicionário de Direito do Consumidor, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 65/66.

"Como já se firmou nesta Corte, a restituição deve ser imediata, deduzida a taxa de administração das parcelas pagas, sobretudo quando se trata de consórcio de cinquenta ou sessenta prestações" (TJBA, CJDC, RCv 159/92 - Feira de Santana, j. 27-4-1993, v. u., rel. Des. Ivan Nogueira Brandão).²

E, em decisão de maior enfoque social, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, figurando como relator o **MINISTRO BARROS MONTEIRO**, assim entendeu:

"O desistente do consórcio, ante a perda da capacidade financeira de continuar pagando as cotas, não precisa aguardar o encerramento do grupo para postular a devolução dos valores desembolsados. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido para afastar a carência" (STJ, 4ª T., REsp 64.057-1SC, j. 6-6-1995, v. u., rel. Ministro Barros Monteiro - DJU, 1, 12 ago. 1995, p. 25373).³ (Grifei).

NO MESMO SENTIDO: STJ, 4ª T., REsp 62.600-SC, pb. 22-4-1996, rel. Min. Barros Monteiro, ADV/COAD, 1996, n. 74.777.⁴

Não se pode admitir que o consorciado desistente ou excluído do grupo, por razões de ordem econômica, seja injustamente punido com a DEMORA EXCESSIVA NA DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA. A decretação da nulidade da cláusula apontada se impõe para o restabelecimento do equilíbrio contratual, ante a evidente vantagem excessiva que macula o dispositivo pactuado (destituído de qualquer operacionalidade), em afronta ao preceituado no art. 51, IV e § 1º, III, da Lei n.º 8.078/90.

² Carigé, W. A. Ob. cit. p. 66.

³ Carigé, W. A. Ob. cit. p. 66.

⁴ Carigé, W. A. Ob. cit. p. 66.

A cláusula que retira a possibilidade de devolução da quantia paga, sem a devida correção monetária, da mesma forma contraria os dispositivos legais citados. A atualização monetária não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas, apenas, uma forma de se recuperar o poder de compra da moeda corroído pela inflação que, hoje, é menor mas, ainda, atemoriza a nossa economia.

E no tocante à incidência da atualização monetária, o entendimento é pacífico desde a edição da Súmula 35, pelo Superior Tribunal de Justiça, que afirma:

"Incide correção monetária sobre as prestações pagas quando de sua restituição, em virtude de retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio."

Observa-se na documentação anexada pelo autor, precisamente as cópias do contrato firmado com o réu e recibos de pagamento (fls.08/10), que a taxa de administração é de 13%, com a cobrança de seguro de vida em grupo.

A taxa de administração, o seguro de vida em grupo e o percentual redutor são os únicos descontos que podem incidir sobre a devolução a ser feita.

Sendo a Lei n.º 8.078/90 de ordem pública, pode o magistrado de ofício aplicá-la no sentido de reconhecer a abusividade de cláusula contratual e, conseqüentemente, declarar a sua nulidade.

Posto isto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO INICIAL para, DECLARANDO A NULIDADE DA CLÁUSULA 13.3 DO CONTRATO DE FLS. 09, **condenar o réu a restituir ao autor, imediatamente, a quantia paga** (fls. 10), atualizada monetariamente e com juros de mora de 0,5% ao mês, estes a partir da cita-

ção, deduzindo-se o percentual da taxa de administração (13%), o percentual redutor (15%) e valores pagos a título de seguro de vida. A restituição deverá se dar no prazo de 48hs, após o trânsito em julgado desta decisão, sob pena de incorrer a ré em multa processual que fixo em 50% sobre o valor da condenação, a qual será revertida em favor do autor.

P.R.I.

Recife, 23 de novembro de 1999.

ISAÍAS ANDRADE LINS NETO
Juiz de Direito

SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

Proc. n.º 00197049203-1
Tombo n.º 22.248

EMENTA : DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO DE VIDA. EMBARGOS DO DEVEDOR. FRAUDE À LEI FLAGRANTEMENTE CONFIGURADA. NULIDADE DA APÓLICE COM O CONSEQÜENTE PROVIMENTO DA AÇÃO INCIDENTAL.

- I. A prova da fraude se faz por todos os meios permitidos em direito, admitindo-se mesmo sua evidência em face de indícios e presunções, tanto bastando o prejuízo ocasionado a outrem pela prática do ato oculto ou enganoso.
- II. O contrato de seguro é, sobretudo, um contrato de *boa-fé* (art. 1.443, do Cód. Civ.), pois, por exigir uma conclusão rápida, requer que o segurado (embora a *boa-fé* seja também exigida do segurador) tenha uma conduta sincera e leal em suas declarações a respeito

do seu conteúdo e dos riscos, sob pena de receber sanções se proceder com má-fé, em circunstâncias em que o segurador não pode fazer as diligências recomendáveis à sua aferição, como vistorias ou exames médicos, fiando-se apenas nas afirmações do segurado, que por isso deverão ser verdadeiras e completas, não omitindo fatos que possam influir na aceitação do seguro.

III. Destarte, ilaqueda a boa-fé, em decorrência de manobras ilícitas do beneficiário da apólice, daí resulta, *ipso iure*, por força da fraude à lei, a nulidade do contrato de seguro.

IV. Pedido a que se dá provimento.

Vistos etc.

1. Em apenso à execução fundada em título extrajudicial que lhe é movimentada por F. T. C. (Proc. n.º 00197043971-8), opõe **SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS**, ambos devidamente qualificados à fl. 02, os presentes embargos, colimando, sob dois fundamentos objetivos, a declaração de ineficácia executiva do título aforado (apólice de seguro de vida), sob a alegação, em apertada síntese, de existência de fraude na contratação e execução do respectivo contrato de seguro, o que importa na nulidade deste, desde que, em sendo o estipulante pessoa de poucos recursos, o pacto foi celebrado por inspiração do seu único beneficiário, a quem incumbia, em verdade, o pagamento do prêmio correspondente (primeiro dos fundamentos objetivos da demanda), sendo certo que este último, ademais disso, com vis-

tas ao recebimento da indenização, ocasionou a morte do segurado, dolosamente (segundo fundamento objetivo).

Ao pedido, instruindo-o, foram juntos os documentos de fls. 19 *usque* 79.

2. Impugnação (cf. fls. 81/92), oportunidade em que o embargante infirma os fatos articulados na inicial, aduzindo, resumidamente, a uma, que o contrato de seguro sob exame, desde quando a seguradora remeteu a apólice ao segurado (ou fez nos livros próprios o lançamento usual da operação), constitui um ato jurídico perfeito e acabado, não sendo lícito àquela, após a ocorrência do sinistro, opor-se ao pagamento da indenização contratada, sob a alegativa de vício ao tempo da contratação; e, a duas, que o beneficiário, ora embargado, sequer foi indiciado em procedimento policial para apuração da morte do estipulante, donde as acusações da devedora, não estando estribadas em pronunciamento da justiça criminal, nada mais representam do que denúncia caluniosa.

Com a peça de resistência, foram produzidos os documentos de fls.93/100.

3. Sobre a impugnação, disse a embargante às fls.104/11.

4. Contra o pronunciamento que determinou, à fl. 115, a designação da audiência preliminar (art. 331, do CPC), restou interposto pelo embargado, às fls. 122/125, recurso de agravo sob a forma retida nos autos, sabido que, à fl. 146, consta o despacho de sustentação, no qual se destaca que, para confirmar ou infirmar a existência de fraude na contratação e execução do contrato de seguro sob comento

(matéria de fato), há necessidade de abertura de dilação probatória em audiência de instrução e julgamento.

5. A audiência preliminar (conciliação, saneamento e organização processual) transcorreu consoante a dinâmica reproduzida na assentada de fls. 148/149, esclarecido que, recusada a proposta de conciliação, foi designada data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

6. À fl. 156, consta ofício da lavra do eminente relator do Mandado de Segurança n.º 0040769-6, impetrado pelo ora embargado, comunicando aquela autoridade que deferiu a medida liminar postulada, autorizando o levantamento, pelo beneficiário da apólice, de soma em dinheiro sob a inusitada rubrica de "quantia incontroversa" (sic).

7. Prestadas as informações de praxe (cf. fls. 240/241), sobreveio, à fl. 289, da parte da citada autoridade judiciária de segunda instância, a comunicação que a liminar na ação de segurança foi inteiramente revogada, consoante os judiciosos fundamentos constantes do pronunciamento cuja cópia repousa às fls. 290/293.

