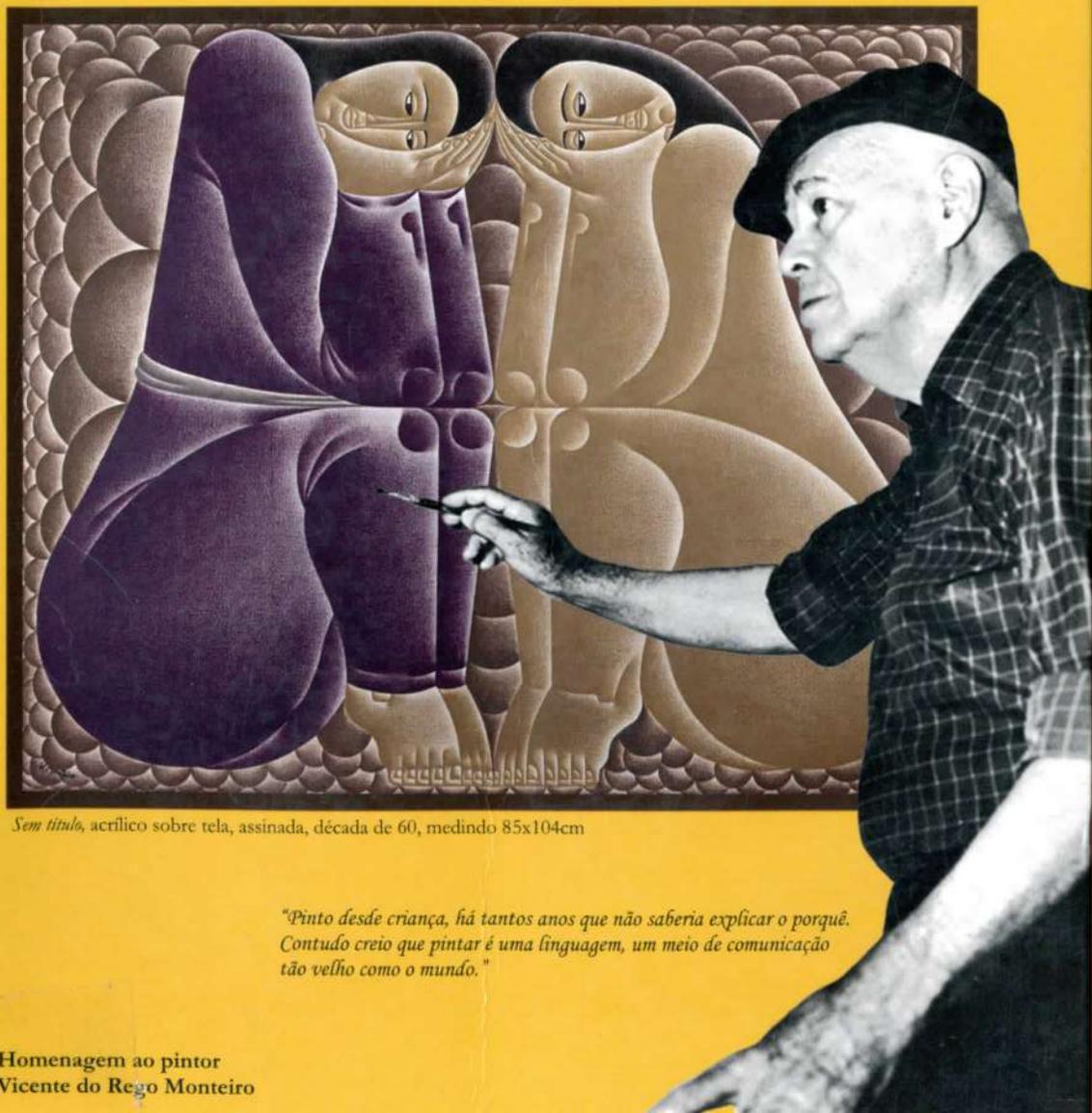


REVISTA DA ESMAPE

ISSN 1415-112X



VOLUME 14 • n. 30 • julho a dezembro 2009



Sem título, acrílico sobre tela, assinada, década de 60, medindo 85x104cm

"Pinto desde criança, há tantos anos que não saberia explicar o porquê. Contudo creio que pintar é uma linguagem, um meio de comunicação tão velho como o mundo."

Homenagem ao pintor
Vicente do Rego Monteiro

Idealizada pela diretoria da Associação de Magistrados de Pernambuco – AMEPE, em 1985, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE teve seus cursos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado, através da Resolução n.24, publicada no Diário Oficial do Estado, em 04 de abril de 1987.

A Escola funcionou inicialmente na Avenida João de Barros, no antigo Colégio Leão XIII. Depois passou para as dependências do Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley e Colégio Americano Batista, até adquirir sua sede própria, em 2004.

Hoje, a ESMAPE é a escolha certa para quem quer se aperfeiçoar. Com 20 anos de existência, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco oferece ferramentas para a formação e o aperfeiçoamento, tanto ético quanto profissional, de magistrados e demais operadores do Direito. Situada na Rua do Imperador Pedro II, 221 - Recife, a ESMAPE possui um leque variado de opções em Cursos de Pós-graduação Lato Sensu, além do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas.

Com uma infraestrutura dotada de biblioteca, lanchonete com terraço panorâmico e auditório, a ESMAPE promove também mini-cursos, palestras, simpósios, jornadas e congressos, regularmente, nos quais participam renomados expositores do Brasil e exterior.

Contando com um corpo docente altamente qualificado, composto de doutores, mestres e especialistas, a ESMAPE garante a qualidade dos seus serviços com pessoal comprometido, graduado e treinado.

Buscando fomentar o debate acadêmico e a produção intelectual, principalmente dos juristas pernambucanos, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco investe na edição de publicações como a Revista da ESMAPE, que se tornou uma referência editorial dentro e fora do Brasil.

Sintonizada com a celeridade do mundo moderno, a ESMAPE dispõe também do portal www.esmape.com.br, onde os magistrados e operadores do Direito podem acompanhar os acontecimentos do mundo jurídico, além de seu informativo institucional, o Esmape Notícias, que divulga os acontecimentos que fazem parte do dia-a-dia da Escola.



Av. Imperador Pedro II, 221 - Recife - PE
51010-000

Telefone: (51) 3441-1111



Volume 14 – Número 30
julho/dezembro – 2009

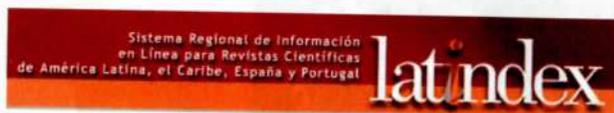
Publicação Científica e Semestral

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

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: autores e *Profa. Esp.* Euliene Staudinger
Diagramação: Joselma Firmino de Souza – DRT 3741-PE
Tiragem: 1200 exemplares

Imagens, gentilmente, cedidas pela Galeria Ranulpho.

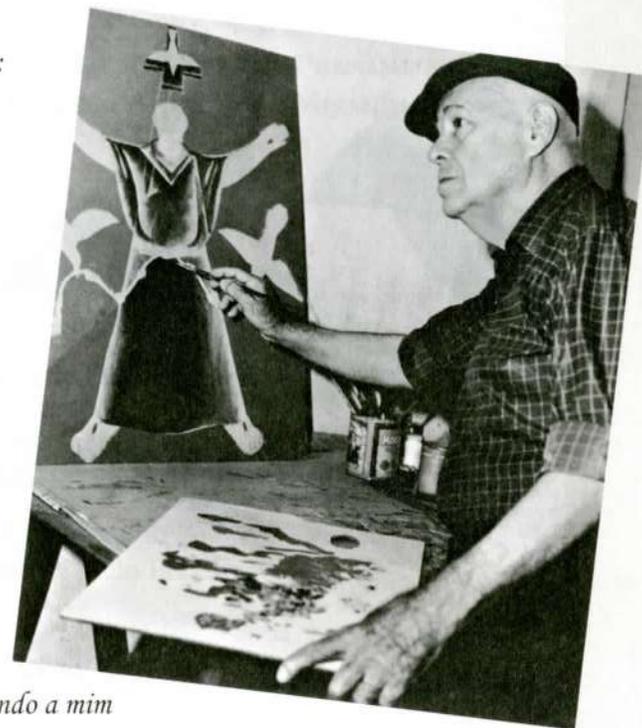
Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMape
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape
– Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMape, 1996 –
v. Semestral

I. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda. II ESMape

CDD 340.05

*“Eu vi teus bichos
mansos e domésticos:
Um motociclo,
gato e cachorro.
Estudei contigo
um planador
volante máquina
incerta e frágil.
Bebi da aguardente
que fabricaste
servida às vezes
numa leiteira.
Mas sobretudo
senti o susto
de tuas surpresas.
É por isso que quando a mim
alguém pergunta
tua profissão
não digo nunca
que és pintor
ou professor
(Palavras pobres que nada dizem de tais surpresas);
respondo sempre:
- É inventor,
trabalha ao ar livre de régua em punho,
janela aberta
sobre a manhã.”*



Poema de João Cabral de Mello Neto em homenagem a Vicente do Rego Monteiro, contida no livro “Engenheiros” (1945).

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA – ESMAPE

Biênio 2010 – 2011

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Diretor

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Vice-Diretor

Juiz Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Supervisor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor Adjunto

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Coordenadora do Curso de Preparação à Magistratura e das
Demais Carreiras Jurídicas

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão

Juíza Ana Carolina Avellar Diniz
Coordenadora dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Desembargador Mauro Alencar de Barros
Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Juiz Silvio Romero Beltrão
Coordenadores de Estudos Internacionais

Juiz José Alberto de Barros Freitas Filho
Coordenador da Assessoria Jurídica Virtual

Juíz Rafael Cavalcanti Lemos
Coordenador Adjunto da Assessoria Jurídica Virtual

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Coordenador da Infância e da Juventude

Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora dos Juizados Especiais

Presidente

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Membros

Profa. Dra. Ana Paula Costa e Silva

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Prof. Dr. Andreas Krell

Prof. Dr. Cláudio Brandão

Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão

Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Prof. Dr. Nelson Saldanha

Prof. Dr. Paulo Otero

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Profa. Dra. Sônia García Vásquez

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Coordenação Técnica e Editorial

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Editorial.....	13
<i>Editor's note</i>	
O Uso do Agravo de Instrumento em face de decisões judiciais omissivas	17
<i>The "agravo de instrumento" use against the omission judicial decisions</i>	
Alexandre Freire Pimentel	
Clóvis de Azevedo Paiva Neto	
Princípio da cooperação: uma perspectiva heraclitiana no processo civil	53
<i>The Principle of Cooperation: a heraclitian perspective in civil process</i>	
Alyson Rodrigo Correia Campos	
A repercussão geral e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal...	75
<i>The general repercussion and the Jurisprudence of Federal Supreme Court</i>	
Carlos Gadêlha Júnior	
A Hermenêutica filosófica de Schleiermacher a Gadamer.....	105
<i>The philosophical hermeneutics from schleiermacher to gadamer</i>	
Custódio Feitoza Amorim	
Direito fundamental à duração razoável no processo penal.....	127
<i>Basic right to the reasonable duration in the criminal proceeding</i>	
Danielle Vivianne Borges Miranda	
A ética e a função de julgar	159
<i>Ethics and Judgeship</i>	
Dayse de Vasconcelos Mayer	
A contribuição da Teoria da Imputação Objetiva para a responsabilidade civil do Estado pelos atos Jurisdicionais	179
<i>State's Civil Responsibility for Judiciary Actions Based on Objective Imputation Theory</i>	
Ingrid Gadelha de Andrade	

A criação e evolução histórica do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: limites aos poderes administrativos do Órgão Censor 211

Creation and the history of CNJ: Limits on administrative powers of the Censor Department

Irving William Chaves Holanda

A nova Lei de Mandado de Segurança e a ampliação das restrições de liminares contra o poder público..... 235

The new law for the writ of mandamus and the extension of the restrictions of the injunction against the government

José Viana Ulisses Filho

Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução 247

Emotional neglect: the focus of the issue to a third solution

Laura Maciel Freire de Azevedo

A cultura do medo e suas implicações na segurança pública e privada: Uma violação aos Direitos Humanos no Brasil..... 279

The culture of fear and its implications in public and private security: A violation to the human rights in Brazil

Maria das Dores Gonçalves da Silva Leite

A utilização retórica dos princípios sociais que regem os direitos obrigacionais dentro da atual perspectiva civilista 303

The rhetorical use of the social principles that lead the obligations in the current civil law

Patrícia Camilo Caetano Silva

Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias 323

Consumers and their legal relations with bank institutions

Roberto Grassi Neto

Interrupção terapêutica da gestação em fetos holoanencefálicos como garantia de direito 351

Anencephaly decriminalization

Teodomiro Noronha Cardozo

Elisabete C. S. Teixeira de Oliveira

A atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público: possibilidades e limites 379

National Councils of Justice and of Prosecuting Counsel normative Activity: possibilities and limits

Vandir Pereira de Souza

Proibição de excesso e proteção insuficiente: limites constitucionais à produção e manipulação de embriões 409

Prohibition of excess and insufficient protection: Constitutional limits to production and handling of embryos

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Normas para publicação de trabalhos 437

Há 110 anos nascia um dos mais completos nome pernambucano das artes plásticas. Esta edição da Revista da ESMape faz em sua capa uma justa homenagem a Vicente do Rego Monteiro, pintor, que apesar de ter passado grande parte da sua vida em Paris, não deixou de exercer sua brasilidade. Em suas obras, ele retratava imagens mitológicas que se misturavam com tradições da arte pernambucana, barroca e marajoara, em perfeita harmonia com a influência do cubismo da Escola de Paris.

Um dos precursores dos ideais da Semana de Arte Moderna de 1922, Vicente do Rego Monteiro foi um artista múltiplo, que além de se dedicar a pintura, também foi poeta, trabalhou com traduções e edições de livros e revistas. Mestre também na arte de viver, ele era conhecido pela alegria e disposição. Venceu concursos de dança de salão na Paris dos anos 20 e ainda arrumou tempo para fabricar a aguardente Gravatá, em Pernambuco.

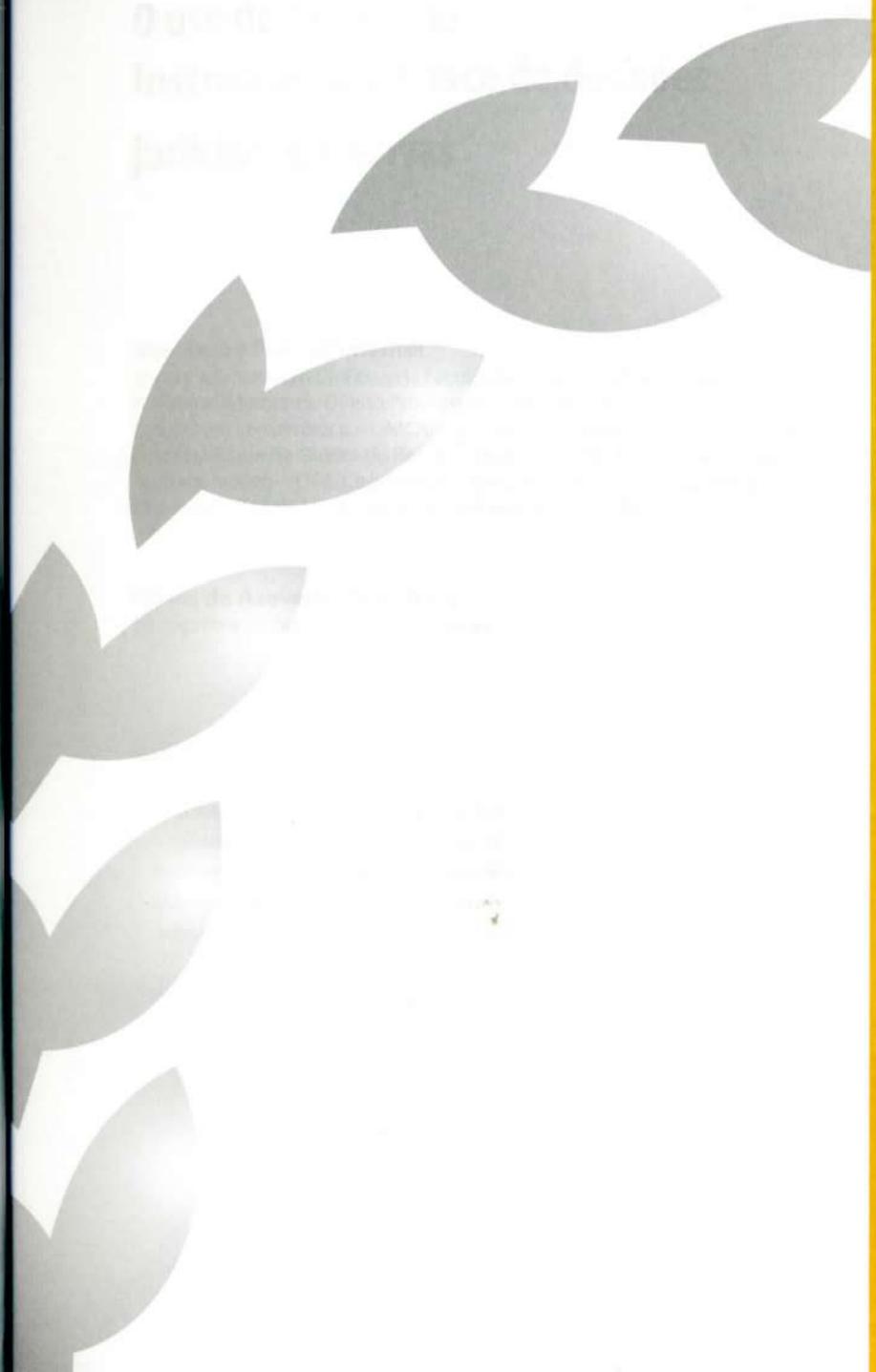
Somente o tempo foi capaz de fazer com que o Brasil percebesse a importância da obra de Vicente do Rego Monteiro. Apesar de ter sido o artista brasileiro mais bem sucedido em Paris na década de 20, seu trabalho não obteve o reconhecimento adequado no Brasil. Vítima de uma das maiores injustiças artísticas nacionais, a obra do pintor não foi enterrada junto com seu corpo, há quase 40 anos, permanecendo viva como umas das mais brilhantes já realizadas.

Em Pernambuco, a Galeria Ranulpho, que tanto contribuiu para a concretização desta homenagem, é uma grande divulgadora de Vicente do Rego Monteiro, apresentando às novas gerações de pernambucanos toda a genialidade artística desse inventor, termo adequado para descrevê-lo, segundo João Cabral de Mello Neto, sendo simplesmente pintor ou professor, palavras pobres, que não revelariam seu caráter.

Com a obra feita com tinta acrílica na década de 60 pelo talentoso pintor, a Revista da ESMape chega ao número 30, volume 14, referente a julho a dezembro de 2009, reconhecida como uma importante publicação acadêmica que divulga artigos de interesse jurídico.

Des. Leopoldo de Arruda Raposo

Diretor



Artigos

Articles

O uso do Agravo de Instrumento em face de decisões judiciais omissivas

Alexandre Freire Pimentel

Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife. Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Clóvis de Azevedo Paiva Neto

Advogado e administrador de empresas

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra omissões judiciais quanto à apreciação de pedidos de tutelas de urgência.

Palavras-chaves: Agravo de instrumento – omissão judicial.

1 Introdução

A problemática principal do presente trabalho gira em torno da possibilidade, ou não, da interposição de agravo de instrumento contra decisões de primeiro grau nas quais o magistrado não aprecia, imediatamente, pedidos de tutela de urgência.

O problema se traduz na situação de postergação judicial na apreciação de pedidos urgentes, quando os juízes, em vez de enfrentarem a questão posta, reservam-se para análise *a posteriori*, consignando, por exemplo, que se reservará para analisar o requerimento após a citação do réu e exaurimento do prazo para defesa.

Nesse contexto, impõe-se esclarecer se tais atitudes devem ou podem ser interpretadas como meros despachos de expediente, ou como decisões interlocutórias de conteúdo omissivo-indeferitório, isto é, decisões denegatórias do pedido de concessão da tutelas de urgência. Pretende-se, assim, verificar a possibilidade de impugnação de tais decisões através da interposição de agravo de instrumento, para que o tribunal *ad quem* possa vir a apreciar a questão e reformá-las, caso entenda estarem presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida urgente requerida.

Verificar-se-á, também, quando a situação se repete no âmbito do segundo de grau de jurisdição, isto é, quando também o relator de agravo de instrumento ou de ação de competência originária do tribunal adota a mesma postura omissiva diante de situação processual que impõe pronunciamento judicial imediato.

Para alguns, as atitudes acima aventadas nada mais seriam do que meros despachos de expediente, pelos quais os magistrados não estariam a decidir qualquer questão incidente, mas apenas a ordenar a citação/intimação do réu para posterior formação do seu livre convencimento. Neste caso, tais pronunciamentos jurisdicionais seriam irrecorríveis (CPC, art. 504).

Entretanto, parte da doutrina entende que tais atos judiciais con-substanciam-se em verdadeiras decisões interlocutórias, uma vez que o magistrado, ao se posicionar dessa maneira, diante de uma situação de urgência, termina por negar, ainda que implicitamente, a tutela jurisdicional requerida pela parte autora, sobretudo porque em certos casos a apreciação posterior seria fulminada pela perda superveniente de objeto.

Assim, uma vez identificado o objeto de estudo e a problematização respectiva, o objetivo do presente trabalho consiste em confrontar as posições doutrinárias contrapostas, a partir de uma perspectiva histórica dos recursos de agravo, para, em sucessivo, verificar o comportamento da construção pretoriana sobre o tema, e, ao cabo, tomar posição.

2 Origens históricas do recurso de agravo

O nosso recurso de agravo remonta às origens do direito português. No início, o recurso de apelação tinha por objeto o reexame de sentenças definitivas e interlocutórias.¹ Contudo, algumas sentenças eram proferidas por autoridades judiciárias de segunda instância, corregedores do reino português, juízes das Índias, dentre outros, ou até mesmo as do próprio rei que tinha competência para decidir as *querimonias* (queixas contra as sentenças dos juízes locais), contra as quais não se admitiam recursos.² Mas as partes sucumbentes, inconformadas com a decisão desfavorável, insistiam pela reforma das sentenças. E o conhecimento dessas *súplicas* originou o *agravo ordinário*. Este, por sua vez, inspirou-se na *suplicatio* romana e representa o primeiro agravo da história do direito

1 Como anota Moacyr Amaral Santos: "... sentenças definitivas havia, e não poucas – quais as dos corregedores da Corte, dos juizes das Índias, dos juizes dos alemães, dos ingleses, dos franceses, dos espanhóis, dos italianos, dos conservadores da Universidade de Coimbra, bem como as do rei, o qual, atendendo às querimas, ou querimonias, ainda em uso, decidia em grau de recurso oposto contra as sentenças dos juizes locais – que eram inapeláveis". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 8. ed. p. 126 e seguintes.

2 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo Agravo**: Lei nº 9.139, de 30/11/95. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 100. No mesmo sentido, SANTOS, op.cit. p.127.

processual luso-brasileiro.³ Ocorre que no reinado de Afonso IV, a apelação deixou de ser cabível contra sentenças interlocutórias, salvo em hipóteses excepcionais.⁴ As sentenças interlocutórias passaram a ser impugnadas através de *querimonias* dirigidas aos juízes de instância superior ou ao próprio rei. Então, logo em seguida, no reinado de D. Duarte essas queixas transformaram-se no recurso de **agravo de instrumento**.⁵

Em sucessivo à criação do agravo de instrumento, surgiu o **agravo de petição**, cujo processamento dava-se nos próprios autos do processo, ainda no primeiro grau de jurisdição. Depois, surgiu o **agravo no auto do processo**, admitido contra decisões proferidas no curso do processo referentes à ordem do procedimento e que pudessem influenciar no julgamento final. Na vigência das ordenações filipinas surgiu outra espécie de agravo: *agravo de ordenação não guardada* com o objetivo de preservar a garantia do cumprimento das formalidades extrínsecas do procedimento.⁶

Com a independência do Brasil, restaram cinco espécies de agravos: ordinário, de instrumento, de petição, no auto do processo, e de ordenação mal guardada. Os dois primeiros a serem abolidos foram: o agravo ordinário, através da Disposição Provisória de 29 de novembro de 1832; e o de ordenação mal guardada, pelo Reg. nº 143, de 15 de março de 1842. Mas a mesma Disposição Provisória, de 1832, que pôs fim ao agravo ordinário transformou os agravos: de instrumento e de petição, em agravo no auto do processo. Entretanto, estes dois agravos revogados voltaram à cena processual brasileira, ainda em 1841. O Regulamento 737, de 1850, que passou a reger o processo comercial, só admitiu os agravos de petição e de instrumento. Mas, como o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, determinou que se aplicasse ao processo civil

3 "Desde então distinguam-se os dois recursos: apelação, interponível contra a generalidade de sentenças definitivas ou interlocutórias; agravo ordinário, admitido nos casos previstos em lei". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. v. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1999., p. 124-5.

4 Por exceção, manteve-se o cabimento da apelação contra sentenças interlocutórias em duas situações: "... sentenças que tivessem força de definitivas e sentenças contivessem dano irreparável!". *Ibidem*.

5 "Com as Ordenações Manuelinas operou-se simplificação do agravo de instrumento, que se tornou cabível apenas para os casos em que o juízo recorrido ficasse a cinco léguas do juízo do recurso, situado na capital do Reino...". *Ibidem*.

6 Moacyr Amaral Santos elucida que este agravo podia ser processado tanto na forma de instrumento quanto na do agravo de petição. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 125.

o Regulamento 737/1850, o agravo no auto do processo foi extinto. Em seguida, o processo civil brasileiro passou a ser da competência dos Estados-membros. O primeiro código de processo civil federal (de 1939) ressuscitou o agravo no auto do processo. Em 1974, passou a vigor o atual CPC, que, por sua vez, também procedeu alterações no regime dos agravos. Para substituir o agravo no auto do processo foi revogado o agravo de petição e instituído o agravo retido e o legal (agravo interno).⁷

3 Espécies de agravo

São cinco as espécies de agravo existentes na legislação processual vigente: (i) o agravo interno; (ii) o agravo regimental; (iii) o agravo de petição, este atualmente em uso apenas no direito processual trabalhista; (iv) o agravo retido; e (v) o agravo de instrumento, espécie abordada com maior profundidade no presente estudo, ao passo que as demais espécies serão apenas rasteiramente definidas.

3.1 Agravo interno

O agravo interno, também denominado por parte da doutrina de agravo legal ou inominado, é o recurso cabível contra decisão singular proferida por magistrado de 2º grau, de natureza terminativa (denegatória de seguimento ou de provimento, bem como de concessão de provimento), isto é, não cabe contra decisões interlocutórias de segundo grau, mas só das que resolverem o recurso ou o incidente de conflito de competência.

São hipóteses de cabimento desta espécie de agravo: 1ª- no julgamento monocrático do conflito de competência, quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, caso em que o relator poderá decidir de plano o conflito, cabendo agravo, no

7 Sobre a evolução histórica do recurso de agravo, veja-se SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 124-127.

prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente (CPC, art. 120); 2ª- da decisão monocrática que não admitir os embargos infringentes, caso em que caberá agravo, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso (CPC, art. 532); 3ª- da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento interposto contra a decisão denegatória de recurso extraordinário ou especial, caso em que caberá agravo no prazo de cinco dias (CPC, art. 545); 4ª- quando o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557).

3.2 Agravo regimental

Esta espécie de agravo é instituída pelos regimentos internos dos tribunais, é cabível contra decisões interlocutórias, proferidas de forma isolada por magistrados de 2º grau. Em outras palavras, conforme ensina Mantovani Colares Cavalcante, “o agravo regimental é apenas um instrumento que a parte dispõe para submeter ao colegiado do tribunal as decisões individuais proferidas por membro do respectivo tribunal”, desde que não sejam desafiáveis pelo agravo interno, pode-se acrescentar.⁸ É que, sendo cabível o agravo interno, restará afastada a possibilidade de cabimento de agravo regimental. Logo, considerando as previsões constantes do CPC e de outras leis extravagantes que prevêem o cabimento de agravo interno para as decisões terminativas monocráticas de segundo grau, resta ao agravo regimental apenas as decisões monocráticas de cunho interlocutório.

8 CAVALCANTE, *apud* VIANA, Daiane Maria Oliveira. Do agravo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3584>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

3.3 Agravo de petição

O agravo de petição, previsto no Código de Processo Civil de 1939, era cabível para a impugnação das decisões que extinguíam o processo sem julgamento de mérito. Entretanto, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, tal espécie de agravo foi extinta no processo civil, remanescendo hoje exclusivamente para o direito processual trabalhista. Com efeito, o agravo de petição está atualmente previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mais precisamente em seu artigo nº 897, alínea “a”, e deve ser manejado contra as decisões proferidas no processo de execução trabalhista, para fins de impugnação da matéria e/ou valores contidos na referida execução.

3.4 Agravo retido

O agravo retido procura atender aos casos em que não há, por qualquer motivo, interesse na revisão imediata da decisão interlocutória atacada, pelo órgão *ad quem*, ou quando, por circunstâncias de ordem processual, é mais útil e recomendável – por questões de economia processual – a retenção nos autos do agravo interposto. Pouparam-se, neste caso, despesas que a parte agravante teria que arcar, bem como o trabalhoso ritual que envolve a interposição e o acompanhamento do agravo na sua forma instrumentalizada.⁹

Segundo Athos Gusmão Carneiro, o agravo retido deve ser utilizado naqueles casos em que:

(...) não tendo o litigante interesse maior na “imediate” reforma da decisão interlocutória a ele desfavorável, entende todavia prudente interpor, a fim de evitar preclusão, um recurso com eficácia diferida; ou seja, para ser conhecido e julgado (como preliminar da apelação) apenas

9 VIANA, Daiane Maria Oliveira. Do agravo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3584>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

se alguma das partes vier a apelar e se o interessado reiterar o agravo, expressamente, nas razões (se for ele o apelante) ou nas contra-razões (CPC, art. 522).¹⁰

Isto significa que, no agravo retido, a manifestação do inconformismo da parte agravante fica consignada no processo, o que impede a verificação da preclusão, contudo o agravo não é julgado de pronto pelo tribunal competente, mas apenas por ocasião da apreciação do recurso de apelação, e somente na hipótese de ser reiterado, pela parte agravante, em preliminar das razões ou das contra-razões da apelação.

Além disso, esclareça-se que o prazo para interposição do agravo retido variará conforme a hipótese concreta constada. Deve ser interposto no prazo de 10 dias, tendo a parte adversa também 10 dias para apresentar suas contra-razões (§ 2º do artigo 523¹¹ do Código de Processo Civil), sempre que a decisão agravável não tiver sido prolatada em audiência. Porém, sempre que a decisão agravável for proferida em audiência, a interposição do agravo retido deve ser imediata (§ 3º do artigo 523¹²), hipótese na qual a parte adversa também deverá apresentar suas contra-razões imediatamente, de forma oral.

No tocante à interposição do agravo retido nas decisões proferidas em audiência, merece destaque a posição de Athos Gusmão Carneiro, segundo a qual desde a vigência da Lei nº 10.352/2001, que alterou o § 3º do artigo 523 do Código de Processo Civil:

(...) o agravo deve ser interposto não apenas oralmente, mas “oral e imediatamente”. Assim, das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, não é mais concedido o prazo de dez dias para

10 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do recurso de agravo ante a lei nº 11.187/2005*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, a 54, n. 339, p. 11, jan. 2006.

11 BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 523. (...) § 2º. Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de dez dias, o juiz poderá reformar sua decisão. **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.362.

12 BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. § 3º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante. **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.362.

o recurso; caso não interposto de imediato, o agravo não poderá ser manifestado pela forma retida.¹³

O eminente autor sustenta, entretanto, que caso não seja interposto o agravo retido oral e imediatamente, no bojo da audiência, e embora este não possa mais ser interposto, haverá casos em que será possível a interposição do recurso de agravo na forma instrumentalizada, no prazo de dez dias, a teor do artigo 522 do Código de Processo Civil, embora tal modalidade não esteja expressamente prevista no referido § 3º.¹⁴

Isto porque, como bem pondera o autor, casos haverá em que:

(...) a demora inerente ao agravo retido imporá o emprego, como recurso processual útil, do agravo por instrumento. A não ser assim, veremos o ressurgimento do mandado de segurança, como anômalo sucedâneo recursal...¹⁵

Por tais razões é que o ilustre processualista arremata:

Bem pensando, o recurso-padrão das interlocutórias era, e continuará a ser, o agravo por instrumento, permissivo de uma breve solução da questão incidental, mantendo-se o agravo retido numa posição ancilar, empregado em hipóteses de menor importância.¹⁶

As alterações legislativas promovidas no ano de 2005, a partir da vigência da Lei nº 11.187/2005, corroboram as asserções acima transcritas, na medida em que a interposição do agravo retido passou a ser a

13 CARNEIRO, op. cit., p.16.

14 *Ibid.*, p.20. Na página 16 da mesma obra, Athos Gusmão Carneiro defende que a melhor redação para o § 3º do artigo 523 seria a seguinte: “Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, o agravo, quando pela forma retida, deverá ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante e do agravado”, pois segundo ele esta redação não levaria ao equívoco de supor que o agravo, nesta hipótese, deva ser necessariamente interposto pela forma retida.

15 CARNEIRO, op. cit., p. 21.

16 *Ibid.*, p. 21.

regra, enquanto que o manejo do agravo de instrumento ficou restrito às hipóteses previstas no artigo 522 do Código de Processo Civil, como poderá ser observado detalhadamente mais adiante.

Essas observações acerca dessas outras espécies de agravo são pertinentes com a temática aqui abordada, pois é possível que ocorra uma situação de urgência no primeiro grau e que o juiz *a quo* deixe de apreciar o pedido de liminar que postule, por exemplo, pela concessão de antecipação dos efeitos da tutela para remoção de paciente que esteja a necessitar de leito de UTI (devidamente comprovada a situação por laudo médico) inexistente na rede de saúde pública. Imagine-se que numa tal hipótese o juiz de primeira instância reserve-se para apreciar o pedido após a ouvida da parte adversa. Nesse caso, terá havido a denegação da prestação jurisdicional como se expressamente negada fosse a liminar, cabendo agravo de instrumento. Mas, se o relator do agravo de instrumento também se recusar a apreciar o pedido de liminar, até a formação do contraditório, caberá recurso contra tal decisão. E o recurso adequado, nesse caso, seria o agravo regimental.

Noutra hipótese, se uma situação de urgência surgir no curso do procedimento de primeiro grau, incidentalmente, e houver requerimento oral de concessão de antecipação dos efeitos da tutela em audiência de instrução e julgamento, por exemplo, e se o juiz não o apreciar ou o denegar, caberá agravo de instrumento, não obstante a decisão tenha sido prolatada em audiência de instrução e julgamento, em razão da urgência que o caso impõe para ser solucionado. Passemos, portanto, à análise dessa espécie de agravo.

3.5 Agravo de instrumento

O agravo de instrumento é a espécie de agravo que deve ser interposto nos casos em que a decisão interlocutória impugnada possa causar à parte agravante lesão grave e de difícil reparação, ainda que a decisão tenha sido tomada em audiência de instrução e julgamento ou audiência preliminar,

ou, ainda, nos casos de inadmissão do recurso de apelação e nos casos de decisões equivocadas sobre a atribuição de efeitos à apelação no âmbito do juízo de admissibilidade do primeiro grau de jurisdição. Conforme dispõe o caput do art. 522 do Código de Processo Civil:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

(...)

Assim, nota-se que, além dos casos de inadmissão da apelação e dos relativos aos efeitos em que for recebida, o principal pressuposto para a utilização do agravo de instrumento como meio de impugnação de decisão interlocutória, diferenciando-o do agravo retido, é a urgência demonstrada em cada situação, isto é, a possibilidade de dano imediato à parte.

Por tal motivo, por ocasião da interposição do agravo de instrumento, e em virtude da urgência, deve o referido recurso abranger toda a matéria de fato e de direito relativa à decisão interlocutória que a parte agravante deseja ver reformada. A matéria de fato seria, então, a equivocada interpretação, por parte do magistrado de primeiro grau, dos fatos narrados pela parte agravante. Já a matéria de direito apresenta-se como a equivocada aplicação do direito pertinente ao caso concreto.

Neste esteio, caso não observadas essas formalidades iniciais, o relator, no tribunal, poderá declarar o agravo de instrumento inadmissível, quando não cumprir tal obrigação processual, bem como dar-lhe provimento ou julgá-lo improcedente, quando não for demonstrada a razão meritória. Pode ainda o relator julgar o agravo de instrumento prejudicado, se constatada a retratação do juízo *a quo* ou por outra questão ter sido decidida gerando o efeito da sua perda de objeto.¹⁷

¹⁷ AUGUSTO, Antônio Rodrigues de Lemos. Agravo de instrumento: a eterna polêmica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6960>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

Outra particularidade do agravo de instrumento em relação às demais espécies do gênero dos agravos, é que ele deve ser interposto diretamente perante o tribunal competente para julgá-lo e não no mesmo grau de jurisdição, processando-se assim em autos apartados.¹⁸ Assim, o juízo de admissibilidade do agravo de instrumento não é feito pelo juízo de primeiro grau (impugnado), mas sim pelo juízo *ad quem*, que terá competência para julgar o agravo de instrumento.

Por tais motivos, deve o agravo de instrumento ser instruído (entenda-se: instrumentalizado) com todas as peças e documentos previstos no artigo 525 do Código de Processo Civil, documentos estes que representam requisitos de admissibilidade da regularidade formal do recurso de agravo de instrumento.

Ainda na hipótese de agravo de instrumento, e justamente por ser interposto diretamente no tribunal competente para julgá-lo, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 526, a necessidade de juntada pelo agravante aos autos do processo originário, no prazo de 3 (três) dias, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, bem como a relação de documentos que instruíram o recurso. A respeito de tal previsão legal, será ela também abordada mais adiante, em item específico do presente trabalho. Antes, contudo, verificar-se-ão mais a miúdo as alterações legislativas ocorridas nessa espécie recursal.

4 Alterações legislativas ocorridas no agravo de instrumento

Ao longo das últimas décadas, mais precisamente do ano de 1973, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil atual, até os dias de hoje, importantes alterações relativas ao agravo foram introduzidas

18 Observe-se que o agravo de instrumento previsto no CPC, art. 545 apesar de ser interposto perante o mesmo tribunal que denegou seguimento ao recurso extraordinário ou especial, isso só acontece para facilitar a interposição, porquanto a presidência ou vice-presidência do tribunal local não faz qualquer juízo de admissibilidade sobre ele.

na legislação de regência. De início, destaca-se que ao entrar em vigor, o Código de Processo Civil previa apenas duas espécies para o agravo: o agravo retido, previsto nos artigos 522 e 523, e o agravo de instrumento, previsto também no artigo 522 e no artigo 524. Até então, o agravo de instrumento era interposto no primeiro grau de jurisdição, e seguia procedimento que requeria a formação das peças a serem instrumentalizadas, bem como ouvida da parte contrária. Somente depois é que o juiz – de primeiro grau – fazia o juízo de retratação e remetia os autos ao tribunal *ad quem*. O rito era tão moroso que a jurisprudência admitiu de forma pacífica o uso do mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento, isto é, o agravante, para obter imediatamente o efeito suspensivo da decisão interlocutória impugnada, tinha de impetrar mandado de segurança perante o tribunal *ad quem* a fim de que o relator apreciasse o requerimento de concessão de efeito suspensivo. Tal sistemática, com acerto, teve de ser modificada.

A primeira alteração legislativa relevante ocorreu no ano de 1995, com a entrada em vigor da Lei nº 9.139, que introduziu no ordenamento jurídico, entre outras novidades, a possibilidade do relator do agravo de instrumento atribuir a tal recurso efeito suspensivo, nas hipóteses previstas no artigo 558¹⁹ Código de Processo Civil, aí incluídos os casos que possam resultar em lesão grave e de difícil reparação, bem como a emprestar-lhe o chamado “efeito ativo”, que nada mais é do que adiantamento, total ou parcial, da tutela recursal negada em primeiro grau²⁰, nos termos do artigo 527, III²¹, do Código de Processo Civil. Desde então, não é mais admissível o uso do mandado de segurança para se emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento, pois tal recurso passou a ser interposto diretamente no segundo grau e o relator respec-

19 BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (...) **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.365.

20 CARNEIRO, *op. cit.*, p. 11.

21 BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (...) III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (artigo 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão (...). **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.362.

tivo passou a poder deferir o efeito suspensivo no âmbito do próprio recurso. Passou-se a fazer num único processo (agravo de instrumento) o que, até então, requerida dois: o agravo de instrumento no primeiro grau e o mandado de segurança no segundo.

Contudo, deve-se destacar que o art. 558, em sua antiga redação, já trazia as hipóteses nas quais o agravo de instrumento teria efeito suspensivo, como observa Teresa Arruda Alvim Wambier. Porém, antes da reforma de 1995, o rol de tais hipóteses era taxativo, ou seja, o agravo de instrumento só poderia ter efeito suspensivo naquelas hipóteses rigorosamente elencadas pela antiga redação do artigo 558, e observando o procedimento de tramitação prévia no primeiro grau²². Nesse sistema inicial tanto o relator quanto o próprio juiz da causa podiam atribuir efeito suspensivo ao agravo, entretanto se tal possibilidade tivesse logrado a mais mínima eficácia a lei não careceria de alteração, até porque se o próprio juiz da causa foi quem deferiu a decisão agravada a sua suspensão era pouquíssimo provável e o relator do agravo só tomava conhecimento da causa após todo o trâmite de primeiro grau, que não raro levava mais de mês para ser concluído, não se prestando, conseqüentemente, para resolver situações de urgência, daí porque o mandado de segurança era o meio mais eficaz para a obtenção do efeito suspensivo.

Assim, a alteração introduzida na sistemática do agravo de instrumento pela Lei nº 9.139/1995, que permitiu sua interposição diretamente ao tribunal *ad quem* competente para o julgamento, diferentemente do que ocorria até então, quando o agravo de instrumento deveria ser interposto perante o próprio juízo de primeiro grau que prolatou a decisão agravada (juízo recorrido), foi fundamental para dotar o procedimento desse recurso de celeridade e, via de conseqüência, de eficácia tempestiva. A propósito, José Eduardo Carreira Alvim observa a burocracia desnecessária que havia no procedimento do recurso de agravo de instrumento na primeira instância, à medida que o juiz da causa iria:

22 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 351

(...) recebê-lo, processá-lo e também julgá-lo, dado que podia exercer o juízo de retratação. Só era encaminhado ao tribunal pelo escrivão, se mantida a decisão ou, se reformada, houvesse pedido do agravado.²³

Tal mudança visou, precipuamente, conferir celeridade e eficiência no processamento e julgamento do agravo de instrumento, com a finalidade de evitar que, como bem esclarece José Eduardo Carreira Alvim, “(...) não viesse a ser julgado, no tribunal, quando já houvesse a causa sido decidida na inferior instância.”²⁴ Além disso, esse autor ainda acrescenta que:

(...) o grande propósito da reforma – admitindo a interposição do agravo diretamente no tribunal – foi evitar que, em face da sua lentidão procedimental, o mandado de segurança continuasse sendo manejado para coibir danos de difícil ou incerta reparação, nas inúmeras hipóteses de decisões abusivas ou teratológicas, que, por não encontrarem eficaz proteção na lei, buscavam no *mandamus* a sua correção.²⁵

Outorgou-se ao relator a possibilidade de atribuir efeito suspensivo e/ou efeito suspensivo/ativo ao agravo de instrumento, esvaziando-se assim o manejo do mandado de segurança, que possuía objetivo idêntico, mas que restava apensado aos autos do agravo quando chegava ao tribunal *ad quem*.²⁶

Ainda no tocante às alterações legislativas relativas ao recurso de agravo no ordenamento processual pátrio, também merecem destaque as importantes modificações trazidas pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, e cuja vigência se deu a partir de 27 de março de 2002. Dentre tais modificações, tem-se, primeiramente, o estabelecimento do prazo de 10 dias para a resposta da parte agravada nos casos de agravo retido, posto que seria inconcebível, como acontecia até tal mudança, que o prazo para a parte agravante interpor tal recurso fosse de 10 dias,

23 ALVIM, op. cit., p. 100.

24 *Ibid.*, p. 43.

25 *Ibid.*, p. 43.