8. A audiência de instrução e julgamento se desenvolveu conforme registra o termo de assentada de fls. 309/315, competindo notar e destacar que, alfim, foi admitida a substituição dos debates orais pela apresentação das razões finais sob a forma de memoriais escritos.

As partes, então, arazoaram: embargante (fls. 319/324) e embargado (fls. 326/331), cada qual reiterando seus pontos-de-vista, já firmados nos autos.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desenlace.

É o relatório.

Decido.

9. Não há de convalescer a preliminar oposta pelo embargado, por oportunidade da impugnação, de incompletude da petição inicial dos embargos, posto não acompanhada da prova da prévia segurança do juízo executivo, haja vista que, cuidando, antes de tudo, de mera irregularidade – por isso mesmo corrigível –, a embargante, na réplica, antes mesmo de assinação de prazo para tal fim, sanou a apontada lacuna (v. docs. de fl. 112/112v.).

10. Outrossim, a ação incidental foi proposta dentro do decêndio legal, desde que, intimada do ato de constrição em 06.08.97, a executada opôs os embargos em 14.08.97 (v. fl. 40v. e 79, dos autos principais, respectivamente).

11. A ordem jurídica pátria permite que a vida humana seja objeto de seguro contra os riscos de morte involuntária (art. 1.440, do Cód. Civ.). Por disposição legal (art. 1.471, parág. único, do Cód. Civ.), o seguro de vida tem por fim garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado, podendo estipular-se igualmente o pagamento dessa soma ao próprio segurado, ou terceiro, se aquele sobreviver ao prazo de seu contrato.

Consoante a doutrina (v. MARIA HELENA DINIZ, Curso, v. 3, 7ª ed., SP, Saraiva, 1992, págs. 319-321), o contrato de seguro apresenta os seguintes caracteres jurí-

dicos : a) é um contrato de *natureza bilateral*, por gerar obrigações para o segurado e para o segurador; b) é um contrato *oneroso*, pois traz prestações e contraprestações, uma vez que cada um dos contraentes visa a obter vantagem patrimonial; c) é um contrato *aleatório*, por não haver equivalência entre as prestações (o ganho ou a perda dos contraentes dependerá de fatos futuros e incertos, previstos no contrato, que constituem o risco); d) é um contrato *formal*, visto ser obrigatória a forma escrita, já que não obriga antes de reduzido a escrito; e) é um contrato de *execução sucessiva ou continuada*, posto que, destinando-se a subsistir durante um período de tempo, por menor que seja, sua execução se realiza escalonadamente, sendo necessário que a obrigação do segurado seja satisfeita dentro dos termos convencionados, sob pena de rescindir-se por tratar-se de obrigação de trato sucessivo; f) é um contrato por *adesão*, formando-se com a aceitação pelo segurado, sem qualquer discussão, das cláusulas impostas ou previamente estabelecidas pelo segurador na apólice impressa (as modificações especiais que se lhe introduzirem são ressalvas que o segurador insere por carimbo ou justaposição); e g) finalmente, é, sobretudo, um contrato de *boa-fé* (art. 1.443, do Cód. Civ.), pois o contrato de seguro, por exigir uma conclusão rápida, requer que o segurado (embora a boa-fé seja também exigida do segurador) tenha uma conduta sincera e leal em suas declarações a respeito do seu conteúdo e dos riscos, sob pena de receber sanções se proceder com má-fé, em circunstâncias em que o segurador não pode fazer as diligências recomendáveis à sua aferição, como vistorias ou exames médicos, fiando-se apenas nas afirmações do segurado, que por isso deverão ser verdadeiras e completas, não omitindo fatos que possam influir na aceitação do seguro.

12. *In casu*, como atesta o painel probatório, o segurado, que se mantinha às custas do “conserto de celas e arreios de cavalos”, com renda mensal presumível de R\$ 60,00 (sessenta reais), conforme relato das testemunhas, era, irrecusavelmente, pessoa de modestíssimas posses, que vivia abaixo da linha da pobreza absoluta, sendo-lhe, por isso mesmo, impossível desincumbir-se da contraprestação (prêmio) convencionada no contrato, fixada em torno de R\$ 122,62 (cento e vinte e dois reais e sessenta e dois centavos) por mês (v. documento de fl. 67).

13. A propósito do estado de miserabilidade do segurado, em depoimento assaz esclarecedor, convém reproduzir o que disse a própria genitora deste, às fls. 283/284:

“Que Tião trabalhava consertando celas e arreios, principalmente para os filhos de PAULO TENÓRIO, isto é, FELINO e CLÁUDIO, conhecido por CACAU; que Tião não ganhava nada, trabalhava apenas pela bóia; que Tião vivia a maioria do tempo embriagado e que o povo é quem dava comida a ele; que Tião bebia mais do que trabalhava; que Tião não tinha condições de ter conta em banco e muito menos de tirar financiamento; que Tião não era agricultor e não tinha terra para plantar; que Tião não tinha sequer uma colher para comer, pois comia o que o povo dava; que antes do Tião morrer a depoente não sabia da existência de qualquer seguro que Tião tenha feito; que soube que Tião tinha o seguro depois que o mesmo morreu; que soube que o Sr. FELINO pegou o Tião bêbado e fez o seguro, fazendo o Tião assinar a papelada; que soube que quem ia receber o seguro era o Sr. FELINO porque era o mesmo quem pagava

o seguro; que Tião não tinha condições de pagar R\$ 130,00 (cento e trinta reais) por mês; que soube que Tião estava morto na pista porque alguém foi lhe dizer na sua casa; que Tião vivia em sua própria casa, em uma tendinha que o CACAU ajudou nos tijolos; que o chão e as telhas da casa eram do Tião, e o CACAU, após a sua morte, tomou a casa e a bicicleta; que Tião sempre se deu bem com a depoente e seus irmãos, apesar da bebedeira; que não conheceu nem sabe nada a respeito do subgerente do Banco do Brasil, à época, o Sr. JOSÉ ROBERTO; que não chegou a ver o corpo do Tião por não ter coragem; que quem recolheu o corpo foi o J. F. da S., vulgo “Zé Pretinho” e o genro seu de nome HELENO; que, durante o velório, um veículo do IML levou o corpo para Maceió para fazer autópsia, levando pela manhã e devolvendo o corpo à noite, aproximadamente às 20:00 h., sendo o corpo enterrado no dia seguinte; que viu o corpo deitado do Tião, mas não viu os ferimentos porque não teve coragem, como já disse acima; que no local onde o corpo do Tião foi encontrado morto havia marcas de freios de pneus; que havia bastante sangue em baixo do corpo do Tião; que Tião ajudava a plantar inhame nas terras do Sr. FELINO; que Tião só vivia mais FELINO na Fazenda Riacho Seco de sua propriedade (do Sr. FELINO); que Tião mantém essa amizade com o Sr. FELINO há cerca de 15 anos; que Tião nunca viveu em um quarto na casa do Sr. FELINO nesta cidade, pois o Tião vivia na casa dele; (...) **que ouviu falar que o seu filho Tião não morreu atropelado e sim assassinado**, porém não ouviu dizer quem tenha sido o assassino nem quem mandou; que não tomou conhecimento do depoimento do irmão do Sr. FELINO de nome CACAU prestado na Delegacia local;

que quando avistou o corpo de Tião a bicicleta não estava no local; que nunca foi procurada por quem quer que seja sobre a morte de seu filho; que esta é a primeira vez que depõe sobre o assunto; **que o Tião assinava no Banco para que o FELINO tirasse dinheiro para plantar inhame;** que recebeu a importância de R\$ 200,00 (duzentos reais) no Banco do Brasil referente ao seguro dos inhames; que o Tião ajudava a plantar inhame nas terras do FELINO, só que os inhames eram do FELINO e nas terras do FELINO; que o filho da depoente não tinha nada, tudo era para o FELINO; que após a morte do Tião o FELINO nunca deu nada à depoente nem a procurou para oferecer qualquer ajuda; que o FELINO nem o seu irmão CACAU não deram nem o caixão do funeral; (...) que não havia nenhum tipo de sociedade entre o FELINO e o Tião; que o FELINO pegava o Tião bêbado e se aproveitava do mesmo; que Tião consertava as celas e os arreios na casinha dele, perto da linha; que Tião nunca fez qualquer trabalho na casa do FELINO; que ouviu falar que no corpo do Tião havia machucões e não havia furos em seu corpo; que soube que o corpo do Tião foi desenterrado, não sabendo para quê; que soube que foi o próprio FELINO que espalhou na cidade que pagava o seguro do Tião” (os destaques não constam do original).

14. A testemunha J. F. da S., por sua vez, cujas declarações se encontram às fls. 281/282, confirma, *verbo ad verbum*, as informações prestadas pela genitora da vítima. Confirmamos, *verbis*:

“Que o depoente era primo do segurado, S. T. da S., conhecido por “Tião”; **que o Tião, apesar de só viver embriagado, tinha a profissão de celeiro, isto**

é, consertava arreios, celas e sapatos, tinha a renda de aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais); que não sabia se o Tião tinha algum seguro de vida, vindo a saber da existência de um seguro após a sua morte; **que soube que o Sr. FELINO foi quem fez um seguro para o Tião**; que não sabe quem era o beneficiário do referido seguro; que não sabe dizer se o Tião tinha alguma conta em banco e que também não tinha condições de tê-la; **que o Tião não tinha a menor condição de pagar uma mensalidade no valor de R\$ 130,00 (cento e trinta reais)**; que quando encontrou o Tião o mesmo já estava morto; que soube que o Tião estava deitado embriagado a uma distância de uns 10 metros da pista onde foi encontrado morto; que o Tião possuía mãe e irmãos; que o Tião, apesar de sua bebedeira, se dava muito bem com sua família; que não conheceu o subgerente, à época, o Sr. JOSÉ ROBERTO, e não sabe nada a seu respeito; (...) que não sabe informar se a família do Tião tinha conhecimento do seguro antes ou depois da morte do mesmo; que o corpo de Tião não tinha perfurações, apenas várias machucaduras; **que ouviu dizer que quem pagava a prestação do seguro do Tião era o Sr. F. T. C.**; que o Tião tinha uma bicicleta e que a mesma ficou intacta, tendo em vista que momentos antes um colega de Tião havia levado a referida bicicleta para a casa do Sr. DIDI nesta cidade; que não sabe dizer se o Tião havia tirado empréstimo no Banco do Brasil desta cidade e **que o mesmo não era agricultor, era celeiro como já dito acima**; que quem recolheu o corpo do Tião foi o depoente e a mãe do Tião e levaram o corpo para a sua casa; que durante o velório chegou um carro do IML de Macció para fazer a autópsia, chegaram pela manhã e devolve-

ram o corpo aproximadamente umas 22:00h., sendo o corpo enterrado no dia seguinte; (...) que o lugar onde foi encontrado o corpo do Tião já morto havia condições de atropelamento; que havia marcas de pneus freados na pista onde se encontrava o corpo de Tião; que havia embaixo do corpo de Tião sangue, porém em pouca quantidade; (...) **que, além de consertar celas, o Tião só fazia tomar cachaças; que Tião nunca vendeu nem plantou inhame, mesmo porque não tinha onde cair morto quanto mais plantar**; que Tião era amigo do Sr. FELINO e que de vez em quando ia na Fazenda Riacho Seco, de propriedade do Sr. FELINO; que Tião morava sozinho em uma casa própria; que o irmão do Sr. FELINO, o Sr. C. T. C., conhecido por CACAU, construiu uma casa para o Tião e disse-lhe que se o Tião morresse a casa ficaria para o CACAU e se o CACAU morresse a casa ficaria para o Tião; que essa amizade do Tião com o Sr. FELINO e família é de aproximadamente uns 06 (seis) anos; que o Tião não vivia em um quarto na casa do Sr. FELINO, pois o Tião vivia em sua própria casa, morando com sua mãe de criação" (destaquei).

15. Consoante declaração subscrita pelo Sr. F. L. de S., gerente da mencionada agência do Banco do Brasil S.A., à época dos acontecimentos tratados nos presentes autos "*o Sr. F. T. C. (...) foi quem providenciou, através de depósito ou de transferência direta de sua conta, o saldo na conta do segurado, Sr. S. T. da S., para suportar o débito mensal do prêmio, durante toda vigência do seguro.*" E mais: "*o seguro não mantinha movimento contábil em sua conta corrente, referente a cheques e/ou depósitos emitidos e efetuados pelo próprio*" (v. fl. 39).

16. O mesmo F. L. de S., em depoimento constante das fls. 385/386v., traz à tona os seguintes esclarecimentos:

“ (...) que J. R. L. da R., gerente substituto da agência de Quebrangulo, era pessoa muito ligada a F. T. C., sendo que este último e o primeiro eram originários de Palmeira dos Índios –AL; (...) que J. R. L. da R. foi demitido do Banco do Brasil, agência Quebrangulo, por irregularidades, em, presumidamente, abril de 1996; que J. R. L. da R., em torno de cinco meses após sua demissão, foi assassinado na cidade de Maceió – AL; (...) que, pela experiência que tem como operador de seguro, não acha que o Sr. S. T. da S. possuísse condições de contratar um seguro de tal monta; que o seguro contratado atingiu, à época, o limite máximo; (...) que após o financiamento recebido a única movimentação da conta de S. T. da S. era para pagamento do seguro contratado, ressaltando que não lhe foi fornecido talão de cheques; (...) que, ao compulsar os contratos de seguro na agência e observar o montante segurado por S. T. da S., procurou, junto aos colegas, saber quem era aquele cidadão, tendo recebido a informação de que o mesmo era alcoólatra; (...) que não é de praxe se fazer seguro na cidade de Quebrangulo, em grande quantidade de pessoas, entretanto, para aquelas pessoas que possuem contrato de mútuo, a gerência sempre procura fazer a contratação, oferecendo-o; que o caso presente se torna exceção em face do seu alto valor (...)” (os destaques não são encontrados no original).

17. Por tudo isso, é inevitável concluir, acolhendo, desde logo, o primeiro dos fundamentos objetivos da demanda, que a boa-fé do contrato foi ilaqueada por manobras do beneficiário da apólice : o nome do segurado - em verdade um mísero alcoólatra que vivia da misericórdia alheia - foi sempre utilizado por aquele, em manobras ilícitas, com o evidente propósito de auferir cada vez mais vantagens indevidas. Primeiro quando contratara operação de mútuo rural em nome do segurado, sabido que o crédito advindo do financiamento revertia sempre no único proveito do embargado (beneficiário); segundo quando, igualmente em manifesta fraude à lei, contando, mais uma vez, com a indispensável colaboração do ex-gerente adjunto da agência do Banco do Brasil S.A., do Município de Quebrangulo –AL, J. R. L. da R., que posteriormente viria a ser demitido por justa causa, em razão dessa e de outras irregularidades, firmou o contrato de seguro sob exame, nos valores máximos permitidos.

18. Mas não é só, conquanto já seja mais do que o bastante para o deslinde da pendenga. Ora, cuidando que a responsabilidade civil distingue-se da responsabilidade penal e é apurável segundo um regime de prova diverso (no crime, qualquer presunção, por mais veemente que seja, não autoriza a imposição de pena), tenho que, em face das provas, indícios e presunções que emergem fartamente dos autos, o beneficiário foi o causador da morte do segurado, razão por que, acolhendo, no particular, também, o segundo dos fundamentos objetivos da ação incidental, não poderá receber a soma estipulada, visto que não poderá fundar seu direito em crime que dolosamente cometeu e por se considerar não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveitará o seu implemento.

19. Malgrado isso, para desincumbir-me, de vez, desse intento, permito-me, ainda, reportar ao pronunciamento de excelência máxima proferido pelo eminente relator do Mandado de Segurança n.º 0040769-6, impetrado pelo ora embargado, Des. ALVES DA ROCHA, do qual destacarei e *adoto* as considerações que se seguem:

"(...) após a análise de novos documentos, fiquei surpreendido com o Relatório anexado ao processo, (fls. 57/68).

Não é possível que o conteúdo de tal Relatório contenha inverdades, a respeito das graves denúncias que apresenta.

Outrossim, trata-se de uma peça redigida por uma empresa que está a serviço de companhias de seguros, não podendo fazer afirmações gratuitas, que seriam, posteriormente, desmascaradas, tornando-a desacreditada junto às empresas para as quais trabalha.

Afirma, dito Relatório, que o Sr. F. T. C., que, em Quebrangulo, tem fama de pistoleiro, sendo temido, por se tratar de pessoa violenta, estaria envolvido no caso, sendo voz corrente, naquela comunidade, que o Sr. S. T. da S. fora assassinado e não vítima de atropelamento.