26 *Ibid.*, p. 44.

enquanto o prazo para o agravado responder fosse de apenas cinco dias.²⁷ Assim, por força de tal modificação, passou o artigo 523, § 2º, a ter a seguinte redação:

Art. 523. (...)

§ 2º. Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

Outra alteração relevante promovida pela mesma Lei nº 10.352/2001 consistiu na redação do inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil, que facultou ao relator do agravo de instrumento no tribunal *ad quem* a sua conversão em agravo retido, exceto nas hipóteses de provisão jurisdicional de urgência ou quando tal conversão pudesse impor à parte agravante lesão grave e de difícil ou incerta reparação. A finalidade de tal modificação não era outra que não a diminuição do número de agravos instrumentalizados interpostos perante os tribunais, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário de segundo grau, embora sem muito sucesso²⁸. Tanto é assim que, em 2005, a redação do inciso II do artigo 527 foi novamente alterada, desta vez pela Lei nº 11.187/2005, como será observado mais adiante.

Por fim, outra importante modificação trazida pela Lei nº 10.352/2001 foi a criação do parágrafo único do art. 526 do Código de Processo Civil, que prevê a inadmissibilidade do recurso de agravo se o agravante, no prazo de 3 dias, não apresentar, perante o juízo *a quo*, cópia da petição do agravo e da comprovação de que o mesmo foi interposto, conforme se observa da redação do referido dispositivo:

Art. 526. O agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

27 VIANA, Daiane Maria Oliveira. Do agravo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3584>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

28 Idem.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Tal hipótese, segundo nos parece, não se apresenta como caso de inadmissibilidade do recurso, pois esse juízo já foi perpetrado pelo relator quando recepcionou o agravo de instrumento. A situação resta mais adequada à hipótese de negativa de seguimento de recurso já admitido por falta de interesse processual superveniente do agravante, do que à pretendida inadmissibilidade de algo que já havia sido admitido.

Pois bem, no andar das reformas do agravo de instrumento, no ano de 2005, com a entrada em vigor da já mencionada Lei nº 11.187, de 19 de outubro daquele ano, ocorreram as mais recentes alterações relativas ao instituto em questão. Esta visou a correção de erros que haviam resistido às alterações anteriores, bem como dar ainda mais importância ao agravo retido, que passou a ser a regra cabível na maioria dos casos de impugnação de decisões interlocutórias, deixando o agravo de instrumento, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, apenas “para os casos de provimentos judiciais de urgência, capazes de resultar em prováveis danos graves”.²⁹ Assim é que o inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil passa a ter a seguinte redação a partir da vigência da Lei nº 11.187/2005:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

(...)

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

(...)

29 CARNEIRO, op. cit., p. 14.

Reforçando-se tal entendimento, nota-se, da leitura do dispositivo acima transcrito, que a expressão “poderá converter” foi substituída, por força das alterações introduzidas pela Lei nº 11.187/2005, pela expressão “converterá”, de conotação indubitavelmente imperativa, pois não se trata de faculdade, mas dever do relator. A respeito de tal modificação, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que

(...) o relator deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido. No sistema anterior, a redação revogada do CPC 527 II dava ao relator a faculdade de converter o agravo de instrumento em retido. No novo regime, entretanto, existe obrigatoriedade de o relator converter, quando presentes os pressupostos legais determinadores dessa conversão (...).

Mas os relatores dos agravos de instrumento devem ficar atentos às tentativas de se ressuscitar a possibilidade de aceitação tardia de um agravo retido quando o prazo já havia se escoado. Explica-se: é que o atual sistema, como visto acima, estabelece que as decisões interlocutórias prolatadas em audiência de instrução e julgamento devem ser desafiadas por agravo retido, salvo se delas resultar risco de dano iminente à parte. Assim, não sendo caso de dano imediato, as interlocutórias concedidas nessas situações devem ser impugnadas imediatamente, oralmente, sob pena de preclusão consumativa e temporal. Todavia, há registros de casos nos quais os advogados não impugnam essas decisões na própria audiência e interpõem o agravo de instrumento, no prazo de dez dias, visando à obtenção da conversão para agravo retido e, via de conseqüência, lograr o prazo que haviam perdido quando não se recorreu oralmente na audiência. Deve-se observar que não é cabível a conversão nessas situações de agravos de instrumento em agravos retidos, pelo menos por duas razões: primeiro, porque o prazo já se consumou e o recurso é intempestivo; e, segundo, porque o recurso de agravo de instrumento não é adequado para a situação, faltando mais um pressuposto recursal de admissibilidade.

Por fim, ainda no tocante às relevantes alterações trazidas pela Lei nº 11.187/2005, merece, ainda, realce a previsão do parágrafo único do artigo 527³⁰ do Código de Processo Civil, que considerou irrecorrível a decisão do relator que converte o agravo de instrumento em retido (inciso II do artigo 527), bem como a decisão do relator que suspende a eficácia da decisão agravada – concedendo efeito suspensivo ao agravo – ou que antecipa a tutela requerida no recurso de agravo – concedendo o chamado efeito ativo ao mesmo (inciso III do artigo 527).³¹ Inadmissível a irrecorribilidade dessas decisões. As razões que justificam o inconformismo com as decisões do juiz de primeiro grau aplicam-se, igualmente, às decisões tomadas pelos relatores de forma monocrática. Razão pela qual os tribunais resolveram admitir o cabimento do agravo regimental nessas situações, o que demonstra o erro do legislador em haver suprimido a possibilidade de agravo legal (interno) antes possível. Passemos, agora, à análise do cabimento do agravo de instrumento.

5 Do cabimento do agravo de instrumento

As decisões interlocutórias, assim entendidas aquelas pelas quais “o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (CPC, art. 162, § 2º), são impugnáveis por meio do recurso de agravo retido (se delas não advierem dano imediato) ou de instrumento (se gerarem risco de dano iminente). As decisões interlocutórias podem ainda ser simples ou mistas, sendo que, como bem leciona José Eduardo Carreira Alvim:

(...) O núcleo da distinção entre a interlocutória simples e a mista reside exatamente no conteúdo da decisão que encerram: se a questão resolvida for de índole exclusivamente processual, será interlocutória simples; se a decisão extravasar os lindes estritamente processuais, atingindo a questão material entre as partes, será interlocutória mista.³²

30 BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 527. (...) Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar. **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.363.

31 CARNEIRO, op. cit., p. 21.

32 ALVIM, op. cit., p. 26. E justamente por ser proferida no curso do processo é que chama-se de interlocutória, ou seja, sem o encerramento do processo. A respeito da definição de decisão interlocutória, observe-se também

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o agravo de instrumento é “o recurso cabível contra as decisões interlocutórias, ou seja, contra os atos pelos quais o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.³³ E, ainda na lição de Amaral Santos:

Chama-se agravo porque é recurso destinado a impugnar ato decisório do juiz, causador de gravame ou prejuízo ao litigante, e de instrumento porque, diversamente dos demais recursos, não se processa nos próprios autos em que foi proferida a decisão impugnada, mas sim em autos apartados...³⁴

Porém, segundo a atual sistemática, é imperioso ressaltar que o agravo de instrumento é o recurso destinado à impugnação das decisões interlocutórias, que não sejam impugnáveis por agravo retido, isto é, aquelas que acarretem risco de dano imediato. Reforce-se, portanto, acerca do cabimento do agravo de instrumento, que o artigo 522 do CPC é cristalino ao estabelecer, como regra, a interposição do agravo retido como meio de impugnação das decisões interlocutórias, sendo cabível a interposição do agravo de instrumento apenas nas hipóteses de (i) decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (ii) inadmissão da apelação; e (iii) dos efeitos em que a apelação é recebida. Appropriada, nos parece, a observação feita por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que, com propriedade, alertam que esses casos devem ser tratados “(...) como medidas de exceção, as hipóteses devem ser interpretadas restritivamente, o que significa que não admitem interpretação extensiva.”³⁵

o que lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Segundo o sistema recursal do CPC, decisão interlocutória é o pronunciamento do juiz que, não colocando fim ao processo, resolve questão incidente ou provoca algum gravame à parte ou interessado (CPC 162 § 2º). Ainda que decida questão de mérito, se a decisão não colocar fim ao processo é interlocutória, impugnável pelo recurso de agravo, como por exemplo ocorre quando o juiz pronuncia a prescrição relativamente a um dos litisconsortes passivos, prosseguindo o processo contra os demais. O conteúdo do ato é relevante mas não suficiente para qualificá-lo, importando também a finalidade do mesmo ato: se tem o conteúdo do CPC 267 ou 269 e, também, extingue o processo, é sentença; se contém matéria do CPC 267 ou 269 mas não extingue o processo e sim resolve questão incidente, é decisão interlocutória”. NERY JÚNIOR; NERY, op. cit., p. 757.

33 AUGUSTO, Antônio Rodrigues de Lemos. Agravo de instrumento: a eterna polêmica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6960>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

34 SANTOS, op. cit., p. 129.

35 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 757.

Com relação à primeira hipótese de cabimento do agravo de instrumento prevista no caput do artigo 522 do Código de Processo Civil, a saber, lesão grave e de difícil reparação, que constitui o objeto central de nossa análise, observa Athos Gusmão Carneiro que o emprego do agravo retido seria ineficaz.³⁶ Nestes casos, a verificação de tal requisito legal – lesão grave e de difícil reparação – há de ser feita pelo relator responsável pelo julgamento do agravo de instrumento no tribunal. Entretanto, não restam dúvidas de que sempre que se fizer necessário provimento urgente, como em geral ocorre nos pedidos de concessão de liminar, será cabível a interposição do agravo sob a forma de instrumento, não havendo interesse recursal no agravo retido. Isto porque, como bem esclarece o eminente autor:

As decisões de adiantamento dos efeitos da tutela, a toda evidência e dado seu caráter satisfativo, somente comportam o agravo por instrumento; o propósito da tutela antecipada é, com efeito, superar de imediato os possíveis efeitos deletérios ao direito da parte, decorrentes do tempo em que o processo corre (ou lentamente marcha...) em juízo (CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 6ª ed. Forense, 2005). O adiantamento tardio equivalerá, freqüentes vezes, ao não-adiantamento³⁷.

Por outro lado, caso o relator entenda que não restou configurada, nas razões do agravo, a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, deve ele relator, a teor do artigo 527, II³⁸, do Código de

36 “... conforme o caso, o emprego do agravo retido poderá revelar-se ineficaz; realmente, é com freqüência necessário que o (alegado) gravame seja de logo examinado e (se procedentes as alegações do recorrente) afastado, pois quaisquer providências mais tardias serão inoperantes naquelas hipóteses em que o dano venha a qualificar-se como irreparável, ou de reparação difícil e incompleta”. CARNEIRO, op. cit., p. 14. Mais adiante, continua o ilustre autor ponderando que: “Se um inventariante é sem justo motivo destituído; se o levantamento de dinheiro é autorizado sem garantia eficaz de sua eventual restituição futura; se uma perícia é denegada e os vestígios do ilícito irão desaparecer em breve; se a ação reconvenicional é pelo juiz tida como inadmissível; se não é autorizada a alienação imediata de mercadoria perecível, etc., nestes e em tantos outros casos não fará sentido a interposição do agravo retido, porquanto seu eventual provimento por ocasião do julgamento em 2º grau não teria o condão de desfazer, de reverter a situação danosa já criada ou ocorrida”, idem.

37 CARNEIRO, op. cit., p. 20.

38 BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (...) II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa. (...) **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006. p.362.

Processo Civil, converter o agravo de instrumento em agravo retido, remetendo os autos para o juízo de primeiro grau, não cabendo recurso contra tal decisão.³⁹ Reitere-se que deve o relator observar se não se trata de tentativa de ressurreição de agravo retido intempestivo, como alertamos acima.

Além das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento acima referidas, e que estão previstas no artigo 522 do Código de Processo Civil, a doutrina ainda aponta outras nas quais se tem admitido o agravo de instrumento, em razão da inexistência, no ordenamento jurídico vigente, do recurso de *apelação por instrumento*. Um dos exemplos citados é a decisão que indefere a petição inicial da reconvenção, pois, neste caso, mesmo tendo a reconvenção natureza de ação, a jurisprudência, pacificamente, admite a utilização do agravo de instrumento, por questão de ordem prática, uma vez que se se admitisse o recurso de apelação, os autos subiriam ao tribunal por completo, atrapalhando assim o andamento da ação principal.

Athos Gusmão Carneiro anota outra hipótese de cabimento do agravo de instrumento, com fundamento distinto do CPC, art. 522, e que seria a da decisão que não admite a intervenção de terceiros – o assistente, por exemplo – pois neste caso de nada adiantaria ao terceiro uma assistência deferida apenas por ocasião da apelação, quando o processo já terá sido julgado.⁴⁰ Contudo, nos parece que essas hipóteses estão sim previstas no dispositivo que condiciona a aceitação do agravo instrumentalizado à comprovação de dano iminente, porquanto parece-nos indubitável que elas acarretam inequívoco risco de dano imediato à parte.

39 Em sentido contrário, parte da doutrina vem admitindo a interposição de Mandado de Segurança ou de Agravo Regimental contra tal decisão. Neste sentido: GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Tutela efetiva**: Garantia constitucional de justiça eficiente. Recife, 2006. p. 48-51.

40 CARNEIRO, op. cit., p. 20.

6 Enquadramento da omissão judicial no conceito de decisão interlocutória

Superada a questão relativa à definição de decisão interlocutória, passa-se à análise do ponto principal do presente trabalho, qual seja, o possível enquadramento da não apreciação judicial como decisão interlocutória omissiva, bem como a jurisprudência pátria acerca do tema.

Como já visto alhures, em muitos casos existe para a parte autora em processo judicial a necessidade de uma prestação jurisdicional urgente. Nesses casos, não há outro caminho que não seja, quando da interposição da ação judicial, requerer a antecipação dos efeitos da tutela ou postular por medida cautelar, através de pedido liminar, levando-se ao conhecimento do Poder Judiciário, nesta ocasião, todos os elementos fáticos e legais que justifiquem tal pedido, notadamente a existência dos requisitos específicos exigidos em lei.

Assim, preenchidos tais requisitos, não há dúvidas de que assiste à parte o direito subjetivo de ver concedida a medida liminar requerida na peça exordial, sobretudo se presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Por outro lado, se ausente qualquer desses requisitos, deve o juiz de primeiro grau negar (expressamente) a antecipação dos efeitos da tutela ou a medida cautelar, conforme o caso. Em outras palavras, significa dizer que, ao se deparar com um pedido de tutela de urgência formulado pelo autor em sua peça inicial, deve o juízo *a quo* analisá-lo e, caso se convença da presença dos requisitos autorizadores de tal medida, concedê-la, ao passo que, por outro lado, em não se convencendo acerca dos argumentos lançados pela parte autora, deve indeferir tal pedido, mas não se abster em decidir e reservar-se para após a formação do contraditório.

Portanto, se por qualquer motivo o magistrado de primeiro grau não se convencer das alegações levantadas pelo autor, ou entender que não estejam presentes quaisquer dos requisitos previstos em lei para o deferimento da tutela de urgência, deve indeferir o pedido, abrindo espaço

para que a parte autora, dada a urgência da situação, possa manejar o recurso de agravo de instrumento para o tribunal *ad quem*, na tentativa de reformar a decisão agravada.⁴¹

Assim, o não pronunciamento imediato do juízo *a quo* deve ser interpretado não como um simples despacho de mero expediente, mas sim como uma decisão interlocutória indeferitória, posto consistir em inequívoca negação da prestação da tutela jurisdicional (dever ao qual o juiz não pode se abster, ainda que inexista norma jurídica no ordenamento a prever a situação concreta⁴²). Neste caso, a abstenção deve ser equiparada a uma decisão interlocutória denegatória, sujeita, portanto, ao manejo do agravo de instrumento.⁴³

Ainda a respeito do tema, merecem destaque também as ponderações de Misael Montenegro Filho, ao tomar como exemplo caso hipotético de internamento em hospital privado, aliado à negativa, por plano

41 Neste sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Processo nº 2003.024805-6. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Comercial. Publicação: DJ, 12/01/2004, p. 13. EMENTA: (...) III – Desta feita, muito embora seja possível ao magistrado postergar o exame da liminar para após a angularização da relação processual, o imediato indeferimento do pedido, antes mesmo da citação do réu, implica negativa de jurisdição. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/0401/dj11346.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2007

42 É que, segundo o art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

43 A respeito do tema, merece destaque o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Por isso, diante de um despacho errado, entre fazer uso do agravo e lançar mão do mandado de segurança, deve-se, a nosso ver, interpor o recurso, por ser a solução mais afeiçoada à mecânica processual, usual e ordinária, tendo-se em vista a regra de que o meio “normal” de se vulnerarem os atos do juiz são os recursos, e não as ações autônomas, salvo excepcionalmente. Este critério tem sido utilizado de modo profícuo na jurisprudência. **para se distinguir os despachos que, como tais, não podem ser impugnados por recursos daqueles que, por causar prejuízo à parte, ou por serem manifestamente errados, são, por isso, agraváveis** (...) Assim, como se viu em ambos os itens anteriores, tanto quando se tratou dos aspectos históricos e comparativos do agravo (item 1), quanto quando se abordaram as decisões interlocutórias (item 2), **são agraváveis, no processo de conhecimento, portanto, as decisões** cujos teores são os mais variados, como, por exemplo, aquelas que resolvem sobre o pedido de assistência, que indeferem provas, que apreciam impugnações do valor atribuído à causa, que reconhecem nulidades processuais, **que deferem ou não providências urgentes**, etc. (...) Esses aspectos foram abordados minuciosamente por Eduardo Talamini, em texto já referido, publicado antes da alteração do art. 527, inc. III: “Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil – vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. **Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, art. 84, § 3º; CPC, arts. 273, I, e 461, § 3º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência. (...) As mesmas razões que autorizam a suspensão da decisão impugnada, para que o eventual provimento do recurso não venha a ser inservível, justifica que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização, no final do procedimento recursal, seria inútil”.** WAMBIER, op. cit., p. 141/148.

de saúde, de autorização para permanência de paciente no estabelecimento, e considerando ainda que se o magistrado de primeiro grau, por circunstância qualquer, não enfrentar o pedido de antecipação de tutela em prazo urgente, na verdade, estará a negar a tutela, vejamos:⁴⁴

O caso concreto permite o uso do agravo de instrumento, de modo substitutivo, com evidente supressão de instância, raciocínio que pregamos não de forma alternativa, mas com fundamentação. Em primeiro lugar, cabe-nos analisar o inciso III do art. 527 do CPC, alusivo à prerrogativa conferida ao relator de deferir a tutela antecipada recursal, ou seja, de emprestar o intitulado efeito ativo ao recurso, deferindo na esfera recursal providência negada pela instância monocrática, provando a possibilidade de os julgadores que tomam assento nos tribunais não apenas reverem decisões positivas (o deferimento ou o indeferimento de uma liminar ou de uma antecipação de tutela, por exemplo), como também positivarem comandos negados pelo 1º Grau de Jurisdição, no âmbito estreito do agravo de instrumento, com a possibilidade de compararmos a omissão ao indeferimento da pretensão perseguida, estabelecendo um *não atuar*.⁴⁵

Argumento dos mais relevantes apontado por Misael é que a não apreciação do requerimento pode dar ensejo ao perecimento do próprio direito material buscado, ao que podemos acrescentar que fulminado estaria o objeto do processo em razão da inércia do julgador de primeiro grau.⁴⁶ Além dos argumentos e posicionamentos acima transcritos, observa-se também que alguns tribunais vêm se posicionando no sentido do cabimento do agravo de instrumento em tais casos, desde que configurada a urgência da prestação jurisdicional, como restará demonstrado a seguir.

44 MONTENEGRO FILHO, Misael. Possibilidade de interposição do agravo de instrumento contra ato omissivo do magistrado. In: DUARTE, Bento H.; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2007. v. 2., p. 439-450.

45 *Ibid.*, p. 447.

46 “... defendemos o aforamento do agravo de instrumento contra o não atuar da autoridade crivada da função jurisdicional, não contra uma omissão qualquer (...), especificamente contra a inação que – por si só – pode ensejar o perecimento do direito material...”. *Ibid.*, p. 447-8.

7 Tratamento pretoriano da matéria

Ainda acerca do tema do cabimento de agravo de instrumento contra decisões que não apreciam imediatamente o pedido de antecipação de tutela requerido na peça inicial, núcleo do presente trabalho, é de se registrar o posicionamento, cada vez mais freqüente, que tem sido adotado pelos tribunais pátrios, admitindo o cabimento de tal recurso. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco já decidiu o seguinte:

EMENTA: Constitucional e Administrativo. Agravo de Instrumento. Ação Ordinária de Obrigação de Fazer. **Omissão do juiz a quo em proferir decisão acerca da antecipação de tutela pleiteada. Impossibilidade. Princípio da inafastabilidade ou proteção judiciária. Denegação de justiça. Concessão do efeito ativo em segundo grau.** Greve de servidores públicos. Ilegalidade. Encerramento da greve. Confirmação da multa cominatória devida no caso de descumprimento do efeito ativo dantes concedido. Agravo provido à unanimidade.

- A imediatidade de um provimento jurisdicional, a saber do art. 273 do CPC, não pode, ao livre talante do magistrado, ser postergada para outro momento, com sacrifício do próprio direito material, enquanto não prestada a tutela de urgência.

- Postergando o juiz o devido exame a respeito e o prazo dessa omissão, com os eventuais acréscimos advindos do próprio mecanismo processual pertinente, representa dilação incabível, a implicar, inevitavelmente, em denegação da justiça.

(...)

- Agravo provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0063694-2 em que figuram como agravante o ESTADO DE PERNAMBUCO e como agravado o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SAÚDE NO ESTADO DE PERNAMBUCO – SINDSAÚDE, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, à una-

nimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento interposto, na conformidade do voto e do relatório, que integram este julgado. Recife, 22 de agosto de 2001. Des. Napoleão Tavares Presidente Des. Jones Figueirêdo Alves Relator.⁴⁷

(Grifos acrescidos)

No mesmo sentido, em decisão monocrática mais recente, proferida pelo eminente Desembargador Relator Leopoldo de Arruda Raposo, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, nos autos do agravo de instrumento nº 148654-4, a tese aqui defendida em sede de doutrina era já integralmente acolhida no âmbito da nossa jurisprudência, *verbis*:

(...)

Decisão Interlocutória

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto contra decisão interlocutória proferida pelo MM Juiz de Direito da 16ª Vara Cível da Capital que, em sede de Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, reservou-se em examinar o pleito liminar após oportunizada a defesa. Assevera o agravante que o julgador *a quo* desconsiderou todas as razões expandidas na peça exordial, que demonstra a presença dos requisitos autorizadores para a concessão da medida liminar.

(...)

É o que importa relatar. Cuido que se afiguram presentes os requisitos apriorísticos determinantes da concessão da medida in *litis*, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No que se refere ao *fumus boni iuris*, entendo que o mesmo resta configurado, ao menos para este momento de prévia e sumária cognição, porquanto, as provas trazidas aos autos, bem como, os argumentos expandidos demonstram a boa-fé do agravante (...).

Quanto ao *periculum in mora*, entendo que o mesmo se encontra evidenciado, porquanto, o agravante encontra-se, até o presente momen-

47 **AGRAVO DE INSTRUMENTO.** Processo nº 63694-2. Relator: Desembargador Jones Figueiredo. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Data do Julgamento: 16/08/2001. Publicação: DJ nº 185, 29/09/2001.

to, desassistido pelo seguro saúde, sendo despicendo argumentar sobre a urgência que a assistência médico-hospitalar pode apresentar. **Ex positis, em presente exame perfunctório dos autos, considerando presentes os requisitos de admissibilidade para concessão da antecipação da tutela recursal, concedo a liminar pleiteada** para restabelecer o contrato de seguro saúde, determinando que a empresa agravada (...).

Recife, 26 de janeiro de 2007. Leopoldo de Arruda Raposo. Desembargador Relator. (Grifos acrescidos)⁴⁸

Semelhantemente, já se posicionou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ANULAÇÃO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. LIMINAR. CONCESSÃO SEM OITIVA DO ESTADO. POSSIBILIDADE.

(...)

2. A antecipação de tutela, assim como as medidas liminares (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo de prévia oitiva da parte contrária.

(...)

4. Agravo a que se nega provimento. (Grifos acrescidos)⁴⁹

Merece destaque também posição adotada pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, considerando inclusive passíveis de recurso os despachos de mero expediente, desde que capazes de causar à parte gravame ou prejuízo, conforme se observa a partir do julgado a seguir transcrito:

48 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. PODER JUDICIÁRIO. GABINETE DO DES. LEOPOLDO RAPOSO. Agravo de Instrumento nº 0148654-4.

49 AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 18/RJ. Relator: Ministro Edson Vidigal. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 25/10/2004. Publicação: DJ, 06/12/2004.

EMENTA: PROCESSO CIVIL – DECISÃO DE MERO EXPEDIENTE – AUSÊNCIA DE GRAVAME – IRRECORRIBILIDADE – ART. 557 DO CPC NÃO VIOLADO.

1. As decisões de mero expediente, quando causam gravame à parte, podem ser objeto de recurso, o que não se aplica à hipótese dos autos, pois a decisão que, de fato causou o gravame, foi a sentença, passível de recurso com efeito suspensivo, para evitar a conversão dos depósitos em renda. Art. 504 do CPC não violado.

2. Sendo incabível o recurso, perfeitamente aplicável o art. 557 do CPC, cuja violação se afasta.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon. (Grifos acrescidos)⁵⁰

Por fim, importante destacar o posicionamento firmado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por ocasião de ação civil pública na qual o magistrado de primeiro grau, em seu despacho inicial, deixou para decidir sobre o pedido de antecipação de tutela apenas depois da contestação da parte ré, conforme se vê no Informativo nº 17/01, da Coordenadoria de Recursos do referido órgão ministerial:

Florianópolis, dezembro de 2001.

RECURSO DE AGRAVO (CPC, art. 557, § 1º): PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA 'INAUDITA ALTERA PARS'. DESPACHO DO JUIZ QUE DEIXA PARA APRECIÁ-LO DEPOIS DE OUVIDA A PARTE CONTRÁRIA. INDEFERIMENTO TÁCITO.

50 RECURSO ESPECIAL. Processo nº REsp 365023/MG. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 03/06/2003. Publicação: DJ, 08/09/2003, p. 274.

Na Comarca da Capital os colegas André Carvalho, Carla Mara Pinheiro Miranda, Cid Luiz Ribeiro Schmitz e Márcia Aguiar Arend ajuizaram uma Ação Civil Pública contra uma empresa de telefonia celular, visando obrigá-la a quebrar o sigilo telefônico de clientes quando determinado pelo Poder Judiciário. Alegando impossibilidade técnica a referida empresa nega-se a prestar tais informações, empecilho que certamente impede, em certos casos, a completa investigação e instrução processual. **Na inicial constou o pedido de tutela antecipada inaudita altera pars.**

O Juízo de primeiro grau, no despacho inicial, disse que não estava presente o requisito do *periculum in mora* e, por isso, deixava para decidir sobre a antecipação da tutela depois da contestação.

Inconformados, os colegas interpuseram o necessário Agravo de Instrumento, insistindo na necessidade do deferimento da antecipação da tutela desde já, *initio litis*. No entanto, este recurso teve o seu seguimento negado (CPC, art. 557), por entender o relator pela sua inadmissibilidade ante a ausência do interesse recursal. Assentou ele, monocraticamente, que o Magistrado a quo “apenas postergou a análise do pedido de liminar para uma ocasião ulterior, depois que a ré fosse citada” e que, desta forma, na verdade, não teria ocorrido o indeferimento que justificasse a interposição do agravo. Em outras palavras, disse que a decisão do Juiz – como lançada – era irrecorrível, pois não trazia qualquer conteúdo decisório.

Por entenderem exatamente ao contrário, ou seja, que a não concessão da tutela antecipada como requerida – isto é, *initio litis*, antes da ouvida da parte contrária –, significou sim o seu indeferimento tácito, as Coordenadorias de Recursos Cível e Criminal, em conjunto, aviaram o respectivo agravo (CPC, art. 557, § 1º), encaminhando o feito para decisão colegiada. Com efeito, aguarda-se que a Câmara Civil competente perceba – e declare – que o pedido de antecipação de tutela inaudita altera pars restou indeferido quando o Juiz deixou para decidi-lo após a ouvida da outra parte, havendo assim interesse recursal a justificar a interposição do mencionado agravo de instrumento.⁵¹

(Não grifado no original)

51 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Informativo da Coordenadoria de Recursos nº 17/01, dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=3115>. Acesso em: 20 mar. 2007.

Embora não se tenha conhecimento se o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu tal posicionamento, dando o devido provimento ao agravo interposto, resta demonstrado que os membros do Ministério Público estadual, acertadamente, entendem como cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão denegatório-omissiva de magistrado de primeiro grau, posto que tal decisão nada mais é do que um indeferimento tácito da de tutela de urgência requerida.

Conclusão

Vimos que tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem o cabimento do agravo de instrumento em situações nas quais o juiz de primeiro grau reserva-se para apreciar pedido de concessão de tutela de urgência após a manifestação do réu. Conclui-se, portanto, que tal atitude judicial não pode ser enquadrada no gênero dos despachos de mero expediente, não dotados de carga decisória. Não se trata de mero despacho. Não nos interessa aqui o fato de a jurisprudência admitir recurso contra despachos que não se enquadrem no conceito de decisão interlocutória, não obstante a previsão expressa do CPC, art. 504. É que a atitude judicial consistente na não apreciação de pedidos urgentes enquadra-se no conceito de *decisão* interlocutória, pois, com tal abstenção, perpetra-se verdadeira denegação da prestação da tutela jurisdicional.

Nesses casos, a prestação tardia do serviço jurisdicional é inservível ao jurisdicionado. Tal atitude não se enquadra apenas no conceito de *injustiça qualificada* de que falara Rui Barbosa. Há hipóteses nas quais pacientes encontram-se em situação de extrema urgência, internados em UTIs, a espera que um magistrado delibere, por exemplo, se irá, ou não, deferir requerimento que postula pela determinação imediata de um *stent* coronariano, bem como há pacientes de baixa renda que, apesar de se encontrarem em gravíssimo estado de saúde, não conseguem vagas em UTIs, e a única e última alternativa que possuem é a prestação jurisdicional, mas que só será efetiva se também o for tempestiva.

A não apreciação de pedidos de tutela de urgência em casos como esses, apresenta-se como inequívoco atentado contra a garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXXVIII), sujeitando o juiz, inclusive, a procedimento disciplinar, desde que provada a conclusão em tempo hábil (CPC, art. 133, II e LOMAN⁵²).

Considerando, portanto, como estabelecida essa premissa, dela derivam as conclusões que se apresentarão a seguir.

A análise histórica dos agravos demonstra que atualmente o agravo retido passou a ser o recurso adotado enquanto regra para desafiar as interlocutórias proferidas no primeiro grau que não irradiem efeitos danosos imediatos. Não se verificando tal situação, o agravo retido não será o recurso adequado. O seu cabimento limita-se ao primeiro grau de jurisdição, mas para a situação processual aqui estudada o agravo retido não é o recurso adequado, na medida em que falta interesse de agir ao agravante já que o seu conhecimento somente ocorrerá quando do julgamento da apelação, momento em que já se consumara a lesão ao direito pretendido.

O recurso adequado para a situação processual na qual o juiz de primeiro grau de jurisdição reserva-se para apreciar requerimentos de concessão de tutelas de urgência, *in limine litis*, ou até mesmo incidentalmente, quando a urgência se verificar de forma superveniente, é o agravo de instrumento (no prazo de dez dias, CPC, art. 522 e segs), posto que proporciona o conhecimento imediato da matéria pelo segundo grau tão logo seja distribuído ao relator, que poderá/deverá analisar de pronto o requerimento de concessão de liminar.

Mas, se também o relator resolver reservar-se para apreciar o pleito após a formação do contraditório, nesse caso estará a concorrer para perpetuar a situação verificada no primeiro grau, sendo, tal decisão, também recorrível imediatamente.

52 Tanto o CPC, art. 133 quanto a LOMAN, art. 49 prescrevem que: *Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – omissis; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.*

Porém o recurso de agravo de instrumento não é adequado para essa situação. Merece registro que o agravo instrumentalizado previsto no artigo 544 do CPC é o único dessa espécie (agravo de instrumento) cabível no segundo grau de jurisdição. Todavia, sua hipótese de cabimento limita-se à decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário ou especial, decisão essa que é de competência do presidente ou vice-presidente do tribunal local.

Conseqüentemente, da decisão do relator que não aprecia imediatamente o requerimento de liminar – que é objeto do agravo de instrumento interposto contra a decisão do juiz de primeiro grau que também não havia apreciado o pedido – cabe agravo regimental, no prazo de cinco dias. Merece o registro de que apesar de a lei nº 11.187/2005 ter pretendido que essa decisão do relator restasse irrecorrível, apesar disso (a bem da efetividade e justiça processuais) a jurisprudência logo cuidou de admitir o cabimento do agravo regimental. Portanto, em hipóteses semelhantes, incluindo os casos de ações de competência originária dos tribunais, sempre que houver requerimento de concessão de tutela de urgência denegado pelo relator, expressa ou tacitamente, caberá agravo regimental, que deve ser interposto independentemente de preparo no prazo de cinco dias e deve ser levado pelo próprio relator para o órgão colegiado ao qual estiver vinculado na primeira sessão imediatamente após a sua interposição.

Enfim, outra hipótese capaz de ensejar o cabimento de um outro tipo de agravo em decisões interlocutórias omissivas verificar-se-á quando o relator do agravo de instrumento, interposto contra a interlocutória omissiva de primeiro grau, individualmente, negar seguimento ou provimento ao agravo instrumentalizado, como admite o CPC, art. 557. Nesse caso, caberá agravo interno (legal, legal porque previsto e instituído por lei federal), no prazo de cinco dias, independentemente de preparo, e que também deve ser apresentado pelo próprio relator ao órgão colegiado do qual faz parte.

Uma observação final ainda impõe registro: é que nos casos dos agravos regimental e interno (legal) o relator pode exercer o juízo de retratação e, via de conseqüência, fulminar o objeto desses recursos, eis que a pretensão terá sido alcançada pelo agravante.

The "agravo de instrumento" use against the omission judicial decisions.

Abstract

This research aims to analyze the possibility of using the bill of review against decisions of magistrates that refuse the immediate consideration of emergency's requests..

Key words: agravo de instrumento – omission judicial.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo Agravo:** Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AUGUSTO, Antônio Rodrigues de Lemos. Agravo de instrumento: a eterna polêmica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6960>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a lei nº 11.187/2005. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Porto Alegre, a. 54, n. 339, jan. 2006.

CARVALHO, Fabiano. **Reflexão sobre o instrumento do agravo:** peças obrigatórias, facultativas, necessárias e úteis. Escola Paulista de

Direito – EPD: São Paulo, maio/2006. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/epd/publier4.0/dados/anexos/259_3.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2007.

CASTRO, Marcos Valério Melo. A desnecessidade de autenticação das cópias das peças que obrigatoriamente instruem o recurso de agravo de instrumento. Uma crítica à visão formalista do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3270>>. Acesso em: 18 out. 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Primeiras impressões sobre o parágrafo único do art. 526 do CPC. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2983>>. Acesso em: 18 fev. 2007.

MACIEL, Rafael Fernandes. A Lei nº 10.352/01 e a possibilidade de declaração de autenticidade no agravo de instrumento do art. 522. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3218>>. Acesso em: 18 out. 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Possibilidade de interposição do agravo de instrumento contra ato omissivo do magistrado. In: DUARTE, Bento H.; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil:** aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil:** adaptadas ao novo código de processo civil. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 3. v.

VARELLA, Luiz Henrique Borges. Admissão e efeito suspensivo do agravo de instrumento por lesão grave e de difícil reparação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1132, 7 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8755>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

VIANA, Daiane Maria Oliveira. Do agravo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3584>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Referência deste artigo

PIMENTEL, Alexandre Freire; PAIVA NETO, Clóvis de Azevedo. Do cabimento do Agravo de Instrumento em face de decisões interlocutórias omissivas. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 17-52, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 26 mar. 2010. Aprovado em: 30 mai. 2010.

Princípio da cooperação: uma perspectiva heraclitiana no processo civil

Alyson Rodrigo Correia Campos

Aluno da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Pesquisador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Resumo

O princípio da cooperação representa a projeção condensada, na hodiernidade, para atenuar discrepâncias ainda existentes nas mais diversas fases do processo. As variações que ocorrem no universo das regras e dos princípios, vistos os conflitos e interações já recorrentes, constituem outro aspecto dessa fase da ciência do Direito. Ademais, os norteamentos da teoria processual alemã em muito contribuem para construir os entendimentos doutrinários

em outros países, a frisar, no Brasil. É preciso, realmente, salientar que o escopo maior é efetivar a comunicação entre a processualística moderna, de uma sociedade eminentemente mais complexa, com a idéia de justiça que ainda jaz no imaginário de sociedade almejada, há séculos esboçada pela humanidade.

Palavras-chaves: Processo Civil.
Princípio da cooperação.

1 Introdução

No transpassar do tempo, vinculamo-nos, com um frenesi até então não visto, a uma alucinadora meta de desempenharmos especializações e, sobretudo, especificações no que concerne ao conhecimento huma-

no. A epistemologia exige-nos, sempre sobre alicerces lógico-formais, o desenvolver de análises pragmáticas, universais e imediatas, frente à demanda social vigente, já que estamos na “era das complexidades”, a qual, em muito, já dirimiu arcaicas sociedades, fragilizou identidades coletivas e individuais e tende a tornar mero registro histórico as lições de “O Príncipe” de Maquiavel.

Tamanha perplexidade não diferente aflige o Direito, linguagem essa que assumiu a condição de comunicador mais poderoso para comportar as demandas dos seres humanos. O professor Luis Alberto Warat pontuou certa vez: “Os direitos subjetivos são a agonia da alma jurídica”¹. Parafraseamo-lo na perspectiva de que ‘são os desejos humanos a agonia da alma jurídica’. Porquanto, diante de uma demanda, geometricamente, crescente cabe ao Judiciário tentar responder as mais diversas e, por vezes, inusitadas perguntas realizadas por um conglomerado de indivíduos cada vez mais heterogêneo, apesar da homogeneidade basilar que os conduz, qual seja: a globalização.

A ciência jurídica surge com um primordial intento de apaziguar tamanha conturbação. Para tanto, usufrui não só das divagações zetéticas desenvolvidas por vários juristas e construtores do Direito, mas busca sua cotidiana efetivação através da operacionalização e da otimização concedida pelo direito processual. Esse instrumento que conecta macrossistemas, em prol de escopos sociais, dentre eles, a harmonia social.

Nosso desiderato primevo, nesse sucinto esboço a ser exposto, é tentar registrar algumas linhas que possam contribuir nessa saga do Direito.

2 Princípios e regras

Há muito, doutrinadores se debruçam sobre a pretensão de distinguir conceitualmente institutos recorrentes no universo jurídico, com o escopo de organizar o espaço teórico tão importante para as deliberações mais

1 WARAT, Luis Alberto. **As funções poéticas na linguagem jurídica e na hermenêutica**. In: III COGNO: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO. Pernambuco: UFPE, 2007.

técnicas e diuturnas. Todavia, as divergências são múltiplas: E. Von Hippel, com a teoria do “modelo puro de princípios” cogita, por exemplo, que as normas fundamentais são simples normas de princípios.² Outros reputam só existirem regras, outros doutos aderem ao modelo que admite a existência de regras e princípios concomitantes e necessários dentro de um mesmo sistema. Ronald Dworkin considera que os princípios possuem uma amplitude maior, quando comparados às regras: “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”³, assim se registra uma diferenciação, contudo não se extingue a dificuldade de estabelecermos parâmetros contundentes de distinção. Só para elucidar, a boa-fé é, convencionalmente, enquadrada no âmbito a principiologia, todavia ao se observá-la como exigência contratual, no artigo 164 do Código Civil de 2002, muitos a intitulam como regra. O próprio Dworkin pontua quanto à dificuldade de tal discriminação: “Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”⁴. Ainda há óbices, outrossim, para se discernir regra de valores, incumbência abdicada também pelo legislador do CC de 2002, quando usa ampla e indistintamente este último termo:

Art. 157, §1º “Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.” Tais querelas terminológicas enfrentadas por Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, entre tantos outros, não constituem nosso objetivo-mor. Portanto, consideramos princípios como os norteadores – fluidos ainda não-conceituados delimitadamente – de um sistema. Portanto, deixemos o outro debate para ocasião oportuna.

Almejamos delinear traços – ainda que tênues – sobre o princípio da cooperação, tema recente entre os doutrinadores brasileiros. Por tal razão pedimos vênias pela intrepidez de, mesmo com poucas referências, dissertarmos sobre o assunto, já que há pretensão de um aprimoramento futuro desse texto preliminar.

2 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 116.

3 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

4 Idem, p. 44

3 Em linhas históricas

O direito processual desenvolveu-se, assim como diversos eventos, em fases que se tornaram sucessivas e cumulativas, no concernente a experiências e evoluções adquiridas com a variedade dos casos. Destarte, o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo são as grandes vertentes que compõem as estruturas processualísticas, sendo, realmente, a partir da terceira fase – processualismo – quando a idéia de relação jurídica é estabelecida, que se constatam mudanças substanciais no direito brasileiro. Portanto, o direito processual civil, sobretudo, não mais seria um mero instrumento do direito material.⁵

Ao adquirir tal independência idiossincrática, esse relevante ramo jurídico deparou-se com um entendimento do século XIX, mas que nos influenciou durante a elaboração do Código de 1973, qual seja: os parâmetros da Escola da Exegese, fidedigna às pretensões napoleônicas e percebida sua aderência no Brasil, quando um dos organizadores do Código, em conferência na Universidade de Keyo, declarou Alfredo Buzaid: “o processo civil é uma instituição técnica”⁶ Tal compreensão emanava de influências, principalmente, da Escola Italiana, a qual em muito norteou doutrinadores brasileiros seguidores de Giuseppe Chiovenda, com as mudanças trazidas com maior ênfase, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, momento que se reestruturou a concepção de Estado Democrático de Direito. Com isso, a relação entre direito constitucional e direito processual civil adquiriu feições mais próximas, gerando a constitucionalização das normas jurídicas basilares do processo, a exemplo dos incisos LIV e LV do artigo 5º da CF/1988, que garantem, respectivamente, o devido processo legal e o direito ao contraditório e à ampla defesa, dentre tantos outros. O acumular dessas mudanças reformulou, substancialmente, a clássica visão outrora defendida por Buzaid, que prejudica, até então, o direito brasileiro. Ademais, a nova conjuntura que se vislum-

5 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In. *Temas Atuais de Direito Processual Civil* (v. 14) MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32 ss.

6 *Idem*, p. 23.

bra ainda em seu esboço concedeu não só mais espaço à principiologia, mas também o fez em relação às teorias humanitárias, negligenciadas por retrógrados processualistas e meros “operadores do direito”, como se a tão vasta ciência fosse uma engrenagem matemática, um conjunto de métodos operacionais, ingênuo e perigoso entendimento.

4 Uma perspectiva alemã

É recorrente, na formação do direito brasileiro, notar que além das influências portuguesas (cartas afonsinas, manuelinas, etc.), estadunidenses, principalmente, no ramo administrativo e as de outros tantos países, as participações teóricas francesas e alemãs se sobrepuseram quantitativamente a quaisquer outra.

Hodiernamente, deve-se, *a priori*, a expansão do princípio da cooperação aos alemães, os quais em termos legislativos, ao realizarem em 2001 uma reforma no seu Código (ZPO Alemã), deixaram explícitas as pretensões quanto aos nortes de tal princípio:

§139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O Órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições

devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito⁷

Não destoaram muito os legisladores franceses e portugueses, respectivamente, dessa idéia:

Art. 16 do Novo Código de Processo Civil Francês, segundo a tradução de **Eduardo Pereira Jordão**: O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. “Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.”⁸

No mesmo sentido:

“Art.266 do CPC de Portugal: “1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.”⁹

A reprodução *ipsis litteris* possibilita-nos, a princípio, duas observações. Primeiro, há um indubitável avanço na legislação desses países, a qual representa, com louvor de nossa parte, a especialização em função da complexidade social, que em primeiras linhas mencionamos e, concomitantemente, o objetivo de humanizar um direito ainda tão sistemático e elitista.