Tal afirmativa é corroborada pela própria mãe da vítima.

Os fatos que envolvem a morte do segurado estão, pois, sendo objeto de discussão, nos Embargos à Execução.

O segurado, pela sua extrema pobreza, não teria condições econômico-financeiras de contratar seguro tal, pois era, conforme fora apurado, pelos investigadores da GIMENES, um biscateiro, sem profissão definida.

Por outro lado, é de estranhar que surja, na relação contratual de seguro, pessoa estranha à família do segurado.

O Sr. F. T. C. utilizara o nome do Segurado, com a finalidade de poder abrir conta bancária, na ag. do Banco do Brasil de Quebrangulo, para obter empréstimo agrícola, funcionando o Sr. C. como avalista de S. T. da S. Tudo fora realizado com o apoio do Sr. JOSÉ ROBERTO, sub gerente do Banco do Brasil daquela cidade, o qual, posteriormente, fora demitido por justa causa. Mais adiante, o dito Sr. foi assassinado, tal acontecendo no dia anterior àquele marcado para o seu depoimento na Justiça, no qual iria esclarecer irregularidades, por ele cometidas.

Ainda, segundo o Relatório, os médicos do Instituto de Medicina Legal, em Maceió, responsáveis pela necropsia, eram amigos do Sr. F. T. C., sendo que um dos subscritores do laudo, provavelmente, seria seu parente, dado que tem o mesmo sobrenome.

Afinal, aduz, ainda, o supramencionado Relatório:

a)– O segurado, pela sua ínfima condição social, não teria a mínima iniciativa de contratar seguro tal.

b)– Ficou evidenciado que o Sr. F. T. C. havia utilizado o nome do Segurado, a fim de obter abertura de conta, no Banco do Brasil de Quebrangulo, tendo aquele figurado como avalista da operação. O dinheiro liberado, segundo o Relatório, destinou-se ao pagamento mensal dos prêmios do seguro.

c)– Fora o Sr. JOSÉ ROBERTO, sub gerente do banco, demitido por justa causa e, posteriormente, assassinado. Outrossim, facilitara ele a contratação do seguro, sendo que tal fato, aliado a outras irregularidades, ensejara a sua demissão.

d)– Havia indícios, no cadáver da vítima, de que o veículo causador do atropelamento passara mais de uma vez sobre o seu corpo. Por outro lado, fato inusitado, tal veículo, causador do acidente, não fora identificado.

e)– A bicicleta em que ele se encontrava, no instante do acidente, estava intacta.

f)– Havia perfurações, produzidas por faca peixeira, no cadáver.

g)– O próprio Diretor do Instituto de Medicina Legal pusera dúvida na lisura do laudo.

h)– Há um depoimento, insito às fls. 61, do Mandado de Segurança, prestado pelo próprio irmão do beneficiário do seguro, Sr. C. T. C., prestado na Delegacia de Polícia, em Quebrangulo, no qual aquele Sr. afirma textualmente:

“Que tudo foi uma armação para tirarem a vida do TIÃO (a vítima), pois ele era um rapaz que bebia muito e não posso afirmar quem, mas tenho suspeita de quem está por detrás do seguro; que o declarante tem conhecimento que seu irmão entregou um carro ao SD/PM Marcone, antes da morte do TIÃO; que o declarante acha que até o gerente do Banco do Brasil, JOSÉ ROBERTO, também faz parte do complô para este seguro, culminando com a morte do segurado, em favor do beneficiário direto do seguro. Disse o declarante que outras pessoas também podem estar envolvidas, além do SD/ PM Marcone, o SD PM Cláudio, que estava dirigindo o carro de FELINO nos dias que antecederam a morte de TIÃO e após a morte o mesmo foi quem

mais procurou os documentos do falecido para entregar a um advogado do Recife.”

i) – Afinal, evidenciada está a manobra, através da qual tornara-se o beneficiário do seguro o Sr. F. T. C., sendo os prêmios mensais do dito seguro pagos através de um empréstimo fraudulento, com o aval do próprio FELINO, facilitada a operação bancária fraudulenta pelo demitido sub gerente, Sr. JOSÉ ROBERTO.

Pelo exposto, mais do que procedente a afirmação segundo a qual o seguro estaria eivado de fraudes, impondo-se o pronunciamento final da Justiça, sem o que haveria prejuízo irremediável para a Seguradora.

Assim, resolvo acatar, como acatadas tenho, as graves ponderações contidas no Relatório levado a efeito pela empresa GIMENES, que, a pedido da Seguradora, realizara intensas investigações a respeito dos fatos que cercam a contratação do seguro do qual foi beneficiário o Sr. F. T. C. (...)” (v. fls. 290/293) (os destaques não constam do original).

20. Creio que, depois do que ficou exaustivamente exposto, nada mais há a acrescentar-se.

21. POSTO ISTO, ao tempo em que reconheço a nulidade do contrato de seguro sob exame, em razão da manifesta fraude à lei, como explicitado no corpo deste *decisum*, **JULGO PROCEDENTES** os embargos à execução, razão por que declaro insubsistente a penhora e condeno o embargado, por força do princípio sucumbencial, a arcar com o pagamento das custas processuais e

verba honorária advocatícia, esta arbitrada à razão de 20% sobre o valor emprestado à causa.

Certifique-se o desfecho nos autos principais.

22. OFICIE-SE, com urgência, à douta Procuradoria Geral da Justiça do Estado de Alagoas, a quem deverão ser remetidas cópias autenticadas de todas as peças que compõem este processado, inclusive desta decisão, para a adoção das providências que entender necessárias.

Custas de lei.

P. R. I. e Cumpra-se.

Recife, 20 de abril de 1998.

SENTENÇA PENAL

Teodomiro Noronha Cardoso
Juiz de Direito

Processo nº 3834/99

Ação Pública Incondicionada

A. Ministério Público

Réus: M. O., J. G. S., H. P. S. e L. C. P. S.

Conduta penal: artigos 10, caput, §§ 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.437/97 e art. 288, do Código Penal.

SENTENÇA nº 465 /99

Vistos, etc.

1. RELATÓRIO:

Denunciou o representante do Órgão Ministerial Público, (dominus litis), à época, com atribuições nesta 1ª Vara Criminal de M. O., J. G. S., H. P. S. e L. C. P. S. como incurso na punição do artigo 10, caput, §§ 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.437/97 e artigo 288, do Código Penal, sendo M. O. e J. G. S. incurso na punição do artigo 10, §§ 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.437/97; L. C. da S. como incurso na punição do art. 10, caput, da Lei nº 9.437/

97; todos os réus na punição do art. 288, do Código Penal, conforme peça arial de fls. 02 usque 04.

Deduz-se da pretensão punitiva, ilustrada em procedimento investigatório, que aos 09 de abril de 1999 um grupo de militares recebeu informações de que os indivíduos que haviam participado de um assalto a uma guarnição da PMPE estavam escondidos em Jardim Paulista na Rua 141, casas 35-C e 45C.

Emerge da proposta inicial acusatória que os réus foram capturados por via de mandado de busca e apreensão expedido por este Juízo.

É narrativa textual da peça acusatória que: "Os primeiros a serem presos foram M. O. de posse de uma pistola Inox de marca Taurus roubada dos PM e de um revólver adulterado e em seguida J. G. S. o qual tinha a posse de uma metralhadora e um pistola de plástico, ou seja, primeiro e segundo denunciados respectivamente após investida de um grande aparato policial, no endereço em que os mesmos se encontravam. De imediato, após suas prisões passaram informações da localização dos outros componentes do grupo, sendo que o H. P. S., encontrava-se em Peixinhos, Olinda, na casa da sua namorada, sito a Rua José de Anchieta nº 52, de posse de um revólver Taurus calibre 38, e em seguida foram para a residência do quarto elemento, L. C. P. S., sito a Rua 04, nº 118, Maranguape II, Paulista, onde o mesmo também foi detido portando um revólver Rossi calibre 38".

"Consta dos autos, que as armas encontradas com os denunciados foram tomadas da guarnição da PMPE assaltada, quando do assalto ao Banco BANDEPE localizado na Cidade Universitária, cujo crime é objeto de inquérito policial em trâmite na delegacia de repressão ao roubo e assalto a banco".

"Relata ainda os autos que os denunciados fazem parte de uma quadrilha especializada em assalto a banco, uma vez que todos já participaram de dois assaltos a banco que foram elucidados pela polícia. O citado bando está com domicílio na cidade de Paulista onde logicamente planejam os assaltos".

O libellum inicial fora recebido ao 27.04.97, acompanhado dos autos do procedimento inquisitorial de fls. 06 usque 40.

Avultam-se dos autos do caderno investigatório o auto de prisão em flagrante, fls. 06/13; auto de apresentação e apreensão de fls. 15; notas de culpa de fls. 16/19; comunicação das prisões, fls. 21/24; mandado de busca e apreensão de fls. 25; auto de restituição de fls. 30 e o relatório da Autoridade Policial Judiciária de fls. 38/40.

Foi requerido o relaxamento da prisão do réu L. C. P. S. pela petição de fls. 43/46, anexados os documentos de fls. 47/73. A Defensora do réu J. G. S., alegando esparçamento, requereu que fosse ele submetido à perícia traumatológica, fls. 78/79. O Defensor dos réus M. O. e H. P. S., alegando nulidade do auto de prisão em flagrante delito e ilegalidades, requereu o relaxamento das prisões, fls. 84, juntando os documentos de fls. 85/88. Requereu exame de corpo de delito, fls. 89. Foram anexados aos autos os documentos de fls. 90/99. Por despacho exarado às fls. 105-verso foi deferido o pedido de busca e apreensão. O Chefe da EMG - 2ª Seção - encaminhou a este Juízo o ofício nº 056/99/SEI PM, fls. 106/107, anexando os documentos de fls. 108/125. Cópia original do mandado de busca e apreensão, fls. 126. O Defensor do réu L. C. P. S. requereu o relaxamento da prisão, ut petitorio de fls. 143. Novamente, oficiou o Chefe da EMG - 2ª Seção, fls. 144/145, anexando os documentos de fls.

148/149. O Representante do Ministério Público ofertou Parecer contrariamente ao deferimento do pedido, fls. 151, acostando os documentos de fls. 152/154. Em novo Parecer o Representante do M.P. opinou favoravelmente à concessão da liberdade provisória do réu L. C. P. S., fls. 155. Mais uma vez o Defensor do réu L. C. P. S. requereu liberdade provisória, fls. 156, acostando o documento de fls. 157. Por despacho exarado às fls. 158/162 decretei as custódias preventivas dos réus, julgando prejudicados os pedidos de liberdades provisórias. Mandados de prisão, fls. 165/168. O Defensor do réu L. C. P. S. requereu reconsideração da decisão denegatória da liberdade provisória (fls. 169/170), havendo sido a mesma mantida, conforme despacho de fls. 169. O Comandante interino do 12º BPM oficiou às fls. 175, anexando os documentos de fls. 176/179.

Requisitados na prisão, foram os réus interrogados, conforme termos de fls. 185 e verso; 186 e verso; 187 e verso e 188 e verso. Às fls. 203/204, prestei informações em sede de Habeas Corpus. O Defensor do réu L. C. P. S., no prazo da Defesa Prévia, arrolou testemunhas e requereu diligências, fls. 209.

Na fase do sumário da prova foram inquiridas (3) três testemunhas do rol da denúncia, fls. 212/241-verso. Foram inquiridas (7) sete testemunhas do rol da defesa, fls. 215/222. O Defensor dos réus M. O. e H. P. S. peticionou às fls. 224/225, arrolando testemunhas e requerendo suas oitivas, requereu devolução do prazo da prévia de defesa, havendo sido o pedido acatado, fls. 226. Anexou o documento de fls. 227.

Na esteira do art. 499, do CPP requereu o Representante do M.P. diligência, fls. 229. Indeferido o pedido, fls. 270 e verso à míngua de amparo legal. O Defensor do

réu L. C. P. S. requereu diligências, fls. 230. FAC's dos réus M. O. e L. C. P. S., fls. 231 e 232. Laudo de exame traumatológico do réu J. G. S., fls. 235. Cota do MP, fls. 237. Insistiu o Defensor do réu L. C. P. S. no pedido de liberdade provisória, fls. 238/239. O Representante do Parquet foi contrário ao pedido, indeferido às fls. FAC do réu H. P. S., fls. 245. FAC do réu J. G. S., fls. 246. Novamente, prestei informações para instruir julgamento de HC, fls. 253/254. Oficiou o Comandante do CPRM - 12º BPM, anexando o termo de reconhecimento, fls. 267 e 268. Cópias do Inquérito Policial Militar, fls. 258/266. Cota do MP, fls. 270. Novo Defensor dos réus M. de O., J. G. S. e H. P. S. peticionou os autos, fls. 272 e acostou instrumentos de outorga de poderes, fls. 273, 274 e 275. O Comandante do 12º BPM oficiou às fls. 278.

Concluída a instrução da prova, as partes aduziram alegações finais. O Representante do Ministério Público, fls. 280/284. O Defensor do réu L. C. P. S., fls. 285/286. O Defensor do réu J. G. S. peticionou às fls. 287/288. A pretensão foi denegada no rosto do pedido. Novamente, peticionou o Defensor do réu L. C. P. S., fls. 289/295. Alegações finais pelo Defensor dos réus M. O., J. G. S. e H. P. S., fls. 297/303.

Em suas alegações finais o representante do Ministério Público, após minudente análise da prova dos autos, pugnou pela condenação dos réus nos termos da denúncia.

O Defensor do réu L. C. P. S. em seu arrazoado requereu, em preliminar, o reconhecimento da intempestividade das alegações finais apresentadas pelo representante do Órgão Ministerial Público e, no mérito, em síntese, após tecer comentários sobre as contradições da prova testemunhal, carência de prova e irregularidade da

prisão; que não foi reconhecido no assalto; que as diligências foram desvirtuadas, propugnou pela absolvição.

O Defensor dos réus M. de O., J. G. S. e H. P. S., em síntese, alegando que os réus foram torturados na fase do inquérito policial; que a acusação é frágil e a autoria duvidosa; que há contradição da prova testemunhal. Alfim, propugnou pela absolvição dos réus L. C. P. S., H. P. S. e M. O. e condenação do réu J. G. S. à pena privativa de liberdade no máximo de (2) dois anos, no regime aberto, na Penitenciária Agrícola de Itamaracá.

Vieram-me os autos conclusos para decisão.

É o relatório,

Passo a decidir:

2. FUNDAMENTAÇÃO:

O Ministério Público, titular do *jus accusationis*, imputou aos réus M. O., J. G. S., H. P. S. e L. C. P. S. a conduta normativa descrita no artigo 10, caput, e §§ 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.437/97 e artigo 288, parágrafo único, do CP.

a) In limine:

Cuido, inicialmente, de analisar a preliminar argüida pelo Defensor do réu L. C. da S. de intempestividade das alegações finais do MP. Consta do termo de (fls. 279 e verso) vista dos autos ao Promotor de Justiça aos 10.08.99. Não havendo a certeza de a Secretaria do Juízo haver apresentado os autos ao Promotor de Justiça para aduzir alegações finais e ainda que intempestivas, não acarretam qualquer nulidade, afigurando-se mera irregularidade processual, porquanto, o art. 564 não contempla qualquer nulidade, neste aspecto. Demais disso, dispõe o

art. 565, do CPC: "Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse". (grifei). Por essas razões, rejeito a preliminar argüida.

b) De meritis:

Perante a autoridade policial judiciária confessou o réu M. O. que participou da tentativa de assalto ao Banco Bandepe do ITEP, Cidade Universitária, juntamente com os comparsas CINHO, LUIZ CARLOS, COBRADOR e outro que não lembra o nome (fls. 10).

O réu J. G. S. confessou, na fase policial que, provavelmente, no dia 08 de março juntamente com MOZAR, HUGO, COBRADOR e JONAS tentaram assaltar o Bandepe do ITEP da Cidade Universitária e um comparsa conhecido por PEIXINHO fez o "Cavalo", ou seja, serviu de motorista; que a ação criminosa foi frustrada por uma guarnição da PMPE e eles resolveram investir contra a viatura, tomando as armas dos policiais (fls. 11/12).

O réu H. P. S. confessou, perante a Autoridade Policial Judiciária, que participou do assalto do Bandepe de Olinda, Avenida Getúlio Vargas, juntamente com os réus CINHO (Josenilson), MOZAR, JONAS e COBRADOR sendo utilizadas as armas roubadas dos Policiais Militares, fornecidas momentos antes do assalto pelo indivíduo COBRADOR (FLS. 11).