7 DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 50

8 *Idem*, p. 50

9 *Idem*, p. 50

Segundo, ocorre uma amplitude de direitos até pouco, nem sequer cogitada no âmbito processualista. Esse segundo ponto, aparentemente, consequência do supramencionado tende a assumir – a depender do foco referencial de observação – a condição de causa, de origem para produção legal. Tal mudança de natureza, mesmo que a grosso modo, representa um preciosismo protecionista do “status quo” vigente, extrapola tão ínfimo desiderato. Pretendemos elucidar essa ressalva no transcórre do texto.

É preciso não ignorarmos, obviamente, o sobressalto contributivo a frisar, quando almejamos romper ideologias praxistas tão em voga no direito processual civil.

5 Colisões e associações no universo da principio-logia

Importante esse sucinto adendo textual, com intento de esclarecermos as múltiplas relações que o princípio da cooperação pode estabelecer com o espaço imenso dos princípios no direito processualista. Não nos deteremos, porém, a uma descrição detalhada de todos, ao contrário, deteremo-nos de a poucos e deixaremos o princípio do contraditório para um subitem em separado, assim como bem poderemos fazer com outros, por opção didático-pedagógica nossa.

– Princípio da verdade material – é a possibilidade mais forte que impulsiona as sensíveis mudanças no âmbito da processualística. Porquanto, tem o objetivo de averiguar todas as variações e provas conhecidas para admitir que a partir daí seja proferida uma decisão jurídica. É motivo para um dos principais cismas na clássica teoria, já que é a verdade formal, bem mais pragmática e dogmática que vige o direito. Há décadas se vincula esse formalismo ao âmbito processual, a observar:

A verdade material é o princípio específico do processo administrativo e se contrapõe ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil. O processo desenvolvido no Judiciário busca a verdade formal, que é obtida apenas do exame dos fatos e provas trazidas aos autos pelas

partes (art. 128 do CPC). Como regra geral, o Juiz se mantém neutro na pesquisa da verdade, devendo cingir-se ao legado pelas partes no devido tempo já que elas têm o ônus da prova.¹⁰

Interpretações como essas simbolizam o quão ainda se notam as lições exegéticas em vigor. Por isso que a mudança de perspectiva para o norte apontado pela busca da verdade material perfaz uma contribuição que concederá mais tempo e prováveis oportunidades de efetivarmos a idéia cooperacional pretendida.

– Princípio da ampla defesa – esse é um dos direitos que mais tende a ser beneficiado pela aderência do princípio da cooperação. Constatada a dedução de uma extensão de prazos que necessitará ocorrer; de um repensar de institutos como a prescrição e a decadência e tantos outros; assim como, reestruturar a própria impessoalidade imiscuída nos alicerces do direito processual, deseja-se romper o ritualismo europeu que obstaculariza o acesso a um mínimo do que, popularmente, denomina-se de justiça.

– Princípios da segurança e da estabilidade jurídicas – já leciona a doutrina:

O princípio da segurança jurídica busca preservar as relações jurídicas já estabelecidas ante as alterações da conjuntura política de governo. É um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito e condicionam todo o sistema jurídico.

Positivado no preâmbulo do texto constitucional, e sua influência se faz sentir por todo ordenamento jurídico pátrio. O princípio da irretroatividade da lei, o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito e os institutos da prescrição e da decadência são, por exemplo, conseqüências da aplicação do princípio da segurança jurídica.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos na Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado

¹⁰ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, MARIA Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 63.

a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...)¹¹

Destarte, predominantemente, dissertam e louvam muitos juristas brasileiros o intento de seguir com afinco o texto legal; de efetivar a execução dos mais diversos princípios (razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, juiz natural, moralidade, etc.); de garantir um limiar máximo de contestações a decisões jurídicas ou administrativas, (qual seja o STF), são formas, dentre inúmeras, de se determinar rumos que não transformem o direito em uma dialética, mas deplorável e vil, em um sistema regido pela dialética erística, por vezes, o faz. Para se compreender a hermenêutica recorrente que define essa modalidade, citamos Olavo de Carvalho ao realizar sua introdução crítica do livro de Arthur Schopenhauer:

Com a dialética ela (a erística) tem em comum o confronto de argumentos contraditórios, mas separa-se dela porque não busca arbitrar esses argumentos por um critério de razoabilidade suficiente – objetivo da dialética –, mas simplesmente obter a vitória de um deles, *per fas et per nefas*. Ela não é, portanto um instrumento de investigação, uma *lógica inveniendi*, lógica da pesquisa, nem muito menos um treinamento do intelecto para as ocupações científicas, mas, bem ao contrário, um empreendimento meramente contencioso onde o que menos interessa é descobrir a verdade. (...) A erística, em suma, é uma arte da discussão contenciosa, que utilizando os instrumentos da dialética, da sofística, da erística e da retórica aristotélicas, abrange também os aspectos psicológicos do duelo argumentativo, ao mesmo tempo que deixa de lado as regras de ordem ética que faziam da dialética aristotélica um instrumento confiável de investigação.¹²

Há transformações que se farão necessárias e a flexibilidade da própria concepção de direitos fundamentais processuais está suscetível a

¹¹ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, MARIA Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 59.

¹² SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. p. 39-41.

modificações. Não protegidas, portanto, ficariam as cláusulas pétreas, porquanto ao se refutar o art.60, §4º, IV, mesmo que parcialmente, fragilizaríamos pilares incontestes do Estado Democrático de Direito no Brasil. Não afirmamos que o princípio da cooperação causará isso, não estamos usufruindo da escatológica, só especulamos o efeito em cadeia possível.

Outro caso muito já analisado concerne ao que reza o artigo 5º, LXXVIII, nos parágrafos 2º, 3º e 4º, quanto à aceitação de tratados internacionais, frisamos a título de exemplo o texto do segundo:

“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”.

Tal elaboração é mais uma forma de assegurar direitos e garantias fundamentais, isso não constatamos. A mera indagação parte de uma simples aplicação do artigo 8, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Posto que podemos perquirir: Quais os limites desse artigo? Até que ponto se flexibilizará a legislação pátria em detrimento de sua efetivação? Até que extensões se admitirá uma idéia de cooperação como discurso defensivo de garantias que possam afrontar o razoável, o proporcional?

Pretendemos mais elencar as ressalvas do que só descrevermos um princípio, já que cooperar pressupõe consciência participativa. As flexibilidades são profícuas desde que, devidamente, processadas. As conceituações de estabilidade e segurança jurídicas poderão estar suscetíveis a várias alterações e precisam estar pela própria necessidade, mas

com as ponderações correspondentes e advindas de análises criteriosas. A observação atenta desperta mais para os cuidados quanto às formas de efetivar, aplicar o princípio da cooperação.

– Princípio da legalidade – em uma visão mais dogmática tradicionalista seria o princípio que executaria estritamente o texto legislativo. Na condição de substrato do Estado Democrático de Direito representa dogmaticamente, o alicerce dos demais princípios. O devido processo legal nas suas amplas bifurcações. Nessa acepção, é indubitável o confronto com essa nova perspectiva que está reformulando o direito processual. É salutar, contudo, frisar que a legalidade deve assumir uma condição de segurança e não de cerceamento de um aprimoramento necessário à ciência jurídica.

Não dissertaremos, com primor, este ponto em função de abordagens outras no transcorrer do texto, as quais o complementarão.

6 Deveres: caracteres ou atributos do princípio da interação processual?

6.1 Dever de prevenção

É uma ajuda, um assistencialismo prestado às partes frente a um equívoco cometido durante o processo ou a fase inicial desse. É uma orientação ou oportunidade de evitar prejuízos futuros à parte que se equivocou ou negligenciou algum procedimento necessário. Como exemplo citamos o artigo 284 do CPC:

“Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”.

Tal possibilidade contribui para economizar tempo e se evitar ônus processuais que muito interferem no acesso à justiça. Há um sentido

mais genérico para tal dever nas palavras de Lúcio Grassi: “Mas o dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”¹³. O intento é evitar decisões inesperadas às partes, em função, sobretudo, do desconhecimento ou das poucas informações recebidas.

O dever de prevenção é um apoio que traz uma economia processual às partes e ao Estado. Além de contribuir para uma otimização do Judiciário.

6.2 Dever de esclarecimento

Ao nosso entender, o dever de prevenção deveria estar incluso nessa modalidade. Porquanto, é preciso elucidar, explicar a parte das dificuldades e prejuízos que poder ter, caso não retifique algum ato equivocado cometido. Por tal, reputamos ser o dever de esclarecimento – gênero – enquanto o dever de consulta, o dever de prevenção e o dever de auxílio, espécies. Quanto ao primeiro, pouco discorremos.

Questão à parte, esclarecer pressupõe uma predisposição recíproca tanto das partes quando do órgão julgador em responder, indagar e disponibilizar o máximo de informações para, com isso, tentarem solucionar o caso. Tanto os interessados podem requerer audiência e anexar documentos para dirimir e suprir lacunas e obscuridades, quanto o juiz ou tribunal tem que convocar as partes. O dever de esclarecimento conflitua-se com a paranoia, em que muitos transformaram a celebridade processual, a qual surgiu para otimizar o processo burocrático e não para ignorar a devida averiguação que requer cada caso. Já advertia o professo Otmar Ballweg: “O conflito não termina quando é solucionado, mas sim é solucionado quando termina”.¹⁴

13 GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 06. p. 47-59, 2003.

14 BALLWEG, Otmar *apud* ADEODATO, João Mauricio. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71.

Com ênfase citamos a prudente assertiva, com desiderato de ressaltarmos a sensatez necessária a muitos juízes e desembargadores, visto que, não é preciso uma solução formal e ritualizada, todavia buscamos um estabelecimento consensual translucidado pela cristalização do diálogo.

6.3 Dever de consulta

É um dever assistencialista do tribunal ou juiz perante as partes. O intento é se evitar decisões inopinadas, sobretudo, as que podem ser conhecidas de ofício, sem a prévia análise das partes sobre pontos do processo. A controvérsia pode surgir da interpretação que pode advir de concepções diversas quanto aos limites dessa exigência, a elucidar:

O tribunal tem também o dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. Artº3º, nº3) porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo facto relevante para a decisão da causa.¹⁵

Certamente, não pode o julgador se sobrepor à dialética imprescindível ao processo que se faz somente entre as partes. Tampouco poderá negar explicações ou provas elucidativas do fato. A questão maior, contudo, é o que será considerado como “fato relevante”, como será conceituado. Meros atos *ex officio* não serão permitidos ou serão a depender de uma retórica munida por um “mais de força”? Só para ampliar o debate, o art.418 do CPC, destarte está redigido:

O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

15 GRASSI, Op. Cit., p. 47-59.

a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

Caso as partes não venham a requerer e o juiz o faça de ofício, por assim entender, poderá ser contestado quanto à necessidade ou não da acareação ou a inquirição de testemunhas? Caso não consulte e tal tenha concedido outro rumo ao processo, a parte prejudicada poderá pedir anulação do ato do magistrado? Como distinguimos se a atitude da parte foi mero ato protelatório ou necessário à ideia de justiça a qual deve subjazer no processo? Não há, eminentemente, novidade nas indagações, mas na amplitude, que o princípio da cooperação traz, sem dúvidas, há.

Com tal contundência nos expressaremos, porque assim se expressa a doutrina, predominantemente:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.¹⁶

Com isso, também não objetivamos refutar ou ignorar a condição primordial dos órgãos judiciais, principalmente, dos juízes, de servir ao povo. A ponderação vincula-se à precaução de que surjam exigências as quais possam obstar mais ainda o processo. Ademais, pode ser um recurso usado escusamente pelas partes hobbesianamente conveniente. Por tal razão, reiteramos a premência dos critérios aplicativos. A consulta é um “pedir ajuda”, conselho, opinião, por vezes, informações ou pareceres sobre fatos ou conjecturas, já com o fim de colaborar no desenvolvimento ou no decidir de algo; e essa conceituação não pode ser de toda subjugada a uma maneira imperiosa ao juiz, o qual não poderá ficar à mercê da fluidez hermenêutica transmitida ao termo consulta.

16 DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 51-52.

6.4 Dever de auxílio

É a função do tribunal ou juiz de facilitar acesso a documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do processo. É o dever que tem, o atributo de dirimir óbices apresentados às partes. O dever de auxílio, deveras, contribui para possibilitar as partes: leitura de petições ou atos ordinatórios anexos ao processo, mas que funcionários da justiça ainda não tenham juntado ou se neguem a mostrar, não diferente em tantos outros setores da Administração Pública; assim também, pode agilizar a produção de provas e muitos ritos processuais simples, delongados pela burocracia existente. Não se deve negar acessibilidade ao povo, ao que a ele pertence; isso é um “anacoluto social”, é necessário racionalizarmos então, novamente, o sistema social.

Os deveres supracitados delineiam o perfil de uma magistratura que deve ser mais dinâmica, mais humana, menos reacionária, impessoal e prepotente. Bem dissertou Daniel Mitidiero em dois momentos no seu livro “Colaboração do Processo Civil”: O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e matérias da causa.¹⁷

Note-se: a Constituição de 1988 não submete o juiz à legalidade estrita (embora nosso Código de Processo Civil tenha tentado fazê-lo em 1973, art. 126, numa tardia e verdadeira “invasão napoleônica”, consoante já anotamos alhures), submetendo-o apenas à Constituição, por cuja incolumidade deve velar com o emprego do judicial review (art. 5º, XXXV). Aliás, não é por outro motivo que, comentando o art. 126, CPC, grifamos que o juiz brasileiro está submetido a um sistema de juridicidade e ao de legalidade.¹⁸

Sendo, portanto, plausível mostrarmos que o patamar de juridicidade traz maior liberdade, flexibilidade ao magistrado, útil e indispensável

17 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In. Temas Atuais de Direito Processual Civil (v. 14) MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72.

18 Idem, p.58.

a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

Caso as partes não venham a requerer e o juiz o faça de ofício, por assim entender, poderá ser contestado quanto à necessidade ou não da acareação ou a inquirição de testemunhas? Caso não consulte e tal tenha concedido outro rumo ao processo, a parte prejudicada poderá pedir anulação do ato do magistrado? Como distinguimos se a atitude da parte foi mero ato protelatório ou necessário à ideia de justiça a qual deve subjazer no processo? Não há, eminentemente, novidade nas indagações, mas na amplitude, que o princípio da cooperação traz, sem dúvidas, há.

Com tal contundência nos expressaremos, porque assim se expressa a doutrina, predominantemente:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.¹⁶

Com isso, também não objetivamos refutar ou ignorar a condição primordial dos órgãos judiciais, principalmente, dos juízes, de servir ao povo. A ponderação vincula-se à precaução de que surjam exigências as quais possam obstar mais ainda o processo. Ademais, pode ser um recurso usado escusamente pelas partes hobbesianamente conveniente. Por tal razão, reiteramos a premência dos critérios aplicativos. A consulta é um “pedir ajuda”, conselho, opinião, por vezes, informações ou pareceres sobre fatos ou conjecturas, já com o fim de colaborar no desenvolvimento ou no decidir de algo; e essa conceituação não pode ser de toda subjugada a uma maneira imperiosa ao juiz, o qual não poderá ficar à mercê da fluidez hermenêutica transmitida ao termo consulta.

16 DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 51-52.

6.4 Dever de auxílio

É a função do tribunal ou juiz de facilitar acesso a documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do processo. É o dever que tem, o atributo de dirimir óbices apresentados às partes. O dever de auxílio, deveras, contribui para possibilitar as partes: leitura de petições ou atos ordinatórios anexos ao processo, mas que funcionários da justiça ainda não tenham juntado ou se neguem a mostrar, não diferente em tantos outros setores da Administração Pública; assim também, pode agilizar a produção de provas e muitos ritos processuais simples, delongados pela burocracia existente. Não se deve negar acessibilidade ao povo, ao que a ele pertence; isso é um “anacoluto social”, é necessário racionalizarmos então, novamente, o sistema social.

Os deveres supracitados delineiam o perfil de uma magistratura que deve ser mais dinâmica, mais humana, menos reacionária, impessoal e prepotente. Bem dissertou Daniel Mitidiero em dois momentos no seu livro “Colaboração do Processo Civil”: O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e matérias da causa.¹⁷

Note-se: a Constituição de 1988 não submete o juiz à legalidade estrita (embora nosso Código de Processo Civil tenha tentado fazê-lo em 1973, art. 126, numa tardia e verdadeira “invasão napoleônica”, consoante já anotamos alhures), submetendo-o apenas à Constituição, por cuja incolumidade deve velar com o emprego do judicial review (art. 5º, XXXV). Aliás, não é por outro motivo que, comentando o art. 126, CPC, grifamos que o juiz brasileiro está submetido a um sistema de juridicidade e ao de legalidade.¹⁸

Sendo, portanto, plausível mostrarmos que o patamar de juridicidade traz maior liberdade, flexibilidade ao magistrado, útil e indispensável

17 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In. Temas Atuais de Direito Processual Civil (v. 14) MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72.

18 Idem, p.58.

ao processo. Quando, por exemplo, no artigo 126 se concede recorrer a formas não só legais, possibilita-se a construção da igualdade possível, em respeito às idiossincrasias das partes e às múltiplas sociedades conturbadas pelos desejos humanos. Trazemos um maior poder para iniciativa probatória pelo juiz considerada indispensável, assim também reputou José Carlos Barbosa Moreira ao comentar o Código Alemão: O legislador (empenhou-se) em assegurar que seja o mais completo possível o material probatório necessário para formação do convencimento do julgador¹⁹. Ampliam-se as formas de atuação do magistrado, reformula-se um modelo ainda muito atrelado ao paradigma “do juiz – boca de lei.

7 Mais uma questão de gênero e espécie?

Os recentes e, ainda, pouco frequentes debates, acerca do princípio da cooperação deixam além de dúvidas e ressalvas, como algumas já apresentadas, a indagação quanto a sua possibilidade efetiva de contribuir para modificações efetivas no direito brasileiro. Destarte, não só a sua eficácia, mas a sua originalidade metodológica deve, assim esperamos, apresentar instrumentalizações até então pouco usadas ou não vigentes na processualística pátria.

Daí emana a dúvida: em que inova tal princípio quando comparado ao princípio do contraditório? Simples não? Não!

Vejamos, *a priori*, pontos que poderão auxiliar-nos em tal distinção. Para tanto, recorremos a características do princípio do contraditório elencadas por alguns doutrinadores:

Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)²⁰

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL – OITAVA SÉRIE. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-77.

20 CINTRA, A. Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão.²¹

Decorrem três conseqüências básicas desse princípio:

A sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;

Só há relação processual completa após regular citação do demandado;

Toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.²²

Ao observarmos os elementos, as garantias e as conseqüências que podem advir do contraditório, notamos o caráter absoluto concedido a tal princípio, tanto o é que, caso não seja observado, pode pleitear a possibilidade de nulidade do processo. Assim como os outros princípios ele é necessário, mas extrapola, porquanto é imprescindível e possui notoriedade ímpar se comparado a outros de menor alcance, tema esse sobre o qual não nos deteremos no instante. É muito além do mero ato de conceder chances para a produção de provas, é uma busca pelo equilíbrio, pelo diálogo, pelo máximo de isonomia entre as partes. É um direito que os litigantes possuem de interferir/modificar, ao longo do processo, o entendimento do magistrado, seja em questões de fato, de direito ou mistas.²³

Por seu turno, não difícil seria transpassarmos as mesmas características e observações para o princípio da cooperação, conquanto, tais atribuições são afins ao deveres de consulta, de prevenção, além de apresentar similitudes com os demais.

21 DIDIER Jr, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 51.

22 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 24.

23 KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 162 ss.

Daniel Mitidiero analisou certa vez: “O princípio da “cooperação” pode ser entendido como o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais”²⁴. Algo que tanto pode ajudar-nos, quanto nos estender a outras perquirições.

Contudo, para pontuações propedêuticas, frisemos:

– *Primeiro*, o princípio do contraditório foi elaborado ainda sob a perspectiva de um modelo hierárquico processual, de parâmetros exegéticos. Conjuntura na qual os direitos e garantias tinham um cunho mais liberal e individualista. A idéia de processo coletivo, de interação não era comportada no sistema;

– *Segundo*, o contraditório surgiu com o imediatismo de se garantir – legalmente – uma margem de contestação, de recursos a ingerências de juízes e quaisquer outros que pudessem usurpar ou manipular indevidamente o direito;

– *Terceiro*, o contraditório é reflexo de uma lógica formal. É direito institucionalizado e, por tal, pode sofrer restrições quanto à abrangência, tolhido pelo legalismo ainda vigente. Foi afirmado quando o princípio insano da neutralidade era a meta. Mesmo que tenha sido construído sobre a forma tênue desse, denominada de imparcialidade – que é uma tentativa árdua, mesmo na idoneidade, de se conseguir. As causas trabalhistas, o direito do consumidor, dentre tantos outros casos e leis, são exemplificações da pouca eficácia (para não ser mais radical) de tamanha pretensão principiológica. O paradigma colaborativo firma-se sobre os moldes da ponderação do magistrado. Tamanha a polêmica e a dificuldade de dissertar sobre o ponto, que geraríamos um esboço, dentro do esboço. Por didática, esperaremos por uma ocasião propícia.

– *Quarto*, o princípio da cooperação surge já em um modelo de colaboração entre os juízes e as partes, é o modelo contributivo. Os juzizados especiais; a “justiça gratuita”; a maior possibilidade de usufruto de re-

24 MITIDIERO, Op. Cit., p. 74 e ss.

ursos e ações diversas permitidas e lançadas, após a Constituição Cidadã, aos superiores tribunais; a atuação das corregedorias, do Ministério Público e de outros órgãos; as audiências de conciliação, sobretudo, na modalidade de pequenas causas simbolizam elementos que minaram, dialeticamente, as rígidas estruturas da tradicional processualística;

– *Quinto*, a “cooperação”, por não ter sido legislado e contar com terreno mais fértil do que o originário do princípio do contraditório, possui mais amplitude, porquanto a sua construção conceitual é mais doutrinária, jurisprudencial do que legal, como se mera lei fosse;

– *Sexto*, o princípio da colaboração ou interação traz uma perspectiva mais humanitária, concomitante, surge também da carência dessa. Atrela-se e possui como maximizadores: o instituto da hipossuficiência, os princípios dos artigos 1º, 2º, 3º, e 5º da CF/1988. Ademais, possui os tratados sobre direitos humanos internacionais na condição de aliados, caso as idéias globais de acesso à justiça e dignidade, por exemplo, sejam descumpridas. Apoio esse que o contraditório não possuía em outrora;

– *Sétimo*, em função de estar vinculado mais ao princípio da verdade material, o princípio da cooperação adquire o caráter absoluto que era creditado ao contraditório, sendo que com poderes não concedidos até então a nenhum princípio. Posto que, ao estar sequioso por justiça – sem as ponderações arcaicas dos institutos de Justiniano e napoleônicos que obstavam a busca, efetivamente, pela verdade muitas vezes – terá a possibilidade de contestar vários alicerces já firmados, a saber: o princípio do juiz natural; os princípios do inquisitivo/dispositivo; o princípio da verdade formal; prazos tidos como inflexíveis, só porque receberam uma mera classificação diferencial; institutos como o da prescrição, da decadência, quicá até e o da preclusão, caso se constate o desrespeito aos deveres basilares do princípio colaborativo. Primordial não só frente ao juiz ou ao processo, mas à própria visão milenar de se pensar o direito. É um reconstruir verdades, já aclamadas como axiomas, eis a questão!

Não nos debruçaremos, momentaneamente, mais sobre tais distinções em detrimento do escopo mor que nos instigou a esse sucinto

esboço. Ademais, precisaremos averiguar os posicionamentos outros possíveis para uma construção doutrinária e jurisprudencial sobre o princípio da cooperação, acréscimos e discordâncias profícuas que serão a temática dialética em questão. Até pela escassa doutrina vigente que trabalha tal princípio.

Em termos gerais, poderíamos dizer, *data venia*, que o princípio da cooperação é o membro da família ou o filho que nasce na época de prosperidade. Em terminologia aristotélica, o contraditório vige então enquanto “ato”, já o princípio da cooperação subsiste e se vislumbra, hodiernamente, no status de “potência” sempre latente nas relações humanas e, por conseguinte, nas relações jurídicas. Postas as favoráveis condições, a potência se pretende fazer ato, para concretizar a idéia de solidariedade, de humanidade e de “comum-unidade” pretendida há muito pelo direito (conclui-se o ciclo ato-potência).

Por tal, reputamos que o contraditório está contido no princípio da cooperação que o contém, destarte como o faz a outros. Este pela universalidade: é gênero, do qual o outro, pela atribuição, é espécie.

8 Considerações prospectivas

Ao delinear das primeiras linhas sobre o tema exposto, pretendemos estabelecer um vínculo com os debates de abrangência e limitação acerca da importância da principiologia e das formas de conexão que tece ao comunicar a processualismo civil e as matérias de cunho mais socio-filosófico. Espera-se, em um outro momento, apaziguar polêmicas despertadas e desenvolvermos questões, até então só apresentadas. Por ocasião, pontuamos a relevante necessidade de se observar o quão salutar é o princípio da cooperação, sem, contudo, extrapolar a criticidade imanente a qualquer atitude humana, sobretudo, se essa pode se refletir impactantemente nas vidas de milhares de outras pessoas, as quais veem no Judiciário, ainda, a possibilidade mais efetiva de se aproximarem do espectro, do simulacro de justiça.

The Principle of Cooperation: a heraclitian perspective in civil process

Abstract

The principle of cooperation represents the condensed projection, nowadays, to attenuate discrepancies steel presents in many process steps. The variables which occur in the rules and principles universe, bringing into account conflicts and interactions already seen, constitute another aspect in this Law science phase. Furthermore, the paths of german precessual theory vastly help to build knowledge doctrines

in others countries, emphasized, in Brazil. It is needed, indeed, to underline that the major objective is to realize communication between the modern processualistic, from a further more eminently complex society, and the idea of justice witch lives in a dreamed society imaginary, for centuries built by humanity.

Key words: Principle of cooperation.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- CINTRA, A. Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 06. p. 47-59, 2003.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 14.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL – OITAVA SÉRIE. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, MARIA Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. As funções poéticas na linguagem jurídica e na hermenêutica. In: III COGNO: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO. Pernambuco: UFPE, 2007.

Referência deste artigo

CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia. Princípio da cooperação: uma perspectiva heraclitiana no processo civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 53-74, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 25 mai. 2010.

A repercussão geral e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Carlos Gadêlha Júnior

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Pós-graduado em Direito Público com Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Joaquim Nabuco e ESA/OAB-PE, funcionário da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco (OAB-PE), advogado.

Resumo

O aumento vertiginoso da demanda por justiça trouxe o Judiciário para o centro das atenções da sociedade brasileira, o que o tornou uma das instituições mais criticadas por todos. Com o objetivo de aplacar os seus diversos problemas, aprovou-se uma Emenda Constitucional – nº 45/04, a qual introduziu inúmeras mudanças, dentre as quais pode-se citar a criação do Conselho Nacional de Justiça, a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral. Este último instituto visa impedir que questões de pouca relevância cheguem ao Supremo Tribunal Federal,

o que vem a atrapalhar na sua função precípua de guardião da Constituição Federal. Esse novel requisito do recurso extraordinário foi regulamentado pela Lei nº 11.418/06. Verifica-se que a norma regulamentar aproximou o controle concreto de constitucionalidade do abstrato. Coube ao STF trazer normas regimentais para dar execução ao Instituto (Emenda Regimental nº 21/07), observando-se um processo de informatização do recurso extraordinário. Apesar de sua ampla regulamentação, a Repercussão Geral só terá uma feição totalmente definida a partir da atividade

* Trata-se de uma versão adaptada de monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público (Pós-Graduação *Latu Sensu*) pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda (ESMAPE) – Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas, em 2009.

judicante da Suprema Corte, que irá determinar em cada caso quando existe a Repercussão Geral. Numa análise dos primeiros julgados, verifica-se que alguns temas tidos pelo STF como de Repercussão Geral se tornaram objeto de Súmula Vinculante. Pode-se perceber uma redução na carga de processos a serem analisados pelo STF, que passou

a atuar mais detidamente sobre causas de maior impacto nacional, como no caso da lei de imprensa, das células-tronco embrionárias e da demarcação da reserva indígena Raposa-Serra do Sol.

Palavras-chaves: Poder Judiciário. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) vinha recebendo um número cada vez maior de processos, o que estava inviabilizando a sua atividade jurisdicional, tendo que atuar até em processos sobre briga de vizinhos e furto de galinhas¹.

A difícil situação do STF fica flagrante quando se compara com os dados estatísticos de outros Cortes constitucionais. Na Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), o máximo de causas julgadas dentro de um ano foi de 151. Já o Conselho Constitucional da França só julgou até 20 processos num ano, e a Corte alemã atinge o número, em média, de três mil casos por ano. Enquanto isso, o STF, no ano de 2008, julgou 17.994 causas, somando as duas Turmas e o Plenário. Esse número pode chegar a 123.641 se forem incluídas as decisões monocráticas².

Diante desse quadro insustentável, a Emenda Constitucional nº 45/04, Reforma do Poder Judiciário, reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Repercussão Geral, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, tentando impedir que o STF fique preso a processos sem nenhuma relevância para a sociedade.

1 BRÍGIDO, Carolina. Casos sem relevância atolam o Supremo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 nov. 2007. Caderno O País, p. 10-11.

2 HAIDAR, Rodrigo. Tribunais começam a tornar o processo mais racional. **Consultor Jurídico**, 7 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-07/tribunais_comecam_tornar_processo_racional>. Acesso em: 11 set. 2009.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica, abrangendo livros e artigos científicos, incluindo os publicados na internet. Outrossim, foram trazidas algumas decisões do Supremo Tribunal a respeito da Repercussão Geral e números estatísticos sobre a atividade judicante do Poder Judiciário.

No primeiro capítulo, tenta-se definir os principais problemas que o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre os quais pode-se citar: morosidade, burocracia, orçamento mal administrado, corrupção e sistema recursal falho. Além disso, traça-se um panorama das mais importantes mudanças advindas da reforma do Judiciário, como, por exemplo, a Súmula Vinculante, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

E, por fim, traz-se um histórico da Repercussão Geral ou questão da relevância no Direito brasileiro, fixando, de forma inicial, em que consiste esse novo instituto trazido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Já o capítulo seguinte cuida da Repercussão Geral e a sua lei regulamentar nº 11.418/06, procurando demonstrar como foi operacionalizada e quais os seus efeitos na atuação da Suprema Corte, trazendo dados estatísticos colhidos no próprio *site* do STF.

A Repercussão Geral veio tentar aliviar a situação calamitosa em que se encontra o STF, procurando reduzir o número de processos a ser julgado pela Corte Suprema que não possuem nenhuma relevância, além de contribuir na uniformização da jurisprudência do país.

1 A crise e a reforma do Poder Judiciário brasileiro

1.1 Os problemas enfrentados pelo judiciário

O acúmulo de processos sem uma solução definitiva e a lentidão na resolução dos litígios faz com que o Poder Judiciário seja uma das instituições mais criticadas pela sociedade brasileira. Apesar dos esforços engendrados para solucionar tais problemas, a situação ainda não está muito diferente.

Além da morosidade, podem ser constatados outros graves problemas no Poder Judiciário brasileiro³:

Uma reportagem da revista *Veja*, de 24 de março de 1999, já apontava os principais problemas do Judiciário, entre os quais estariam: burocracia (o processo passa 69% do tempo no cartório e só 11% com o juiz); orçamento mal administrado (faltam computadores, mas os prédios são luxuosos); “fábrica” de liminares; corrupção; nepotismo; sistema recursal e despreparo dos juízes.

De acordo com estatísticas, existem cerca de 43 milhões de processos em tramitação apenas na primeira instância do Judiciário estadual brasileiro, esperando uma solução⁴. A redemocratização do Brasil e o perfil da Constituição Federal de 1988 (garantidor de direitos) gerou uma busca constante dos cidadãos pelos seus direitos, sentimento reprimido durante o regime militar.

A Carta Política de 1988 colocou o Judiciário como o principal responsável pela solução dos conflitos de interesse, uma conquista basilar da democracia, mas que acabou negligenciando as outras formas alternativas de resolver os conflitos. Foi o que aconteceu com a arbitragem,

3 GADELHA JR., Carlos. **Súmula vinculante no contexto da reforma do Judiciário**. Recife: Monografia Final do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, 2007. p. 4.

4 HAIDAR, Rodrigo. Tribunais começam a tornar o processo mais racional. **Consultor Jurídico**, 7 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-07/tribunais_comecam_tornar_processo_racional>. Acesso em: 11 set. 2009.

instituída pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que terminou sendo utilizada tão somente para certos contratos realizados por empresas⁵.

Essa cultura de judicialização da vida⁶ acabou resultando no rápido aumento do número de processos perante os tribunais, como pode ser constatado através dos números relacionados ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com estatística colhida do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), o número de processos distribuídos no STF só vem crescendo. Em 1990, foram 16.226 causas; 1994, 25.868; 1998, 50.273; 2002, 87.313 e 2006, 116.216 processos ingressando na Suprema Corte brasileira⁷.

O jurista Luís Roberto Barroso aponta três razões para a judicialização. Seriam elas: a redemocratização do país, que transformou o Judiciário de um “departamento técnico-especializado” em um poder político; a grande constitucionalização advinda de uma Constituição analítica e detalhista; e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de grande abrangência – englobando o controle concentrado e o difuso⁸.

Um grave problema do Judiciário brasileiro é a sua gestão administrativa, que impede a contabilização exata do número de processos existentes em tramitação e inviabiliza uma boa comunicação entre os órgãos da Justiça. Diante desse quadro, foi realizada uma reunião com os presidentes dos 91 tribunais do Brasil, objetivando resolver esse problema. Pretende-se unificar o número dos processos e padronizar a nomenclatura dos procedimentos e assuntos para que se torne mais fácil a sua identificação, além de se buscar a implantação de boas soluções regionais para toda a federação⁹.

5 GADELHA JR., Carlos. **Súmula vinculante no contexto da reforma do Judiciário**. Recife: Monografia Final do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, 2007. p. 4.

6 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 set. 2009.

7 DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 82.

8 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 set. 2009.

9 CHAER, Marcio. Banco de soluções: discussões judiciais do país resumem-se a 2.400 temas. **Consultor Jurídico**, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/69050,1>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

Outra questão a ser resolvida pelo Judiciário é a sua dificuldade em se adaptar aos avanços tecnológicos para o bem da atividade jurisdicional. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2005 foram investidos em informatização apenas 2% na Justiça federal, 1,9% na estadual e 1,2% na trabalhista do total de seus orçamentos (somente 500 milhões de reais do total de 23 bilhões de reais)¹⁰.

Diante de tantas questões a serem resolvidas e do clamor da sociedade por mudanças, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, no dia 08 de dezembro de 2004, chamada de Reforma do Poder Judiciário, quando foram introduzidas diversas inovações no Direito brasileiro, como a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral nos recursos extraordinários, visando garantir uma maior segurança jurídica e celeridade ao andamento dos processos, o que é crucial para o desenvolvimento de qualquer país.

1.2 EC nº 45/04 – Principais inovações

As discussões em torno da reforma do Judiciário começaram com a proposta de Emenda Constitucional (PEC) do Deputado Hélio Bicudo, datada de 26 de março de 1992¹¹. O atual governo demonstrou a importância dessa reforma com a criação da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, quando foi assinado um “pacto de estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, juntamente com os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal¹².

10 Trata-se de um levantamento realizado pelo CNJ chamado de Justiça em números – indicadores estatísticos do Poder Judiciário. PINHEIRO, Aline; MILICIO, Gláucia. Corte anti-digital: judiciário quer mas não consegue se informatizar. *Consultor Jurídico*, 24 fev. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53117,1>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

11 LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário**: emenda constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, nº 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6463>>. Acesso em: 12 set. 2009.

12 GADELHA JR., Carlos. **Súmula vinculante no contexto da reforma do Judiciário**. Recife: Monografia Final do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, 2007, p. 1.

Essa reforma constitucional do Poder Judiciário foi embalada pelo princípio da razoável duração do processo, o qual foi inserido no art. 5º, da Carta Política de 1988, como direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro, através do novo inciso LXXVIII.

Alguns mecanismos foram pensados para evitar qualquer tipo de influência na atividade judicante, que maculasse o seu resultado final. Entre eles, pode-se mencionar a quarentena para os membros que tenham saído do Judiciário, que não poderão atuar junto ao juízo ou tribunal do qual se afastaram, dentro de um prazo de três anos da sua saída (art. 95, parágrafo único, V).

Com o objetivo de garantir uma melhor qualificação e experiência de seus membros, passou-se a exigir dos candidatos a juiz três anos de atividade jurídica (art. 93, I), exigência cobrada também para os concursos de ingresso no Ministério Público (art. 129, §3º).

Foi determinada a distribuição imediata dos processos para o seu relator (art. 93, XV), uma vez que existe notícia, por exemplo, de que, no Estado de São Paulo, um recurso de apelação chegou a demorar até quatro anos para ser distribuído¹³. Assim, evita-se que o processo seja “esquecido” no setor de distribuição do Tribunal.

Outra medida em busca da rapidez na prestação jurisdicional foi a extinção das férias coletivas nos juízos e tribunais de segunda instância (art. 93, XII). O número de processos ajuizados só faz aumentar e é necessária uma maior dedicação, principalmente, do que se pode chamar como “porta de entrada” do Judiciário, já que quase 90% dos processos são solucionados na primeira instância¹⁴, não havendo recurso.

Uma boa mudança é a autorização para que os juízes deleguem aos seus servidores a prática de atos sem nenhum conteúdo decisório (art. 93, XIV), o que contribui na otimização da atividade do juiz, que poderá

13 LENZA, Pedro. **Súmula vinculante** – necessidade e constitucionalidade. *Última instância*, 06 ago. 2007. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/cartaforense/ler_noticia.php?idNoticia=1848>. Acesso em: 11 set. 2009.

14 ANUÁRIO DA JUSTIÇA 2009. São Paulo: ConJur Editorial, 2009, p. 12.

dedicar maior tempo para os atos de maior relevância dentro do processo – decisões interlocutórias e sentenças.

A fim de garantir uma melhora na gestão administrativa do Judiciário foram criados órgãos de controle do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – (art. 103-B), e do Ministério Público – CNMP – (art. 130-A). Esses órgãos possuem a função de fiscalizar, administrativa e financeiramente, as atividades dos seus membros, não podendo esmiuçar nas ações de natureza puramente jurídica.

O art. 109, V-A e o §5º instituíram a possibilidade de haver a federalização dos crimes contra os direitos humanos por iniciativa do Procurador-Geral da República, quando houver grave violação desses direitos, transferindo a competência da justiça estadual para a federal.

A reforma também trouxe um instrumento para garantir maior efetividade às decisões do STF. Trata-se da Súmula Vinculante, inserida na Constituição Federal através do art. 103-A. Para que essa súmula de efeito vinculante seja aprovada é necessário que haja reiteradas decisões sobre uma mesma matéria no mesmo sentido.

O verbete sumular deve versar sobre a eficácia, validade e interpretação de norma de matéria constitucional em face da qual haja controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e a Administração Pública. As súmulas vinculantes devem ser observadas, obrigatoriamente, pelos outros órgãos do Judiciário e por toda a Administração Pública.

Deve-se salientar que essa reforma constitucional foi seguida, também, por várias leis ordinárias, buscando torná-la mais efetiva para os anseios da sociedade. As mais importantes foram: Lei nº 11.232/05 (reúne a fase de conhecimento com a de execução); Lei nº 11.276/06 (institui a súmula impeditiva de recursos); Lei nº 11.280/06 (cria a intimação eletrônica); Lei nº 11.382/06 (regula a penhora *on line* e modifica as normas da execução de títulos extrajudiciais); Lei nº 11.417/06 (instrumentaliza a Súmula Vinculante); Lei nº 11.418/06 (regula a Repercussão Geral dos recursos extraordinários); Lei nº 11.419/06 (regulamenta a informatização da justiça penal, civil e trabalhista) e Lei nº 11.441/07

(autoriza a realização de divórcios, separações, partilhas e inventários consensuais nos cartórios, sem a intervenção judicial).

Dessa forma, verifica-se o objetivo da reforma constitucional e do legislador ordinário em garantir uma prestação jurisdicional cada vez mais eficiente e que contribua com o desenvolvimento do país.

1.3 A Repercussão Geral no Direito brasileiro

A arguição de relevância da questão federal, que existia no ordenamento constitucional anterior de 1969, era diferente da atual Repercussão Geral, pois aquela possuía um aspecto político e era decidida em sessão administrativa secreta, não havendo qualquer tipo de fundamentação¹⁵. Dessa maneira, esse instrumento é inconcebível num Estado democrático de Direito, situação que o Brasil desfruta atualmente.

Essa expressão “relevância da questão federal” somente foi inserida na Carta Magna de 1969, no seu art. 119, §1º, através da Emenda Constitucional nº 7/77¹⁶. Assim, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado em 1985 para estabelecer os casos passíveis de recurso extraordinário e passou a conceituar a relevância nos seguintes termos: “entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário

15 MEDEIROS, Taissa Souza. A repercussão geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1721, 18 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11056>>. Acesso em: 27 ago. 2009. Também nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm, 3 v., p. 269, 2008.

16 Antes da Emenda Constitucional nº 7/77, em 1975, através de uma Emenda Regimental nº 3 foi criada a arguição de relevância no recurso extraordinário, o que era inconstitucional, já que os requisitos do recurso extraordinário estavam previstos na Constituição de 1969, não podendo ser feito qualquer outro tipo de exigência. Esse vício só veio a ser corrigido através da Emenda Constitucional nº 7/77, que autorizou o STF a regular sobre a questão. LIMA, Maria Cecília Peixoto Correa. A emenda constitucional n. 45 e a repercussão geral da questão constitucional levantada: o uso do método difuso como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Esmape**, Recife, a. 1, v. 12, n. 25, tomo II, jan./jun, p. 921-922, 2007.

pelo Tribunal” (art. 327,§1º)¹⁷. Ela era aduzida em autos apartados e examinada pelo STF em sessão de Conselho.

A relevância só veio reaparecer no ordenamento jurídico durante a vigência da atual Carta Política de 1988, através da MP nº 2.226, de 4 de setembro de 2001, que incluiu o art. 896-A na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), exigindo o novo requisito da transcendência¹⁸ no recurso de revista.

Com a Emenda Constitucional nº 45/04, a Repercussão Geral foi trazida de volta para a Lei Maior do Brasil, que acrescentou o parágrafo terceiro no seu art. 102, sendo um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o qual deve ser interposto perante a Suprema Corte¹⁹. É um conceito aberto a, ser delineado por lei federal – o que foi feito pela Lei nº 11.418/06.

O recorrente deve demonstrar a Repercussão Geral da questão constitucional discutida no caso concreto para que o Supremo Tribunal Federal possa analisar a admissibilidade do recurso extraordinário. A recusa do recurso só pode ocorrer pelo voto de dois terços dos membros da Suprema Corte. Diante desse *quorum*, pode-se dizer que há uma presunção em favor da existência de Repercussão Geral²⁰.

A decisão do STF sobre a Repercussão Geral deve ser fundamentada, pelo que está disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Assim, pode-se dizer que diminui o aspecto político dessa decisão judicial²¹.

O objetivo desse novel requisito é filtrar os recursos extraordinários a serem julgados pelo Pretório Excelso, fazendo-o se concentrar na sua função precípua de guardião da Carta Política de 1988, não havendo

17 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Aspectos da relevância, transcendência ou repercussão geral. *Revista Bonijuris*, a. XIX, n. 521, p. 15, abr. 2007.

18 Esse termo foi retirado do Código de Processo Civil e Comercial da Argentina. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Aspectos da relevância, transcendência ou repercussão geral. *Revista Bonijuris*, a. XIX, n. 521, p. 15, abr. 2007.

19 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 559.

20 STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 134.

21 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 322.

como se falar em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois se está diante da jurisdição extraordinária, excepcional e a maior parte das causas já passou por duas instâncias antes de chegar à Corte Suprema.

Não há nenhuma afronta ao princípio do acesso à justiça²², mesmo na situação do recurso extraordinário combater decisão de uma única instância, pois o duplo grau de jurisdição não é obrigatório no ordenamento brasileiro, exceto nos casos de expressa previsão legal. Além do que, a jurisdição extraordinária visa à guarda da Constituição pelo STF e a uniformização das leis federais pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), havendo diferença entre acesso à justiça e acesso aos tribunais.

Ademais, percebe-se que ele também ajuda na defesa do sistema federativo²³, vez que irá contribuir na aplicação uniforme da Magna Carta em todo o território nacional, preservando a segurança jurídica.