O réu L. C. P. S., na polícia, negou a participação no assalto, porém, afirmou que CINHO (Josenilson) no dia do assalto ao Bandepe de Olinda deixou uma bolsa na sua casa contendo, inclusive, uma metralhadora; que algumas horas após Cinho apanhou a sacola, não sabendo se antes ou depois do assalto (fls. 12).

Em Juízo, objetivando eximirem-se da responsabilidade penal, não assumindo seus ilícitos, os réus, retratando-se de suas confissões extrajudiciais, apresentaram a exceção de defesa da negativa de autoria.

O réu M. O. fala de um bolsa preta contendo armas que os policiais militares apresentaram à imprensa (fls. 185-verso).

O réu J. G. S. afirmou que fora torturado na mão direita, exibindo em audiência a marca das algemas e uma marca preta no pescoço; que viu quando a polícia saiu da casa com uma bolsa preta; negou que conhece o co-réu H. P. S. (fls. 186 e verso).

O réu H. P. S. afirmou não conhecer o réu J. G. S.; que o réu Luiz Carlos é conhecido em Maranguape II como Peixinho; "que já foi preso antes juntamente com M. O. por assalto de pessoas na saída de bancos.." (fls. 187 e verso).

O Réu L. C. P. da S. afirmou: "que os familiares do interrogando viram quando o Sinho levou uma bolsa para sua casa que não sabe dizer se o acusado Sinho participou do assalto ao Bandepe de Olinda" (fls. 188).

As testemunhas do flagrante (**de visum**), policiais militares J. S. da S., E. M. da S. e J. S. de M. são unânimes quando afirmam que foram apreendidas armas com os réus.

Jocemar Soares da Silva: pontificou que o réu M. O. foi preso primeiro e depois o "Sinho" (Josenilson); que "Sinho" foi preso perto de uma caixa d'água e no telhado da casa foi encontrada uma pistola 380, provavelmente do soldado que estava de plantão no Bandepe do Itep. Cidade Universitária; ainda na residência de "Sinho" foi encontrada uma submetralhadora da PMPE, MT-12 mm

e uma pistola plástica que era réplica completa de uma PT-9 mm; que "Sinho" utilizou a submetralhadora num assalto e consta sua imagem na delegacia de roubos e furtos; que com o réu M. O. foi pego um revólver adulterado e uma pistola; que não sabe se foram apreendidas armas com Hugo e Luz Carlos (fls. 212).

E. M. da S. testemunhou que: "Sinho" Mozart foram presos em suas residências; que na casa de "Sinho" foi apreendida uma submetralhadora; que "Sinho" foi preso em cima da caixa d'água de sua residência; que a pistola plástica é uma réplica de uma 9mm (fls. 213).

J. S. de M.: acentuou que participou da prisão em flagrante dos réus, que os reconheceu a todos na audiência; que na casa de "Sinho" fora apreendida uma submetralhadora e um uniforme da PMPE; que pelo que consta foram apreendidas armas com os réus H. P. S. e L. C. P. S.; que tinha informações de que os réus utilizaram-se da submetralhadora e da pistola da PMPE para assaltos a bancos (fls. 214).

As testemunhas J. P. da S. I. e E. A. C. pontificaram que presenciaram o réu L. C. P. S. ser preso em flagrante (fls. 215/216).

A materialidade "corpus delicti" positiva-se sobejamente no auto de apresentação e apreensão de uma metralhadora Mtiza nº 03510, com dois carregadores e vinte e cinco munições; uma pistola plástica; uma pistola PT 58-Hc, calibre 380, KQF-87043, com 15 munições e um revólver marca Rossi, sem numeração; um revólver marca Taurus, calibre 38, nº 965158; uma revólver marca Rossi, calibre 38, nº 211642. (fls. 15).

Analisando as teses da acusação e da defesa e, à luz da prova granjeada no ventre dos autos, firmo convenci-

mento de que os réus violaram o preceito primário do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal - associação para praticarem assaltos-, porquanto, a conduta do artigo 10, caput, §§ 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.437/97, pelo princípio da consunção - o delito mais grave absorve o menos grave- foi absorvida pela conduta do art. 288, p. único do CPP. O concurso material representaria para os réus **bis in idem**, ou seja, dupla condenação, pelo mesmo fato. A denúncia procede, em parte. A autoria delitiva comprova-se pela consistente e irrefutável prova testemunhal. Dessa Maneira, rejeito os argumentos desenvolvidos pelos Defensores dos réus.

No mesmo diapasão, haja vista que o fato deve adequar-se à tipificação legal **-emendatio libelli-** afigura-se perfeitamente possível a correção de possível distorção da denúncia. Bastante significativa é a máxima do Direito Romano: narra mihi factum, dabo tibi jus.

É curial que entre o fato imputado na denúncia e a sentença deve haver perfeita harmonização, acarretando nulidade qualquer distorção (RT 565/383), porém, como já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal o juiz não está adstrito à capitulação do fato exposta na denúncia.

Estabelece o artigo 383, do CPP, **verbis**:

“Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Abordando o tema preleciona, com maestria singular, Júlio Fabbrini Mirabete: “Permite o Código que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Não há no caso uma verdadeira mutatio libelli mas, simplesmente uma corrigenda da peça acusatória (emendatio libelli). Estando os

fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, **ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial**. Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. Por outro lado, se o fato ou circunstância não está descrito na inicial, não pode o juiz considerá-lo na sentença em detrimento do acusado. O artigo 383 aplica-se à ação penal privada diante da referência expressa do dispositivo à queixa. Tais regras aplicam-se também ao julgamento do recurso em Superior instância, não se aplicando à hipótese a Súmula 353, que se refere apenas ao artigo 384”(…), In, Mirabete, Júlio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 2. ed.- São Paulo: Atlas, 1994, p. 441.

“A exigência contida no art. 384 do CPP somente se torna imprescindível quando a denúncia não contém, explícita ou implicitamente, as circunstâncias elementares do crime resultante da desclassificação: (TJSP- RT 592/302-3).

A autoria do fato depreende-se, quantum satis, da prova subjetivo-testemunhal granjeada no ventre dos autos. N’outra confissão extrajudicial assinada em conjunto com o seu Defensor o réu J. G. S. afirmou que todas as armas estavam numa bolsa preta; que foi juntamente com H. P. guardar as armas na casa de L. C. P. S.; que neste ocasião o Luiz Carlos não estava presente; que Hugo pediu para guardar a bolsa no guarda-roupa; assumiu a propriedade das armas e inocenta o réu Luiz Carlos (fls. 287/288). Demais disso as “torturas” sofridas pelo réu J.

G. S., por ele relatadas em seu interrogatório em confronto com o laudo de exame traumatológico de fls. 235 e verso são destoantes. Importa relevar que o réu Luiz Carlos afirmou que não sofrera qualquer tipo de tortura. Perguntar-se-ia: os réus foram torturados para dizerem que as armas estavam numa bolsa preta (?).

A retratação das confissões dos réus são inverossímeis, porquanto, não encontram apoio sequer em indícios e ou circunstâncias. Além do mais, o ônus da prova cabe a quem alega (art. 156, do CPP). Quem alega inocência tem o dever jurídico de prová-la, sob pena de confissão ficta: conforme entendimento jurisprudencial: "Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão" (4º Grupo de Câms. do TACrimSP, RVCrim 116.058, em 22.9.82 - v. u. - Rel. o então Juiz Jarbas Mazzonni).

Feitas estas incursões, convenço-me de que os réus M. O., J. G. S., H. P. S. e L. C. P. S. agiram com dolo, determinação e finalismo de conduta, ao associarem-se para praticarem crimes diversos, afigurando estável a *societas delinquentium*, percorrendo os réus todo o *iter* da *cogitatio à meta optata*, sendo certo que para a convivência pacífica na sociedade exigir-se-iam condutas diversas, de conformidade com a lei.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é imperativa no ponto: "No crime de quadrilha há associação de pessoas para prática de crimes. Constitui infração permanente, autônoma, que independe dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do CP" (STF - RHC 63.158 - Rel. Rafael Mayer - RTJ 116/514).

Afigurando-se a quadrilha de crime permanente, já decidiu o Excelso Pretório, reiteradamente, o seguinte: "Quadrilha ou bando. Atuação em comarcas diversas.

Crime de natureza permanente. (...). Tratando-se de crime permanente, se a atividade delituosa se faz em território de duas ou mais jurisdições, a competência se firma pela prevenção (Código do Processo Penal, art. 71)" RT 477/438). No mesmo sentido: STF: RT 474/391)

Ad argumentandum tantum é entendimento da Corte Suprema que, para caracterizar o crime de quadrilha armada, não é necessário que todos os seus membros utilizem armas: "Crime de quadrilha armada (CP, art. 288, par. Único). A utilização de arma por qualquer membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo todos que o integram à causa especial de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeitos de configuração do delito de quadrilha armada, basta que uma só de seus integrantes esteja a portar armas" (HC 72.992-4, DJU de 14-11-96, p. 44.469.).

Não vislumbro dos autos causas de exclusão da ilicitude e ou de isenção de pena. Circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes - específicas e ou genéricas.

3. DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, a denúncia para o efeito de condenar os réus M. O., J. G. S., H. P. S. e L. C. P. S., na punição do artigo 288, parágrafo único do CP, que estabelece:

"Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:"

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

"Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

4. FUNDAMENTO E DOSIMETRIA DA PENA:

Atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 e método trifásico do art. 68, ambos, do Código Penal Positivo, para dosimetria e individualização da pena, suficiente à repressão e prevenção:

1) réu M. de O., pertinente ao grau de culpabilidade, propósito doloso, traduzido na reprovação da conduta, primariedade técnica, péssimos antecedentes penais, consoante ficha de prenotação, porquanto, responde o réu por crime de roubo qualificado na Comarca de Olinda (art. 157, § 2º, incisos I e II em concurso material com o artigo 297, do CP), (falsificação de documento público), fato ocorrido aos 28.05.97; em face da vítima J. da C. T. (fls.); conduta social não referida nos autos; personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade de delinquir, inexistência de motivos para o crime, circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, estabeleço ao réu M. O. a pena-base de (2) dois anos e (3) três meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes - específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de diminuição. Presente a causa legal de aumento (art. 288, p. único do, CP), elevo a pena ao dobro para fixar a pena concreta e definitiva de (4) quatro anos e (6) seis meses de reclusão.

A pena de reclusão imposta ao réu M. O. será cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto, (art. 33, caput, e § 3º, do CP), na Penitenciária Agrícola de Itamaracá, neste Estado, ou a critério do Juízo das Execuções Penais da Capital.

2) réu J. G. S., pertinente ao grau de culpabilidade, propósito doloso, traduzido na reprovação da conduta, primariedade técnica, péssimos antecedentes penais, consoante ficha de prenotação, porquanto, responde o réu por crime de roubo qualificado na Comarca da Capital (art. 157, § 2º, incisos I e IV, do CP) (fls.); conduta social não referida nos autos; personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade de delinquir, inexistência de motivos para o crime, circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, estabeleço ao réu J. G. S. a pena-base de (2) dois anos e (3) três meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes - específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de diminuição. Presente a causa legal de aumento (art. 288, p. único do, CP), elevo a pena ao dobro para fixar a pena concreta e definitiva de (4) quatro anos e (6) seis meses de reclusão.

A pena de reclusão imposta ao réu J. G. S. será cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto, (art. 33, caput, e § 3º, do CP), na Penitenciária Agrícola de Itamaracá, neste Estado, ou a critério do Juízo das Execuções Penais da Capital.

3) réu H. P. S., pertinente ao grau de culpabilidade, propósito doloso, traduzido na reprovação da conduta, primariedade, bons antecedentes penais, consoante ficha de prenotação (fls.); personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade de delinquir; conduta social não referida, inexistência de motivos para o crime, circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, estabeleço ao réu H. P. S. a pena-base de (2) dois anos e (2) dois

meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de diminuição. Presente a causa legal de aumento (art. 288, p. único do, CP), elevo a pena ao dobro para fixar a pena concreta e definitiva de (4) quatro anos e (4) quatro meses de reclusão.

A pena de reclusão imposta ao réu H. P. S. será cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto, (art. 33, caput, e § 3º, do CP), na Penitenciária Agrícola de Itamaracá, neste Estado, ou a critério do Juízo das Execuções Penais da Capital.

4) réu L. C. P. S., pertinente ao grau de culpabilidade, propósito doloso, traduzido na reprovação da conduta, primariedade, bons antecedentes penais, consoante ficha de prenotação (fls.); personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade de delinquir; conduta social abonada dos autos (fls. 216/217); inexistência de motivos para o crime, circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, estabeleço ao réu L. C. P. S. a pena-base de (2) dois anos e (1) um mês de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de diminuição. Presente a causa legal de aumento (art. 288, p. único do, CP), elevo a pena ao dobro para fixar a pena concreta e definitiva de (4) quatro anos e (2) dois meses de reclusão.

A pena de reclusão imposta ao L. C. P. S. será cumprida, inicialmente, no regime semi-aberto, (art. 33, caput, e § 3º, do CP), na Penitenciária Agrícola de Itamaracá, neste Estado, ou a critério do Juízo das Execuções Penais da Capital.

Os réus cumprirão as penas impostas nesta decisão após a execução de pena de reclusão, em regime mais grave, a que estiverem obrigados por eventual condenação em outro processo. Neste processo a prescrição não correrá nos termos do art. 116, parágrafo único do CP).

Como pena acessória declaro a perda, a favor da União Federal (art. 91, II, "a", do CP), das armas não pertencentes à PMPE.

Com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, suspendo os direitos políticos do réu, enquanto durarem os efeitos desta decisão.

Os réus, desta decisão, não poderão apelar em liberdade, porquanto, encontram-se presos por força de prisão em flagrante delito e decretos preventivos, consoante decisão do E.g. Supremo Tribunal Federal.

"É orientação consolidada no STF que, se o réu está preso - por força de flagrante ou preventiva - ao momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o benefício do art. 594 do CPP". (RT 639/379 e RT 552/444). Além do mais os réus M. O.e J. G. S. estão impedidos de apelar em liberdade por possuírem maus antecedentes (art. 594, do CPP).

Mantenham-se os réus na prisão em que se encontram (art. 393, I, do CPP).

Após o trânsito em julgado do decisum lancem-se os nomes dos réus no livro de rol dos culpados.

Expeçam-se Cartas de Guias e Recolhimentos (arts. 105 e 106, da Lei n.º 7.210/84), anexando cópia desta decisão, certidão do trânsito em julgado, aplicando-se a detração penal (art. 42, CP).

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral para cancelamento das inscrições.

Separem-se as armas para posterior remessa ao Comando da PMPE.

Encaminhem-se os BI's preenchidos ao IITB/PE.
Condeno os réus no pagamento das custas do processo, "pro rata"..

P.R.Intimem-se.

Paulista, aos 17 de setembro de 1999.

Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz de Direito

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 10

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>Pág.</i>
ADEILDO NUNES <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA • <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i> • <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.</i>	07 09	17 407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL • <i>PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.</i> • <i>UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.</i> • <i>LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.</i> • <i>DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.</i>	03 06 09 10	23 17 69 43
ALEXANDRE DA MAIA • <i>INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.</i> • <i>AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.</i>	03 09	43 39

<i>O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.</i>	10	25	ANTÔNIO VIDAL DE MORAES		
AGENOR FERREIRA DE LIMA			• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS.	06	491
• A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.	01	178	ARAKEN DE ASSIS		
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO			• ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.	04	28
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.	04	499	ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO		
ALBA MARIA PIRES BARBOSA			• O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.	01	123
• A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.	03	13	ARTUR STAMFORD		
• TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.	04	15	• AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)	07	43
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA			BRUNO GALINDO		
• MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.	07	29	• PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.	08	19
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO			CAETANO LAGRASTA NETO		
• ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.	03	63	• MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.	04	55
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES			• EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.	06	123
• EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.	05	17	• REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".	07	67
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO			CANDIDO RANGEL DINAMARCO		
• A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.	09	99	• A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	03	95
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO			CARINE DELGADO CAÚLA REIS		
• QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.	10	61	• ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.	09	125
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO			CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	49	• MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRACIONAL.	08	41
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN			CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO		
• REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.	05	33	• DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.	04	69
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO			CARLOS MORAES		
• SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.	06	61	• SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	08	443