O recurso extraordinário passa por um duplo juízo de admissibilidade, *a priori*, no juízo de origem, via de regra, realizado pelo vice-presidente do tribunal recorrido e, posteriormente, no Supremo Tribunal, o qual possui caráter conclusivo.

Entretanto, o exame de admissibilidade realizado pelo tribunal *a quo* não pode decidir sobre a existência ou não do requisito da Repercussão Geral, sob pena de caber reclamação contra a decisão junto ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que estará havendo usurpação da competência da Suprema Corte (art. 102, I, alínea I, da Constituição Federal)²⁴.

22 Cabe informar que, o Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping (IDELoS) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN sob nº 4.175) contra a Lei nº 11.418/06, que regula a repercussão geral, alegando violação o princípio do acesso à justiça. No entanto, por decisão monocrática de 02 de fevereiro de 2009, o Ministro-Relator Carlos Ayres Britto indeferiu a ação, pois o instituto não tem legitimidade ativa por falta de pertinência temática. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4175&processo=4175>>. Acesso em: 10 set. 2009.

23 MEDEIROS, Taissa Souza. A repercussão geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1721, 18 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11056>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

24 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 43.

Somente os demais requisitos do recurso devem ser examinados pelo tribunal de origem – cabimento, interesse recursal, legitimidade para recorrer, inexistência de fato extintivo e impeditivo do direito de recorrer, regularidade formal, tempestividade, preparo e questão constitucional violada. Já a verificação sobre a existência de uma preliminar formal sobre a Repercussão Geral pode ser feita tanto pelo juízo *a quo*, como pelo STF²⁵.

O art. 543-A, do Código de Processo Civil, prevê que só poderão ser admitidos os recursos que tratem de questões relevantes, seja de ordem econômica, política, social ou jurídica, transpondo os interesses subjetivos do litígio. Assim sendo, como bem afirmaram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁶, a Repercussão Geral está presente quando há relevância na decisão e transcendência dos interesses.

Portanto, o assunto discutido no recurso deve ser de tal monta que possibilite ajudar na uniformização da jurisprudência brasileira, repercutindo não apenas para as partes envolvidas na causa, mas por toda sociedade.

É interesse registrar o posicionamento de Medina, Wambier e Wambier, citado por Fredie Didier Jr.²⁷, a respeito de como se caracterizar a Repercussão Geral:

- i) Repercussão Geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”; ii) Repercussão Geral política: quando “de um causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”; iii) Repercussão Geral social: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP

25 AZEM, Guilherme Beux Nassif. A súmula 126 do STJ e o instituto da repercussão geral. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.55, n.358, p. 91-95, ago. 2007.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 33.

27 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2008. 3 v., p. 271.

para a propositura de certas ações”; iv) Repercussão Geral econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.

Impende salientar que a lei regulamentar fixou como hipótese de presunção da existência de Repercussão Geral quando a decisão recorrida contraria súmula ou jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal²⁸.

2 A suprema Corte do Brasil e a repercussão geral

2.1 Os principais aspectos da Lei nº 11.418/06

A Constituição Federal permitiu que a legislação ordinária viesse a regular a Repercussão Geral, devendo criar mecanismos para seu aperfeiçoamento, para que possa cumprir o seu papel de dar mais celeridade processual e afastar da Corte Suprema causas sem nenhuma importância para o interesse geral da nação. Assim, esse instituto acabou regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que inseriu os artigos 543-A e 543-B, no Código de Processo Civil, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias.

A lei mencionada estabelece os parâmetros legais básicos para a utilização da Repercussão Geral, cabendo ao Supremo Tribunal, através do seu Regimento Interno, fixar normas para a sua perfeita execução. Cabe salientar que essa lei não possui efeitos retroativos, passando a valer apenas para os recursos interpostos a partir do seu primeiro dia de vigência (art. 4º).

28 O professor Alexandre Saldanha entende que essa hipótese legal viola a própria repercussão geral, pois a súmula ou decisão do STF pode versar sobre matéria de ordem particular, não havendo transcendência de interesses. SALDANHA, Alexandre. *A repercussão geral na admissibilidade dos recursos extraordinários*. Curso realizado na escola Ruy Antunes (OAB/PE). 18 set. 2009. Já para o doutrinador Lúcio Flávio Siqueira entende que se essas matérias sumuladas não possuem relevância econômica, política ou social, tem impacto jurídico, o que acaba dando ensejo a presunção de relevância. PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

A Repercussão Geral deve ser demonstrada através de preliminar (forma fixada pela lei) no recurso extraordinário, a qual será analisada apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme escólio do constitucionalista Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal deve utilizar a razoabilidade ao decidir sobre a Repercussão Geral²⁹:

O princípio da razoabilidade, enquanto vetor interpretativo, deverá pautar a atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação do alcance da decisão que negou a existência de Repercussão Geral a todos os recursos sobre matéria idêntica, de maneira a garantir coerência lógica nas decisões, respeitando a finalidade da norma constitucional, qual seja, evitar que a Corte permaneça julgando recursos extraordinários cujas matérias não possuam, segundo seu próprio entendimento, Repercussão Geral, independentemente do momento de interposição do mesmo.

A lei em comento possibilitou a manifestação de terceiros (*amicus curiae*³⁰) sobre a Repercussão Geral (art. 543-A, §6º, do CPC), subscrita por procurador habilitado, cabendo ao ministro-relator autorizar essa participação, o que dá um perfil mais objetivo ao recurso extraordinário (controle concreto/difuso de constitucionalidade³¹) e garante o respeito ao devido processo legal e ao contraditório.

Segundo o consultor legislativo do Senado Federal, Bruno Mattos e Silva, o STF não está adstrito aos argumentos trazidos pelo recorrente para comprovar que está presente a Repercussão Geral no caso concreto. Seria mais uma característica que aproxima o controle concreto de constitucionalidade do controle abstrato³².

29 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 563.

30 Essa possibilidade já está prevista na Lei nº 9868/99, no seu art. 7º, §2º, que estabelece as normas que devem reger o controle de constitucionalidade por via de ação (concentrado) – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

31 O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos por via difusa pelo Judiciário é oriundo dos Estados Unidos da América, estando presente na legislação brasileira quando da sua primeira Constituição republicana de 1891. LIMA, Maria Cecília Peixoto Correa. A emenda constitucional n. 45 e a repercussão geral da questão constitucional levantada: o uso do método difuso como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Esmape**, Recife, a. 1, v. 12, n. 25, tomo II, p. 916, jan./jun. 2007.

32 SILVA, Bruno Mattos e. O STF e a normatização da repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1562, 11 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10524>>. Acesso em: 19 set. 2009.

A Repercussão Geral é analisada inicialmente por uma das turmas da Suprema Corte, que poderá reconhecer a existência do requisito pelo voto de, no mínimo, 4 (quatro) de seus membros, sendo despidendo a remessa do processo ao plenário, já que será impossível atingir o *quorum* necessário de 2/3 (oito) membros para rejeitar o recurso³³. Assim, somente na hipótese contrária de que não haja quatro votos pela aceitação da Repercussão Geral, o recurso será encaminhado para análise do plenário da Corte.

Caso a Repercussão Geral seja reconhecida, órgão competente para julgamento do recurso extraordinário será uma das turmas do Supremo Tribunal, exceto no caso de disposição diversa do seu Regimento Interno. Essa decisão tem efeitos vinculantes, valendo para todos os recursos que tenham a mesma matéria, o que garante mais celeridade e efetividade às decisões da Suprema Corte – espírito central da reforma do Judiciário.

Existiriam os efeitos jurídicos concretos da decisão, que atingem apenas as partes envolvidas no processo, e os efeitos jurídicos abstratos, os quais obrigam todos os órgãos do Poder Judiciário, em decorrência do precedente criado pela decisão da causa³⁴.

A nova redação do §5º, do art. 543-A, do Código Processual Civil fixa que, apesar de não ser possível exigir a preliminar da Repercussão Geral dos recursos interpostos antes da vigência da Lei nº 11.418/06, o Supremo deve adotar a decisão sobre esse instituto para todos os recursos extraordinários, inclusive para aqueles anteriores à vigência da referida lei que possuam matéria idêntica, podendo rejeitá-los no caso de não haver Repercussão Geral.

O Tribunal *a quo* deve selecionar um ou mais casos emblemáticos e que abranjam mais argumentos jurídicos para serem analisados pela Su-

33 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211289535174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2009.

34 SILVA, Bruno Mattos e. O STF e a normatização da repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1562, 11 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10524>>. Acesso em: 19 set. 2009.

prema Corte, se existe ou não a Repercussão Geral, ficando suspensos os outros recursos à espera da decisão (incidente de análise da Repercussão Geral por amostragem – art. 543-B, §1º, do CPC³⁵).

Caso o STF não reconheça a existência desse instituto, os demais recursos também serão rejeitados de forma automática em virtude da eficácia geral e dos efeitos vinculantes da decisão do Supremo Tribunal (art. 543-B, §2º, do CPC). Não há direito da parte de ter o seu recurso escolhido pelo tribunal de origem para ser analisado pelo STF.

Na hipótese de reconhecimento da Repercussão Geral, os recursos suspensos devem ser julgados pelo Tribunal de origem, o qual poderá declarar o seu prejuízo ou mudar de posicionamento (juízo de retratação – efeito regressivo do recurso). Se for mantida a decisão contrária à admissão do recurso extraordinário, o STF pode cassar ou reformar a mesma por meio de medida liminar (art. 543-B, §4º, do CPC).

Pela análise dos dispositivos da Lei nº 11.418/06, percebe-se que o recurso extraordinário perdeu a sua natureza eminentemente subjetiva, passando a auxiliar no controle abstrato ou concreto de constitucionalidade das leis e atos normativos, defendendo o sistema constitucional brasileiro.

2.2 A Regulamentação da Repercussão Geral no STF

A Lei nº 11.418/06 foi regulamentada pelo STF através da Emenda Regimental nº 21, que passou a vigorar no dia 03 de maio de 2007. Dessa forma, o pleno do STF decidiu que só pode ser exigido do recorrente a demonstração do requisito da Repercussão Geral a partir do dia da publicação da referida emenda³⁶. Vale trazer à baila as palavras do ministro-relator Sepúlveda Pertence³⁷:

35 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm, 2008. 3 v., p. 272.

36 De acordo com a decisão do STF, a norma constitucional do art. 102, §3º possui eficácia limitada, vale dizer, depende de uma lei ordinária para sua regulamentação, a fim de que possa atingir todos os seus efeitos, conforme determina o legislador constituinte. AZEM, Guilherme Beux Nassif. A súmula 126 do STJ e o instituto da repercussão geral. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.55, n.358, p. 91-95, ago. 2007.

37 STF – Pleno – QO no AI nº 664.567/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 18-06-2007.

As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da Lei nº 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 – data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.07. No artigo 327, RIS-TF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a Repercussão Geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser “formal e fundamentada”. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.

Cabe informar que houve dúvidas quando à exigência da Repercussão Geral dos recursos de matéria criminal, mas embora a lei regulamentar nº 11.418/06 tenha alterado dispositivos do Código de Processo Civil, essas mudanças têm natureza de norma geral, devendo serem aplicadas também para recursos extraordinários de matéria penal. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, na questão de ordem no agravo de instrumento nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 18 de junho de 2007.

O Presidente do STF pode rejeitar os recursos que não tenham a preliminar formal e fundamentada de Repercussão Geral e aqueles casos em que o Supremo já tenha decidido como caso de inexistência de questões relevantes sob o prisma social, político, econômico ou jurídico, que vai além dos interesses particulares das partes, exceto nesse último, quando o caso tiver passado por revisão ou esteja sob processo revisional. Se o Presidente não recusar o recurso, liminarmente, cabe ao relator fazê-lo decisão da qual cabe agravo perante o plenário do STF.

Na busca de garantir uma maior efetividade ao instituto da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal tem investido na informatização do recurso extraordinário, tendo implantado o chamado plenário virtual e o recurso extraordinário eletrônico³⁸.

38 O recurso extraordinário eletrônico foi disciplinado pelo STF através da Res. nº 344, de 25 de maio de 2007, a qual regula o chamado sistema e-STF – o meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação

O plenário virtual é o mecanismo utilizado pela Suprema Corte a fim de que os ministros analisem a existência ou não do requisito da Repercussão Geral, momento em que o Relator irá disponibilizar aos demais membros a sua manifestação sobre a questão e os ministros terão um prazo de 20 dias para se manifestar apenas sobre o quesito desse instituto no caso em análise³⁹. Caso não se manifeste, será considerado que o ministro votou pela existência da Repercussão Geral.

Pelo disposto no art. 326, do RISTF, a decisão preliminar sobre a Repercussão Geral deve constar na decisão monocrática ou acórdão, que serão publicados no Diário Oficial. Além disso, valerá para todos os recursos sobre a mesma matéria (efeito pan-processual) e será irrecurável (art. 543-A, *caput*, do CPC), com exceção para os embargos de declaração, que possuem um caráter integrativo da decisão⁴⁰.

O art. 325, do RISTF fixa que o Procurador-Geral da República somente irá se manifestar acerca do recurso extraordinário depois da decisão sobre a Repercussão Geral, na qual não toma partido.

Haverá presunção da existência da Repercussão Geral quando a matéria do recurso já houver sido considerada anteriormente como detentora de Repercussão Geral ou quando o recurso impugnar decisão oposta à súmula ou jurisprudência dominante, sendo dispensável a realização do procedimento de análise desse requisito de admissibilidade.

Percebe-se que o Supremo ainda está se adaptando de acordo com o que vai observando na prática processual, buscando garantir maior efetividade ao instituto e dar mais celeridade a sua atividade jurisdicional. Assim, o Supremo resolveu tornar público, através do seu *site*, o acesso ao plenário virtual (princípio da publicidade), decisão tomada na sessão administrativa de 27 de novembro de 2008, podendo-se verificar quais

de atos e transmissão de peças processuais no Supremo Tribunal Federal. Normas complementares foram baixadas pelo STF através da Portaria nº 73, de 30 de maio de 2007.

39 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 564.

40 MEDEIROS, Taissa Souza. A repercussão geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1721, 18 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11056>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

são os votos dos ministros sobre a Repercussão Geral, conforme previsão do art. 329, do RISTF⁴¹.

Essa adaptação pôde ser percebida quando da alteração do Regimento Interno do STF, que acrescentou o §2º ao art. 324, estabelecendo que, de o caso do relator declarar a matéria como infraconstitucional, a falta de manifestação no prazo de 20 dias será considerada como voto pela inexistência de Repercussão Geral, diferentemente da regra geral estampada no §1º, do mesmo artigo. Dessa forma, resta suavizada a presunção da existência da Repercussão Geral⁴².

2.3 Uma breve análise da jurisprudência do STF e a repercussão geral

Um estudo comparativo realizado sobre o número de processos em tramitação no STF e na Suprema Corte dos EUA revelou que a Corte brasileira está sufocada pelo grande número de ações. Enquanto os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgaram em média 7,25 processos por mês, os membros do STF atingiram a marca inacreditável de 284,1 ações por dia. Foram recebidos 8.521 processos pela Suprema Corte americana em 2005, que julgou apenas 87 deles e os demais foram arquivados sem a análise de mérito; já o STF recebeu, no mesmo ano, 95.212 ações e sentenciou em 103.700⁴³.

Diante desse quadro alarmante constatado por vários estudos estatísticos, a reforma do Judiciário trouxe um mecanismo para aliviar a carga de trabalho da Corte Constitucional do Brasil – a Repercussão

41 Antes dessa alteração, o sistema do plenário virtual estava restrito aos membros do Supremo Tribunal Federal e tribunais cadastrados, que possuíam uma senha de acesso, situação que violava o princípio constitucional da publicidade e da expressa motivação das decisões judiciais. Debate aberto: STF decide abrir sessões do plenário virtual para o público. **Consultor Jurídico**, 27 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72126,1>>. Acesso em: 11 set. 2009.

42 Essa mudança regimental foi introduzida pela Emenda nº 31, de 29 de maio de 2009. In: Supremo aperfeiçoa regras para repercussão geral. **Consultor Jurídico**, 29 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-29/mudancas-regimento-interno-stf-aperfeicoam-repercussao-geral>>. Acesso em: 11 set. 2009.

43 BRÍGIDO, Carolina. Casos sem relevância atolam o Supremo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 nov. 2007. Caderno O País, p. 10-11.

Geral no recurso extraordinário. Com esse novo instrumento, a Emenda Constitucional n° 45/04 quer diminuir a demanda do STF, garantido maior tempo para análise e julgamento de questões de relevância para toda a sociedade.

O próprio portal da internet do Supremo Tribunal disponibiliza os números sobre os julgados da Repercussão Geral. Verifica-se que 153 matérias já foram consideradas como de relevância social, econômica, política ou jurídica (65,7% do total) e 54 foram rejeitadas em virtude da inexistência do *novel* requisito (23,2% do total)⁴⁴. Dessa forma, é possível observar a parcimônia/razoabilidade adotada pelo STF na análise desse filtro recursal.

Dessas 153 matérias consideradas possuidoras de Repercussão Geral, 48 delas já tiveram julgamento de mérito (31,4% do total), seja com jurisprudência assentada ou reafirmada por questão de ordem, enquanto que 105 aguardam o julgamento de mérito, tendo seis delas já com o julgamento iniciado.

Entre os temas tidos pelo STF como de Repercussão Geral, alguns se tornaram súmula vinculante, como foi o caso da validade do termo de adesão da LC n° 110/01 para pagamento de diferenças de FGTS (súmula n° 01), inconstitucionalidade da taxa de matrícula nas universidades públicas (súmula n° 12), constitucionalidade do pagamento de soldo inferior ao salário mínimo para as praças que prestam serviço militar inicial (súmula n° 6), vedação ao nepotismo nos três poderes da Federação (súmula n° 13), regra sobre a cláusula da reserva de plenário (súmula n° 10), impossibilidade do salário mínimo ser usado como base de cálculo de vantagem de servidor ou empregado (súmula n° 4), prescrição e decadência de crédito tributário (súmula n° 08) e aplicabilidade condicionada do art. 192, §3°, da Constituição Federal (súmula n° 7).

Segundo pronunciamento do atual presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, a Repercussão Geral e a Súmula Vinculante vêm ajudando

44 Dados estatísticos atualizados até 19/10/2009 e disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>.

na tarefa de diminuir a carga de trabalho da Suprema Corte. Houve uma redução de 42% no número de processos distribuídos aos ministros do Supremo Tribunal entre os anos de 2007 e 2008⁴⁵. Em 2007, foram recebidos 55.925; já em 2008 o montante foi reduzido para 34.471, o que resultou também num enxugamento no número de processos em andamento, de 154 mil recursos para 105 mil⁴⁶.

No ano de 2008, 27 matérias de Repercussão Geral foram analisadas no mérito, mas o número de assuntos examinados quanto à existência dessa instituição chegou à casa de 149.115⁴⁷.

De janeiro a outubro desse ano, 45% dos 66,1 mil processos protocolados no STF foram retidos, vale dizer, ou acabaram não acolhidos pelo setor de protocolo ou autuação do Tribunal por não cumprirem os requisitos mínimos, ou são recursos extraordinários suspensos para esperar a decisão do STF a respeito da existência do requisito da Repercussão Geral e do mérito da causa⁴⁸.

Diante dessa redução de processos a serem analisados pela Suprema Corte, esta poderá concentrar-se em casos de maior impacto nacional e que geram uma grande divergência na jurisprudência, como no caso da lei de imprensa, das células-tronco embrionárias e da demarcação da reserva indígena Raposa-Serra do Sol.

A respeito dessa questão, vale conferir o que diz a desembargadora Elaine Harzhem Macedo⁴⁹:

Tais alterações sinalizam para uma mudança de perfil do Supremo Tribunal Federal, que vai abandonando a sua história secular de um Tribunal

45 Filtro de relevância: repercussão geral reduz em 40% número de processos no STF. **Consultor Jurídico**, 13 out. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70735,1>>. Acesso em: 10 set. 2009.

46 PORFIRIO, Fernando. Repercussão geral e súmula construíram nova Justiça. **Consultor Jurídico**, 19 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-19/repercussao-geral-sumula-construiram-justica>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

47 *Idem, ibidem*.

48 MATSUURA, Lilian. Repercussão geral – número de ações no STF cai de 103 mil para 66 mil. **Consultor Jurídico**, 17 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-17/dois-anos-numero-processos-stf-caiu-103-mil-66-mil>>. Acesso em: 17 out. 2009.

49 MACEDO, Elaine Harzhem. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. **Direito e democracia**, Canoas, v. 6, n. 1, p. 95, jan./jun. 2005.

de atividade jurisdicional para galgar a condição de uma Corte Constitucional, desvinculando da justiça do caso concreto, ainda que mantida sua natureza de órgão do Poder Judiciário. Este papel do Supremo, comprometido senão exclusiva, preponderantemente com a jurisdição constitucional do processo objetivo, por força das questões gerais que o recurso oriundo de um processo subjetivo deverá veicular, exigirá do operador do direito uma nova postura, especialmente na compreensão dos conflitos subjetivos à luz dos preceitos constitucionais, cuja dimensão de conseqüências é ainda precoce procurar estabelecer.

Assim, o STF retoma a sua posição de guardião da Constituição Federal, como uma verdadeira Corte constitucional, analisando apenas aqueles casos de grande relevância para a sociedade brasileira e deixando de perder tempo com questões de pouco impacto social. Como bem afirmou o jurista Vladimir Passos de Freitas, “o STF não é tribunal para decidir conflitos entre pessoas, mas sim as causas da nacionalidade”⁵⁰.

3 Conclusão

O retorno à democracia e o perfil garantidor da Constituição Federal de 1988 resultou na “judicialização da vida”, uma explosão de litigiosidade, que em números apenas da primeira instância da justiça estadual, atualmente, representa o montante de 43 milhões de processos em tramitação.

Dessa maneira, o Poder Judiciário ficou sobrecarregado, tendo que resolver todos os conflitos da sociedade, sendo negligenciadas outras formas alternativas de solução, como, por exemplo, a arbitragem. Entre os problemas a serem enfrentados pela Justiça, pode-se mencionar a falta de planejamento e gestão administrativa, morosidade, burocracia, pouco e falho investimento em tecnologia e sistema recursal.

50 FREITAS, Vladimir Passos de. STF não é tribunal para decidir conflitos entre pessoas. *Consultor Jurídico*, 04 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/65997,1>>. Acesso em: 23 set. 2009.

Assim, buscando resolver esses problemas, aprovou-se a reforma do Poder Judiciário através da Emenda constitucional nº 45/04, que trouxe algumas novidades para o ordenamento jurídico brasileiro, entre as quais, a Súmula Vinculante, o Conselho Nacional de Justiça, a quarentena dos seus membros e a Repercussão Geral no recurso extraordinário.

O requisito da Repercussão Geral apareceu no Brasil através da arguição de relevância da questão federal da Constituição de 1969, mas possuía contornos bem diferentes do instituto atual.

A Repercussão Geral foi inserida através do parágrafo 3º, do art. 102, da Magna Carta de 1988, sendo regulamentada por meio da Lei federal nº 11.418/06. Trata-se de um novel requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o STF, que deve ser demonstrado através de preliminar formal e só pode ser considerado como inexistente pelo voto de dois terços dos membros da Suprema Corte.

A Lei nº 11.418/96 acrescentou alguns artigos no Código Processual Civil brasileiro para regular a Repercussão Geral. Pelo art. 543-A, do CPC só devem ser aceitos os recursos que versem sobre questões relevantes, quer sejam de ordem econômica, política, social ou jurídica, ultrapassando os interesses egoísticos das partes⁵¹.

O processo de análise da Repercussão Geral possui um caráter objetivo, como pode ser constatado através da possibilidade de manifestação de terceiros (*amicus curiae*), da eficácia geral e dos efeitos vinculantes da decisão do STF e pelo fato de que os argumentos trazidos pelo recorrente para comprovar o requisito não limitam a liberdade de julgar da Suprema Corte sobre a questão.

Essa lei regulamentar trouxe apenas as normas gerais para a execução do instituto, cabendo ao Regimento Interno do STF trazer as regras mais específicas, o que foi realizado pela Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007. Dentre os instrumentos para operacionalizar

51 PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

a Repercussão Geral, o RISTF trouxe a figura do plenário virtual, que permite aos ministros do STF analisarem o requisito sem terem de se reunir fisicamente.

Percebe-se que o STF ainda está ajustando as suas normas regimentais na busca por extrair os melhores efeitos da Repercussão Geral, o que ocorreu quando da decisão administrativa de 27 de novembro de 2008, que tornou público o acesso ao plenário virtual, e na mudança trazida pela Emenda Regimental nº 31, de 29 de maio de 2009, que abrandou a presunção pela existência da Repercussão Geral.

Com o mecanismo escolhido pela lei regulamentar de se analisar o requisito por meio de alguns casos selecionados pelo tribunal de origem, é possível perceber que o legislador ordinário respeitou os princípios constitucionais da igualdade, segurança jurídica e razoável duração do processo.

Dessa maneira, o STF impede que recursos sobre a mesma matéria tenham que ser reapreciados, dando mais celeridade à atividade judicante e maior respeito aos seus julgados anteriores – precedentes (*leading case*).

Em 2007, cada ministro do STF recebeu 10.267 recursos; já no ano de 2008, foram distribuídos apenas 5.990 para cada um de seus membros, o que representa uma redução de cerca de 40% na demanda da Suprema Corte brasileira⁵². Pode-se verificar através do *site* do STF que 153 matérias já foram tidas como possuidoras de Repercussão Geral (65,7% do total), enquanto que 54 matérias foram recusadas pela falta desse requisito (23,2% do total). Assim, pode-se constatar que o STF tem adotado certa razoabilidade no exame do instituto.

52 Haidar, Rodrigo. Tribunais começam a tornar o processo mais racional. *Consultor Jurídico*, 7 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-07/tribunais_comecam_tornar_processo_racional>. Acesso em: 11 set. 2009.

A Repercussão Geral consiste num instrumento de racionalização da atividade jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal, contribuindo para dar mais celeridade. O STF passa a ocupar o seu lugar de verdadeiro guardião da Constituição Federal, responsável por decidir as questões de maior relevância para a sociedade brasileira, deixando para as instâncias inferiores o papel de solucionar questões de natureza eminentemente subjetiva.

The general repercussion and the Jurisprudence of Federal Supreme Court

Abstract

The soaring demand for justice has brought the judiciary into the spotlight of Brazilian society, which became one of the institutions most criticized by everyone. Aiming to appease their various problems, approval of a Constitutional Amendment nº 45/04, which introduced many changes, among which we can cite the creation of the National Council of Justice, the *stare decisis* and general repercussion. The latter institute is intended to prevent issues of little relevance to reach the Supreme Court, which comes to interfere in its primary function as guardian of the Constitution. This novel requirement of special appeal was regulated by Law nº 11.418/06. It appears that the standard approximated the regulatory control of constitutionality of the abstract concrete. It was left to bring STF establish procedural rules for implementing

the institute (Amendment Regimental nº 21/07), observing a process of computerizing the extraordinary appeal. Despite its comprehensive regulation, the impact will only be a general feature fully defined from the adjudicative activity of the Supreme Court, which will determine in each case when there is a general repercussion. In an analysis of the first trial, it appears that some subjects taken by the STF as a general repercussion became the object of *stare decisis*. You can see a reduction in load processes to be analyzed by the STF, now act more detail about causes of greater national impact, as in the case of the press law, the embryonic stem cells and the demarcation of the Raposa-Serra do Sol.

Key words: Judiciary. Jurisprudence – Federal Supreme Court.

**BIBLIOTECA
ESMAPE**

Esmape-Biblioteca
FA20100171
10/12/2010
P001
Empréstimo

Referências

ALCANCE ATEMPORAL: Repercussão Geral vale para recurso ajuizado antes de maio. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/69137,1>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA 2009. São Paulo: ConJur Editorial, 2009.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. A súmula 126 do STJ e o instituto da Repercussão Geral. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.358, p. 91-95, ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. **A Repercussão geral no recurso extraordinário**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao geral/listarservicos.asp>>. Acesso em: 04 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**: atualizado até agosto de 2009 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2009.

BRÍGIDO, Carolina. Casos sem relevância atolam o Supremo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 nov. 2007. Caderno O País, p. 10-11.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Aspectos da relevância, transcendência ou Repercussão Geral. **Revista Bonijuris**, a. XIX, n. 521, abr. 2007.

CHAER, Marcio. Banco de soluções: discussões judiciais do país resumem-se a 2.400 temas. **Consultor Jurídico**, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/69050,1>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Anotações sobre a Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211289535174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2009.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Debate aberto: STF decide abrir sessões do plenário virtual para o público. **Consultor Jurídico**, 27 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72126,1>>. Acesso em: 11 set. 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm, 2008. 3 v.

Filtro de relevância: Repercussão Geral reduz em 40% número de processos no STF. **Consultor Jurídico**, 13 out. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/707351>>. Acesso em: 10 set. 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. STF não é tribunal para decidir conflitos entre pessoas. **Consultor Jurídico**, 04 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/65997,1>>. Acesso em: 23 set. 2009.

GADELHA JR., Carlos. **Súmula vinculante no contexto da reforma do Judiciário**. Recife: Monografia Final do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, 2007.

Haidar, Rodrigo. Tribunais começam a tornar o processo mais racional. **Consultor Jurídico**, 7 jan. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jan-07/tribunais_comecam_tornar_processo_racional>. Acesso em: 11 set. 2009.

LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário**: emenda constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6463>>. Acesso em: 12 set. 2009.

_____. **Súmula vinculante** – necessidade e constitucionalidade. Última instância, 06 ago. 2007. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/carta_forense/ler_noticia.php?id=1848>. Acesso em: 11 set. 2009.

LIMA, Maria Cecília Peixoto Correa. A emenda constitucional n. 45 e a Repercussão Geral da questão constitucional levantada: o uso do método difuso como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. **Revista da ESMape**, Recife, a. 1, v. 12, n. 25, tomo II, jan./jun. 2007.

MACEDO, Elaine Harzheim. Repercussão Geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 6, n. 1, jan./jun. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATSUURA, Lilian. Repercussão Geral – número de ações no STF cai de 103 mil para 66 mil. **Consultor Jurídico**, 17 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-17/dois-anos-numero-processos-stf-caiu-103-mil-66-mil>>. Acesso em: 17 out. 2009.

MEDEIROS, Taissa Souza. A Repercussão geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1721, 18 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11056>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Alexandre Bittencourt Amui de. Segurança jurídica: Repercussão Geral não deve servir só como filtragem. **Consultor Jurídico**, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/68823,1>>. Acesso em: 13 set. 2009.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A lei nº 11.418/06 e a Repercussão Geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

PINHEIRO, Aline; MILICIO, Gláucia. Corte anti-digital: judiciário quer mas não consegue se informatizar. **Consultor Jurídico**, 24 fev. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53117,1>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

PORFÍRIO, Fernando. Repercussão Geral e súmula construíram nova Justiça. **Consultor Jurídico**, 19 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-19/repercussao-geral-sumula-construiram-justica>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

Relevância reconhecida: direito tributário é tema com mais Repercussão Geral. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/69879,1>>. Acesso em: 23 dez. 2008.

SALDANHA, Alexandre. **A Repercussão geral na admissibilidade dos recursos extraordinários.** Curso realizado na escola Ruy Antunes (OAB/PE). 18 set. 2009.

SILVA, Bruno Mattos e. O STF e a normatização da Repercussão Geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1562, 11 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10524>>. Acesso em: 19 set. 2009.

Supremo aperfeiçoa regras para Repercussão Geral. **Consultor Jurídico**, 29 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-29/mudancas-regimento-interno-stf-aperfeicoam-repercussao-geral>>. Acesso em: 11 set. 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Referência deste artigo

GADÊLHA JR., Carlos. A repercussão geral e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 75-104, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 1º abr. 2010. Aprovado em: 1º jul. 2010.

A Hermenêutica filosófica de Schleiermacher e Gadamer

Custódio Feitoza Amorim

Advogado, Professor, Especialista em Direito Processual pela Faculdade Maurício de Nassau. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Resumo

Este trabalho discute os fundamentos da hermenêutica filosófica em Schleiermacher, e traça pontos de convergência entre sua teoria esboçada em "hermenêutica e Crítica", com o pensamento de Gadamer em "Verdade e Método". Apesar de distar em cerca de cem anos, a hermenêutica filosófica de Schleiermacher aproxima-se de Gadamer, como ficará demonstrado numa antecipação

da pré-compreensão do círculo hermenêutico, da tradição e da pergunta dialética, iniciada por Schleiermacher e desenvolvida por Gadamer, que com a influência de Heidegger estabelece elementos para consolidar a hermenêutica filosófica.

Palavras chaves: Pré-compreensão. Círculo hermenêutico. Tradição, pergunta e dialética.

1 Introdução

A Hermenêutica teve sua origem na Grécia, precisamente em Platão, que cunhou os poetas como mensageiros dos deuses, dentre estes o deus Hermes da comunicação, aquele que comunicava aos homens a mensagem decifrada, com sentido para a compreensão humana, dando

origem ao nome hermenêutica. Na medida em que os poetas intérpretes deixam de ser mensageiros divinos, surge efetivamente na atividade poética a “*arte da interpretação e passa a ocupar lugar na filosofia.(...) Não mais como uma verdade absoluta, nem se reduzindo a uma verdade empírica, são o sentido e o agir do homem que, então, carecem de compreensão*”.¹

Segundo Gadamer, a Bíblia era o livro sagrado, que se lia constantemente na Igreja, influenciava e moldava a literatura clássica ao mundo cristão, prevalecendo a compreensão determinada pela tradição dogmática da Igreja. Tanto na literatura quanto na leitura da Bíblia, deparava-se com línguas estranhas ao meio erudito da época medieval latina, “... de modo que o estudo da tradição que se procura recuperar em sua origem exige tanto que se aprenda grego e hebraico como que se purifique o latim”.²

Para seu desenvolvimento a hermenêutica teve que desvencilhar-se das limitações dogmáticas, tanto da Igreja Católica, quanto dos reformadores protestantes. Para Gadamer:

A formação de uma ciência da hermenêutica, desenvolvida por Schleiermacher na confrontação com os filólogos F. A. Wolf e F. Ast e ampliando a hermenêutica teológica de Ernesti, não representa um mero passo adiante na história da arte de compreender. Em si, essa história da compreensão tem estado acompanhada pela reflexão teórica desde os tempos da filologia antiga. Essas reflexões, porém, têm o caráter de uma ‘doutrina da arte’ (*Kunstlehre*), isto é, pretendem servir à arte da compreensão do mesmo modo que a retórica serve à arte de falar e a poética à arte de poetar e sua apreciação.³

Pode-se afirmar, que o sentido da interpretação ganha *status* filosófico a partir de Schleiermacher, a reflexão teórica não conta mais com uma verdade absoluta, mas nas palavras de Aloisio Ruedell⁴ “*são o sentido*

1 RUEDELL, Aloisio. **Da representação ao sentido**. Porto Alegre. Editora EDIPUCRS, 2000. p. 16

2 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da tradução de Enio Paulo Giachini. 7.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 242.

3 GADAMER, op. cit. p. 246.

4 RUEDELL, Aloisio. **Da representação ao sentido**. Porto Alegre: Editora EDIPUCRS, 2000. p.16

e o agir do homem que, então, carecem de compreensão” e, adiante afirma que surge a “*pergunta hermenêutica provinda da tradição humanística e iniciada por Schleiermacher*”, consagrando-se na pergunta a “*finitude e a contingência humanas, anteriormente incompatíveis com a atividade filosófica*”.

A proposta, aqui esboçada, tem a pretensão de construir uma unidade de pensamento entre as idéias de Schleiermacher, que se considera como um precursor do pensamento hermenêutico universalizado, fazendo o contraponto com os questionamentos de Gadamer em relação ao método, em busca da verdade, com ênfase no círculo hermenêutico e a difícil técnica de compreender através da pergunta.

Claro, que nesse *iter* filosófico ostentaram diversas outras teorias e grandes pensadores. Mas, por uma escolha de abordagem metodológica, decidiu-se fixar nesses dois autores, que fornecem elementos capazes de preencher a ousada pretensão do articulista, de dar unidade ao pensamento filosófico da interpretação, que de forma artesanal foi perseguida por estes filósofos, capazes de proporcionar uma verdadeira hermenêutica filosófica.

É importante lembrar, que não é consensual a expressão hermenêutica filosófica, existindo autores que a distingue da filosofia hermenêutica. Concluindo, enfatiza-se o aspecto dialético que une os dois filósofos hermeneutas, esboçado no círculo hermenêutico e na clareza do pensamento de Gadamer de que, o entendimento nasce justamente daquilo que se questiona, no que já foi dito.

2 Schleiermacher e a universalização da hermenêutica

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, foi teólogo, filólogo e filósofo alemão. A sua preocupação, em interpretar bem os textos do Novo Testamento aos seus alunos, levou-o a uma busca constante da compreensão e do entendimento, não só como uma ferramenta instrumental, mas precisamente, alargando a concepção da hermenêutica ao nível filosófico e universal.

Ao se referir a Schleiermacher, Gadamer considera que ele deu uma verdadeira guinada na história da hermenêutica, onde, segundo ele: “compreender significa, de princípio, entender-se uns aos outros”, onde a compreensão, como princípio, significa entendimento e que isto leva os homens ao acordo sobre algo onde “compreender-se é compreender-se sobre algo”⁵

Abre-se com ele o caminho, segundo Aluísio Ruedell, “para a universalização filosófica do conceito de compreensão e, conseqüentemente, também para a universalização da hermenêutica como dimensão fundamental da filosofia”. A interpretação é levada ao nível da consciência filosófica, e a filosofia assumida como interpretação histórica.⁶

Scholtz, *apud* Ruedell:

Aponta duas razões pelas quais a hermenêutica de Schleiermacher merece ser chamada de *filosófica*. A primeira é o fato de ela superar as hermenêuticas regionais – deixando de ser um simples “agregado de observações”, e partindo de princípios filosóficos, com vistas a uma maior sistematização. Em segundo lugar, a hermenêutica de Schleiermacher é também filosófica porque é “filosoficamente importante”, no sentido de que valoriza o outro como sujeito do conhecimento e, por conseguinte, também a comunicação.

Na nota de tradução do livro de Schleiermacher: “Hermenêutica e crítica”, Aloísio Ruedell afirma: “*A própria hermenêutica, no todo do pensamento de Schleiermacher, não se constitui em tema único ou isolado, e sim numa relação de reciprocidade complementar com a crítica e com a dialética*”⁷. Portanto, são aspectos importantes da teoria hermenêutica de Schleiermacher, que se vai destacar nos dois modos de interpretação por ele proposto, isto é, a interpretação gramatical e a psicológica.

Na teoria de Chris Lawn, “...as hermenêuticas revelam que todo entendimento humano é basicamente interpretação”. E adiante, ele faz um alerta impor-

5 GADAMER, op. cit. p. 254-255.

6 RUEDELL, op. cit., p. 19

7 SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**. Trad. de Aloísio Ruedell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS; Editora Unijuí, 2005. Nota do tradutor, p. 10.

tante de que: “*O que nunca devemos esquecer é que sempre somos parte daquilo que buscamos entender: a suposta lacuna entre o conhecedor e o conhecido é mais como uma linha faltosa ou fronteira móvel do que uma fenda propriamente dita*”⁸.

3 A relação de Gadamer com Schleiermacher

É importante na compreensão do pensamento da hermenêutica filosófica, fazer-se a abordagem dos dois grandes teóricos do pensamento hermenêutico, que foram: Gadamer e Schleiermacher. A análise feita por Gadamer da hermenêutica de Schleiermacher, demonstra o quanto eles estiveram tão próximos, na universalização da interpretação dos textos, na relação dialética entre o todo e as partes, na concepção do círculo hermenêutico iniciado por Schleiermacher, desenvolvido por Heidegger e aperfeiçoado por Gadamer, incluindo os elementos da pré-compreensão, da tradição, entre outros, que Gadamer ressalta: “*Heidegger fez uma descrição fenomenológica perfeita ao descobrir a pré-estrutura da compreensão no suposto ‘ler’ o que ‘está lá’*.”⁹

Numa primeira inserção no pensamento de Schleiermacher, Gadamer faz uma exaltação ao mesmo afirmando que:

A arte de compreender é honrada com uma atenção teórica de princípio e com um cultivo universal, porque o fio condutor dogmático da compreensão de textos já não pode fundamentar-se num consenso bíblico nem racional. Daí, a necessidade de Schleiermacher de proporcionar à reflexão hermenêutica uma motivação fundamental que situe o problema da hermenêutica num horizonte que esta não conhecia até então¹⁰.

É neste horizonte, com fulcro na hermenêutica filosófica, que Schleiermacher desenvolve sua teoria. Para Gadamer, ele “*acaba dando à sua hermenêutica o nome de doutrina da arte, porém, em um sentido sistemático comple-*

8 LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007. p.58-59

9 GADAMER, op. cit., p. 359.

10 Idem, p.248.

Ao se referir a Schleiermacher, Gadamer considera que ele deu uma verdadeira guinada na história da hermenêutica, onde, segundo ele: “compreender significa, de princípio, entender-se uns aos outros”, onde a compreensão, como princípio, significa entendimento e que isto leva os homens ao acordo sobre algo onde “compreender-se é compreender-se sobre algo”⁵

Abre-se com ele o caminho, segundo Aluísio Ruedell, “para a universalização filosófica do conceito de compreensão e, conseqüentemente, também para a universalização da hermenêutica como dimensão fundamental da filosofia”. A interpretação é levada ao nível da consciência filosófica, e a filosofia assumida como interpretação histórica.⁶

Scholtz, *apud* Ruedell:

Aponta duas razões pelas quais a hermenêutica de Schleiermacher merece ser chamada de *filosófica*. A primeira é o fato de ela superar as hermenêuticas regionais – deixando de ser um simples “agregado de observações”, e partindo de princípios filosóficos, com vistas a uma maior sistematização. Em segundo lugar, a hermenêutica de Schleiermacher é também filosófica porque é “filosoficamente importante”, no sentido de que valoriza o outro como sujeito do conhecimento e, por conseguinte, também a comunicação.

Na nota de tradução do livro de Schleiermacher: “Hermenêutica e crítica”, Aluísio Ruedell afirma: “A própria hermenêutica, no todo do pensamento de Schleiermacher, não se constitui em tema único ou isolado, e sim numa relação de reciprocidade complementar com a crítica e com a dialética”⁷. Portanto, são aspectos importantes da teoria hermenêutica de Schleiermacher, que se vai destacar nos dois modos de interpretação por ele proposto, isto é, a interpretação gramatical e a psicológica.

Na teoria de Chris Lawn, “...as hermenêuticas revelam que todo entendimento humano é basicamente interpretação”. E adiante, ele faz um alerta impor-

5 GADAMER, op. cit. p. 254-255.

6 RUEDELL, op. cit., p. 19

7 SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**. Trad. de Aluísio Ruedell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS: Editora Unijuí, 2005. Nota do tradutor, p. 10.

tante de que: “O que nunca devemos esquecer é que sempre somos parte daquilo que buscamos entender: a suposta lacuna entre o conhecedor e o conhecido é mais como uma linha faltosa ou fronteira móvel do que uma fenda propriamente dita”⁸.

3 A relação de Gadamer com Schleiermacher

É importante na compreensão do pensamento da hermenêutica filosófica, fazer-se a abordagem dos dois grandes teóricos do pensamento hermenêutico, que foram: Gadamer e Schleiermacher. A análise feita por Gadamer da hermenêutica de Schleiermacher, demonstra o quanto eles estiveram tão próximos, na universalização da interpretação dos textos, na relação dialética entre o todo e as partes, na concepção do círculo hermenêutico iniciado por Schleiermacher, desenvolvido por Heidegger e aperfeiçoado por Gadamer, incluindo os elementos da pré-compreensão, da tradição, entre outros, que Gadamer ressalta: “Heidegger fez uma descrição fenomenológica perfeita ao descobrir a pré-estrutura da compreensão no suposto ‘ler’ o que ‘está lá’.”⁹

Numa primeira inserção no pensamento de Schleiermacher, Gadamer faz uma exaltação ao mesmo afirmando que:

A arte de compreender é honrada com uma atenção teórica de princípio e com um cultivo universal, porque o fio condutor dogmático da compreensão de textos já não pode fundamentar-se num consenso bíblico nem racional. Daí, a necessidade de Schleiermacher de proporcionar à reflexão hermenêutica uma motivação fundamental que situe o problema da hermenêutica num horizonte que esta não conhecia até então¹⁰.

É neste horizonte, com fulcro na hermenêutica filosófica, que Schleiermacher desenvolve sua teoria. Para Gadamer, ele “acaba dando à sua hermenêutica o nome de doutrina da arte, porém, em um sentido sistemático comple-

8 LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007. p.58-59

9 GADAMER, op. cit., p. 359.

10 Idem, p.248.

tamente diferente”. Porque ele, “*fundamenta teoricamente o procedimento comum a teólogos e filólogos*”, estabelecendo “*uma relação mais originária da compreensão do pensamento*”.¹¹

Na análise feita por Gadamer, do pensamento de Schleiermacher, percebe-se a identificação, como se verá adiante, dos componentes de sua própria teoria com fundamento em Schleiermacher. Gadamer, insere a questão da compreensão, destacando em Schleiermacher dois componentes importantes, a *pergunta reflexiva* e a *estranheza*, que ele identifica com conhecimento de causa:

O verdadeiro problema da compreensão aparece quando o esforço de compreender um conteúdo coloca a pergunta reflexiva de como o outro chegou à sua opinião. Pois é evidente que um questionamento como este anuncia uma forma de estranheza bem diferente, e significa, no fundo, a renúncia a um sentido comum¹².

Em sua obra *Verdade e Método*, Gadamer ainda destaca um item totalmente dedicado a análise da hermenêutica universal de Schleiermacher, onde considera que ele não tem mais em vista unicamente uma situação pedagógica da interpretação, “*ao contrário, nele a interpretação e a compreensão se interpretam (...) e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão*”¹³.

Na dicção de Chris Lawn¹⁴, “*a primeira façanha de Schleiermacher foi criar uma hermenêutica geral, um procedimento aplicável a todas as formas de interpretação*”. Neste sentido, a primeira referência ao círculo hermenêutico com ênfase no centro da interpretação foi de Schleiermacher, assim como, a relação dialética entre o todo e as partes como aspectos do entendimento e compreensão.

11 Idem, p. 247.

12 Idem, p. 249

13 Idem, p. 254.

14 LAWN, op. cit., p. 68.

4 O pensamento de Schleiermacher em “hermenêutica e crítica”

4.1 Interpretação Gramatical

Com o presente subtítulo, tem-se a impressão, de uma elaboração técnica gramatical, onde Schleiermacher exporia a sua fundamentação, para a arte da interpretação. No entanto, quando se analisa seu pensamento hermenêutico, verifica-se que ele penetrou de forma filosófica, ao alinhar a interpretação com os aspectos históricos, sociais e culturais do texto a ser interpretado.

Como referência e destaque do item interpretação gramatical, Manfred Frank,¹⁵ na “introdução do editor”, ao livro de Schleiermacher, “Hermenêutica e crítica”, faz a seguinte observação:

Sob este aspecto Schleiermacher entende não apenas o sistema que determina formalmente o conjunto dos empregos da linguagem, e que contudo é apenas virtual, mas ao mesmo tempo o meio pelo qual uma determinada sociedade define as relações de seus membros entre si e em relação ao “mundo” que lhes é comum. Por isso, toda interpretação gramatical, suficientemente fundamentada, inclui todas as tradições históricas e socioculturais, mantidas nas expressões linguísticas do que deve ser interpretado.

São esses aspectos, que Gadamer irá defender em sua teoria sobre “verdade e método”, principalmente a tradição. O próprio Schleiermacher em seu primeiro cânon, afirma: “*Tudo que, num determinado discurso, ainda necessita de uma definição mais acurada somente pode ser definido a partir do âmbito da linguagem comum ao autor e ao seu público*”.¹⁶ Observa-se que, o âmbito de interpretação, tem uma ligação contundente na relação entre o autor e a sociedade para qual ele está falando, a necessidade de diálogo, na comunicação dessa linguagem, que aproxima o autor de seu público.

15 SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 45.

16 Idem, p. 123.

Com ênfase nesse primeiro cânon, Schleiermacher afirma, “*tudo necessita de uma definição mais acurada, e apenas a obtém na relação*”.¹⁷ Considera cada parte do discurso, seja do ponto de vista material ou formal, como em si mesma indefinida. E adianta, “*alguns denominam significado aquilo que se pensa em si e por si no termo, e sentido aquilo que com ele se pensa numa determinada relação*.” No entanto, ele não concorda com essa terminologia, pois não está de acordo com a linguagem e, “*em relação a compreensão, o sentido é exatamente a mesma coisa que o significado. A verdade é que, no trabalho de interpretação, o passar do mais indefinido para o definido é uma tarefa infinita*”.¹⁸

Neste aspecto, ele afirma: “*todo enunciado isolado, portanto, arrancado de todo contexto, é necessariamente algo indefinido*”.¹⁹ Coerente com seu ponto de vista, de que não se pode separar o autor de sua época, de sua cultura, da sociedade em que vive ou viveu, ele só admite sentido naquilo que é contextualizado. Explicitando melhor afirma:

Se a compreensão de um enunciado está travada a partir de seu contexto, então temos que procurar por meios de auxílio gerais e especiais. São eles os léxicos, e sua complementação a sintaxe, os comentários sobre o texto em questão ou sobre todo o seu gênero. O uso do dicionário entra em questão, quando para um compreender correto, há falta de uma total clareza sobre o valor lingüístico.²⁰

No segundo cânon Schleiermacher considera: “*O sentido de cada termo em determinada passagem precisa ser definido segundo sua composição com os que o rodeiam*”.²¹ Manfred Frank, em suas observações sobre os cânones afirma que:

A esses cânones básicos estão submetidos uma série de pares de oposição (formal-material, qualitativo-quantitativo, mecânico-orgânico) que, justamente com aqueles, esgotam a multiplicidade de combinações

17 Idem, p. 123.

18 Idem, op. cit., p. 124.

19 Idem, p. 124.

20 Idem, p. 130.

21 Idem, p. 140.

e critérios de interpretação gramatical possíveis. O que eles têm em comum – como as regras básicas que os regem – é o fato de serem formulados como conceitos de relação. Seguem a mesma dialética que aquelas. Não há uma linha divisória precisa entre sintaxe e léxico, uma vez que, “em partículas, também a gramática vem a ser dicionário. (...) É para essas transgressões que se volta principalmente a atenção de Schleiermacher, uma vez que elas manifestam a unidade integral de seu conceito de linguagem, bem como de texto, nos quais os pontos de vista do sistema e do uso lingüístico, da estrutura-texto e do estilo são estabelecidos como fatores interdependentes”.²² [grifo nosso].

Destaca-se no grifo, a relação dialética estabelecida por Schleiermacher, diga-se, no entendimento do editor, de que mesmo criando os cânones como método para a interpretação, ele não perde o sentido da parte e do todo. Ele estabelece uma relação entre cada termo com o todo, compreendido no universo do autor e seu público, àqueles que o rodeiam, utilizando a linguagem como elemento de unidade para a compreensão, como técnica da interpretação.

4.2 Interpretação Psicológica

É importante ressaltar nas próprias palavras de Schleiermacher, o sentido que ele tem do conjunto de sua obra, distinguindo a interpretação gramatical da interpretação psicológica, ao afirmar:

A unidade da obra é, na interpretação gramatical, a construção do âmbito da linguagem, e os traços fundamentais da composição as formas de conexão. Aqui a unidade é o objeto, aquilo pelo qual o autor é posto em movimento para se comunicar.²³

Schleiermacher foi alvo de críticas principalmente quando ele afirma que: “*Para toda a tarefa existem, desde o primeiro início, dois métodos, o divina-*

22 Idem, p. 59.

23 SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 199.

Com ênfase nesse primeiro cânon, Schleiermacher afirma, “*tudo necessita de uma definição mais acurada, e apenas a obtém na relação*”.¹⁷ Considera cada parte do discurso, seja do ponto de vista material ou formal, como em si mesma indefinida. E adianta, “*alguns denominam significado aquilo que se pensa em si e por si no termo, e sentido aquilo que com ele se pensa numa determinada relação*.” No entanto, ele não concorda com essa terminologia, pois não está de acordo com a linguagem e, “*em relação a compreensão, o sentido é exatamente a mesma coisa que o significado. A verdade é que, no trabalho de interpretação, o passar do mais indefinido para o definido é uma tarefa infinita*”.¹⁸

Neste aspecto, ele afirma: “*todo enunciado isolado, portanto, arrancado de todo contexto, é necessariamente algo indefinido*”¹⁹. Coerente com seu ponto de vista, de que não se pode separar o autor de sua época, de sua cultura, da sociedade em que vive ou viveu, ele só admite sentido naquilo que é contextualizado. Explicitando melhor afirma:

Se a compreensão de um enunciado está travada a partir de seu contexto, então temos que procurar por meios de auxílio gerais e especiais. São eles os léxicos, e sua complementação a sintaxe, os comentários sobre o texto em questão ou sobre todo o seu gênero. O uso do dicionário entra em questão, quando para um compreender correto, há falta de uma total clareza sobre o valor lingüístico²⁰.

No segundo cânon Schleiermacher considera: “*O sentido de cada termo em determinada passagem precisa ser definido segundo sua composição com os que o rodeiam*”²¹. Manfred Frank, em suas observações sobre os cânones afirma que:

A esses cânones básicos estão submetidos uma série de pares de oposição (formal-material, qualitativo-quantitativo, mecânico-orgânico) que, justamente com aqueles, esgotam a multiplicidade de combinações

17 Idem, p. 123.

18 Idem, op. cit., p. 124.

19 Idem, p. 124.

20 Idem, p. 130.

21 Idem, p. 140.

e critérios de interpretação gramatical possíveis. O que eles têm em comum – como as regras básicas que os regem – é o fato de serem formulados como conceitos de relação. Seguem a mesma dialética que aquelas. Não há uma linha divisória precisa entre sintaxe e léxico, uma vez que, “em partículas, também a gramática vem a ser dicionário. (...) É para essas transgressões que se volta principalmente a atenção de Schleiermacher, uma vez que elas manifestam a unidade integral de seu conceito de linguagem, bem como de texto, nos quais os pontos de vista do sistema e do uso lingüístico, da estrutura-texto e do estilo são estabelecidos como fatores interdependentes”²². [grifo nosso].

Destaca-se no grifo, a relação dialética estabelecida por Schleiermacher, diga-se, no entendimento do editor, de que mesmo criando os cânones como método para a interpretação, ele não perde o sentido da parte e do todo. Ele estabelece uma relação entre cada termo com o todo, compreendido no universo do autor e seu público, àqueles que o rodeiam, utilizando a linguagem como elemento de unidade para a compreensão, como técnica da interpretação.

4.2 Interpretação Psicológica

É importante ressaltar nas próprias palavras de Schleiermacher, o sentido que ele tem do conjunto de sua obra, distinguindo a interpretação gramatical da interpretação psicológica, ao afirmar:

A unidade da obra é, na interpretação gramatical, a construção do âmbito da linguagem, e os traços fundamentais da composição as formas de conexão. Aqui a unidade é o objeto, aquilo pelo qual o autor é posto em movimento para se comunicar.²³

Schleiermacher foi alvo de críticas principalmente quando ele afirma que: “*Para toda a tarefa existem, desde o primeiro início, dois métodos, o divina-*

22 Idem, p. 59.

23 SCHLEIERMACHER, op. cit., p. 199.

tório e o comparativo, os quais, porém, como remetem um ao outro, não podem ser separados entre si”²⁴. Faz-se necessário citar a própria explicação de Schleiermacher, em relação ao método:

O método *divinatório* é aquele que, em se transformando, por assim dizer, no outro, procura compreender diretamente o singular. O *comparativo* estabelece primeiro como um universal aquilo que deve ser compreendido e identifica então o peculiar, ao ser comparado com outros sob o mesmo universal concebido. Aquele é a força feminina no conhecimento do ser humano, este a masculina. Os dois referem-se um ao outro, pois o primeiro assenta-se, antes de mais nada, sobre o fato de cada ser humano, além de ele mesmo ser peculiar, ter uma predisposição para todos os outros. Isso, entretanto, parece basear-se no fato de cada qual trazer em si um mínimo de todos, e a divinação, por conseguinte, será provada por comparação consigo mesmo²⁵.

Schleiermacher, não prossegue de forma sistemática, no desenvolver dessa distinção, sendo anexados alguns textos e comentários de aulas. Mas, segundo Manfred Frank, “a prova concludente para a realidade diária dessa divinação é o aprendizado linguístico das crianças. Elas precisam, no sentido do termo, “compreender originalmenté”²⁶.

Pode-se afirmar, que a teoria de Schleiermacher é dialética em sua concepção mais pura, visto que, no método divinatório procura compreender diretamente o singular e o comparativo, busca no universal aquilo que deve ser compreendido identificando com o peculiar. É na linguagem corrente da dialética, partindo do particular para o geral e do geral para o particular, que se fundamenta sua teoria.

24 Idem, p. 202.

25 Idem, p. 202-203.

26 Idem, p. 68.

5 Gadamer e o problema do método

Hans-Georg Gadamer considerado como o Grande Velho Homem da filosofia alemã, nasceu em 1900 vindo a falecer no Hospital da Universidade em Heidelberg, Alemanha, no dia 13 de março de 2002. Portanto, ele tinha 102 anos de idade quando morreu. “*Como acadêmico ativo, professor universitário, classicista e criador das “hermenêuticas filosóficas”, seu trabalho era excepcionalmente bem valorizado em seu próprio país*”²⁷.

Gadamer inicia sua crítica ao método concebido por Descartes, apesar de, considerar o avanço de seu pensamento em relação à escolástica, que se fundamenta em Aristóteles e no cristianismo. Chris Lawn, define a filosofia escolástica como: “*Uma mistura de pensamento cristão e aristotelismo que dominava a filosofia escolástica antes de Descartes, e seu trabalho procurou conceder ao pensamento filosófico as fundações mais firmes da ciência natural*”²⁸.

Na realidade, a importância de Descartes está: “*não somente porque subverte as formas da autoridade na qual o antigo escolasticismo dependia*”, assim como, a sua “*defesa da razão humana como fonte de toda verdade*”. Chris Lawn acrescenta:

O ato de juntar o método e a razão pode ser chamado de mistura resultante, dando legitimidade à era moderna, à racionalidade científica. A partir daí, desenvolveram-se as poderosas forças explicativas da ciência e suas aplicações, a tecnologia. E, no âmbito das ciências humanas, tiveram uma influência difusa nas concepções filosóficas e políticas, inspirando visões do homem como um animal puramente racional²⁹.

Descartes, tem sua importância, principalmente no questionamento da legitimidade dos textos, que tem como fundamento a autoridade. Ele, segundo Chris Lawn, “*inaugura um movimento sísmico na legitimidade; uma mudança de paradigma da autoridade de textos para a autoridade da razão*”³⁰. Ga-

27 LAWN, op. cit. p.31

28 LAWN, op. cit., p.48.

29 Idem, p.51-52.

30 Idem, p. 49

damer reconhece inclusive a mudança de paradigma em Descartes, mas discorda do racionalismo do método, que na dicção de Chris Lawn,³¹ “O ato de juntar o método e a razão pode ser chamado de mistura resultante, dando legitimidade à era moderna, à racionalidade científica”. E acrescenta:

Gadamer procura questionar a auto-segurança da era moderna e trabalha para reintegrar aspectos daquilo que perdemos quando adotamos todas as doutrinas e crenças do Iluminismo. (...) O estabelecimento de um novo método para fundamentar o conhecimento precisa sempre se reconciliar com a força mais fundamental da tradição, através da qual toda atividade cultural é apresentada e sustentada. ‘A tradição’, Gadamer diz, ‘tem uma justificativa que está além do fundamento racional e, em grande parte, determina nossas instituições e atitudes’.³²

A força fundamental da tradição é um dos aspectos relevantes na aproximação de Gadamer e Schleiermacher. Entendendo o significado do latim, *tradere*, como ‘passar adiante’, isto é, de geração a geração, Gadamer *apud* Chris Lawn, assegura que: “*Habilidades e práticas transmitidas como parte de uma tradição, não são meramente repetidas como uma linha de produção; tudo aquilo que é transmitido está constantemente num processo de re-elaboração, re-processamento e re-interpretação*”³³.

Este processo de re-elaboração, re-processamento e re-interpretação, apresenta-se na teoria hermenêutica de Gadamer, como uma necessidade de se interpretar, sem que se tenha de antemão um caminho metodologicamente definido. Existe, uma re-elaboração, mas pressupõe-se uma busca do objeto a ser interpretado; um re-processamento numa determinante dialética do contínuo processo, ao mesmo tempo definido e indefinido, que é preciso re-interpretar para encontrar a verdade ou não.

Gadamer, seguindo a linha da hermenêutica circular de Schleiermacher e a pré-compreensão de Heidegger, dar contornos próprios ao círculo hermenêutico e coloca o problema do preconceito. Ele afirma: “a

31 Idem p. 52

32 Idem, p. 53.

33 Idem, p. 54

autocompreensão tradicional da hermenêutica repousava sobre seu caráter de ser uma disciplina técnica”, e acrescenta:

É por isso que retomamos a descrição heideggeriana do círculo hermenêutico a fim de que o novo e fundamental significado que adquire aqui a estrutura circular possa se tornar fecundo para nosso propósito. (...) Heidegger escreve: (...) que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma.³⁴ [grifo nosso].

É de fundamental importância, a noção que Gadamer tem do círculo hermenêutico. Seguindo o alerta de Heidegger, ele não admite que a pré-compreensão seja confundida com posição, visão ou concepção prévias, impostas por intuições ou noções do senso comum. O caráter científico do círculo hermenêutico exige da pré-compreensão, fundamentos históricos, culturais e sociais, onde ele acrescenta o preconceito ou pré-julgamento, como componente relevante de sua teoria hermenêutica. Gadamer é categórico no sentido de: “*Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão.*”³⁵

Chris Lawn explica a posição de Gadamer sobre o preconceito, afirmando:

Todos os julgamentos estão condicionados pelos pré-julgamentos. Este é um senso mais antigo, pré-moderno, do preconceito para o qual Gadamer quer chamar a atenção. [...] O ponto apresentado aqui é que os julgamentos são possíveis, não por uma razão neutra e abstrata, mas sim por um conjunto de envoltórios pré-refletidos com o mundo que está por trás dos julgamentos e, de fato, o tornam possível.³⁶

34 GADAMER, op.cit., p. 355

35 Idem, p. 356

36 LAWN, op.cit., p. 58.

Percebe-se, que o círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos estão conectados dentro de uma mesma ótica no pensamento de Gadamer. Esboçando suas divergências com Schleiermacher, ele afirma:

A teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinhatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto. Mas, ao contrário, a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. (...) O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.[grifo nosso]³⁷.

Retoma-se aqui a concepção esboçada por Gadamer do método, ou da ausência do mesmo, visto que, para ele o círculo não é de natureza formal. Não existem determinantes nem regras. Não é objetivo nem subjetivo. A compreensão passa a ser um jogo entre o movimento da tradição, entendida como aquilo que foi repassado. Existe a necessidade de sempre se reconciliar com a força mais fundamental da tradição. Cabe a esta, fornecer ao intérprete os aspectos culturais, capazes de permitir a antecipação de sentido, guiando a compreensão de um texto, e por ser produto social e cultural, não pertence a um sujeito isolado, dono da interpretação.

Em sua convicção da ausência de método, como fator preponderante para a busca da verdade, Gadamer expõe:

O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo 'metodológico'; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão. (...) A compreensão prévia da perfeição que guia toda nossa compreensão demonstra também ela ter em cada caso um conteúdo

37 GADAMER, op.cit., p. 388.

do determinado. Não se pressupõe somente uma unidade imanente de sentido capaz de guiar o leitor; pressupõe-se que a compreensão deste seja guiada constantemente também por expectativas de sentido transcendente, que surgem de sua relação com a verdade do que é visado³⁸.

Neste aspecto, Gadamer vai se distanciando dos pensadores, que estabeleceram o método como o caminho a seguir em busca da compreensão e do entendimento. Chris Lawn afirma: “*Para Gadamer, a verdade não é um método, mas simplesmente aquilo que acontece no diálogo. Ato de interpretação são dialógicos, uma conversação constante, dentro da tradição.*”³⁹

Essa conversação aponta para a polaridade entre familiaridade e estranheza, como base da hermenêutica. Mas, discordando de Schleiermacher, Gadamer afirma que essa polaridade “*não pode ser compreendida no sentido psicológico como o âmbito que abriga o mistério da individualidade, mas num sentido verdadeiramente hermenêutico*”. E ratificando sua discordância em relação ao pensamento de Schleiermacher, de equiparar o intérprete ao autor, discorre:

Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso, pois sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e consequentemente por todo curso objetivo da história⁴⁰.

Percebe-se que, mesmo tendo buscado pontos importantes da teoria hermenêutica de Schleiermacher, Gadamer vai estabelecendo seu pensamento de forma crítica, ao esboçado por Schleiermacher. No entanto, o cerne da “hermenêutica e crítica” de Schleiermacher, de um movi-

38 Idem, p. 389.

39 LAWN, op.cit., p.13.

40 GADAMER, op.cit., p. 391-392

mento constante, circular e dialético, Gadamer vai afirmar na colocação da pergunta e da resposta, como se verá adiante, a aproximação hermenêutica dos dois pensadores.

6 A primazia hermenêutica da pergunta

Gadamer assegura: a abertura que está na essência da experiência, contém a estrutura da pergunta. A plena consciência de nossa finitude e limitação, segundo ele, leva a lógica da pergunta a uma negatividade radical, no “*saber que não sabe*”. Isto é, ele retoma o princípio da ignorância socrática para justificar a superioridade da pergunta e sua essência na realização da experiência hermenêutica. No entanto, aponta um referencial importante: “*É essencial a toda pergunta que tenha um sentido. (...) O sentido da pergunta é pois a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e pertinente*”. Ele reassume, em conformidade com o pensamento Socrático, onde perguntar é mais difícil do que responder.⁴¹ E, adiante indica que:

...a pergunta deve ser colocada. A colocação de uma pergunta pressupõe abertura, mas também delimitação. Implica uma fixação expressa dos pressupostos vigentes, a partir dos quais se mostra o que está em questão, aquilo que permanece em aberto. A pergunta não pode ser ambígua porque ambíguo é aquilo que se desvia, sai da direção, que não permite resposta.⁴²

Fazendo jus a primazia da pergunta, Gadamer estabelece: “*na verdade, o nexa entre as duas perguntas torna-se claro logo que constatamos a primazia da pergunta sobre a resposta*”. Nisto consiste a base do saber, no sentido dialético onde para saber é necessário “*ir ao encontro dos opostos*”. E deixa assente que o “*saber é fundamentalmente dialético*”⁴³.

41 Idem, p. 473.

42 Idem, p. 475.

43 Idem, p. 476.

Considera que as idéias são verificadas mais nas respostas do que nas perguntas, “*como a solução de enigmas, por exemplo*”. Mas, isto vem ratificar seu pensamento de que não existe um caminho metodológico que conduza a solução. E justifica:

Não obstante, sabemos também que quando nos vem à mente uma idéia isso não ocorre sem preparação prévia. (...) o que significa que pressupõe perguntas. (...) Na verdade, o que nos move a fazer experiências é o impulso daquilo que não se submete às opiniões pré-estabelecidas. É por isso que o próprio perguntar consiste mais num sofrer do que num agir. A pergunta se impõe: chega um momento em que não podemos mais fugir dela, nem permanecer aferrados à opinião corrente⁴⁴. [grifo nosso].

Aparentemente, Gadamer indica o referencial mais difícil, colocando como determinante para o compreender, a formulação, mesmo com o sofrimento, ‘da pergunta’. Ao atestar que: “*É por isso que o próprio perguntar consiste mais num sofrer do que num agir*”, ele está fugindo do estabelecimento de um método, ao colocar a ‘pergunta’ como um diferencial da opinião corrente, olha fixamente para a pré-compreensão, visto que, não se pode colocar a pergunta sem um sentido, de forma ambígua, que não forneça a resposta.

Percebe-se que o pensamento de Gadamer é dialético, inserido no círculo hermenêutico, distinto na lógica da argumentação, mas distanciando-se da retórica, onde os artifícios são fundamentais para afirmação de uma tese. Diferentemente, para ele:

A arte da dialética não é a arte de ganhar de todo mundo na argumentação. Ao contrário, é perfeitamente possível que aquele que é perito na arte dialética, isto é, na arte de perguntar e buscar a verdade, apareça aos olhos de seus ouvintes como o menos indicado a argumentar. A dialética, como arte do perguntar, só pode se manter se aquele que sabe perguntar é capaz de manter de pé suas perguntas, isto é, a orientação para o aberto. A arte de perguntar é a arte de continuar perguntando: isso significa, porém, que é a arte de pensar. Chama-se dialética porque é a arte de conduzir uma autêntica conversação”. [grifo nosso].⁴⁵

44 GADAMER, op. cit., p. 478.

45 Idem, p. 478-479.

Aproximando-se do modo socrático de conduzir a conversação, fundamentado em Heidegger, Gadamer aponta como princípio para aquele que sabe perguntar, continuar perguntando. Deixar de pé as perguntas de forma a manter a questão em aberto, o que no seu pensamento é a verdadeira arte dialética, isto é “na arte de perguntar e buscar a verdade”.

7 Conclusão

A pergunta hermenêutica, iniciada por Schleiermacher, provinda da tradição humanística, aproxima-se com o pensamento de Gadamer, revelado pela exposição da primazia da pergunta, que conduz o raciocínio a entender a arte da dialética, como já afirmado, na arte de perguntar para buscar a verdade.

Na tentativa feita para estabelecer os pontos de convergência entre os dois filósofos hermeneutas, Schleiermacher revela-se como um precursor da hermenêutica filosófica, pela universalização de seu método de interpretar, estabelecendo como parâmetros a interpretação gramatical e psicológica.

Na realidade os parâmetros estabelecidos por Schleiermacher em “*Hermenêutica e Crítica*”, vão além daquilo que se poderia entender de uma interpretação gramatical e psicológica. Ele tem como ponto de partida a pergunta hermenêutica, o movimento circular de cada parte com o todo e o retorno constante a parte, como método de entendimento em busca da verdade. É, portanto, um processo dialético onde perguntar significa o estabelecimento da contradição. Isto porque, a dialética é para Schleiermacher, segundo Aloisio Ruedell “o organon universal que, na perspectiva de um entendimento intersubjetivo regula metodicamente o ir-e-vir entre as posições controvérsitas”.⁴⁶

Gadamer vai buscar na hermenêutica filosófica de Schleiermacher, os aspectos principais de seu pensamento, esboçado em “*Verdade e Mé-*

46 RUEDELL, op. cit, p. 83

todo”, título de sua obra que mais poderia ser chamada de verdade ou método, visto que Gadamer não admite o método, para ele a verdade acontece no diálogo, numa conversação constante, dentro da tradição. Sente-se a influência de Heidegger no pensamento de Gadamer, onde o compreender não significa socorrer-se de esquemas já dados, “mas deixar-se tomar pelo que faz a compreensão, buscar compreender”.⁴⁷

Schleiermacher iniciou sua hermenêutica filosófica cerca de cem anos antes de Gadamer. Este, recebeu de Heidegger os aspectos fenomenológicos importantes do seu pensamento hermenêutico, apesar de Heidegger não focar a hermenêutica como ponto principal de sua teoria em “*Ser e Tempo*”. Mas, o que mais chama atenção no estudo esboçado no presente artigo, é a convergência do pensamento dos dois hermeneutas. Destacando-se: a dialética como orientação; o círculo hermenêutico como o ambiente do ir-e-vir, na busca da verdade e, a tradição como elemento necessário, na condução dos elementos da pré-compreensão, advinda de geração em geração, fazendo parte do arcabouço teórico do intérprete.

O aprofundamento da síntese do pensamento esboçado pelos dois filósofos hermeneutas será oportuno na pesquisa científica, que tenha como finalidade o estudo da hermenêutica filosófica. A análise aqui desenvolvida poderá proporcionar aos intérpretes, maior reflexão sobre a utilização das indicações e referenciais, apontados por Schleiermacher e Gadamer, na busca da verdade.

47 HEIDGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2007. Emmanuel Carneiro Leão, na apresentação, p. 16.

Abstract

This paper discusses the Fundamentals of philosophical hermeneutics in Schleiermacher and establish points of convergence between his theory, outlined in "Hermeneutics and Criticism", and the thought of Gadamer in "Truth and Method". Although both works are one hundred years apart, the philosophical hermeneutics in Schleiermacher comes close of Gadamer's, as it will be demonstrated. This is an anticipation

of the pre-comprehension of the hermeneutical circle, the tradition and the dialectical questioning started by Schleiermacher and developed by Gadamer who, under the influence of Heidegger, provides elements to consolidate the philosophical hermeneutics.

Key words: Pre-comprehension. The hermeneutical circle. Tradition. Question and dialectic.

Referências

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

HEIDGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2.ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

RUEDELL, Aloiso. **Da representação ao sentido**. Porto Alegre: Editora EDIPUCRS, 2000.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**. Trad. de Aloísio Ruedell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS: Editora Unijuí, 2005.

BIBLIOTECA
ESMAPE

Referência deste artigo

AMORIM, Custódio Feitoza. A Hermenêutica filosófica de Schleiermacher a Gadamer. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 105-126, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 22 mai. 2009. Aprovado em: 20 jun. 2009.

Abstract

This paper discusses the Fundamentals of philosophical hermeneutics in Schleiermacher and establish points of convergence between his theory, outlined in "Hermeneutics and Criticism", and the thought of Gadamer in "Truth and Method". Although both works are one hundred years apart, the philosophical hermeneutics in Schleiermacher comes close of Gadamer's, as it will be demonstrated. This is an anticipation

of the pre-comprehension of the hermeneutical circle, the tradition and the dialectical questioning started by Schleiermacher and developed by Gadamer who, under the influence of Heidegger, provides elements to consolidate the philosophical hermeneutics.

Key words: Pre-comprehension. The hermeneutical circle. Tradition. Question and dialectic.

Referências

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

HEIDGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Rev. Márcia Sá Calvacante Schuback. 2.ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

RUEDELL, Aloiso. **Da representação ao sentido**. Porto Alegre: Editora EDIPUCRS, 2000.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**. Trad. de Aloísio Ruedell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS: Editora Unijuí, 2005.

BIBLIOTECA
ESMAPE

Referência deste artigo

AMORIM, Custódio Feitoza. A Hermenêutica filosófica de Schleiermacher a Gadamer. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 105-126, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 22 mai. 2009. Aprovado em: 20 jun. 2009.

Direito fundamental à duração razoável no processo penal*

Danielle Vivianne Borges Miranda

Bacharel em Direito. Aluna de Pós-graduação em Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco.

BIBLIOTECA
ESMAPE

Resumo

Tendo por intuito esboçar sobre a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente no âmbito do Processo Penal, é impetuoso afirmar que a edição da Emenda Constitucional 45/04 trazendo o inciso supra não pôs fim à morosidade processual no Brasil, no entanto, devido a crescente litigiosidade a busca pelo equilíbrio entre tempo e processo tornou-se a finalidade a ser alcançada, quicá, superada, tanto no que tange às normas internacionais, quanto no sistema jurídico interno brasileiro. Neste espírito da Emenda Constitucional 45/04 duas normas se convergem de um lado à norma de acesso a justiça, e por outro o dever do Estado prestar a jurisdição de forma tempestiva, incidindo a aplicação do princípio da celeridade, assim, em ambas as normas a dinâmica processual tende a conduzir o fator tempo, especialmente,

no Direito Processual Penal, qual seja uma ciência, cujo objetivo é regular a atividade do Estado diante de um conflito entre o direito individual a liberdade e poder punitivo do Estado. É perfilhada no decorrer deste trabalho a positividade da aplicação dos padrões de razoabilidade da lei, da Responsabilidade do Estado pela morosidade, do princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica necessitando que sejam alinhados com vistas a se obter um resultado equável, sem que haja postergação de uma pena que venha acarretar conseqüências maléficas à parte, portanto se infere neste labor a ponderação entre o excesso prazal e o direito fundamental a duração razoável do processo no âmbito do processo penal.

Palavras-chaves: Processo penal. Duração razoável do processo. Direito fundamental.

* O artigo consiste em uma síntese da monografia apresentada como conclusão do curso de Direito pela Faculdade dos Guararapes.

Introdução

A retrospectiva histórica mostra que o aparelhamento judiciário se viu na consternação pela ineficiência de uma parcela da máquina judiciária, o que demonstra categoricamente, a necessidade da criação de uma reforma judiciária, sobretudo processual que visasse assegurar o regular andamento do processo.

Hodiernamente, a sociedade encontra-se regida pelo tempo. A busca incessante por resultados sólidos e efetivos traduz uma cultura de formação marcada por desafios tendentes a celeridade. Cumpre registrar em uma breve incursão que a garantia da razoável duração do processo já encontrava sua penumbra no elenco dos direitos fundamentais, intrínseco ao devido processo legal.

Advindo da necessidade de um labor atuante no âmbito das ciências jurídicas, a Reforma Constitucional do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional 45/04 trouxe expressamente o consagrado direito à duração razoável do processo, integrando o artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Maior. Observa-se, portanto, na duração razoável do processo, um viés jurídico sobressaindo acesos debates tanto na doutrina brasileira, quanto na jurisprudência, chegando a exceder os limites dos direitos internos e alcançando a seara das normas internacionais. Resta tecer, ainda, que uma das questões a ser ponderada ao longo deste estudo trata-se da inclusão do inciso LXXVIII e sua relação harmoniosa com os princípios da celeridade razoabilidade, segurança jurídica cujo seu amoldamento alberga o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos dos direitos humanos. Ainda, acerca da morosidade no âmbito do processo penal alguns consideráveis ingredientes ganham relevância jurídica, quais sejam a liberdade, a dignidade do acusado, integridade física e psíquica do preso, e que caso não verificado configura afronta à Carta Magna.

Partindo desses precedentes, são com fulcro nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que a tempestividade do processo ganha relevo. É de se notar que diante dessa implementação legislativa pro-

cessual é necessária uma interpretação sistêmica ao perfil da lei, pois o direito a liberdade, em regra, não se deve sobrepor ao direito à duração razoável no processo penal, pois ainda que seja direito fundamental a ponderação é de acordo com cada caso.

Inegavelmente, o processo penal serve de controle social, e é dessa tendência que a imposição de regras se solidifica e condiciona a garantia dos direitos fundamentais, a saber, o processo mais do que mero mecanismo de persecução penal é um considerável instrumento de garantia de qualquer cidadão. Para tanto, é relevante a discussão acerca dos critérios da razoabilidade do prazo e suas conseqüências. A ponderação do excesso de prazo no processo verifica-se por meio da prática dos atos procrastinatórios da defesa, da quantidade de réus envolvidos, além da complexidade da causa.

Logo, sem que haja pretensão de esgotar seu debate, a positivação deste direito, ainda que incipiente permite a perscrutação do judiciário sobre a morosidade processual penal, e é neste ponto digno de nota que a proposta do tema se concentra, especialmente por que o excesso injustificado de prazo entra em dissonância com os princípios seguidores do processo penal, além de poder restar configurado a incidência de constrangimento legal. Portanto, sob o prisma do ordenamento jurídico processual penal brasileiro o processo a duração razoável do processo é um direito assegurado que tem por fim rotular a orientação dos prazos processuais penais, pois havendo excesso de prazo evidentemente abusivo da azo a liberalidade do agente.

De par com essa necessidade, perdura a preocupação do agente quanto à questão de responsabilizar o Estado por atos contrários ao andamento regular e fiel do processo, ou seja, subsiste a preocupação de que o processo não se procrastine no tempo, sobressaindo a tendência de um Estado compromissado, sobretudo com a sociedade. Independente deste aspecto cabe ao Estado, externar as normas de forma limitadas, aplicando sanções condizentes com os fatos expostos.

Dentro desta contextualização feita até então, é possível delinear que o perfil da duração razoável no processo penal coexiste com a necessidade de utilizar parâmetros que justifique sua aplicação, de forma a não exceder os ideais de razoabilidade e se exceder sejam justificáveis, sob pena de infração à norma, com conseqüente prejuízo ao indivíduo. Insta destacar que diante da filosofia processual penal, a interpretação do inciso LXXVIII, muitas vezes, por razões de ordem prática leva a instabilidade da prestação jurisdicional. Assim sendo, trata-se de uma situação real no mundo jurídico brasileiro e não mera especulação de sua existência.

1 A perspectiva do Direito Fundamental à duração razoável no Processo Penal

1.1 Aplicabilidade do Princípio da Celeridade na SEARA do Processo Penal

No processo penal a garantia da celeridade tem sua feição fundada no respeito ao devido processo legal e ao conseqüente princípio da dignidade da pessoa humana.

A fim de satisfazer o fiel cumprimento dos atos e procedimentos é crescente a atuação do relevante princípio da celeridade processual. A sua aplicabilidade põe em pauta a questão do controle judiciário sobre o indivíduo. Este princípio se destaca pela desnecessidade de lapso temporal que venha a superar excessivamente a padronização das metas razoáveis. A partir desse elo existente torna-se cogente a necessidade de realização imediata de medidas e procedimentos que visem o prazo de duração razoável no processo penal, devido à gravidade que possa surgir com a violação dos direitos dos cidadãos, especialmente, no que tange a vida, a liberdade de ir e vir, e a proteção física e psíquica do indivíduo, ou seja, o conteúdo agravante advindo da demora no processo penal acaba por restringir dolosamente a liberdade do indivíduo, além de servir como aspiração para uma punição antecipada.

Esposando a idéia de Capez (2008, p. 26): “Quando da celeridade do procedimento possa sobrevir alguma conseqüência que iniba o exercício pleno da ampla defesa no campo penal, onde se discute a liberdade do acusado, a celeridade cede diante desta última”.

No afã da necessidade de assegurar os direitos fundamentais para o indivíduo preso ou não, o perpetuamento do tempo além do necessário termina por acarretar o efeito dominó, ou até mesmo tende a carrear o que se chama de círculo vicioso, isto é, uma vez violado um determinado direito os posteriores serão derrubados sem atenção as suas garantias e formalidades, na medida em que forem sidos colocados em prática, assim além de haver violação ao princípio da duração razoável do processo acaba por arruinar as demais garantias atribuídas ao réu, assim como a restrição dos seus bens e a repreensão social.

Nesse compasso, vale destacar o entendimento de Ramos (2008, p. 80):

Que o prolongamento do processo penal tem o condão de enfraquecer o princípio da presunção da inocência, dificultar o exercício do direito de defesa por parte do acusado, em virtude dos crescentes custos financeiros para se defender, além de miná-lo psicologicamente e reduzir sua capacidade de resistência.

É indispensável para marcha processual a efetivação da atuação das garantias constitucionais tanto da ação, como da defesa. No Brasil pode-se verificar que a busca assídua pela celeridade tornou-se uma expectativa dos três poderes o legislativo, judiciário e executivo.

Assim como o legislador deve resguardar as garantias do indivíduo, o juiz, por seu turno deve zelar pela celeridade preservando o valor vigente da garantia a fim de que não se permita alterações agravantes, nem mutilações acerca das garantias.

Para cancelar o direito fundamental a duração razoável do processo é preciso que a presteza não se converta em inconstância e que o açodamento não ocasione a precipitação. Pois, as conseqüências oriundas da dilação indevida resultam em prejuízo na restrição dos bens do acusado,

assim como na estigmatização social. É exequível a construção de um processo célere sem haver violações às garantias do indivíduo.

Processara-se, entretanto, a presteza como remodelamento para a sistemática processual penal, convertendo-a como verdadeira aliada ao objetivo de maior eficiência no judiciário. Sob esta epígrafe, sem haver o intuito de dar total ensejo à versatilidade do princípio da celeridade seus preceitos atinentes ao andamento regular do processo é marcado pelo desvelo e ponderada missão de equilíbrio entre a eficácia e a necessidade de segurança jurídica na busca da tutela pretendida.

Importa asseverar que há artigos¹ preceituados na Constituição Federal de 1988 que reportam expressamente o princípio da celeridade processual, ou seja, a satisfação é a implementação de providências que alcance a celeridade. Repensar sobre o prazo para o processo penal leva-se a sumarizar que o tempo é fracionado em atos processuais de onde cada qual age dentro de um prazo garantido por lei, e é desta garantia que o grau de celeridade se constrói.

Final, a celeridade no processo penal deixa de ser mera suposição e passa-se a triunfar na realidade vivida pelos tribunais brasileiros a ponto de alçar-se na condição de direito fundamental.²

A posição de Reale Junior (2004, p.79) assume alguns argumentos contrários à celeridade, aduzindo que:

1 Art. 93, XII – A atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juizes em plantão permanente; XIII – o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

[...]

XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

2 No 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado no dia 16 de fevereiro, em Belo Horizonte (MG), os tribunais brasileiros traçaram 10 metas que o Judiciário deve atingir no ano de 2009 para proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça. Atualmente, o Judiciário está empenhado em alcançar a Meta 2: "Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)". O objetivo é assegurar o direito constitucional à "razoável duração do processo judicial", o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento. Neste sentido, os tribunais e associações sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, criaram a campanha "Meta 2: bater recordes é garantir direitos". Trata-se de um desafio que o Judiciário deve superar e um serviço que a sociedade merece receber.

Denegação da justiça pode ocorrer quando se estabelece como critério básico do exercício da jurisdição a celeridade, criando-se um fordismo judicial, tanto que o juiz não será promovido se injustificadamente retiver os autos além do prazo legal, não podendo devolvê-lo sem despacho ou decisão[...] (grifo do autor)

A materialização do princípio da celeridade processual não deve ser um desafio longe de ser alcançado até porque a perpetuação do tempo no processo penal não condiz com a perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

1.1.1 Direito à decisão em prazo razoável

Dando ensejo a versatilidade e por tratar-se de questão deveras importante e condigno no direito processual penal, a decisão em prazo razoável é condizente com a valorização e preservação da liberdade do indivíduo.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art.7º, 5, aduz que, in verbis:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. [grifo nosso]

Depreende-se da Convenção Americana sobre Direito Humanos a idéia de que o excesso para decidir também configura desrespeito aos princípios constitucionais do acusado considerando que o réu aguarda seu julgamento, e que tal ocasião poderá insurgir em constrangimento ilegal.

O direito a decisão em prazo razoável advém da própria sistemática processual e tem por intuito evitar que a demora na prestação jurisdicional cause transtornos maléficos ao réu, quer pela indefinição do resultado no caso concreto, quer pela possibilidade de constrangimento ao réu. O intuito nessa matéria não é tão somente a configuração excessiva dos procedimentos em si, mas sim de dá resposta ao acusado do crime em que este cometeu em um prazo razoável, pois a maior pena cominada ao acusado, por meio do Estado, é a demora na tramitação de um processo.

Sobre o tema, Machado (2009, p.133) relata que “Se o processo, por si só, é já uma espécie de punição para o réu, que ainda terá de suportar outra pena caso venha a ser condenado, urge que se estabeleça prazo razoável para conclusão do procedimento penal”.

Diante dessa perspectiva jurídica, cuja dimensão axiológica destina-se à produção de resultados sem dá ensejo à necessidade em agilizar a cominação de pena ao acusado, devido ao princípio do devido processo legal, e presunção de inocência. O que se preza exatamente é a conquista do prazo sem que haja atropelo na preparação de cada procedimento de defesa, pois o direito à decisão em prazo razoável se motiva a partir do respeito à dignidade do acusado. Assim como o processo, a decisão do magistrado³ precisa de um tempo de amadurecimento, isso porque no campo processual penal o fator instantâneo de apreciação do processo não serve para tirar do magistrado o ideal de raciocínio e avaliação acerca do direito de decisão em prazo razoável, pois o juiz necessita de um tempo razoável para refletir, avaliar acerca da decisão no processo penal, pois uma tomada de decisão fora dos limites aceito na justiça penal traz conseqüências para a vida do réu e seus familiares.

A pretensão do direito de ser julgado em um prazo razoável além de enquadrar o acusado preso enquadra também aquele que se encontra em liberdade esperando pelo andamento do processo. Da mesma forma

3 Segundo pesquisa da Associação de Magistrado Brasileiros a má gestão provoca a morosidade da Justiça, tais afirmações são baseadas em estudos de dados coletados entre 2004 e 2008 no próprio arquivo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Acrescenta, ainda que a falta de capacitação dos juizes agrava a situação.

o acusado que se encontra solto tem o direito de ter sua decisão em um prazo razoável a fim de que possa comprovar ou não a sua culpabilidade, aquele que está preso também tem direito a julgamento em prazo razoável.