<i>SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO.</i>	05	525
EDUARDO R. RABENHORST <i>SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".</i>	03	119
ELSON ZOPELLARO MACHADO • <i>DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.</i>	07	189
ELIANE DOS SANTOS MENDES MASCARENHAS <i>SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS.</i>	03	559
ELZANY CINTRA DE MORAIS <i>CURSO DE CRIMES.</i>	10	119
EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO <i>ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.</i>	06	181
EMÍLIO GARCIA MENDEZ • <i>ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).</i>	07	199
ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO • <i>A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO.</i>	02	201
• <i>FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO.</i>	05	127
ESMAPE EM 96.1 • <i>ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO.</i>	02	500
• <i>REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.</i>	07	213
EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI • <i>O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO.</i>	06	201
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA <i>O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE.</i>	08	107
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA • <i>DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.</i>	04	181

• <i>O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLOGICA.</i>	07	253
FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA • <i>A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.</i>	04	204
• <i>SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.</i>	06	523
FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE <i>A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLVIDOR - PAGADOR.</i>	09	159
FÁTIMA NANCY ANDRIGHI • <i>DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.</i>	01	9
• <i>REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.</i>	05	117
FLÁVIO AUGUSTO SANTOS DE LIMA • <i>A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.</i>	01	202
• <i>"NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.</i>	03	131
• <i>O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).</i>	05	215
• <i>O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.</i>	06	213
• <i>A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.</i>	07	291
• <i>COMPOSIÇÃO DE DANOS CÍVIS NAS INFRAÇÕES PENAIAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.</i>	08	121
• <i>CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?</i>	10	153
• <i>INDECLINABILIDADE DO JULGAR.</i>		
FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO • <i>PARECER CPRH.</i>	08	473
FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS • <i>MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.</i>	02	477
• <i>SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL.</i>	08	455
FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA <i>A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.</i>	04	167

FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES

- LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS. 05 237

GERALDO PRADO

- REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO. 04 222

GÜNTHER KAISER

- LA FUNCION DELA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL. 05 251

GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA

- JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO. 03 149
- OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999. 07 317

HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS

- I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS. 01 74
- PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. 02 240
- OS PRINCÍPIOS E O DIREITO. 03 177
- UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA. 03 185
- DA IGUALDADE. 05 269
- O INSS EM DEBATE. 06 243
- DE 88 EM DIANTE. 07 339

HIDELBRANDO CAMPESTRINI

- LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE. 02 90

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

- LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. 03 191

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

- AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98. 09 177

IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO

- SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. 09 431

INÊS CRISTINA SELBMANN

- UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO. 07 367
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS. 08 151
- SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO? 10 179

IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO

- CONCURSO DE PESSOAS. 08 169

ISAÍAS ANDRADE LINS NETO

- QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO. 09 203
- SENTENÇA CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. 10 395

ISABELLE AMORIM DE MORAES

- CONCURSO DE CRIMES. 08 195

IVAN LUIZ DA SILVA

- CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS. 05 315

IVO DANTAS

- SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO. 03 201

JACKSON BORGES DE ARAÚJO

- MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL. 03 571
- MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA. 06 533
- DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS. 07 383

JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA

- TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO. 03 215
- A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL. 06 249
- PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA. 08 223

JOÃO ALFREDO DOS ANJOS

- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO. 05 337

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

- FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA. 01 266

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

- A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER. 03 233
- MODERNIDADE E DIREITO. 06 255

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA					
• ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA DO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.	05	383			
• A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.	07	405			
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR					
• NÓS E OS JUÍZES.	05	357			
JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA					
• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.	01	230			
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.	02	467			
• SENTENÇA CÍVEL : AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.	03	589			
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.	05	545			
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.	09	457			
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.	10	409			
JOSÉ AUGUSTO DELGADO					
• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233			
JOSÉ DE MOURA ROCHA					
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).	03	261			
• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.	04	229			
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).	06	275			
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.	07	449			
JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS					
• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.	07	429			
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".	08	233			
• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.	09	211			
JOSÉ FERNANDES DE LEMOS					
• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÓMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.	03	603			
JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ					
• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.	02	339			
			• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.	05	405
			• O VALOR DA JUSTIÇA.	06	301
			• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.	07	481
JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ					
			• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.	03	287
JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA					
			• A FUNÇÃO DO JUIZ.	01	184
JOSÉ RENATO NALINI					
			• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.	01	211
			PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.	02	28
			• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.	03	325
			• A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.	06	337
JOSÉ SOARES FILHO					
			• ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.	01	107
			• O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.	04	259
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES					
			• LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.	02	262
			• SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	03	311
JOSÉ VIANA ULISSES FILHO					
			• ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.	01	145
			• LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.	02	310
			• O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.	03	355
			• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE	05	561
JUSTIÇA PÚBLICA					
			• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.	01	292
KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA					
			• O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.	10	209

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.	04	282
• POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.	07	501
LEOPOLDO DE ARAÚJO RAPOSO		
• DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.	02	490
LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO		
• PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.	03	625
LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES		
• O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.	08	247
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO		
• INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.	04	296
MARCELO A. RODRIGUES		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA		
• A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.	09	247
MARCO MACIEL		
• ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.	04	312
MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO		
• O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.	03	375
MARIA BETÂNIA SILVA		
• AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.	02	446
• UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.	04	318
• SOBRE A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.	07	511

MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO		
• CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.	08	299
• A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.	10	233
MARIA DLARA SIQUEIRA DE MELO BORGES		
• A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.	08	283
• AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.	09	267
MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA		
• O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10	263
MARUPIRAJA RAMOS RIBAS		
• DANOS MORAIS.	07	527
• SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.	09	475
MAURÍCIO RANDS		
• DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.	04	344
MAURÍCIO GOMM SANTOS		
• FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.	02	190
NALVA CRISTINA CAMPELLO		
• SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.	03	639
NAPOLEÃO TAVARES		
• APRESENTAÇÃO.	01	05
• APRESENTAÇÃO.	02	11
• APRESENTAÇÃO.	03	09
• APRESENTAÇÃO.	04	11
• APRESENTAÇÃO.	05	13
• APRESENTAÇÃO.	06	13
• AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.	06	549
NELSON SALDANHA		
• SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.	03	409
• EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.	04	356
• O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.	07	533
• DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.	08	317
NILDO NERY DOS SANTOS		
• AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.	01	99

• A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.	02	124
• DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.	04	371
06. FERNANDES		
• JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.	01	287
PALHARES MOREIRA REIS		
• O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.	09	283
PAULA OLIVEIRA MENDONÇA		
• PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.	09	301
PAULO LUIZ NETTO LÔBO		
• QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.	05	465
• IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.	06	361
PAULO CÉSAR MAIA PORTO		
• O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.	03	419
• PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.	05	439
PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA		
• DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.	02	374
RENATO PINHEIRO FILHO		
• O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.	10	305
RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA		
• O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).	04	386
RICARDO SILVEIRA RIBEIRO		
• CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL	10	281
RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS		
• A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.	01	407
• O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.	02	161

• O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.	04	413
ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES		
• LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.	08	335
ROBERTO MAGALHÃES		
• O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.	06	381
ROMUALDO MARQUES COSTA		
• PUNIBILIDADE E NORMA PENAL.	01	131
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME.	02	134
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA.	03	455
ROSA MARIA A. NERY		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LÍMITES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA		
• A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.	02	419
RUY TREZENA PATU JÚNIOR		
• CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.	01	421
• MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.	02	272
• A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO.	03	469
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.	04	544
SAMUEL HORACIO DE OLIVEIRA		
• JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.	09	343
SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA		
• A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.	02	393
SAULO RAMOS		
• REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	09	367
SOLANGE SOUTO		
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435

• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	79
SÉRGIO BERMUDES		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	391
SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA		
• A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.	04	429
SERGIO TORRES TEIXEIRA		
• A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE.	08	367
SIDNEY SANCHES		
• ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	03	511
SÍLVIO NEVES BAPTISTA		
• CONCEITO DO DIREITO CIVIL.	07	545
STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO		
• UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?	08	389
SYLVIO NEVES BAPTISTA		
• ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.	02	177
TEODOMIRO NORONHA CARDOZO		
• SENTENÇA PENAL.	10	427
VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS		
• A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.	03	527
• A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	04	449
• AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLOGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.	06	405
VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE		
• ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS.	06	425
• SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.	09	485
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	04	467

• A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.	06	457
• CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	08	403
WLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• FUNDAMENTOS DA DISCRICINARIÉDADE ADMINISTRATIVA.	07	563
WALBER DE MOURA AGRA		
• INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO.	10	331
ZÉLIO FURTADO DA SILVA		
• O CONTEÚDO SOCIOLOGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.	02	79
• A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO.	03	539
• DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE		
• ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.	05	469
DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	07	593
• A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.	10	359

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070