O Código de Processo Penal dá margem a preferência dos julgamentos dos réus que estejam presos no lapso de temporal mais longo, ou aquele que foi pronunciado há mais tempo. Assim, por meio da sistemática do Código de Processo Penal as conseqüências geram desde constrangimento ilegal a responsabilidade civil do Estado. A própria legislação processual prevê prazos tanto na fase de investigação quanto na persecução penal, como um todo. No entanto, a violação desses prazos tem efeitos diversos, causando preclusão temporal, bem como prejudicando a atividade de interposição de recurso, dentre outros.

Por derradeiro, pode-se concluir que o direito a decisão razoável é um dos fundamentos da existência do processo na sistemática processual brasileira, pois sem esta sistemática que previsse a decisão em prazo razoável acabaria por atribuir ao magistrado a discricionariedade quanto ao momento da decisão, sendo assim, a postura exigível é fomentar a prudência de quem julga.

1.1.2 Aplicação do princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade na duração da prestação jurisdicional penal

Por ser amplo o leque dos princípios processuais penais a identificação destes são importantes para sinalizar e concretizar as possibilidades de superação no caso concreto, é o que ocorre com o princípio da razoabilidade tendo como percalço à discricionariedade diante da sistemática processual penal. A busca pela razoabilidade processual fez criar um campo de certeza dos direitos que não devem ser tão somente reconhecidos, porém implementados, efetivados, e, sobretudo,

colocado dentro dos padrões razoáveis⁴. O ideal da razoabilidade no processo penal o fez atribuir ao processo a disposição para alcançar os fins para os quais foi constituído seguindo uma linha pré-estabelecida pela norma.

A razoabilidade do prazo jurisdicional deve ser estabelecida sob a ótica de um fator subjetivo e objetivo, primeiramente o valor subjetivo por entender que em algum momento às mencionadas dilatações poder-se-á advir da vontade das partes ou até mesmo pelos seus mandatários, nesse mesmo raciocínio há o estabelecimento dos parâmetros objetivos ocasionados alheios à vontade das partes, contudo que de alguma forma retarde, atrase ou delongue a produção do processo e dos prazos pré-estabelecidos. Muitas vezes a preocupação do prazo razoável se verifica ou se vincula com a emergência que qualquer pessoa tem de uma breve ou imediata confiança sobre sua situação jurídica.

É cediço que não há como planejar um processo de efeitos imediatos, mas seus resultados razoáveis guardam relação com o que é previsto em lei.

Manifestando-se sobre essa relação principiológicas da razoabilidade que dá azo aos procedimentos processuais, estes, por sua vez, encontram-se no patamar da valorização do tempo no direito processual penal. Outrossim, pode-se acentuar que a solução do conflito será justa quando for efetivada quanto à alegação do tempo razoável. Isto é, sob o manto da razoabilidade o que o poder judiciário maneja é contribuir para solução do litígio segundo as normas vigentes e que seu alcance derive do sacrifício mínimo.

Vale destacar, que a par disso, a tutela do direito sem dilação indevida contribui para o garantismo penal, propondo a estabelecer critérios razoáveis, exigíveis e aplicáveis. O princípio em comento guarda relação imediata com o princípio da liberdade e da presunção da inocência, ao

⁴ Mister aludir que tanto desproporcional quanto irrazoável é o sistema prisional brasileiro, ao estabelecer na Lei de Execuções Penais nº 7.210/84, a teoria de que cada condenado terá direito a uma área mínima de 6 m², requisito este que não se firma na prática, contrariando o próprio preceito da Lei de Execuções Penais, a desproporcionalidade e irrazoabilidade, neste caso, é manifesta.

passo que a norma ao ser exercida e efetivada trará a oportunidade de adequá-la ao procedimento sob o fundamento da razoabilidade em respeito à liberdade do indivíduo.

A crise da identidade no direito brasileiro representa a necessidade de reparos, a partir de então oriundos dessas necessidades surge para o processo penal adequar a racionalidade de suas leis e a razoabilidade⁵ processual.

A revolução na ação dos crimes refletida através da evolução dos tempos e a intempestividade em matéria processual penal revelam que freqüentemente a ausência de razoabilidade contagia os dispositivos legais em que se pondera pelo resultado congruente entre crime – lei, e lei – partes, neste caso, pode-se adequá-la ao conceito da tridimensionalidade no processo penal composto de crime – lei – autor/réu. O fato é que quando a lei atribui restrições de direitos e garantias individuais estas leis devem ser utilizadas no seu sentido estrito de forma a se depurar com a plausível finalidade do processo, por conseguinte, assegura o princípio da razoabilidade que o processo deve ser razoável capaz de ser alcançado o seu fim obstando o excesso para as partes.

Ademais, entende-se por irrazoabilidade o excesso na aplicação da lei, inclui-se na preservação dessa ideologia a satisfação da lei e não o seu excesso, pondo a risco a liberdade do indivíduo, prevalece, portanto, a adoção do juízo de ponderação entre o prazo processual penal e a pena. Segundo Grinover (1982) citada por Machado (2009, p.46) “É dentro do processo penal, entendido como instrumento da persecução, que a liberdade do indivíduo avulta e se forma mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional”.

No campo processual penal a relação existente entre o limite à discricionariedade e o princípio da razoabilidade põem a duração razoável como necessidade à persecução penal.

⁵ A relação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade gera impasse doutrinário, enquanto Bitencourt afirma que princípio da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, já Machado se contrapõe a esse entendimento aduzindo que o princípio da proporcionalidade no processo penal também é conhecido como princípio da razoabilidade.

Desta feita, nada obsta a repressão o que se clama é pela existência de razoabilidade na discricção da norma com imposição de limites que extrapolem o ideal da atividade jurisdicional. Com efeito, o que se alvitra é a rendição da atuação discricionária a fim de não comprometer a realização dos valores e garantias da justiça penal. Em regra, o cômputo dos prazos deve ter como alicerce o princípio da razoabilidade, portanto, a fim de garantir o deslinde razoável da instrução é necessária a previsão de um prazo que seja compatível com cada caso concreto, de forma a permitir a realização do ideal de justiça. A demora no julgamento do acusado encontra-se separado dos padrões da razoabilidade conhecidos pelo Poder Judiciário.

Sob o influxo do princípio da duração razoável no processo penal é de importância ímpar a busca pelo equilíbrio entre a discricionariedade e a razoabilidade, cabe a este princípio da razoabilidade a definição do critério e aferição do que seja motivo justo na demora da prestação jurisdicional, por outro lado, a limitação do magistrado quanto a discricionariedade na razoabilidade se atém pela percepção do sentido lógico-racional da lei, um processo pode ser razoável desde que tenha predisposição a externar adequada e suficientemente seus resultados no processo.

1.2 O direito a prestação tempestiva como consectário da vedação a autotutela no âmbito do processo penal

Desde o momento em que o homem passou a conviver em sociedade surgiu a necessidade de estabelecer formas de controle para eventuais conflitos. A resposta básica que o Estado forneceu a esses conflitos de interesses foi a sua intervenção, tomando para si o dever de punir em contraposição ao exercício da autotutela. O movimento da violência a cada dia dissemina na sociedade, tornando-se como imprescindível além da atuação punitiva do Estado, que essa punição seja tempestiva.

Destarte, prima-se pela atuação tempestiva punitiva do Estado em detrimento a autotutela, ou seja, o indivíduo abriu mão do exercício de punição atribuindo este ônus ao Estado, desde que a punição seja regada pelo direito a prestação jurisdicional tempestiva.

Por sua vez, o Estado assegura ao indivíduo que além de exercer o direito de punir, seguirá os ditames do Estado Democrático dentre os quais, conferir a prestação jurisdicional sem dilações indevidas, tal garantia obsta o uso da força bruta para satisfazer os interesses.

Nesse patamar, com o fortalecimento do Estado fez conferir ao indivíduo o acesso eficaz a uma ordem juridicamente justa, a fim de evitar o exercício da autotutela, assim sendo, as soluções processuais céleres são vistas como valorização da máquina judiciária para o indivíduo que busca o judiciário, tendo em vista a existência de interesse do Estado. O Estado, que detém o monopólio da jurisdição, é peremptório na atribuição do exercício da punição, contudo não basta tão somente o seu exercício é necessário exercê-lo tempestivamente a fim de garantir a satisfação do consumidor da justiça.

Com propriedade, Mirabete (2006, p.3) dispõe que:

Quem se afasta do imperativo das regras jurídicas fica submetido à coraçoão do Estado pelo descumprimento de seus deveres, eis que seriam inócuas as normas se não estabelecessem sanções para aqueles que as desobedecem, lesando direito alheio, pondo em risco a convivência social e frustrando o fim perseguido pelo Estado.

Portanto, vedar-se-á a autotutela em detrimento da delimitação do exercício do Estado, prevendo que é através da lei que o Poder Judiciário se incumbe de exercer tempestivamente os atos processuais.

1.3 Conseqüências do excesso de prazo no processo penal

Hodiernamente dentre as várias discussões referentes ao aspecto prático do princípio da duração razoável no processo, encontra-se as conseqüências do excesso prazal no âmbito do processo penal.

Partindo dos antecedentes da época avulta analisar a evolução da eficácia dessa norma, vinculando-a a sua efetividade no processo, e as possíveis conseqüências do excesso de prazo. Conforme consignado a legislação processual penal fixa prazos para execução dos atos processuais durante a persecução penal, se porventura, tais prazos não forem efetivados geram conseqüências para o réu, autor e o Estado. Assim, verifica-se que na Lei de Execuções Penais contém uma assertiva relevante no campo processual, qual seja a efetivação das disposições de sentença ou decisão criminal.

O sentido da pena, em tese, corresponde a ressocialização, todavia esta consideração é inexecutável quando eivada de excesso no prazo, cujas conseqüências ultrapassam o ideal fim almejado, a aplicabilidade da pena vincula a necessidade de analisar criteriosamente os prazos. A saber, diante das acelerações das relações existentes na sociedade fez crescer a necessidade de o Estado dar maior velocidade às demandas oriundas da sociedade.

Nessa temática a aceleração instável atribuída aos conflitos pode gerar conseqüências malélicas e riscos que escapam do controle do Poder Judiciário.

Daí, portanto, a importância da reflexão das garantias processuais encontrar-se no patamar de nível constitucional, a fim de inibir qualquer ato atentatório que gere conseqüências irreversíveis ao indivíduo acusado. Corroborando, portanto, a idéia da incidência do prazo excessivo no direito processual penal.

Assim, como há conseqüências, existem fatores causadores da morosidade processual, porquanto, Cruz e Tucci (1997, p.54) trazem um assunto assaz discutido no âmbito da prestação jurisdicional e tempestiva, a saber: “institucionais, de ordem técnica e subjetiva, derivados da insuficiência material”.

Na esfera penal não se cogita a prevalência de procedimentos abreviados tendo em vista tratar-se de uma área que envolve a liberdade do indivíduo que requerem atenção as minúcias. De logo, verifica-se que é por meio dos procedimentos que se dá vida ao excesso de prazo. A delonga no excesso de prazo traz conseqüências de índole irreparável na vida do indivíduo, tais retardamentos originam o que se chama de constrangimento ilegal, ou até mesmo a responsabilidade do Estado, conforme já citado anteriormente.

Em suma, fala-se em excesso quando não há encerramento do procedimento dentro do prazo estabelecido pelo legislador, urge que seja aplicada sanção processual caso haja descumprimento ou atraso injustificado aos prazos estabelecidos, assim, o excesso de prazo corresponde à exceção, em que a duração razoável se constitui como regra.

1.3.1 Responsabilidade Civil do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional

A vivência jurídica consubstancia-se na noção de que a duração de um processo não se procrastina, a tendência revela o papel do Estado compromissado com a sociedade. O Estado, por sua vez, se limita a exteriorizar as normas estabelecidas no plano jurídico, cominando, aplicação e execução das sanções.

Mister tecer que em um plano abstrato o Estado tem o ônus de compor a ordem estabelecendo limitação nas relações jurídicas, quando o Estado passa a compor essa relação se tornando o principal responsável pela conduta extravagante, cabe-lhe responder e ser responsabilizado

por seus atos. Da mesma forma que o Estado avocou a responsabilidade de aplicar a sanção em razão do descumprimento de normas, o indivíduo retém além do direito de ver seu direito colhido, respeitado e exercido, o de redirecionar a responsabilidade para o Estado quando tais direitos sofrerem excesso injustificado de prazos.

A responsabilidade se liga a observância de um encargo em razão de um comportamento que resultou na deformação da relação jurídica. Na esfera da responsabilidade, se, devido a um ato do agente resultar em prejuízo ou dano ao indivíduo é oportuno o Estado ressarcir, ou seja, advindo das conseqüências danosas por ocasião das dilações indevidas, a Responsabilidade Civil do Estado aparece como dever do Estado indenizar em face da demora injustificada na entrega da prestação jurisdicional.

Destarte, para Responsabilidade Civil há de coexistir dois pesos análogos, de um lado, enquadrando a indenização no dever de se ater ao equilíbrio entre as partes, de forma que impeça o desequilíbrio na relação jurídica, e por outro lado, tampouco encareça de demasia o tempo vindo a debilitar e obstar as atividades do responsável civil.

Em breve retrospecto histórico a idéia da Responsabilidade Civil vem de remotos casos, a saber, na Inglaterra não existia possibilidade de dirigir-se contra o rei ou seus funcionários alegando responsabilidade civil. Por conseguinte, no direito anglo-saxão havia obstáculos quando o assunto era responsabilidade dos funcionários.

A dicção do texto constitucional de 1988 em seu art.37, §6^o apoiou o tratamento da Responsabilidade Civil objetiva do Estado quando da Constituição de 1967, através da Emenda Constitucional de 1969.

No tocante, a Responsabilidade Civil na prestação jurisdicional perfilou-se o entendimento da incidência de responsabilidade subjetiva ou objetiva, aquele quando há culpa pela má prestação, e este quando não existe culpa.

6 Na sistemática do judiciário brasileiro a tese da irresponsabilidade restou desprestigiada, mitigando, portanto, pela prevalência da responsabilidade civil do Estado.

Noutros termos, pode-se destacar a corrente adepta a responsabilidade objetiva, nesse sentido Silva (2006) citado por Scaramuzza (2008, p.64) alude que: “a responsabilidade objetiva do Estado deve ser alegada nos casos de demora excessiva, abusiva ou indevida, não implicando necessariamente responsabilidade estatal por danos a simples lentidão no tramite processual”.

Desde modo, ressalte-se que a sustentação com fulcro no art.37, §6^o da Constituição Federal atribui Responsabilidade objetiva, do Estado, consubstanciando-se na frustração do serviço judiciário que dá causa a morosidade processual.

De outra forma, adota-se a posição da responsabilidade subjetiva ao sujeito causador da dilação indevida. A par com esse entendimento Bulos (2008) afirma que “é possível, com base no art. 37, § 6^o, da Carta Maior, pleitear, em juízo, a responsabilidade civil objetiva por ato jurisdicional, tendo em vista os danos causados pela irrazoável duração do processo”.

Acresce o autor supramencionado:

[...] a obrigação de indenizar, nos termos do §6^o, do art.37, independe de elementos subjetivos, e o magistrado enquadra-se na noção de agente público. Por isso, desde que se prove o nexo de causalidade entre o ato comissivo e o dano, está consagrada a possibilidade jurídica de se pleitear a reparação dos prejuízos sofridos por atos dos juizes, que são agente públicos.

Enfim, implicando em acesos debates ocorridos na doutrina a responsabilidade civil⁷ por violação a duração razoável do processo vem recebendo enfoque da doutrina quando o teor é saber se há responsabilidade civil objetiva ou subjetiva do Estado, nesta linha de raciocínio entende-se duas linhas, a primeira que se a violação emana de falha no serviço judiciário ou se resulta em paralisações não justificadas no

7 LXXV – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

processo, recai ao Estado a responsabilidade objetiva, contrariamente, a segunda linha adota a interpretação da responsabilidade subjetiva apoiado no argumento de averiguação de como surgiu e se desenvolveu o serviço.

Sobre o tema, vale transcrever o entendimento de Ramos (2008, p. 109) que expõe de forma didática que:

Quanto à atividade judiciária, é tranqüila a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude dos casos em que há denegação de justiça por parte do juiz (retardamento do andamento dos feitos, perda dos processos, negligência), desídia dos serventuários, falhas no serviço judiciário, entre tantas outras hipóteses.

Vale registrar que os sujeitos processuais têm ampla garantia sobre suas atividades, no entanto, as limitações temporal os colocam no campo de comportamento regulado pela norma quando se trata de efetividade na prática de seus atos, sob pena de incidir a responsabilização pelos seus atos.

A Corte Européia dos Direitos do Homem em seus precedentes trouxe condenações para os Estados lesantes, indenizando os prejudicados pela morosidade na prestação jurisdicional, tal como ocorreu em um julgamento em 25 de junho de 1987 em que condenou o Estado Italiano pelos danos causado a uma litigante, “decorrente do estado de prolongada ansiedade elo êxito da demanda” conforme caso específico não se observou os limites razoáveis provocando delonga no processo.

A garantia da prestação jurisdicional célere é direito fundamental do homem, de sorte que a não efetivação exige que o Estado, em regra, responda pelos danos materiais, morais ao indivíduo acusado servindo aquele de um aparelho útil que tente, ao menos, minimizar os efeitos da morosidade, não desvalorizando o fator tempo, pois a sua não observação infringi o conspícuo princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3.2 Da condenação do preso além do tempo fixado na sentença penal

Em que pese à crença dos adeptos de que o processo penal termina só com a condenação, observa-se, todavia, o embate quando da condenação do preso além do tempo fixado na sentença penal. Esta matéria encontra disciplinada no art. 5º, LXXV⁸ da Lei Maior, que dispõe sobre a permanência do acusado por tempo superior ao que fora determinado na sentença. É de salutar que pode até a condenação do preso além do tempo fixado na sentença ser por consequência do erro judiciário, haja vista a possibilidade de existência de erro quanto aos cálculos.

Como disposto no artigo supra não são tão somente os erros judiciários suscetíveis de indenização, também o excesso de prazo do condenado merece ressarcimento por danos morais e/ ou materiais ao indivíduo preso.

Um dos núcleos dos direitos humanos é a liberdade. A propósito, os direitos políticos e civis consagra a liberdade como direito mundial aceito amplamente e intrínseco a natureza humana. Nas palavras de Machado (2009, p. 200) “a liberdade exhibi características de universalidade, inerência, indivisibilidade, transnacionalidade e inalienabilidade”, trata-se, portanto, direito disponível em várias partes do mundo.

Apesar disso, a liberdade é a regra do qual a prisão constitui exceção, isso não quer dizer que a qualquer momento o acusado tem que ser solto ou ficar em liberdade, quando há violação de algum direito fundamental ou houver crime, o Estado, em nome da sociedade, tem o dever de manter a ordem, do contrário dá margem à incidência de coação ilegal, assim dispõe o art.648, II, do Código de Processo Penal. Partindo desse aspecto quando tal liberdade é tolhida injustificadamente pelo próprio Estado, vale dizer, o condenado estar preso além do tempo fixado na sentença compromete o sistema das liberdades.

⁸ Para eventual desleixo do magistrado, o remédio jurídico cabível é a sanção administrativa.

A consequência desse excesso de prazo também constrange a garantia da efetividade e do devido processo legal, por isso que caso comprovado o excesso prazal a via correspondente será a possibilidade do direito a indenização por danos morais e/ou materiais para o indivíduo condenado. Essa violação constitui um verdadeiro suplício no âmbito do processo penal contrariando veementemente um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana.

Em suma, passível de indenização é o excesso de prisão, assim dispôs a Constituição Federal de 1988 em virtude da magnitude atribuída ao estado de liberdade. A disciplina do Estado visa a integridade e eficiência da justiça sob seu controle.

A privação da liberdade injustificada do condenado além do tempo fixado na sentença não gera a desconfiguração do julgado, o que se pode alegar é a indenização por parte do Estado, tendo em vista que o que se prime é pela ressocialização do condenado no prazo razoável, com respeito à integridade física e moral. Entende-se, desde logo que é admissível que o Estado tenha o ônus de soltar o preso quando cumprida a pena, do contrário leva a incoerência entre a norma e a realidade. Insta asseverar que o excesso de prazo na prisão tem que ser provado pelo preso e a este incumbe a propositura da ação.

É, portanto, inquestionável a evidência da condenação, tornando-se censurável o ato da condenação além do tempo fixado na sentença, já que o direito se perfaz conjuntamente com o tempo.

1.3.3 Constrangimento ilegal por excesso de prazo

No momento em que se busca limitação quanto ao excesso de prazo, o caráter funcional do constrangimento ilegal põe em prática a valorização da liberdade. A sustentabilidade da alegação de constrangimento ilegal se faz sempre quando o réu estiver preso além do prazo estabelecido em lei, ou seja, o réu preso além do prazo estipulado para terminar

a instrução constitui constrangimento ilegal, do contrário, quando o réu se encontrar solto o excesso de prazo não configura constrangimento ilegal. É cediço que quando o juiz põe término a instrução fora do prazo deve declarar os motivos da tardança nos autos⁹. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que encerrada a instrução criminal, fica superada a justificação de constrangimento por excesso de prazo.

O Código de Processo Penal estabelece limites temporais sob a ótica do dever que o Estado tem na prestação jurisdicional tempestiva o enfoque dessa limitação temporal consolida em garantia de qualquer cidadão. A transgressão dessa limitação temporal traz consequências maléficas ao indivíduo preso chegando a afetar a integridade física e psíquica do indivíduo. Com vigor Mirabete (2006, p. 494) traz importante consideração acerca do constrangimento ilegal, segundo o autor supra “a questão assume maior relevância quando se trata do réu que está preso pelo processo, pois os prazos legais, nessa hipótese, devem ser observados com rigor, sob pena de configurar, contra o réu, verdadeiro constrangimento”.

Com lastro na jurisprudência o prazo para encerramento da instrução quando o réu estiver preso é de 81 dias⁹, sob pena de constrangimento ilegal. Se, porventura, a demora é justificada nos autos não tem como atribuir constrangimento ilegal, ademais poderá ter casos de força maior quando há vestígio de existência de processo intrincado, assim como também haverá casos de demora provocados pela defesa, nestes casos também não há incidência de constrangimento ilegal.

A partir dessas premissas acima citadas é que se viu cristalizada as súmulas 21, 52, e 64 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor corresponde ao caráter operacional do constrangimento ilegal.

⁹ O prazo de 81 dias é fixado na forma de inquérito: 10 dias, denúncia: 5 dias, defesa prévia: 3 dias, inquirição de testemunha: 20 dias, requerimento de diligências: 2 dias, despacho do requerimento: 10 dias, alegação das partes: 6 dias, diligências ex officio: 5 dias, sentença: 20 dias. Por outro lado, com o advento da lei nº 11.719/08 a soma dos prazos tem por base todos os atos processuais desde denúncia à sentença e este se trata de processo ordinário em que há prática de todos os atos do processo, e que deverá ser concluído em 115 dias caso o réu esteja preso, e em 145 dias se estiver solto.

A existência de excesso de prazo para o acusado preso exsurge a condição de constrangimento ilegal, comportamento este superável por meio de habeas corpus.

É sábio que o constrangimento ilegal por excesso de prazo é reconhecido quando houver retardamento injustificado. Portanto, chega a ser inaceitável a extrapolação dos prazos processuais, exatamente porque é papel do Poder Judiciário repelir a incidência de excesso de prazo sem razão que o legitima.

1.4 Harmonização entre o princípio da celeridade processual e segurança jurídica no processo penal

Na temática da morosidade delinea-se inafastável a existência de duas premissas, em princípio, antagônicas, qual seja, a segurança jurídica que requer a eficácia da tramitação do processo transigente com a manutenção da segurança da ordem, bem como compromissada com a sociedade, e a celeridade que tende a otimizar o fluxo na tramitação de processos e que não se deve contrapor com a garantia da qualidade tempestiva na prestação jurisdicional.

Nessa esteira se clama pela construção de um processo penal democrático e tempestivo consorciado à perspectiva da segurança jurídica. A harmonia destas duas premissas se define quando a necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica não se contraponha a garantia de uma justiça célere, ou seja, o grau de efetividade deve estar balanceado com a segurança jurídica a fim de que assim, possa garantir a justiça no caso concreto.

Face às considerações antecedentes, percebe-se que para garantir a estabilidade dos direitos subjetivos é necessário que haja a máxima tutela da segurança jurídica.

Doravante, cumpre esclarecer o que se entende por rápida solução do litígio é que o processo tenha andamento célere, sem atropelos, para ao final encontrar a solução no litígio, e por outro lado, cumpre registrar

que a morosidade do processo para ser considerado inaceitável decorra puramente da inércia, ou seja, a demora de tal prestação jurisdicional seja sob o enfoque essencialmente e unicamente da inércia, enfim abrangendo-se nesse contexto, os fatores intrínsecos à inércia.

Em contrapartida em determinado momento em que se coaduna o exercício e a exterioridade da existência de um direito, basicamente o legislador faz referência que se devem cumprir atos obrigatórios atinentes a este possível direito resguardado, pois a prevalência não é tão somente referente à salvaguarda de uma tutela jurisdicional célere, mas também a utilização de garantias que evidenciam e compõem o conteúdo do devido processo legal, daí então posicionamento de um fator atenuante à demora na solução dos prazos e conflitos.

No universo jurídico brasileiro, quando se fala em tempo e segurança logo vem a lume o caráter da retroatividade das normas, de outra forma a reconhecida união entre ambos nos direciona a idéia de estabilidade dos direitos.

A rigor, a deficiência que causa a morosidade processual não deve comprometer a qualidade, tampouco a quantidade, isto é, o procedimento que prime pela qualidade, de logo, traz em seu bojo a formação da segurança jurídica, por outro lado não se deve deixar levar pela intimidação quanto à quantidade crescente de processos vindo a gerar insegurança jurídica.

A despeito disso, a questão se põe quanto ao uso racional do tempo de um processo, poupando o acusado do estado de insegurança que o processo venha a lhe proporcionar, por conseguinte o processo que busca equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica impede que a complexidade dos atos do processo cause insegurança ao acusado, inibindo-lhe a liberdade.

Em sentido contrário tem-se o argumento de Elbling (2004, p. 136) afirmando que:

Pondere-se que a segurança jurídica, decorrente do direito positivo, inexistente no processo penal, permitindo-se a construção de um novo

direito, através da aplicação dos princípios (supra) constitucionais na solução de conflitos de normas ou menos nos casos de normas abertas. Há uma garantia mínima, situada nos direitos fundamentais, e o resto adviria de construções principiológicas, utilizando-se subsidiariamente, ou complementarmente, a norma positiva. **[grifo nosso]**

A partir do momento que o processo se constitui como uma atividade pré-determinada exige-se o comportamento do ideal de segurança, sobretudo, no âmbito penal por se tratar de um campo que aborda a liberdade como um direito.

Assim como a incerteza para o futuro cria medo, o dano quando não reparado gera insegurança jurídica e social.

A título elucidativo vale transcrever pela excelência o argumento de Arruda (2006, p. 105) de que “a segurança, em sua dimensão jurídica, pressupõe a certeza perante o abuso do poder, a inexistência do arbítrio e a confiança na atuação efetiva do poder judicial”. Ainda sobre a matéria Arruda (2006, p. 106) relata com perspicácia que “é válido concluir que a segurança jurídica acha-se diretamente atrelada a uma ação estatal efetiva, imprescindível à geração da confiança por parte do jurisdicionado”.

Merece prosperar que para a composição dos conflitos no direito penal é necessária a existência da aplicação de regras jurídicas através de um órgão célere e imparcial para que assim não gere insegurança. A sintonia entre a celeridade no processo penal e a segurança jurídica é previsível desde que haja estabilização do ordenamento jurídico.

Freqüentemente a morosidade é visto como um dos agravantes que dão causa a insegurança jurídica, e, portanto, a segurança jurídica só se torna assegurada quando houver a garantia de eficiência temporal no sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, na seara do princípio da razoável duração do processo a celeridade do processo não se confunde com precipitação, sendo assim a segurança jurídica se fundamento além de elemento fundamental do

Estado de Direito, de um princípio que prima pela garantia na certeza jurídica. Vale salientar que nem sempre é pré-estabelecida a duração razoável de um processo, contudo o magistrado deverá contribuir para uma solução composta de: celeridade, segurança jurídica e economia processual, fatores estes que ficam a mercê do corpo tridimensional da sociedade, partes e judiciário, na medida em que se deve aplicar conjuntamente a previsibilidade das normas, a estabilidade das decisões.

Do exposto, aspirar por um processo judicial que vise somente um fim justo corresponde à presunção de uma pretensão ingloriosa, tem-se que atrelar o equilíbrio da eficiência com segurança jurídica.

Ademais, não basta uma simples declaração do formalismo no direito, todavia é indispensável um sistema esforçado, combinando segurança jurídica e celeridade, isto é, para o prazo razoável há a necessidade de buscar estabelecer um ponto de equilíbrio entre os ideais de segurança e celeridade.

Conclusão

Por todo o exposto, no decorrer do estudo, é possível extrair algumas inferências.

Antes da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, as normas internacionais se mostraram mais avançadas em comparação as normas brasileiras, de sorte que aquelas traziam expresso o direito a julgamento em um prazo razoável, enquanto essas careciam de um texto expresso na Carta Magna.

Com fulgor a inclusão deste inciso na Carta Magna reacende às chamadas do Estado Democrático de Direito. É de se delinear que o processo penal não está aquém do ideal no que diz respeito à duração do processo e que a Reforma do Poder Judiciário renovou, em parte, o sistema processual penal brasileiro, e que ainda merece realce. É manifesta o amadurecimento da duração razoável do processo, tanto que o prazo

dos atos processuais a cada momento vem ocorrendo através de alterações legislativas.

Cumpra observar o elemento tempo como fator de verificação quanto a configuração do excesso de prazo, fato como este que irá tornar engessado a garantia da liberdade do acusado, pressupondo a presunção constitucional, da inocência, ainda que relativa.

Não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se revestido sob o manto dos direitos humanos refutado no decorrer da história, como conhecido fundamento humano, e portanto, merece garantia por razão ético-jurídica, cujo valor é inerente a essência humana. Partindo da premissa que a dignidade irá presidir as relações sociais, assim como, as jurídicas é manifesto observar a tendência dessa relação com o fim construtivo nas relações entre Estado e acusado.

À luz do contexto contemporâneo parece consentâneo que o dispositivo progrediu no sentido de indenizar quando verificado descumprimento da norma, ademais deixando o Estado exercer a punição consoante a legislação e impedido o exercício absoluto da autotutela.

Por fim resta tecer que a celeridade não se confunde precipitação, ao passo que a segurança jurídica deve ser vista como certeza e garantia da estabilidade jurídica de um direito.

Por essa razão corrobora-se o quão é incontestável o seu caráter congruente com os demais direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Basic right to the reasonable duration in the criminal proceeding

Abstract

Having for intention to sketch on the inclusion of interpolated proposition LXXVIII to the article 5º of the Federal Constitution of 1988, especially in the scope of the Criminal proceeding, he is impetuous to affirm that the edition of Constitutional Emendation 45/04 bringing the interpolated proposition supplies did not end the procedural morosidade in Brazil, however, had the increasing litigiosidade the search for the balance between time and process became it purpose to be reached, quiçá, to be surpassed, as much in what refers to the international norms, how much in the legal system intern Brazilian. In this spirit of the Constitutional Emendation 45/04 two norms if converge of a side the access norm justice, and for another one the duty of the State to give the jurisdiction of timely form, happening the application of the beginning of the celeridade, thus, in both the norms the procedural dynamics tends to lead the factor time,

especialmente, in the Criminal Procedural law, which is a science, whose objective is to ahead regulate the activity of the State of a conflict enters the individual right the freedom and punitive power of the State. The positividade of the application of the standards of razoabilidade of the law is adopted in elapsing of this work, of the Responsibility of the State for the morosidade, of the dignity of the person human being and the beginning of the legal security needing that they are lined up with sights if to get a equável result, without has delay of a penalty that comes to cause maleficent consequences to the part, therefore if it infers in this work the balance between the prazal excess and the basic right the reasonable duration of the process in the scope of the criminal proceeding.

Key words: Criminal proceeding. Reasonable duration proceeding. Excess of stated period.

Referências

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **A efetividade como axiologia:** premissa obrigatória para um processo célere. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Principais problemas do Judiciário decorrem da falta de gestão, revela estudo da AMB**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=19124>. Acesso em: 16 nov. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 14. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum**. 9 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p 27.

_____. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. **Lei. Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 25 nov.2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Razoável duração do processo**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1018>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Metas de Nivelamento: Meta 2**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7909&Itemid=963&numtab=1>. Acesso em: 16 nov. 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Inatividade no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.7, p. 215-220, 2004.

DUCLERC, Elmir. **Princípios constitucionais relativos a prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade diagnóstico crítico e alternativos de superação**. Salvador, BA: Juspodivm, 2007.

EBLING, Claudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria geral do processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

EUZEBIO, Silvio Roberto Matos. **Reparação do erro judiciário e do cumprimento da pena privativa de liberdade além do tempo fixado na sentença**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1112>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982..

LOPES, João Baptista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN,

Pietro (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2004.

MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. ate 31 de dezembro de 2005 – 2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. Responsabilidade civil do estado por erro judiciário e excesso de prisão. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 23, n.73, p.14-16, nov. 2003.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**: inscrita em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos. Acesso em: 22 out. 2009.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o principio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

REALE JUNIOR, Miguel. Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 24, n. 75, p. 79, abr. 2004.

SCARAMUZZA, André Fontolan. Razoável duração do processo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, a. 12, n. 284, nov. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. In: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. In: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 64. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. In: VADE MECUM. São Paulo: Rideel, 2009.

Referência deste artigo

MIRANDA, Danielle Vivianne Borges. Direito fundamental à duração razoável no processo penal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 127-158, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 6 abr. 2010. Aprovado em: 16 mai. 2010.

A ética e a função de julgar

Dayse de Vasconcelos Mayer

Mestra e doutora pela Faculdade de Direito de Lisboa.
Docente concursada, ministrou aulas na mesma instituição.
Professora da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

BIBLIOTECA
ESMAPE

Resumo

O artigo reflete sobre a questão do pensar filosófica e eticamente o Direito. Envolve a ideia de que pensar no justo é pensar no homem – sujeito e objeto do Direito. Também pensar a justiça significa encontrar o melhor entendimento sobre a finalidade e o espírito das leis no momento da aplicação do direito. Levanta a questão do protagonismo do Poder Judiciário na relação com os demais poderes na fase de interpretação da lei a partir

de reflexões acerca da legalidade e da legitimidade. Conclui que, se os demais poderes ainda podem estar encadeados às velhas e clássicas práticas e a procedimentos ultrapassados e rejeitados pela cidadania ativa, o mesmo não deve suceder com o Judiciário.

Palavras-chaves: Ética. Direito. Justiça. Interpretação do direito. Aplicação do direito.

1 Demarcação geral

Propomo-nos refletir – sem a pretensão de traçar um quadro exaustivo do tema – as questões que versam sobre a ética e a função de julgar, assunto de grande relevância teórica e prática. Perfilhamos, nesse aspecto, a mesma inteligência de Manuel Cavaleiro de Ferreira: “Mais carecidos de filosofia estão os estudos jurídicos que de direito os estudantes de filosofia”.

Principiamos as nossas considerações pela afirmação de que Direito é ciência. Também a Filosofia. Ambas têm como pressuposto indispensável a existência de métodos próprios de estudo¹. Direito não é abstração, é ordem ínsita na realidade. Subentende o objeto da análise que é a sociedade que é ordenada.

Cada investigação é passível de conduzir a novas descobertas. Afinal, o objeto que pensamos ter apreendido em sua totalidade é sempre o somatório de suas abstrações e não o objeto em si. Mas a mente que se abre ao conhecimento percorre um caminho íngreme. Mais escarpado se revela o percurso na medida em que o cientista se dispõe a recompor ou reconstituir um pensamento ou uma teoria. Afinal, é bem mais fácil construir do que reconstruir, ainda que o processo lógico seja na essência o mesmo. Por outro lado, nenhum homem é uma tabula rasa ou uma folha de papel em branco, consoante admitia John Locke². Popper, em nosso tempo, considera a noção da tabula rasa – encarada como observacionismo – um verdadeiro mito filosófico. Opta pelo seu inverso ou contrário: a tabula plena. O homem deveria ser entendido como uma superfície prenhe de sinais ou marcas deixadas pela tradição. A mente sem juízos prévios não seria uma mente pura, mas apenas uma mente vazia. O aumento ou expansão do conhecimento decorreria de modificações, acréscimos e alterações do conhecimento precedente. Nessa linha de compreensão, todo conhecimento seria necessariamente imperfeito, falível, virtualmente provisório ou sujeito a revisões críticas. A tarefa do cientista seria, nesse caso, reconstruir racionalmente. As teorias resultantes desta atividade revelar-se-iam conjecturas ou meras aproximações da verdade³. Aspiram a ser mais verdadeiras ou menos erradas que as precedentes. Já não é pouco.

Abraçando tal construção, afirmaríamos que o todo deverá ser encarado – sempre – como um desafio sem fim. Torna-se indispensável exaurir ou esgotar sem exaurir. Se o cientista cogitasse que já preencheu

1 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

2 LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. São Paulo: Editora Abril, 1978.

3 POPPER, Karl. R. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Editora da UnB, 1982.

tudo, não sobraria espaço para novas aquisições ou descobertas. Afinal, só no esvaziamento do accidental é possível assimilar novas ideias.

Sem partir para definições que apenas limitam ou restringem o objeto, fizemos opção pelo registro de alguns conceitos prévios antes da focagem do tema central. Adiantamos, logo, que os conceitos não se clausuram em si mesmos, porque se reportam aos fins que servem: o ser humano⁴. Por outras palavras, uma teoria jurídica que se proponha aproximar-se do íntimo ou âmago do conceito, deverá inicialmente fazer a opção por duas alternativas: iniciar pelo *homem* ou pela *norma*. Ou ainda pela *substância* ou pela *forma*. Revendo as lições de José de Oliveira Ascensão, a opção pela *norma* emana do positivismo e do normativismo, que têm a sua formulação extrema na “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen⁵.

Segundo Ascensão, “*A pessoa é figura incômoda e não integrável, por ser extra-jurídica... Surge, por isso em muitas construções “como um buraco no meio de um complexo de normas”*”⁶. Na orientação que opõe, “*a pessoa é realidade que preexiste ao Direito, de modo que este lhe está subordinado. A pessoa define-se e impõe-se por si: não é a lei quem a cria. O Direito positivo é moldado ao serviço dela. Por isso, haverá necessariamente que partir desta entidade real*”⁷. *Mutatis mutandis*, igual raciocínio deve ser aplicado à ética. Tomando a ética como disciplina autônoma, prevalece a perspectiva de que também a pessoa é o fim, fundamento e objeto. A esse respeito convém recordar os ensinamentos de Castanheira Neves: “O mundo é um e nós, os homens nele (...). A pluralidade dos homens se depara na unicidade do mundo”⁸.

4 Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Direitos Humanos e Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, n. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp.87-111, p. 88.

5 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução de João Paulo Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

6 Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, 93-116, p. 1.

7 Na opinião do autor, citada em nota de rodapé, “a pessoa é simultaneamente:

- fim do Direito
- fundamento do Direito da Personalidade
- sujeito de situações jurídicas

Em qualquer caso, a noção de pessoa é prévia. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil – Teoria Geral**, vol. I, **Introdução. As Pessoas. Os Bens**, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2000.

8 Cfr. NEVES, Castanheira. **Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.1 p. 297.

Na afirmação vamos localizar, de forma ainda tênue, a associação necessária entre direito e ética⁹, mesmo que até este momento nada tenhamos registrado a esse respeito. É o momento de assinalar que a palavra ética origina-se do grego “*ethiké*”, donde provém o latim “*ethica*” (ciência relativa aos costumes). O vocábulo assume ainda o significado de dimensão da vida humana sobre que incidem normas destinadas a oferecer parâmetros ou referenciais para a decisão entre diferentes alternativas de conduta possíveis. E quiçá com natureza contraditória. Mas a ética não é disciplina descritiva de costumes, mas críticonormativa.

Poderia definir-se “ética” como o estudo da conduta ideal ou desejável para o homem num determinado contexto social. Estuda os valores e virtudes humanas, estabelecendo um conjunto de regras de conduta e de postura a serem observadas para a auto-realização humana e simultaneamente para que o convívio em sociedade se dê de forma ordenada e justa¹⁰.

O conceito de ética sofreu metamorfoses várias ao longo dos séculos. Surgiram, por exemplo, na dimensão social, as normas éticas e deontológicas que servem de reforço às normas jurídicas, designadamente no universo da práxis. E é justamente nesse espaço que se discutem questões como igualdade na diferença, desigualdade racial, sexual e econômica, noção de justiça, direitos humanos, aborto, eutanásia, uso de células tronco, energia nuclear, etc.

No exercício da judicatura o cultivo da ética é fundamental e inconfundível. Serve de guia ao operador do direito e auxilia na formação de um conjunto de valores, antes de mais a prudência, imprescindíveis ao ato de julgar. Também a ética tem o condão de tornar o homem mais receptivo à inovação e ao conhecimento. Por isso mesmo Gomes Canotilho¹¹ faz referência às palavras do sociólogo Rudiger Lautmann escritas há mais de trinta anos chamando a atenção para a necessidade

9 PERELMAN, Chaïm. *Ethique et Droit*. Bruxelles: Eds. de l'Université de Bruxelles, 1990.

10 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

11 Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Julgar e Decidir: As Invisíveis Manhas da Decisão nos Tribunais Acadêmicos*. *Julgar*, Jan-Abril, 2007, n. 1, pp. 13-18.

de mais inovação e conhecimento na análise da decisão judiciária. Dizia este que sólidas razões justificam a ética no Judiciário:

- a) a confiança pública no sistema judicial e na autoridade moral dos magistrados permite o aperfeiçoamento permanente da democracia e do estado de direito;
- b) a ética concorre para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário;
- c) a ética auxilia o julgador na solução de dilemas e questões cruciais da vida humana suscitadas no exercício profissional;
- d) o desvio ético de um só juiz é problema de toda a magistratura;
- e) a ética – que a rigor, não se impõe por lei – objetiva, acima de tudo, despertar uma consciência crítica das nossas imperfeições e formar juizes aptos a melhor servir à sociedade;
- f) a ética é fruto da educação e da conscientização ou convicção interior.

Interessa-nos, aqui, pragmaticamente, a abordagem de seis matrizes éticas: a legitimidade e a legalidade, a lógica a interpretação e aplicação da lei, a informação e a tópica de resistência do julgador à mudança.

Principiemos pelas duas primeiras.

2 Legalidade e legitimidade

A ética no estudo do direito está mais estritamente relacionada com a *legitimidade* e menos com a *legalidade*. Explicando melhor, a idéia ainda assente nos dias de hoje é que a lei publicada em observância às fases procedimentais ou processuais – iniciativa, aprovação e execução – detém todas as virtudes e facultades normativas, inclusive a validade. Por isso não admite controvérsias ou discussões. Mas o raciocínio necessita de reparos. Uma lei formalmente válida e emanada de poder legítimo pode ser considerada moralmente inválida, se limitadora do conteúdo das liberdades e das bases fundamentais da sã conveniência. O coman-

do legal que limita a liberdade individual pode trazer regra que moralmente não traduza o interesse coletivo, a despeito de ser emanado de poder legítimo e elaborado de forma “correta”, ou seja, segundo regras preestabelecidas.

Aprofundaremos melhor esta idéia a partir das diferenças entre legalidade e legitimidade tomando como referencial as palavras de Wolkmer. Para este autor “a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva”; já a legitimidade “incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”¹². Completaríamos, ainda, que a legalidade está relacionada à forma, enquanto a legitimidade está relacionada ao conteúdo da norma. Por outro lado, a legalidade, como acatamento a uma ordem positiva vigente, não possui a qualidade de justa ou injusta. A ideologia legalista parte da noção de legalidade para distorcê-la e, aí sim, servir como instrumento de injustiça.

Nessa linha de entendimento, há leis válidas e eficazes, mas materialmente injustas, dentro de um ordenamento jurídico.

A ilação provisória a extrair é que não se deve confundir legalidade com legitimidade. Igualmente não se deve partir do raciocínio de que uma lei jamais deverá ser contestada, não obstante sua injustiça, sua inconstitucionalidade e sua antijuridicidade.

A legalidade busca refletir, fundamentalmente, o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas¹³. É um termo de significado mais restrito e aplicável na jurisprudência positiva. Refere-se às estruturas jurídicas naquilo que se relaciona, fundamentalmente, com o respeito à solenidade e formalidade do ato ou às condições que elas prescrevem. Um título de crédito é legítimo, por exemplo, quando está

12 Cfr. Antônio Carlos Wolkmer. Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária. *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, Brasília, p. 179-184, p. 180. Não ignoramos porém o relativismo terminológico, pois a palavra legitimidade tem sido usada em muitas outras acepções.

13 WOLKMER, Antonio Carlos, Uma Nova Conceituação Crítica de Legitimidade, *RT Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 05, p. 25.

lavrado na forma da lei: um testamento é legal quando foi feito com as solenidades da lei, uma prova é legal quando nela se acham observados todos os requisitos que a lei prevê. Entretanto, no instante da solução do caso pela via normativa depara-se o julgador com inúmeras situações controversas. Apontemos, por exemplo, os casos atuais de morte cerebral e o pedido de desligamento dos aparelhos. A razão científica, caminha numa direção: havendo perda irreversível da consciência, a vida deixa de existir. Mas o que se entende por consciência? Seria um simples epifenômeno do cérebro físico?

Estudiosos e cientistas norte-americanos e europeus asseguram, por exemplo, que ainda não se sabe de que maneira a mente funciona. Este parece ser um dos problemas insolúveis da humanidade e que se afasta demasiado de uma visão totalitarista da ciência que reduziu a ética a uma simples técnica de boas práticas e procurou colocar a noção de humanidade nos subterrâneos da burocracia acadêmica. Numa dimensão ou perspectiva comparativa, observamos que o Direito, entendido como fenômeno social e cultural e como realidade assente em valores e princípios, tem um compromisso permanente com a busca da segurança, da justiça e da realização de todos os homens. Bem comum e justiça também são comuns à ética. Contudo, a norma jurídica não se identifica com a norma ética. Não obstante esse entendimento, independentemente da posição que se adote a conclusão convergirá, necessariamente, para o entendimento de que a norma ética acaba por repercutir sobre a ordem social e sobre o Direito¹⁴.

Centremos a nossa atenção, predominantemente, no plano da legitimidade interpretada como uma *qualidade do poder*.

Será impossível – assinala-se – conferir a uma norma jurídica validade plena se além dos aspectos formais inexistir a validade material¹⁵. E essa validade só pode ser observada se existir correspondência entre Direito e Ética. *A ética serve de critério para emissão de juízos de valor e para a*

14 Cfr. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

15 Cfr. GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 303-304.

fixação dos critérios de julgamento em cada relação interpessoal. A doutrina mais festejada não se afasta deste posicionamento.

Para que o Estado Democrático de Direito seja viável, a nova focagem da teoria da legitimidade deve partir da teoria clássica, sem que tal signifique, obviamente, uma limitação estrita aos seus pressupostos formais. Deve partir deles e verificar, como “situação” e “valor” operam no mundo social real, face às grandes transformações econômicas e tecnológicas atuais.

Mas ainda é possível encarar a questão da *legitimidade* sob outras perspectivas ou dimensões:

a) numa dimensão puramente *empirista* direcionada para um “caminho único”: as condições da economia, por exemplo. Afinal, seria necessário desconsiderar as normas constitucionais positivas nos seus mandamentos programáticos, para absorver outro tipo de essencialismo, que repousa na impossibilidade, v.g., de o Estado cumprir as suas prestações sociais em razão da falta ou carência de recursos.

b) numa focagem de corte pragmático-positivista. Ela pode ser auferida do seguinte texto de Habermas: a racionalidade¹⁶ da administração da justiça encontra-se dependente da legitimidade do direito vigente. Este depende, por sua vez, da racionalidade de um processo legislativo, que, na situação de repartição de poderes que o Estado de direito estabelece, não está à disposição dos órgãos de aplicação do direito. A decisão judicial tem sua origem apenas na racionalidade do processo legislativo e esta racionalidade é que identifica e legitima a sentença¹⁷.

d) numa perspectiva *dialética*. Remete para a necessidade elementar da constitucionalização direta de todas as decisões. Assenta na visão de que a *Constituição é um “estatuto jurídico do político”*. Nesta linha de percepção, é preciso não só respeitar e estimular a força normativa da Constituição, mas também ter como pauta a aproximação da realidade social

16 Sobre racionalidade do Direito ver, também, ORTEGA, Manuel Segura. La racionalidad del Derecho: Sistema y Decisión. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXI, 1995, pp. 145-164.

17 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997; BORRADORA, Giovana. *Filosofia em Tempos de Terror – Diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

idealizada na aplicação da Constituição. A tarefa do julgador seria *não opor-se a esta idealidade*, mas “forçar” o ideal constitucional de tal forma a erradicar ou minimizar as relações sociais injustas¹⁸.

A última consideração reveste-se de contornos dramáticos. Apresenta-se freqüentemente ao julgador, notadamente quando se trata de direitos sociais inscritos na Constituição e sempre com caráter de norma programática. Há que ter presente que na medida em que o Estado perde a capacidade de conversão dos “interesses sociais em interesses superiores com validade geral” há um esvaziamento da ética e dos valores. O Estado acaba por se transmutar numa simples máquina que repercute exigências da economia.

Há, entre muitas outras verdades, uma inquestionável a registrar: o julgador dispõe sempre de instrumentos processuais de lógica, liberdade, tempo e informação para a descoberta da verdade, ainda que esta seja de difícil busca e realização. Veremos o que na lógica se nos revela de mais importante.

3 Lógica

Direito e ética não prescindem da lógica. No Direito especialmente, na medida em que o processo de feitura da lei passa pelas questões de ordem formal. Todavia, o maior vício que se pode identificar no formalismo – ou naquele formalismo presente no ato de elaboração da lei – é exigir da lógica mais do que aquilo que ela pode oferecer. Afinal, a lógica não propõe ou apresenta soluções. Apenas assegura os processos de trabalho e de execução¹⁹. Duas modalidades de lógica têm presença constante nesta exposição:

– a legislativa

– a judiciária.

18 Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. “Julgar e Decidir, cit., pp. 13-18.

19 Cfr. MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 26.

Ambas conduzem a um aspecto essencial: o instante da decisão como o núcleo da qualidade das sentenças proferidas pelo julgador. Inicialmente, há recortes importantes a serem feitos nesse campo.

Se nos ativermos a um Direito apenas positivo, não teremos possibilidade de discernir a legalidade dos valores e da ética. Igualmente teremos dificuldade de identificação de um capítulo objeto de discussão e preocupação de muitos juristas: a *patologia da decisão*, fruto, entre outros fatores, de um servilismo ou dependência exagerada ao procedimento numa busca incessante da legitimação formal.

Por isso mesmo, a sentença ou decisão proferida está sempre fundada na legalidade ou na observância da lei que é interpretada, ainda, como produto da razão. *Grosso modo*, o juiz da instrução busca a perfeição formal do processo apenas obedecendo a dois momentos essenciais:

a) a *jurisdictio*;

b) o *imperium*

A *jurisdictio* ou ato de dizer o direito está presente na função de decidir, de definir a titularidade e os modos de exercício do direito. Apoiase na eficácia do sistema, nas instituições existentes – designadamente no legislativo – e nos agentes oficiais.

O *imperium* traduz a outorga de respeito ou acatamento à decisão proferida.

Novamente, aqui, há necessidade de tecer considerações teóricas acerca da legalidade e da legitimidade.

Sem descer a verticalizações desnecessárias, Max Weber e outros positivistas de renome fundamentam a *jurisdictio* e o *imperium* na legalidade e na legitimidade do poder político. Mas partem da convicção de que todo poder político é exercido de forma legal e tudo que é legal é legítimo. A ética não parece ocupar lugar especial nesse território. Afirmaríamos o contrário: a legalidade é um conceito estritamente formal.

Exige-se legalidade no exercício e na forma de aquisição do poder para que exista legitimidade do poder em si. O problema, aí, deixa de ser meramente jurídico para assumir conotação eminentemente ética. É nesse ponto que devemos aprofundar as nossas reflexões.

O exemplo mais comum são as regras que impõem limitações à liberdade. Estas não seriam nem éticas nem legítimas, porquanto um direito fundamental estaria sendo objeto de violação.

O que se deseja deixar assente é a possibilidade de ocorrência de uma forma de legalismo essencialmente formal. Pode se converter numa arma para referendar o abuso de poder e provocar a restrição às liberdades individuais.

Mas, ainda que a ética seja encarada, hoje, como uma espécie de “consciência crítica da humanidade”, não há consenso neste plano. Parte da doutrina ainda a põe numa dimensão metajurídica. Neste caso, o conteúdo das leis não poderia ser fonte de considerações éticas. Insurge-se Judith Martins-Costa quando anota: “(...) Não mais sobrevive a ficção de que o direito é uma ciência pura separada da ética”²⁰ e José Roque Junges quando escreve: “Existe uma interdependência necessária entre ética e direito (...). Ordenações jurídicas que não têm base ética não conseguem impor-se (...) princípios éticos que não recebem uma configuração jurídica são inócuos na incidência sobre a realidade”²¹.

Ampliamos ainda mais esta perspectiva na afirmação de que o operador do direito deve abrir canais de incorporação de conhecimentos novos provindos, além da ética, da filosofia, psicologia, teologia, antropologia, sociologia, etc. O Supremo Tribunal Federal (STF) vem acolhendo tal raciocínio. Lembramos, recentemente, as audiências públicas com teólogos, padres, cientistas, sociólogos, para pronunciamentos acerca de questões que versam sobre o uso de células tronco embrionárias, aborto, eutanásia, direitos do paciente, clonagem de seres humanos, morte assistida, etc.

²⁰ Cfr. MARTINS COSTA, Judith. “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Síntese, vol. 18, 2000, p. 153-170.

²¹ Cfr. JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e Desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

fixação dos critérios de julgamento em cada relação interpessoal. A doutrina mais festejada não se afasta deste posicionamento.

Para que o Estado Democrático de Direito seja viável, a nova focagem da teoria da legitimidade deve partir da teoria clássica, sem que tal signifique, obviamente, uma limitação estrita aos seus pressupostos formais. Deve partir deles e verificar, como “situação” e “valor” operam no mundo social real, face às grandes transformações econômicas e tecnológicas atuais.

Mas ainda é possível encarar a questão da *legitimidade* sob outras perspectivas ou dimensões:

a) numa dimensão puramente *empirista* direcionada para um “caminho único”: as condições da economia, por exemplo. Afinal, seria necessário desconsiderar as normas constitucionais positivas nos seus mandamentos programáticos, para absorver outro tipo de essencialismo, que repousa na impossibilidade, v.g., de o Estado cumprir as suas prestações sociais em razão da falta ou carência de recursos.

b) numa focagem de corte pragmático-positivista. Ela pode ser auferida do seguinte texto de Habermas: a racionalidade¹⁶ da administração da justiça encontra-se dependente da legitimidade do direito vigente. Este depende, por sua vez, da racionalidade de um processo legislativo, que, na situação de repartição de poderes que o Estado de direito estabelece, não está à disposição dos órgãos de aplicação do direito. A decisão judicial tem sua origem apenas na racionalidade do processo legislativo e esta racionalidade é que identifica e legitima a sentença¹⁷.

d) numa perspectiva *dialética*. Remete para a necessidade elementar da constitucionalização direta de todas as decisões. Assenta na visão de que a *Constituição é um “estatuto jurídico do político”*. Nesta linha de percepção, é preciso não só respeitar e estimular a força normativa da Constituição, mas também ter como pauta a aproximação da realidade social

16 Sobre racionalidade do Direito ver, também, ORTEGA, Manuel Segura. La racionalidad del Derecho: Sistema y Decisión. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. LXXXI, 1995, pp. 145-164.

17 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997; BORRADORA, Giovana. **Filosofia em Tempos de Terror – Diálogos com Habermas e Derrida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

idealizada na aplicação da Constituição. A tarefa do julgador seria *não opor-se a esta idealidade*, mas “forçar” o ideal constitucional de tal forma a erradicar ou minimizar as relações sociais injustas¹⁸.

A última consideração reveste-se de contornos dramáticos. Apresenta-se freqüentemente ao julgador, notadamente quando se trata de direitos sociais inscritos na Constituição e sempre com caráter de norma programática. Há que ter presente que na medida em que o Estado perde a capacidade de conversão dos “interesses sociais em interesses superiores com validade geral” há um esvaziamento da ética e dos valores. O Estado acaba por se transmutar numa simples máquina que repercute exigências da economia.

Há, entre muitas outras verdades, uma inquestionável a registrar: o julgador dispõe sempre de instrumentos processuais de lógica, liberdade, tempo e informação para a descoberta da verdade, ainda que esta seja de difícil busca e realização. Veremos o que na lógica se nos revela de mais importante.

3 Lógica

Direito e ética não prescindem da lógica. No Direito especialmente, na medida em que o processo de feitura da lei passa pelas questões de ordem formal. Todavia, o maior vício que se pode identificar no formalismo – ou naquele formalismo presente no ato de elaboração da lei – é exigir da lógica mais do que aquilo que ela pode oferecer. Afinal, a lógica não propõe ou apresenta soluções. Apenas assegura os processos de trabalho e de execução¹⁹. Duas modalidades de lógica têm presença constante nesta exposição:

– a legislativa

– a judiciária.

18 Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. “Julgar e Decidir, cit., pp. 13-18.

19 Cfr. MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 26.

Ambas conduzem a um aspecto essencial: o instante da decisão como o núcleo da qualidade das sentenças proferidas pelo julgador. Inicialmente, há recortes importantes a serem feitos nesse campo.

Se nos ativermos a um Direito apenas positivo, não teremos possibilidade de discernir a legalidade dos valores e da ética. Igualmente teremos dificuldade de identificação de um capítulo objeto de discussão e preocupação de muitos juristas: a *patologia da decisão*, fruto, entre outros fatores, de um servilismo ou dependência exagerada ao procedimento numa busca incessante da legitimação formal.

Por isso mesmo, a sentença ou decisão proferida está sempre fundada na legalidade ou na observância da lei que é interpretada, ainda, como produto da razão. *Grosso modo*, o juiz da instrução busca a perfeição formal do processo apenas obedecendo a dois momentos essenciais:

- a) a *jurisdictio*;
- b) o *imperium*

A *jurisdictio* ou ato de dizer o direito está presente na função de decidir, de definir a titularidade e os modos de exercício do direito. Apoiase na eficácia do sistema, nas instituições existentes – designadamente no legislativo – e nos agentes oficiais.

O *imperium* traduz a outorga de respeito ou acatamento à decisão proferida.

Novamente, aqui, há necessidade de tecer considerações teóricas acerca da legalidade e da legitimidade.

Sem descer a verticalizações desnecessárias, Max Weber e outros positivistas de renome fundamentam a *jurisdictio* e o *imperium* na legalidade e na legitimidade do poder político. Mas partem da convicção de que todo poder político é exercido de forma legal e tudo que é legal é legítimo. A ética não parece ocupar lugar especial nesse território. Afirmaríamos o contrário: a legalidade é um conceito estritamente formal.

Exige-se legalidade no exercício e na forma de aquisição do poder para que exista legitimidade do poder em si. O problema, aí, deixa de ser meramente jurídico para assumir conotação eminentemente ética. E é nesse ponto que devemos aprofundar as nossas reflexões.

O exemplo mais comum são as regras que impõem limitações à liberdade. Estas não seriam nem éticas nem legítimas, porquanto um direito fundamental estaria sendo objeto de violação.

O que se deseja deixar assente é a possibilidade de ocorrência de uma forma de legalismo essencialmente formal. Pode se converter numa arma para referendar o abuso de poder e provocar a restrição às liberdades individuais.

Mas, ainda que a ética seja encarada, hoje, como uma espécie de “consciência crítica da humanidade”, não há consenso neste plano. Parte da doutrina ainda a põe numa dimensão metajurídica. Neste caso, o conteúdo das leis não poderia ser fonte de considerações éticas. Insurge-se Judith Martins-Costa quando anota: “(...) Não mais sobrevive a ficção de que o direito é uma ciência pura separada da ética”²⁰ e José Roque Junges quando escreve: “Existe uma interdependência necessária entre ética e direito (...). Ordenações jurídicas que não têm base ética não conseguem impor-se (...) princípios éticos que não recebem uma configuração jurídica são inócuos na incidência sobre a realidade”²¹.

Ampliamos ainda mais esta perspectiva na afirmação de que o operador do direito deve abrir canais de incorporação de conhecimentos novos provindos, além da ética, da filosofia, psicologia, teologia, antropologia, sociologia, etc. O Supremo Tribunal Federal (STF) vem acolhendo tal raciocínio. Lembramos, recentemente, as audiências públicas com teólogos, padres, cientistas, sociólogos, para pronunciamentos acerca de questões que versam sobre o uso de células tronco embrionárias, aborto, eutanásia, direitos do paciente, clonagem de seres humanos, morte assistida, etc.

²⁰ Cfr. MARTINS COSTA, Judith. “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Síntese, vol. 18, 2000, p. 153-170.

²¹ Cfr. JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e Desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

4 Interpretação e aplicação da lei

A fase da aplicação da lei²² é a fase da prudência ou do bom senso. Ela é afinada pela experiência, quando o juiz se norteia pela preocupação de atingir cada vez mais o sentido da justiça, na medida exata e da índole do caso concreto a resolver. A experiência é então sabedoria. Por isso, a prudência é a virtude própria do julgador. Justifica-se, por isso, a sabedoria popular que se revela no seguinte ditado português: “Deus me livre do juiz que tem tino no que diz e não acerta no que faz”.

Acerca da interpretação que precede à aplicação do direito não nos cabe tecer considerações acerca de *modus operandi*. Foge aos objetivos deste artigo. A intenção é revelar a importância do julgador na fase de aplicação da lei ao caso concreto. Nesse aspecto, socorremo-nos, novamente, da lógica. Não como a imaginaram os positivistas, isto é, como arte da dedução quase destrutiva. A sentença resultaria de uma operação matemática. Foi o erro que iria incorrer a jurisprudência dos conceitos. Esta vem se revelando a face mais sinistra da lógica. É indiretamente responsável pelo irracionalismo jurídico ainda está presente neste século.

Trata-se, agora, de entender a sentença justa fundada numa regra. Mas numa regra interpretada ou descoberta²³. Esta é a atividade inovadora e criativa do Judiciário atual. Caso contrário recuaríamos ao conceito de lei eterna e imutável do neotomismo. Desprezar-se-ia, nesse aspecto, a ideia de que em todo direito existe uma parte pulsante, viva e aberta a novas exegeses. Apenas prevaleceria a lógica formal, o edifício construído por um positivismo já ultrapassado.

22 NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1.

23 ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução à Ciência do Direito**, cit.

5 Informação

A informação é um dado mais técnico do que ético. Não há que conferir relevância nesta epígrafe. Aqui interessa a informação arrolada pelo magistrado ou os meios de elucidação do fato obtidos na fase probatória. A lógica nuclear do Estado Democrático de Direito pressupõe, essencialmente, que se verifiquem alguns pressupostos básicos no ato de julgar:

- a) a instância decisória deve ser independente e imparcial;
- b) cada fase do processo deve revelar o máximo de transparência;
- c) a decisão deve:
 - ser proferida após o conhecimento das questões de fato e de direito;
 - ser fundamentada;
 - consubstanciar um ato de prudência, considerando que a prudência é a virtude que dá o sentido da decisão justa, nomeadamente em situações de incerteza;
 - existir garantia de racionalidade na práxis da decisão.

A informação é mais ostensiva ou presente na fase do contraditório. No Estado Democrático de Direito revela-se o principal instrumento de informação-comunicação entre as partes. Possibilita a cada uma delas, em posição de igualdade, o conhecimento das razões invocadas pela outra. Nesse ponto, o magistrado coloca-se *super partes*. A sua posição é sempre contemplativa, reflexiva, silenciosa e aberta aos fatos. Tudo isso com a finalidade de proferir, na sequência, uma decisão justa.

Mas, é preciso deixar assente que a informação repassada num processo deve ser analisada com reservas. Sabe-se – e isso não é segredo – que a função das partes, durante o processo, é persuadir. O ato de persuasão por vezes conduz à manipulação. São poucas as circunstâncias

em que a parte apenas informa sem agir estrategicamente para obtenção de um resultado que lhe favoreça ou decisões que melhor sirvam aos interesses que prosseguem. Repugna, realmente, tal forma de raciocinar. O que se deveria esperar era um tipo ideal de litigante que dificilmente pode ser encontrado. Pensar na parte incorruptível, desobrigada, imparcial e disposta a apresentar as informações ou a sua versão correta do fato – atenta à **necessidade de elucidação** dos pontos obscuros da controvérsia para fins de erradicação dos equívocos e alcance da verdade – é algo difícil ou mesmo utópico. Até porque a parte processual está numa situação de conflito e emocionalmente perturbada. Por isso mesmo, o processo poderá adquirir uma feição discriminatória ou viciada por dados que o julgador desconhece ou mesmo maculado por dados visceralmente manipulados.

Justamente por isso a atividade do julgador se assemelha ao do psicólogo na forma de decodificação do sentido expresso em cada frase e palavra.

Mas o aspecto mais relevante no plano informacional diz respeito aos avanços da investigação, da ciência e das novas tecnologias. Tais avanços da ciência abrem um espaço considerável para a discussão no plano dos valores e dos princípios. Eis aí o maior desafio que se apresenta ao julgador: acompanhar a velocidade do real, preenchendo aqueles espaços de sensibilidade ética, moral e de repercussão econômica. Basta referir as questões que dizem respeito à genética, aos dilemas da vida e da morte, aos meios disponibilizados pelas aplicações informáticas, etc.

Os aspectos que assinalamos exigem que o Judiciário assumira a posição de “ministro da verdade” ou “construtor da catedral legislativa”²⁴ ou, ainda, de guardião da justiça. Cabe-lhe, nessa qualidade, recuperar o prestígio da lei, sempre com o propósito maior de alcance da justiça. Nesse novo desenho, exige-se-lhe, igualmente, que integre aquelas lacunas decorrentes da opção do legislador por conceitos indeterminados ou cláusulas gerais e ofereça respostas corretas ao fenômeno da

24 Cfr. GASPAR, Antônio Henrique. O Juiz Hoje: de Exegeta a Ministro da Verdade. *Julg* n. 1, p. 27

judicialização dos direitos. Não se deve esquecer, naturalmente, que a superação do formalismo resulta antes das cláusulas gerais, que permitem ao juiz, sem abandonar o legalismo, orientá-lo valorativamente para a solução justa do caso concreto. Não se deixam de lado, naturalmente, as questões que versam sobre o conhecimento do direito supranacional.

6 Tópica de resistência à mudança

Um último aspecto a ressaltar diz respeito à identificação de uma tópica de resistência dos juizes à mudança e a uma certa predisposição ao sentimento de soberba e orgulho em matéria de experiência, conhecimento e justiça. Observa-se também uma natural inclinação à prevalência da quantidade ou rendimento sobre a qualidade da decisão. O trabalho é medido, justamente, em módulos ou percentuais quantitativos deixando-se num plano secundário a qualidade da sentença, daí a necessidade de um certo redespertar no âmbito da preocupação com a ética judicial. É difícil entender esta matemática, sabendo-se que a justiça é um bem de natureza ou categoria superior e que se eleva em razão da sua matéria ou substância.

As reflexões e ponderações supra convergem para um entendimento final acerca dos tipos éticos de magistrados existentes no Poder Judiciário:

- a) o juiz observador;
- b) o juiz despótico ou imperial;
- c) o juiz despojado de energia moral;
- d) o juiz democrático e reflexivo;

O magistrado observador ou passivo, apenas interessado em aplicar a lei e indiferente às partes é rechaçado pela ética. O mesmo sucede com o juiz despótico e detentor da verdade absoluta. Grosso modo, esta modalidade de julgador tende a se eternizar em digressões acerca dos

seus conhecimentos sendo pouco receptivo a mudanças substanciais na esfera da sua competência. O juiz sem energia moral, despojado de fé e de respeito pela dignidade humana é uma excrescência no sistema judicial. Eticamente, o juiz democrático, imparcial, atento aos fatos, disposto a aceitar novos conhecimentos e atualizações em seu campo de experiência e desejoso de buscar e encontrar a verdade é o que se deseja e aspira no âmbito do Judiciário.

Naturalmente, a figura dessa modalidade de magistratura não é fácil de ser encontrada embora não seja impossível de concretizar nos dias presentes.

7 Conclusão

Todo aquele que se encontra investido na função de julgador deve prosseguir o aperfeiçoamento incansável. A interpretação positiva dos direitos em conflito é um dos aspectos mais importantes a relacionar. O magistrado que se deseja exemplar tenta minimizar a perpetuação do julgamento e a repetição e ampliação das injustiças. É acima de tudo um engenhoso ou hábil hermeneuta. Sabe que não basta aplicar a lei com a devida adequação aos fatos. Sabe que é relevante cuidar também de outras variantes ou aspectos. A interpretação da norma – tendo presente a realização do justo – é uma delas. E tudo sem abusar da auto-suficiência e da arrogância ou vaidade – aspectos limitativos ou restritivos da capacidade de julgar.

Por isso mesmo – e pelo fato de ser humano e falível – é que existe o princípio do duplo grau de jurisdição²⁵. Revela a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de equívocos e incertezas por parte do juiz, barrar interpretações deformadas ou incorretas da lei e impedir o abuso de poder. Tudo isso poderia convergir para uma só expressão: falibilidade do ser humano e que se estende aos julgadores. Por outras palavras, a falibilidade a que estão sujeitos os juízes implica a

25 BEZERRA, Marcelo Amaral. O duplo grau de jurisdição. *Revista de Direito* 1 (1): 137-150, Pelotas, 2001.

necessidade de revisão da sentença por um juízo não singular. Tal significa que a parte vencida não pode e não deve ser prejudicada pelos vícios da decisão. Outro órgão judiciário hierarquicamente superior deve rever ou reexaminar o julgado. Nesse plano, a atividade interpretativa do Direito tendo como norte a ética, os princípios e os valores consubstanciados, sobretudo, no princípio da dignidade humana não se esgota no primeiro julgado. Um amplo caminho ainda se descortina às partes em conflito.

É desse panorâmico e instantâneo diagnóstico que se ultima este texto. Ele vai além com a afirmação de que pensar filosófica e eticamente o Direito significa pensar no justo e pensar no justo é pensar no homem – sujeito e objeto do Direito. Também pensar a justiça significa encontrar o melhor entendimento sobre a finalidade e o espírito das leis no momento da aplicação. E se é verdade que os outros dois poderes ainda podem estar encadeados às velhas e clássicas práticas e a procedimentos ultrapassados e rejeitados pela cidadania ativa, o mesmo não deve suceder com o Judiciário. Este deverá constituir um exemplo de modernidade em termos de se revelar um poder democrático e democratizador.

Basic right to the reasonable duration in the criminal proceeding

Abstract

This paper aims to discuss Law from philosophical and ethical perspectives. It comprises the idea that to think about justice is to think about man – which is the subject and object of the Law – since to think about justice means to look for a better comprehension on the purpose and the spirit of the law in the event of its practical application. It also raises a question concerning the role of Judiciary in its relations with other institutional powers

concerning the interpretation of law, from considerations about legality and legitimacy. In conclusion, it argues that if the other powers may still be linked to the old and classical practices – and to outdated procedures and rejected by active citizenship – Judiciary must not do the same.

Key words: Ethics law, justice law interpretation, law application.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33.

_____. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 93-116.

BEZERRA, Marcelo Amaral. O duplo grau de jurisdição. **Revista de Direito**, Pelotas, 1 (1): 137-150, 2001.

BORRADORA, Giovana. **Filosofia em tempos de terror – diálogos com Habermas e Derrida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Julgar e decidir: As invisíveis manchas da decisão nos Tribunais Acadêmicos. **Julgar**, jan./abr., n. 1, p. 13-18, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Direitos Humanos e Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, Coimbra, n. 1, p.87-111 1997.

GASPAR, Antônio Henrique. O Juiz Hoje: de exegeta a ministro da verdade. **Julgar**, n. 1, p. 27.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Paulo Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Editora Abril, 1978.

ORTEGA, Manuel Segura. La racionalidad del Derecho: Sistema y decisión. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. LXXXI, p. 145-164, 1995.

PERELMAN, Chaïm. **Ethique et droit**. Bruxelles: Eds. de l'Université de Bruxelles, 1990.

POPPER, Karl. R. **Conjecturas e refutações**. Brasília: Editora da UnB, 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Síntese, v. 18, p. 153-170, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, s.d.

NEVES, Castanheira, A. **Digesta, escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.

WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 124, p. 179-184, s.d.

_____. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 05, p. 25.s.d.

Referência deste artigo

MAYER, Dayse de Vasconcelos. A ética e a função de julgar. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 159-178, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 25 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010

A contribuição da Teoria da Imputação Objetiva para a responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais

Ingrid Gadelha de Andrade

Advogada

Resumo

Através do presente trabalho, busca-se apontar as dificuldades em afirmar a responsabilidade civil estatal pelos danos praticados por magistrados no exercício de sua função julgadora. Isso porque, na atual realidade do Brasil, percebe-se que os tribunais são orientados a admitir a responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais somente nos casos previstos expressamente em lei. Unidos a esse posicionamento, vários outros argumentos são rotineiramente levantados para afastar essa modalidade de responsabilidade civil estatal, tais como os que invocam as idéias de independência do juiz, de soberania da função jurisdicional, de respeito à coisa julgada etc. Como dano desencadeado pelos atos jurisdicionais, ilustra-se a hipótese de erro judiciário, de demora na prestação jurisdicional, de detenção cautelar indevida e de antecipação de tutela irreversível. Contribuindo para o deslinde de toda essa problemática, recorre-se à Teoria da Imputação Objetiva para melhor delinear a responsabilidade

civil estatal por prejuízos gerados pelos juízes, guiando-se, essencialmente, pelos conceitos basilares da citada corrente, quais sejam, o de risco permitido e risco proibido. A partir dessa teoria, intenta-se enxergar na função do juiz uma carga de risco tolerável, assim caracterizado desde que ele aja diligentemente e em conformidade com o ordenamento jurídico. Por outro lado, procura-se mostrar que o risco da conduta do juiz passa a ser proibido quando ele próprio avança o limite de risco inerente a suas funções. É, pois, justamente nesses casos que se busca aplicar a Teoria da Imputação Objetiva para responsabilizar o Estado pelos danos oriundos da atividade reprovável do magistrado, que atua como seu preposto.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Atos Jurisdicionais. Risco Permitido. Risco Proibido.

1 Introdução

Como se sabe, a ocorrência de um fato danoso é indispensável para que a idéia de responsabilidade civil seja afluída. Isso porque não se cogita falar em responsabilidade sem constatação de situação ofensiva criada por alguém a outrem.

No seio das relações privadas, a vítima de determinado ato ilícito tem em suas mãos a prerrogativa de acionar judicialmente o causador do dano, com vistas a ter o prejuízo reparado ou ao menos compensado. Porém, quando a ofensa provém de um ato executado em representação do Estado, é fundamental descobrir as proporções da responsabilidade civil que dela nasce.

A Constituição Brasileira atribuiu ao Estado a função jurisdicional, impondo ao Poder Judiciário o dever de conhecer e solver conflitos originados de lesão ou ameaça a direito. Todavia, é inegável que essa atividade prestada pelo Poder Público pode ser maculada por embaraços e falhas, frustrando o amparo que o administrado procurava receber ao invocar os serviços estatais para consecução da Justiça. Quando isso ocorre, surge o problema de reconhecer a existência do dano efetivo, bem como a possibilidade de reparação ou não desse mal.

Conforme se verá adiante, em relação aos atos não-jurisdicionais praticados pelos magistrados, de caráter meramente administrativo, incide sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado, que é aquela constatada sem análise de culpa. Porém, em se tratando de atos jurisdicionais, relativos ao exercício específico da função de juiz, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado vem resistindo veemente aos posicionamentos mais modernos e fiéis à conjuntura do Estado Democrático de Direito.

As prerrogativas que rodeiam a magistratura no direito brasileiro, existentes para afirmar a independência do Poder Judiciário, gera a falsa percepção de intangibilidade e infalibilidade do juiz. Assim, uma vez que essas garantias não foram reconhecidas aos demais agentes públi-

cos, acabaram produzindo o efeito peculiar de afastar o Estado do dever de reparação pelos danos injustos causados pela atividade jurisdicional.

No Brasil, a orientação predominante na doutrina e na jurisprudência caminha no sentido de aceitar a responsabilidade do Estado por atos do magistrado somente quando expressamente prevista em lei.

Com isso, a responsabilidade civil do Poder Público geralmente é reconhecida apenas nas hipóteses de erro judiciário na esfera dos processos penais, como se não houvesse aparato legal para estendê-la a outras searas do Direito.

Contudo, diante da amplitude do art. 5º, LXXV, da nossa Carta Maior, que prevê a indenização em casos de erro judiciário, e da concepção de Estado Democrático de Direito, que submete os comandos das autoridades aos limites da lei, já não se pode admitir que interpretações tão restritivas continuem sendo adotadas.

Diante disso, torna-se oportuno propor a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, erigida pelo Direito Penal, com destaque para Klaus Roxin e Günther Jakobs, como meio idôneo para afirmar a obrigação indenizatória do Estado pelos atos dos magistrados, partindo dos conceitos de risco permitido e risco proibido esculpidos por essa corrente.

2 Da Responsabilidade Civil do Estado

Como se sabe, a responsabilidade civil surge da ofensa a um bem juridicamente tutelado, capaz de sujeitar o autor da conduta danosa ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, na hipótese de impossibilidade de reposição da situação *ao status quo ante*.

A princípio, há de se frisar que a identificação do Estado como sujeito de direito foi condição fundamental para o surgimento de sua responsabilidade civil perante terceiros. Ou seja, na medida em que se deu o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, o Direito

passou a enxergá-lo como um ente capaz de agir e de se submeter aos efeitos resultantes de suas condutas.

Tal conjuntura decorre justamente do Estado de Direito, no qual o Poder Público se submete às normas jurídicas que ele mesmo cria. Por conseguinte, não poderia se eximir de responder pelos danos que porventura viesse causar a terceiros.

Todavia, até meados da Idade Moderna, o Estado se viu isento do princípio geral da responsabilidade civil e, dessa forma, os prejuízos que causava seguiam desprovidos de qualquer reparação. Por outro lado, ao passo que a responsabilidade estatal passou a ser reconhecida, surgiam discussões sobre as normas que a ela deveriam ser aplicadas, se do direito público ou do direito privado. Nesse contexto, observou Baleeiro:

A história do instituto da responsabilidade civil pode ser escrita como a história da sua contínua e progressiva ampliação, desde a responsabilidade pela culpa à responsabilidade sem culpa, desde o princípio *the king does not wrong* até a responsabilidade do Estado por todos os seus agentes¹.

De acordo com Duez², numa primeira fase, a responsabilidade da Administração Pública inexistiria, sendo considerada descabida sua especulação, em virtude da autoridade ilimitada que o Estado ostentava. Num segundo momento, a dedução da responsabilidade pecuniária do Estado se configuraria com base na teoria da responsabilidade subjetiva, onde a constatação de culpa dos prepostos estatais seria condicionante para a responsabilização do Poder Público. Por fim, numa última fase, a questão desaguaria no leito da responsabilidade objetiva, segundo a qual o exame de culpa dos mandatários do Estado seria irrelevante para responsabilizá-lo pelo prejuízo causado ao administrado.

1 BALEEIRO. *Apud* LEITE, Rosimere Ventura. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 50.

2 DUEZ, Paul. *Apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

No Direito pátrio, embora o pressuposto da responsabilidade civil do Estado seja aceito, a fundamentação do dever de restituição do Estado se mostra imprecisa, oscilando entre as múltiplas correntes e doutrinas que tentam explicá-la.

Segundo Carvalho Filho, na primeira parte do art. 37, § 6º do citado diploma, a relação jurídica regulada é composta pelo Estado e pelo lesado, e nela reside a responsabilidade objetiva do Estado, que não depende de constatação de culpa para se configurar. Por outro lado, a parte final do texto ilustra a relação jurídica entre o Estado e seu agente, na qual está consubstanciado o direito de regresso, que é reconhecido de acordo com a tese da responsabilidade subjetiva³.

Em verdade, a transição do nosso Direito para o sistema de responsabilização objetiva do Estado repassa por variados fundamentos doutrinários para legitimar a responsabilidade civil estatal, fazendo com que exista discórdia acerca da extensão desse dever de reparação.

Tentando solucionar a questão, alguns autores invocam a distinção entre a teoria do risco administrativo e do risco integral para delimitar as bases da responsabilidade civil do Poder Público. A segunda teoria seria uma modalidade extremada e radical da primeira, pois atribuiria à Administração a obrigação de indenizar todos os danos sofridos por terceiros, independentemente de existência de quaisquer causas excludentes de responsabilidade.

Avesso a esse entendimento, Yussef Cahali defende que inexistente fundamentação científica que respalde a diferenciação entre as citadas teorias. Daí suas deduções precisas:

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de ex-

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 482.

cludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção⁴.

Por outro lado, deslocando a celeuma para o campo da causalidade, a doutrina e a jurisprudência atualmente defendem a irrelevância do debate acerca da prevalência da teoria do risco integral ou do risco administrativo. Nesse viés, parece mais útil e mais técnico enfatizar a necessidade de verificação de nexos causal entre o dano e a conduta do agente, de modo que a exclusão do dever de indenização do Estado possa ser declarada sempre que houver fatores aptos a romper essa relação de causalidade.

3 Responsabilidade civil estatal por atos jurisdicionais

No que concerne aos atos não-jurisdicionais praticados pelos magistrados, de cunho meramente administrativo, incide sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado. Porém, em se tratando de atos jurisdicionais, relativos ao exercício específico da função de juiz, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado ainda manifesta sua força nos posicionamentos atuais.

Conforme enumera Di Pietro, os fundamentos utilizados pelos que desaprovam essa responsabilidade seguem os seguintes pressupostos: soberania do Poder Judiciário; manutenção da independência dos juízes; ausência de equiparação dos magistrados como servidores públicos; imutabilidade da coisa julgada⁵. Há ainda outras alegações, atinentes à ausência de equiparação dos magistrados como servidores públicos e à inexistência de dispositivo legal que expressamente preveja essa responsabilidade.

4 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 605-606.

3.1 Atividade jurisdicional danosa

Como se sabe, o Estado executa a função jurisdicional através de seus prepostos, os quais, como quaisquer seres humanos, estão propensos a cometer equívocos e faltas. Daí é que surge o possível dever estatal de indenizar, observados os requisitos legais.

Conforme se constata nas decisões do STF, a tendência permanente dos julgados brasileiros é de se alinhar pelo reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais somente nas hipóteses previstas em lei, o que acaba por restringir o dever de reparação aos casos inseridos no âmbito do Direito Penal, por força do art. 630 do Código Processual Penal⁶ e do art. 5º, LXXV da Constituição Federal⁷.

Porém, há de se reconhecer que o erro judiciário deve ser entendido como o ato judicial equivocado e penoso para o cidadão, seja na esfera penal, seja na civil, trabalhista, militar etc. Isso porque o art. 5º, LXXV da Lei Maior não faz qualquer menção ou restrição à seara em que se admite o aludido erro. Solidificando esse pensamento, Serrano Júnior explica:

A indenizabilidade não é restrita ao erro judiciário penal, abrangendo também o erro judiciário civil, isto é, o proferido em processo civil, já que a regra do art. 5º, LXXV, da CF, não faz qualquer distinção, e, ademais, tratando-se de uma concessão de direito, segundo as regras clássicas de hermenêutica, merece uma interpretação extensiva⁸.

Do mesmo modo, embora a jurisprudência insista em vincular a hipótese de erro judiciário à sentença penal condenatória, o conceito

6 Art. 630 - O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. §1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. §2º A indenização não será devida: a) Se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) Se a acusação houver sido meramente privada.

7 Art. 5º. LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

8 SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários**. São Paulo, a. 86, v. 746, p.123-135, dez. 1997.

admite outros tipos de equívoco, num sentido mais amplo. Esclarecendo melhor, faz-se imperioso ilustrar o argumento utilizado por Stoco, segundo o qual “nada justifica – hoje – excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória”⁹.

Com efeito, a direção a ser seguida pelos grandes juristas pátrios tende para abranger no conceito de erro judiciário o fundamento para as inúmeras formas de tolhimento injusto da liberdade do jurisdicionado, seja referente à honra ou ao patrimônio do cidadão ofendido.

Outro exemplo de atividade judicial danosa, fácil de ser observada, é a demora injustificada na prestação jurisdicional.

Como cediço, a Constituição Federal assegura à sociedade o amplo acesso à justiça, de forma que a função jurisdicional do Estado seja a garantia de amparo a toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

Outrossim, com a EC/45, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico o princípio da duração razoável do processo, elencando-o como direito fundamental, ressaltando, assim, a emergência que toda pessoa tem de uma imediata ou breve certeza sobre sua situação jurídica.

Portanto, na condição de titular da jurisdição, o Estado tem o dever de realizar as prestações jurisdicionais com eficiência e dentro de um prazo razoável. Isso porque a morosidade da Justiça pode ocasionar verdadeiros prejuízos ao cidadão que a procurou, gerando uma sensação de descrédito no Poder Judiciário. Na conclusão sucinta de Maria Luísa Castan, citada por Canotilho, “a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça”¹⁰.

Segundo Ettore¹¹, esses danos podem advir de vários fatores, como o desleixo do juiz na realização de suas atividades, retardando decisões,

9 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 542.

10 Maria Luísa Castan *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 487.

11 NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 140.

ou do próprio serviço judiciário, que muitas vezes encontra-se mal aparelhado para suportar uma sobrecarga de demandas.

Por um lado, é fato que o jurisdicionado não pode suportar a ineficiência do serviço judiciário. De outro norte, porém, a responsabilidade do Estado por essa atividade não pode ser generalizada, de modo que o dever de indenizar deve existir somente quando a demora for injustificada e figurar como causa efetiva do dano.

Com efeito, há de se aceitar as hipóteses de excludentes de responsabilidade, a exemplo da demora excessiva atribuída ao comportamento desleal e descuidado das partes, ou da atitude antiética de alguns advogados no exercício de seu labor.

Também como hipótese de atividade jurisdicional lesiva, pode-se mencionar o problema das detenções cautelares indevidas.

Autorizada pelo art. 312 do Código de Processo Penal¹², a prisão preventiva é medida excepcional, que somente pode ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais. Seu fundamento é resguardar um interesse maior, que é o da coletividade, no que concerne à segurança e à repressão de condutas criminosas.

Não se pode negar que as medidas cautelares são bastante perigosas para a parte que dela não se beneficia. Por esse motivo, pode-se dizer que o juiz em muito se arrisca quando confere esse direito ao postulante, abrindo brechas à possibilidade de responsabilização quando o faz sem analisar corretamente o caso concreto, os requisitos legais e os efeitos irreversíveis que ela pode ensejar.

Atrelada ao tema das detenções cautelares, a antecipação de tutela também é uma medida de urgência arriscada, e por isso é igualmente cogitada como fundamento para busca de indenização estatal, quando concedida de forma ilegal pelo magistrado.

12 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Por força do art. 273 do CPC, o juiz pode conceder uma tutela provisória para antecipar os efeitos da pretensão, de forma a evitar que a demora na prolação da sentença prejudique a efetividade da prestação jurisdicional.

Com efeito, no momento em que o juiz antecipa os efeitos da tutela, e a decisão final é contrária ao provimento antecipatório de efeitos irreversíveis, pode acontecer um dano, o qual deve ser remediado pelo Poder Público. Afinal, se é possível estabelecer a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, não se pode negar essa possibilidade para os prejuízos oriundos de medidas que visam acelerar esse serviço público.

3.2 Argumentos contra a responsabilidade do Estado-juiz pelos atos jurisdicionais danosos

Não obstante todos os incidentes danosos que a atividade jurisdicional pode gerar, ainda persistem os argumentos que obstam o reconhecimento do dever estatal de reparar os prejuízos causados pelo Poder Judiciário.

Dentre esses fundamentos, pode-se começar enumerando a tese da soberania do Poder Judiciário, segundo a qual a atividade jurisdicional representa uma ordem suprema e, por essa razão, não pode o Estado ser responsabilizado pelos males dela decorrentes.

Em sentido oposto, e considerando que a soberania é indivisível e inerente ao próprio Estado, os estudiosos mais modernos não admitem que esse pensamento eminentemente absolutista resista aos valores atuais do Estado Democrático de Direito.

Arelada à tese da soberania do Poder Judiciário, a preocupação em não macular a independência do juiz também tem servido como base para sustentar a irresponsabilidade do Estado no exercício da atividade jurisdicional. Assim, defende-se que o ato de responsabilizar o magis-

trado por suas falhas, pessoal ou regressivamente, acabaria por restringir sua liberdade de julgar.

A despeito da preservação da independência da magistratura na atividade julgadora, vários ensinamentos assinalam que tal prerrogativa não pode valer para afastar a pretensão indenizatória dos jurisdicionados lesados. Nas palavras de Dergint:

O valor da independência do juiz, certamente é fundamental, porém não absoluto. Não deve ser considerado isolado de outros princípios e valores com os quais deve coadunar – entre eles o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante os cidadãos¹³.

Com efeito, a responsabilidade do Estado pelos atos falhos do juiz serviria até mesmo para resguardar sua independência, pois impediria que o magistrado fosse demandado diretamente pela parte prejudicada.

Na seqüência, a justificativa da falibilidade dos juízes é igualmente utilizada para pôr de lado a responsabilidade do Estado-juiz. Sob esse prisma, a possibilidade de erro por parte do magistrado seria inerente à própria natureza humana, o que, por si só, liberaria o Estado do dever de indenizar.

Noutros termos, para os que defendem a falibilidade dos juízes, essa condição seria suficiente para liberá-los de qualquer obrigação de reparar seus erros, acabando por praticamente suplantar a essência do instituto da responsabilidade civil.

Dentre todos os argumentos direcionados à irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, talvez a preservação da coisa julgada seja o mais relevante e influente, embora o Direito Brasileiro restrinja em muito esse instituto, na medida em que admite a ação rescisória e a revisão criminal para desconstituí-lo.

BIBLIOTECA
ESMAPE

¹³ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 152.

Conforme explica Leite, a presunção de veracidade que a decisão trânsita em julgado assume, assim como a segurança jurídica que ela oferece, impedindo que os litígios se perpetuem, são fatores que fomentam a tese da irresponsabilização do Poder Público. Todavia, ressalta a mesma autora que, o efeito da irrecorribilidade da sentença não faz com que ela represente necessariamente a verdade ou o resultado mais justo.¹⁴

Quando a ação rescisória ou, sobretudo, a revisão criminal consegue reverter a decisão atacada, parece mais fácil entender a obrigação indenizatória do Estado pelo prejuízo causado em virtude de erro judiciário.

Porém, quando os referidos remédios jurídicos prescrevem ou são julgados improcedentes, a pretensão indenizatória parece ficar ainda mais distante. Nessa esteira, Alvim frisa que “se há coisa julgada, enquanto esta estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado”¹⁵.

Por outro lado, vários juristas entendem que a desconstituição do ato jurisdicional lesivo é irrelevante para o dever de reparação do Estado, tendo em vista que a pretensão indenizatória formaria uma relação jurídica distinta daquela que compôs a lide inicial. Melhor esclarecendo, ensina Dergint:

Na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas e o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo despicienda a desconstituição do ato jurisdicional (através da ação rescisória)¹⁶.

Percebe-se, com isso, que nem sempre a coisa julgada é encarada como uma decisão absoluta e intangível, podendo muitas vezes ser enfraquecida em detrimento do valor da justiça.

¹⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 107.

¹⁵ ARRUDA ALVIM *apud* CAHALI, Yussef Said, *ob cit.*, p. 616. nota 4.

¹⁶ DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 144. nota 13..

Por fim, cumpre arrolar o argumento da exigibilidade de lei que expressamente estabeleça a responsabilidade do Poder Público por atos lesivos dos magistrados. Esse é o entendimento predominante na jurisprudência pátria, conforme ilustrado a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juizes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário, C.F., art. 5º, LXXV, mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (STF – 2ª Turma – RE 429518 AgR / SC – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 28.10.2004, p. 49).

Com base nessa premissa, o dever estatal de compensar o ato jurisdicional danoso receberia guarida tão somente nos casos lastreados pelo Direito Penal, já que a matéria recebe tratamento expresso no art. 630 do CPP. Por outro lado, no campo do Direito Civil, a responsabilidade seria limitada às hipóteses de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções, por força do art. 133 do CPC.

Divergindo sobre essa tese, Leite assinala que tal limitação esbarra no art. 37, § 6º da CF, que serve de alicerce para a responsabilidade estatal pelos atos dos juizes. Isso porque, segundo a autora, e em consonância com o citado dispositivo constitucional, o serviço judiciário não deixa de ser um serviço público, assim como os magistrados não deixam de ser agentes representantes do Estado.¹⁷ Por isso, não poderiam receber tratamento distinto para condicionar o direito indenizatório do lesado a texto legal específico.

Corroborando com esse entendimento, muitos ressaltam que o art. 5º, LXXV, CF, em lugar algum faz menção a que seara do Direito a hipótese de erro judiciário deve estar imersa para ensejar a indenização.

¹⁷ LEITE, Rosimeire Ventura, *ob cit.*, p. 113. nota 14.

Conforme explica Leite, a presunção de veracidade que a decisão trântita em julgado assume, assim como a segurança jurídica que ela oferece, impedindo que os litígios se perpetuem, são fatores que fomentam a tese da irresponsabilização do Poder Público. Todavia, ressalta a mesma autora que, o efeito da irrecorribilidade da sentença não faz com que ela represente necessariamente a verdade ou o resultado mais justo.¹⁴

Quando a ação rescisória ou, sobretudo, a revisão criminal consegue reverter a decisão atacada, parece mais fácil entender a obrigação indenizatória do Estado pelo prejuízo causado em virtude de erro judiciário.

Porém, quando os referidos remédios jurídicos prescrevem ou são julgados improcedentes, a pretensão indenizatória parece ficar ainda mais distante. Nessa esteira, Alvim frisa que “se há coisa julgada, enquanto esta estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado”¹⁵.

Por outro lado, vários juristas entendem que a desconstituição do ato jurisdicional lesivo é irrelevante para o dever de reparação do Estado, tendo em vista que a pretensão indenizatória formaria uma relação jurídica distinta daquela que compôs a lide inicial. Melhor esclarecendo, ensina Dergint:

Na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas e o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo despicienda a desconstituição do ato jurisdicional (através da ação rescisória)¹⁶.

Percebe-se, com isso, que nem sempre a coisa julgada é encarada como uma decisão absoluta e intangível, podendo muitas vezes ser enfraquecida em detrimento do valor da justiça.

14 LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 107.

15 ARRUDA ALVIM *apud* CAHALI, Yussef Said, *ob cit.*, p. 616. nota 4.

16 DERGIN, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 144. nota 13..

Por fim, cumpre arrolar o argumento da exigibilidade de lei que expressamente estabeleça a responsabilidade do Poder Público por atos lesivos dos magistrados. Esse é o entendimento predominante na jurisprudência pátria, conforme ilustrado a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário, C.F., art. 5º, LXXV, mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (STF – 2ª Turma – RE 429518 AgR / SC – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 28.10.2004, p. 49).

Com base nessa premissa, o dever estatal de compensar o ato jurisdicional danoso receberia guarida tão somente nos casos lastreados pelo Direito Penal, já que a matéria recebe tratamento expresso no art. 630 do CPP. Por outro lado, no campo do Direito Civil, a responsabilidade seria limitada às hipóteses de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções, por força do art. 133 do CPC.

Divergindo sobre essa tese, Leite assinala que tal limitação esbarra no art. 37, § 6º da CF, que serve de alicerce para a responsabilidade estatal pelos atos dos juízes. Isso porque, segundo a autora, e em consonância com o citado dispositivo constitucional, o serviço judiciário não deixa de ser um serviço público, assim como os magistrados não deixam de ser agentes representantes do Estado.¹⁷ Por isso, não poderiam receber tratamento distinto para condicionar o direito indenizatório do lesado a texto legal específico.

Corroborando com esse entendimento, muitos ressaltam que o art. 5º, LXXV, CF, em lugar algum faz menção a que seara do Direito a hipótese de erro judiciário deve estar imersa para ensejar a indenização.

17 LEITE, Rosimeire Ventura, *ob cit.*, p. 113. nota 14.

Ademais, conforme se encontra na doutrina de Cahali, a responsabilidade do Estado é uma premissa inerente aos sistemas jurídicos, surgindo sob a égide do Estado de Direito. Logo, prescinde de texto legal que a confirme. Assim, enfatiza o renomado jurista que não tem fundamento o argumento de que o Estado só responde por atos dos juízes que estejam previstos em lei, pois isso representaria uma “pretensa imunidade do Estado – igualmente sem correspondência legal”¹⁸.

Prosseguindo nas idéias de Cahali, embora todos os argumentos elencados acima sejam respeitáveis, pressente-se neles uma posição autodefensiva dos julgadores brasileiros, que muitas vezes acaba por contaminar a credibilidade do Poder Judiciário¹⁹.

4 Responsabilidade Civil do Estado pelos atos jurisdicionais sob a ótica da Teoria da Imputação Objetiva

Antes de ousar aplicar a chamada Teoria da Imputação Objetiva ao estudo da responsabilidade civil estatal pelos atos jurisdicionais, faz-se imprescindível traçar as linhas sobre as quais ela foi construída, bem como expor suas teses e principais proposições.

4.1 Origem e conceito da Teoria da Imputação Objetiva

Para adentrar no tema da Teoria da Imputação Objetiva, é necessário fazer uma reflexão preliminar sobre os riscos gerais que permeiam a convivência humana, ou seja, sobre os perigos inerentes à vida em sociedade.

18 CAHALI, Yussef Said, ob cit., p. 637. nota 4.

19 Idem, *Ibidem*., p. 628.

Inicialmente, há de se perceber que o fluxo atual de trocas e contatos anônimos entre os indivíduos e os vários grupos sociais, incluindo-se o próprio Estado, somente pode ser viabilizado na medida em que todos os participantes aceitem a possibilidade de ocorrência de prejuízos.

É, pois, nesse cenário que atua o Direito, prevendo expectativas e enfrentando os riscos como uma espécie de pêndulo, oscilante entre custos e benefícios. Esse também o ponto central da Teoria da Imputação Objetiva, que vem despertando grande atenção nos operadores do Direito, face ao seu desenvolvimento e crescente aceitação pela doutrina e jurisprudência.

Sempre atreladas ao campo do Direito Penal, conta Claus Roxin que “as raízes históricas espirituais da Teoria da Imputação Objetiva remontam até a filosofia jurídica de Hegel”, passando pelos estudos de Larenz, em 1927, e de Honig, posteriormente²⁰.

Contudo, segundo o mesmo autor, “em suas linhas mestras metódicas e substanciais”, a ciência da imputação objetiva solidificou-se na Alemanha, tendo Claus Roxin e Günter Jakobs como seus maiores expoentes atuais.

A referida teoria nasce, pois, para complementar e explicar o estudo do nexo de causalidade entre as condutas ofensivas e seus respectivos danos, trazendo um conteúdo jurídico para o tema, e não simplesmente naturalístico.

Portanto, de acordo com os defensores dessa teoria, a imputação da responsabilidade civil por um ato lesivo deve estar condicionada à carga valorativa de risco que o caso concreto apresente. A imputação objetiva elege, pois, os conceitos de risco permitido e risco proibido como ponto-chave de seu projeto, conforme se verá adiante.

20 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. São Paulo, Recife: Renovar. 2006. p. 124-125.

4.2 Risco permitido e risco proibido

Vencidas as considerações acerca da impossibilidade de eliminação total dos riscos inerentes a toda e qualquer atividade humana, cumpre explanar a diferenciação entre risco permitido e risco proibido, já que essa distinção constitui o fundamento principal da Teoria da Imputação Objetiva.

De forma simplória, risco permitido pode ser entendido como aquele que é tolerado pelas leis e pela sociedade. Assim, embora seja perigoso e possa causar danos, é um risco absorvido pela ordem jurídica. Portanto, os atos de atravessar uma rua, de ingerir álcool, de fabricar armas e de conduzir um automóvel são tidos como riscos aceitáveis, por serem ínsitos à própria atividade humana.

Para Günther Jakobs, o risco permitido está envolvido por uma idéia de colisão entre benefícios e malefícios. Assim, as vantagens são proporcionadas pela liberdade de comportamento que se obtém com a ajuda da permissão de riscos. Estes, em contrapartida, correspondem justamente ao custo daquele benefício, sobretudo quando são materializados num prejuízo real²¹.

Risco proibido, por sua vez, é aquele não permitido pelo ordenamento legal. Noutros termos, é um perigo desaprovado tanto pela sociedade quanto pela lei. Por esse motivo, ao sujeito que cria ou incrementa um risco ilegal, do qual decorra o resultado lesivo, deve ser imputada a responsabilização pelo dano. Esclarecendo melhor o assunto, ensina Gomes, citado na obra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

A teoria da imputação objetiva consiste basicamente no seguinte: só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu desse risco²².

21 JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. 1.ª reimpressão. Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, 1997.

22 GOMES, Luiz Flávio. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** – 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III p. 97.

Assim é que, segundo Damásio de Jesus, o condutor de veículo automotor representa para si e para terceiros um risco permitido, porém, a partir do momento em que executa uma manobra irregular, como uma ultrapassagem perigosa, o risco que antes era tolerado passa a ser não permitido. Se esse risco desaprovado se concretiza, resultando num acidente fatal para um terceiro, haverá imputação objetiva da conduta do motorista imprudente²³.

4.3 Incidência da imputação objetiva no âmbito da responsabilidade civil do Estado

Traçados os esclarecimentos mais relevantes acerca da Teoria da Imputação Objetiva, passa-se a aplicar sua essência ao instituto da responsabilidade civil do Estado, demonstrando como isso pode ser feito e como ela pode funcionar para fundamentar a obrigação indenizatória estatal pelos atos dos juízes.

Consoante afirmado em linhas anteriores, todos os sujeitos sociais executam atividades potencialmente arriscadas, sem as quais a sociedade perderia seu dinamismo e sua capacidade de evolução. Dentre esses sujeitos, encontra-se o Estado, que também realiza as atividades de risco que lhes são próprias.

Com base na Teoria da Imputação Objetiva, mormente pelos ensinamentos de Claus Roxin e Günther Jakobs, pode-se dizer que existe um espaço entre o risco permitido e o risco proibido no atuar de cada indivíduo social, incluindo o próprio Estado.

Nessa linha de raciocínio, vislumbra-se, através da profundidade dos fundamentos da Teoria da Imputação Objetiva, uma possível resolução dos problemas afetos à responsabilidade civil do Estado, sobretudo no que tange à visualização do nexos causal entre a conduta do agente público e o dano causado a terceiro.

23 JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. p.281. v.1.

Assim, a aplicação da citada teoria na responsabilidade estatal pretende atribuir à Administração Pública a responsabilidade pelos danos provenientes de um risco proibido criado por ela. Por conseguinte, a imputação objetiva ficará afastada do Estado sempre que o prejuízo estiver inserido dentro das balizas do risco permitido, quando a conduta for insuficiente para causar danos ou quando a própria vítima for exclusivamente responsável pelo ocorrido.

4.4 Teoria da Imputação Objetiva como fundamento da responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes em sentido amplo

Embora subsistam controvérsias acerca do tipo de responsabilidade civil do Estado pelos atos dos juízes, a doutrina e a jurisprudência pátria são uníssonas no que concerne à natureza objetiva da responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes em sentido amplo. Sobre esse aspecto, e com fulcro no art. 37, §6º da Constituição Federal, cumpre colacionar recente entendimento do Colendo STJ:

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – LEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO, EM LITISCONSÓRCIO – AUSÊNCIA. – [...] 5. In casu, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que **nos casos de dano causado pelo Estado, se aplica o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que versa acerca da responsabilidade objetiva do Estado.** (STJ. Resp 944884 / RS. Rel. Min. Luiz Fux. RECURSO ESPECIAL 2007/0093243-2. Primeira Turma. DJe 17/04/08). [grifo nosso].

Todavia, em que pese a consagração da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, segundo a qual a responsabilidade civil se configura independentemente de constatação de culpa, existem posicionamentos

divergentes no que tange aos fundamentos para aplicação dessa espécie de responsabilidade ao Poder Público.

A maioria da doutrina se ocupa da Teoria do Risco para explicar a responsabilidade objetiva estatal. Sob o enfoque dessa teoria, o aprimoramento e o avanço técnico das atividades estatais geram crescentes situações de perigo para a sociedade, de modo que esse risco criado pela Administração é suficiente para responsabilizá-la por eventuais danos. Por conseguinte, a indagação de culpa fica descartada, tornando-se irrelevante para o deslinde de casos quaisquer.

Ainda sob essa perspectiva, porém, discutem os autores se o texto constitucional adotou a teoria do risco administrativo ou o risco integral. De acordo com a primeira, o Estado deveria arcar com o risco inerente às suas próprias atividades e, sendo assim, teria de suportar o ônus da reparação de eventuais prejuízos causados aos administrados, ressalvados os fatores excludentes de responsabilidade. Já pela teoria do risco integral, não se admitiria qualquer excludente de responsabilidade, de modo que o Estado responderia em todas as circunstâncias, desde que envolvido no respectivo evento.

Frente a essas inconsistências teóricas e doutrinárias, Cahali e outros estudiosos preferem focalizar no nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente estatal para melhor auferir o dever de reparação do Estado. Isso porque a análise do nexo causal avaliaria as hipóteses peculiares de exclusão da responsabilidade estatal, bem como a anormalidade da conduta do ofendido e a eventual fortuidade do acontecimento²⁴.

Nessa esteira, a Teoria da Imputação Objetiva teria utilidade substancial para substituir a modalidade objetiva de responsabilidade civil aplicada ao Estado, ou ao menos para embasá-la. Isso seria possível a partir da análise de valoração do risco e da influência deste no nexo de causalidade do dano, aspectos exaustivamente abordados pelos expoentes dessa teoria.

²⁴ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 34/35. nota 4.

Para efeitos de responsabilização do Estado, sabe-se que o nexo de causalidade é estabelecido quando um ato praticado pelo agente público, no exercício de sua função estatal, gera prejuízo ao particular. Por conseguinte, ligando essa premissa à noção de risco administrativo, conclui-se que o dano suportado pelo particular deve ser indenizado pelo simples fato de ser conseqüência do funcionamento da máquina estatal, que naturalmente opera sob riscos.

Neste cenário, invocando-se a Teoria da Imputação Objetiva para fundamentar a responsabilidade civil do Estado pelos atos lesivos de seus prepostos, tem-se que o Poder Público deve reparar o dano sempre que houver violação da permissibilidade de seu atuar.

Dizendo de outro modo, a responsabilidade civil estatal é configurada na medida em que o risco tolerável para a atividade administrativa é extrapolado, convertendo-se em risco não permitido. Isso ocorre, segundo Günther Jakobs, porque a atividade de risco só pode ser tolerada enquanto houver uma razão plausível para que a sociedade suporte esse encargo. Nesse estágio, portanto, as vítimas do risco são anônimas. Nas palavras de Jakobs, “[...] el riesgo solo puede ser tolerado em la medida em que ex ante las víctimas sean anónimas, y ello porque ex ante también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad em cuestión reporte”²⁵.

Ou seja, o risco permitido reflete sobre vítimas “potenciais” de uma forma geral, sendo, portanto, anônimas. A partir do momento em que uma conduta passa a representar um perigo injustificado, sem contraprestações, para pessoa determinada, significa que o risco saiu da esfera da tolerabilidade para o da proibição.

Outrossim, numa tentativa ousada de mesclar o dogma da imputação objetiva com a teoria da responsabilidade civil objetiva, o Estado seria responsabilizado, independentemente de apuração de culpa ou dolo do agente, sempre que ultrapassasse o limite do risco permitido.

²⁵ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 48. nota 21.

De outro norte, a exclusão desse dever de reparação seria possível sempre que a atividade geradora do dano fosse compatível com um risco tolerável, quando o ato fosse inapto a causar prejuízo ou houvesse culpa exclusiva da vítima.

Por isso é que, de certa forma, a Teoria da Imputação Objetiva acabaria restringindo a extensão da responsabilidade civil objetiva do Estado. Afinal, sua abordagem aprimora a averiguação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente público, para onerar o Poder Público somente quando sua atuação se distancie do risco tolerável para consecução do bem comum.

4.5 Aplicação da Teoria da Imputação Objetiva nas hipóteses de responsabilidade estatal pelos atos dos magistrados

Consoante exposto até aqui, existe uma multiplicidade de argumentos aptos a suplantar definitivamente a idéia de irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais.

Dentro desse leque de razões, ousa-se invocar a Teoria da Imputação Objetiva para afirmar a responsabilidade civil do Estado pelos atos danosos emanados dos juízes, desde a hipótese de erro judiciário até os casos de demora injustificada na prestação jurisdicional.

Diante das faltas cometidas pelo magistrado, nasce para o lesado a prerrogativa de pleitear indenização pelo dano sofrido. Porém, o embaraço surge no momento de eleger quem será o destinatário desse pedido, se o Estado ou o próprio juiz.

Visando uma solução para esse impasse, a Teoria da Imputação Objetiva entraria em campo para afirmar a responsabilidade civil do Poder Público, atribuindo ao Estado o dever de assumir os riscos da prestação jurisdicional, já que é um serviço próprio de sua gerência.

Como cediço, o Poder Judiciário do Estado julga através de seus juízes, que se encontram subordinados à lei. Esta, por seu turno, visa garantir que as decisões prolatadas pelos magistrados sejam justas, de forma que o direito seja afirmado ao longo de um processo regular e igualitário para as partes litigantes.

Por essa razão, e à luz da Teoria da Imputação Objetiva, pode-se afirmar que durante o processo judicial o magistrado opera em risco constante. É dizer, ao longo do curso processual de uma ação, os juízes executam atividades potencialmente perigosas para as partes, tais como a concessão de uma medida liminar, a prolação de decisão em discrepância com a interpretação dos Tribunais Superiores, a demora na designação de audiência em virtude de inexistência de horário vago na agenda do Juízo etc.

Ocorre que, de acordo com as premissas tecidas por Roxin e Jakobs, muitas das tarefas desempenhadas pelos magistrados inserem-se dentro do contexto de risco permitido. Dizendo de outra forma, o juiz é obrigado a lidar com o risco de dano de seus atos a todo tempo. Essa situação de risco, por sua vez, deve receber amparo legal, por ser inerente à interação da sociedade e necessária para a consecução de seus fins.

Corroborando com essa idéia, cumpre invocar o sistema de cálculo de custos e benefícios proposto por Jakobs, segundo o qual: “[...] desde luego que en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente há de soportar los costes”²⁶.

Resta evidente, pois, que sob o dogma da Imputação Objetiva, os atos praticados pelo Poder Judiciário criam certo risco suportável para a sociedade, pois significam a chave para a prestação de um bem maior, que é a prestação jurisdicional. Logo, na hipótese de materialização de dano proveniente desse risco tolerável, o Estado estará isento de responder civilmente e arcar com o dever de indenizar.

26 JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 48, nota 21.

Por outro lado, a idéia de risco permitido na atividade jurisdicional não pode ser estendida a toda e qualquer atuação do juiz, pois existem limites entre o perigo aceitável e o não aceitável, conforme visto amplamente em linhas anteriores. Confirmando essa lógica, explica Roxin:

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.

Diante disso, conclui-se que sempre que o magistrado extrapolar as balizas do risco permitido de seu atuar e, com isso, criar um dano para terceiro, o Estado deve ser chamado para indenizar o prejuízo, podendo acionar o ofensor regressivamente.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que o juiz cria um risco proibido sempre que agir em desconformidade com a lei, ou sempre que desrespeitar o dever de cuidado ao praticar atos arriscados, mas inicialmente permitidos.

Aplicando essas idéias nas hipóteses práticas dos atos jurisdicionais danosos, pode-se explicar, por exemplo, o que deve acontecer para que o Estado responda pelo dano oriundo de uma concessão de antecipação de tutela.

O fato é que, nos casos das tutelas de urgência, existem requisitos legais a serem observados para que sua concessão seja plausível. Desta feita, quando o juiz defere um pedido liminar com observância dos requisitos legais para fazê-lo, atua sob risco permitido, pois, embora sua conduta possa lesionar uma das partes, a medida é amparada legalmente. Contudo, se o juiz toma sua decisão de forma relapsa, desatenciosa e com desrespeito às exigências da lei, cria-se um risco não permitido, o que faz surgir, para o Estado, o dever de indenizar.

Do mesmo modo, o Poder Público deve reparar o dano sofrido pelo cidadão quando é levado ao cárcere mesmo havendo possibilidade de

liberdade provisória, com ou sem fiança, em virtude do que prega o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, c/c art. 310, do CPP.

Percebe-se, aqui, que as vias recursais não são eficazes para sanar o defeito da atividade jurisdicional, como pretendem os defensores da irresponsabilidade estatal pelos atos dos magistrados. Afinal, trata-se de lesão já consumada, que não mais se recupera nem se retorna ao *status quo ante*. Resta ao ofendido, tão somente, a obtenção de indenização que possa compensar o prejuízo sofrido.

Por óbvio, não se pretende com a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva onerar o Poder Público com indenizações por decisões desagradáveis a uma das partes. A referida teoria presta-se, todavia, para responsabilizar o Estado quando os magistrados, na qualidade de seus prepostos, demonstrem uma falta muito grave e um comportamento inaceitável, “que o magistrado normal e razoavelmente diligente não cometeria”²⁷.

Tal é o que ocorre com a demora excessiva para julgar uma demanda que, muitas vezes, acontece por pura desídia do juiz. Mais uma vez, invoca-se o princípio de que o cidadão, seja no âmbito cível ou no penal, não pode assumir o risco gerado por um ato jurisdicional contrário às leis e aos costumes.

Logicamente, a aplicação da citada teoria também não prejudica o poder criativo do juiz, quando exercido em acordo com o princípio da dignidade humana e da proporcionalidade. Ou seja, quando exercita esse mister de acordo com os referidos princípios, atua com risco permitido. Afinal, o juiz tem a função de conciliar o texto legal, juntamente com suas lacunas, à realidade de seu tempo e ao caso concreto.

Ao que se vê, portanto, a Teoria da Imputação Objetiva pode significar uma consistente fundamentação para firmar definitivamente a responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais que causem danos aos particulares. Através dela, as obscuridades encontradas na

²⁷ CAHALI, Yussef Said, ob cit., p. 613. nota 4.

avertigação do nexo de causalidade passam a ser amenizadas e a lógica da responsabilização aprimora seu sentido.

As razões constantemente suscitadas para obstar a obrigação indenizatória do Poder Público não mais podem ser sustentadas diante das concepções jurídicas atuais. E, em se tratando de legislação brasileira, o art. 37, §6º, juntamente com o art. 5º, LXXV, traça todas as bases para a aplicação prática desse entendimento.

Nessa direção, cumpre ilustrar uma importante decisão do STF, que pode traduzir mudança de orientação da jurisprudência pátria, no que tange à responsabilidade estatal pelos atos dos magistrados:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (**Recurso Extraordinário 228977 / SP – São Paulo. Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA. Segunda Turma. DJ 12-04-2002**).

Como se vê, o acórdão transcrito chega mesmo a ratificar textualmente a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos jurisdicionais, ficando assegurado seu direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Enfim, resta aos doutores do Direito buscar nas teorias de relevância universal, como o é a Teoria da Imputação Objetiva, uma idéia sólida

que auxilie na sustentação da responsabilidade estatal por atos dos juizes, de modo que a postura autodefensiva do Poder Judiciário não se perpetue. Só assim caminha-se em direção ao real valor de Justiça.

5 Conclusão

Diante das considerações realizadas ao longo do presente trabalho, podem ser destacadas algumas conclusões, senão vejamos.

O cerne da responsabilidade civil do Estado por atos dos juizes se constitui por motivos de ordem política e jurídica. Sob a ótica política, percebe-se que num Estado Democrático de Direito é exigida a aniquilação da idéia da irresponsabilidade, vestígio dos privilégios outrora concedidos para a manutenção de poderes que não se coadunam com um Estado moderno, igualitário e solidário. Do ponto de vista jurídico, por sua vez, tem-se que os atos jurisdicionais praticados pelo juiz não se distinguem das demais operações do Estado, estas passíveis de ensejar indenização por eventual dano injusto.

Constata-se, assim, que em qualquer seara do Direito pode haver decisões injustificadas ao jurisdicionado. Logo, o funcionamento defeituoso da Justiça pode causar prejuízos diversos e da maior gravidade em qualquer âmbito jurídico.

Assim, à luz da Teoria da Imputação Objetiva, tentou-se demonstrar que quando o risco da falibilidade do sistema judiciário é agravado pelo juiz, a conduta deste evolui para um risco não tolerável, ensejando a responsabilidade civil do Estado pela ação danosa de seu preposto, quem seja, o juiz.

Noutros termos, procurou-se esclarecer que o risco de dano é inerente à atividade jurisdicional, sendo aceitável pela sociedade desde que amparado em lei. Todavia, a partir do momento em que a ação do magistrado extrapola esse risco tolerado, surge o risco proibido. Por conseguinte, se o propenso dano vier a se concretizar, a vítima terá direito a

uma indenização servida pelo Estado, como forma de compensá-la pelo prejuízo oriundo da má atuação do juiz.

Portanto, em que pesem as teses defendidas pela maior parte da doutrina e jurisprudência do país, existe uma multiplicidade de argumentos aptos a suplantar definitivamente a idéia de irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais. Nesse sentido, a Teoria da Imputação Objetiva pode ser acionada para enriquecer os critérios utilizados para responsabilizar o Estado pelos atos jurisdicionais ofensivos.

Um estudo ainda mais aprofundado sobre a aplicação da citada teoria à atividade jurisdicional danosa, sobretudo envolvendo casos concretos, poderá render uma contribuição ousada e sofisticada ao instituto da responsabilidade civil do Estado, sendo de grande valia para amenizar as dificuldades em apontar o dever de restituição do Poder Público pela conduta reprovável dos magistrados.

State's Civil Responsibility for Judiciary Actions Based on Objective Imputation Theory

Abstract

This essay intends to point out the difficulties presented by the Civil Responsibility the States have in what concerns the damages caused by their Judge's decisions. We can clearly notice that lately, the courts in Brazil tend to take into account the State's Civil Responsibility only in the cases where the law expressly says so. Moreover, many arguments are given to put away this Civil Responsibility, such as the independence and sovereignty that judges are invested in due to their

position. However, we intend to study and evaluate how plausible these arguments are, as well as balance them with other ones that do not support the State's Civil Irresponsibility. Some Judiciary actions may lead to serious damage, such as Judiciary errors, or even long and unnecessary delays. In order to help solving these problems, some theories have been developed with the objective of supporting the State's Civil Responsibility, and they have created concepts, such as the

"allowed risk" and "forbidden risk". Based on these theories, the judges' actions can be analyzed as risky activities, and they have to balance the binding laws and the rules carried by society. This means all judges' activities carry an implicit risk that is completely tolerable, as long as they perform in accordance with the law system. On the other hand, it is shown that such risky activities are

forbidden when the judges trespass the limits of their functions. In such cases, these theories can be used to make the State responsible for the damages caused by judges, who indeed act on behalf of it.

Key words: State's Civil Responsibility. Judiciary Actions. Allowed Risk. Forbidden Risk.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARBOSA, Rui. **A culpa civil das administrações públicas**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Os efeitos no conceito de risco nas teorias da imputação objetiva e da responsabilidade objetiva: uma distinção relevante**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9112&p=2>>. Acesso em 22.out.2009.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Legre: S. A. Fabris, 1989.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CHAVES, Rogério Marinho Leite. Responsabilidade do Estado por ato judicial. **Lex – jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais**, São Paulo, a. 8, n.86, p. 9-20, out. 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional). In: FIÚZA, César A. de C.; SÁ, Maria de Fátima F. de (Coords.). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 153, p. 259-270, jul./set. 1983.
- DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, p.85-96, out/dez. 1994.

FERREIRA, Antonio Carlos. **Responsabilidade civil por atos da administração pública**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2002.

FIÚZA, César A. de C.; SÁ, Maria de Fátima F. de (Coord.). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.III.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007. 12 ed.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, Tomo II.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva**. 1.^a ed. 1.^a reimpressão. Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Autónoma de Madrid, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Granada, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.I.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Malheiros, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 71, v. 563, p. 9-14, set. 1982.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar. Tradução de. Luís Greco. 2006.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Referência deste artigo

ANDRADE, Ingrid Gadelha de. A contribuição da teoria da imputação objetiva para a responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 179-210, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 25 mar. 2010. Aprovado em: 18 mai. 2010.

A criação e evolução histórica do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: limites aos poderes administrativos do Órgão Censor

Irving William Chaves Holanda

Professor colaborador dos cursos de treinamento e aperfeiçoamento da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco – ALEPE. Assessor Jurídico da Presidência e Parecerista da Consultoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/UCP.

Resumo

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão de cúpula do Poder Judiciário, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, vem atuando através da edição Resoluções. Estas podem ser entendidas como atos normativos que regulamentam a forma administrativa de agir de diversos Tribunais, tanto da Justiça Comum quanto da Especializada. O presente

ensaio tem por objeto o estudo da possibilidade de controlar os referidos atos administrativos por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN – perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

Palavras Chaves: Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resoluções. Controle Abstrato. ADIN.

Notas Propedêuticas

Esta construção se propõe a trabalhar, de forma sucinta, a criação e evolução do Conselho Nacional de Justiça, pugnando pela sua viabi-

lidade no ordenamento brasileiro. Em um segundo momento, medita-se sobre a evolução de um órgão censor que se destina a controlar o Judiciário.

Vislumbra-se o aparecimento do Conselho Nacional da Magistratura (CNM) e sua malograda empreitada que culminou em fracasso, devido à imaturidade do momento histórico de abertura política em que este foi instalado. Destaques aos posicionamentos de Rui Barbosa, Josaphat Marinho, Francisco Peçanha Martins, Gilmar Ferreira Mendes e aos dos professores André Vicente Pires Rosa e Alexandre Freire Pimentel. Por outro lado, observa-se a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ pela Emenda Constitucional n. 45/2004, seus reflexos e perspectivas, com notas à posição da Ministra Ellen Gracie Northfleet. Perfilham-se alguns apontamentos acerca das modificações implementadas pela Emenda Constitucional n.º 61/2009.

Em seguida, trata-se, de forma clara, a questão da competência do CNJ, estipulada, sobretudo, no art. 103-B da CF/88. Mister atentar que a competência ali perscrutada não é exauriente, pois o Estatuto da Magistratura pode aumentar as competências do CNJ, pela simples leitura deste artigo.

Em crescente fundamentação das ideias aqui defendidas, trilha-se o caminho dos limites constitucionais dos atos normativos do CNJ. Entende-se que este órgão censor de superposição não pode atuar com poderes de editar resoluções com força de lei, sob pena de ferir a cláusula pétrea de separação dos três poderes (art. 60, § 4º da CF/88). De igual sorte, será visto que o CNJ não pode atuar como se órgão jurisdicional fosse, pois sua natureza é exclusivamente administrativa.

Ao remate, será vista a possibilidade de controle dos atos emanados do CNJ através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN, pois estes atos preenchem os requisitos de atos normativos e podem ser alvo do Controle Concentrado de Constitucionalidade. De mais a mais, far-se-á breve referência ao Procedimento de Controle Administrativo do CNJ, em face de atos editados pelos Tribunais, e

a possibilidade de controle dúplice destes atos estaduais, seja pela via administrativa, seja pela via judicial do Controle de Constitucionalidade concentrado.

1 A criação e evolução histórica do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

1.1 Da influência do Direito Comparado

É de se perceber que a criação do Conselho Nacional de Justiça se deu com influência no direito comparado, pois é perceptível que alguns países europeus possuem conselhos semelhantes entre si que, de certa forma, controlam e administram o Judiciário¹. Como exemplos de países europeus que adotam órgãos censores, citam-se: França, Itália, Espanha, Portugal e outros².

André Vicente Pires Rosa, *obiter dicta*, afirma que na Espanha existe um conselho com o escopo de controlar o Judiciário. Os componentes deste conselho são nomeados pelo rei, sendo que alguns integrantes seriam indicados pela Câmara de Deputados, outros pelo Senado, outro pelo primeiro ministro, e outro nomeado diretamente pelo próprio rei. Seria então um órgão multidisciplinar, com integrantes de várias partes do Direito e com função precípua de tomar conta das decisões administrativas do Judiciário³.

1 Neste sentido: STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do conselho nacional de justiça (CNJ) e conselho nacional do ministério público (CNMP). **Revista de Doutrina**. Disponível em: <<http://www.revista.doutrina.trf4.gov.br>, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso: 15 SET. 2008.

2 MARTINS, Francisco Peçanha. **Controle externo da magistratura: negação da autonomia do Judiciário**. Direito Processual (Inovações e perspectivas): estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 259.

3 ROSA, André Vicente Pires. Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45, de 31 de dezembro de 2004). Palestra realizada In: SEMANA DE ATUALIZAÇÃO JURÍDICA DO CEJ, 2005. Palestra. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/cej/PaginaPrincipal/artigos/ver_artigos.asp?p=1>. Acesso: 10 set. 2008.

1.2 Dos antecedentes históricos à criação do Conselho Nacional da Magistratura – CNM

Deve-se obter que a ideia de criação de um órgão que pudesse controlar a magistratura há muito não era bem vinda. Rui Barbosa já afirmava em seu magistério:

Assim como assim, porém, não se conhece, por toda a superfície do globo civilizado, nação nenhuma, em cuja legislação penetrasse a idéia, que só ao demônio da política brasileira podia ocorrer, de criar fora da justiça e incumbir à política uma corregedoria, para julgar e punir supostas culpas do Tribunal Supremo no entendimento das leis⁴.

Francisco Peçanha Martins já propugnava, ao comentar a Proposta de Emenda à Constituição da Reforma do Judiciário, que a criação do órgão censor nacional feriria a autonomia deste Poder⁵. Aludia que a referida autonomia, de forma plena, só poderia ser exercida com “juízes submissos só à lei”⁶. Esta teria sido a ideia prevista pelo Constituinte, sobretudo por ter dotado os juízes de prerrogativas como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Josaphat Marinho, por seu turno, defendia ser uma

(...) anomalia evidente em sistema constitucional democrático submeter o Poder Judiciário a ‘controle externo’ excepcional, por um conselho constituído de membros de outro poder e de representantes de uma corporação profissional cujas atividades se vinculam, amplamente, aos órgãos fiscalizados (*vis*)⁷.

4 BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletos**. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> Acesso em: 15 set. 2008.

5 O termo autonomia deriva do vocábulo grego *autos* (próprio) + *nomos* (lei). É direito político e etimologicamente significa dar leis a si. É a faculdade de autogovernar-se. Cf. MARTINS, Francisco Peçanha. **Controle Externo da Magistratura: negação da autonomia do Judiciário**. Direito Processual (Inovações e perspectivas): estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 258.

6 MARTINS, Francisco Peçanha. **Controle Externo da Magistratura: negação da autonomia do Judiciário**. Op. cit., p. 262.

7 MARINHO, Josaphat *apud* MARTINS, Francisco Peçanha. **Controle Externo da Magistratura: negação da autonomia do Judiciário**. Direito Processual (Inovações e perspectivas): estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260.

O professor Alexandre Pimentel, em artigo específico, chega a esclarecer que, antes mesmo da criação do CNJ, houve a instalação do CNM⁸ (Conselho Nacional da Magistratura), sendo que este órgão não se destinava a promover o controle externo da magistratura, sobretudo porque a sua composição era integralmente de Ministros do STF. Assim, não atingiu o seu objetivo correicional.

Dentre os principais fatores que justificam o fracasso do CNM estão a falta de ambiência e maturidade democrática inerentes ao momento histórico em que este foi instalado, pois o país vivia delicado momento de abertura política e a ideia de controle da atividade judicial parecia mais um retrocesso jurídico-político⁹.

A tentativa de instituição de um órgão censório da magistratura, de caráter nacional com competência para apurar faltas disciplinares de juízes pertencentes às distintas esferas do poder jurisdicional (federal, trabalhista, militar, eleitoral e estadual) remonta ao ordenamento constitucional instituído com a Carta Política de 1967, todavia o êxito desse propósito somente foi alcançado com a promulgação da emenda à Constituição, nº 45, de dezembro de 2004, e com a sucessiva e concreta instalação e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça. Antes disso, as tentativas de estabelecer outros conselhos não lograram o sucesso esperado¹⁰.

1.3 Do surgimento do Conselho Nacional de Justiça: delineamentos fixados pelas emendas constitucionais nº 45/2004 e 61/2009

O CNJ foi, então, criado com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. E foi neste viés que a Associação de Magistrados do Brasil – AMB, suscitando

8 Órgão nacional censor de todo o poder judiciário que somente logrou foro constitucional com a emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que instituiu, no artigo 112, II, o Conselho Nacional da Magistratura (CNM). Sediado no Distrito Federal e com jurisdição em todo o território nacional, era composto por sete ministros, todos oriundos do supremo tribunal federal e escolhidos por esse mesmo tribunal. Ao Supremo competia o controle judicial dos atos administrativos do CNM. Cf. PIMENTEL, Alexandre Freire. **Evolução histórica do controle do judiciário e do processo disciplinar contra magistrado**. In: Walber de Moura Agra. (Org.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111/139.

9 PIMENTEL, 2009, *ibidem*, p. 113/114.

10 PIMENTEL, 2009, *ibidem*, 114/115.

a inconstitucionalidade da criação do CNJ, ingressou com a ADIN nº 3.367/DF, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso. Entrementes, o Conselho foi considerado constitucional na referida Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (decisão publicada no DJ de 17.03.2006)¹¹. Ressalte-se que a referida ADIN também afirmou que o STF não está sujeito às deliberações do CNJ, pois o regime político-disciplinar dos ministros do STF estaria regido por normas especiais (artigos 52, II e 102, I, *b*, ambos da CF)¹².

Outrossim, pode-se concluir com clareza que a criação do CNJ se deu de forma a suprir um grande *déficit* na administração judiciária. É que o Brasil possui mais de 90 tribunais, cada um com administração própria e munidos de autonomia, ambas asseguradas pela própria Constituição, o que gera muitos problemas de ordem administrativa. Então, a criação do órgão censor do Judiciário foi uma coisa boa, pois há um reflexo positivo que se manifesta diretamente no exercício dos direitos dos cidadãos. Porém, na questão administrativa e institucional, isso representa um grande cipoal, pois havia, segundo o entendimento da Ministra Ellen Gracie Northfleet, uma “indesejável superposição de tarefas e dispersão de recursos”¹³. Certa vez, quando indagada acerca da importância da atuação do CNJ, complementou:

11 “Ação direta. Emenda Constitucional n. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juizes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, caput, inc. I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.” (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-05, DJ de 22-9-06).

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 988.

13 REPORTAGEM: Ellen Gracie Northfleet: a força da mulher. **Revista da APMP**, a. 1. n. 12. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/apmpemreflexao/revista/pdf/reflexao12.pdf>. Acesso em: 11 set. 2008.

Creio que a principal função do CNJ será bem desempenhada: a de ser um centro de pensamento e de planejamento estratégico do Judiciário. O povo brasileiro tem o direito de ter um núcleo pensante, com pessoas que se ocupem de saber que tipo de Poder Judiciário nós desejamos, como devemos aperfeiçoá-lo e como ele será dentro de 10 ou 20 anos. Ou seja, uma projeção muito maior no tempo da atividade desse órgão que é fundamental para o desenvolvimento da democracia¹⁴.

Nada obstante o posicionamento da Ministra, pode-se afirmar que, no que tange à atuação do CNJ junto às Corregedorias Gerais de Justiça, sobretudo no tocante ao Estado de Pernambuco, há uma atuação efetiva. Sem sombra de dúvidas, o objetivo é dar maior celeridade aos processos que tramitam perante o Poder Judiciário Estadual, sempre fiscalizando e requisitando a aplicação das medidas e sanções cabíveis, quando constatada alguma pecha no trâmite do processo, haja ou não a prática de algum ilícito administrativo.

O CNJ é composto de 15 (quinze) conselheiros¹⁵ (art. 103-B, *caput*, CF/88)¹⁶, cada um com mandato de um biênio, admitida uma recondução. Com a nova alteração encetada pela Emenda Constitucional nº 61/2009, o presidente do STF será, automaticamente, o presidente do CNJ. A nomeação dos demais membros do CNJ se fará através de ato do Presidente da República, precedida da aprovação pela maioria

14 REPORTAGEM, 2008. *ibidem*

15 Conselheiro é a denominação dada para os membros que compõem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

16 Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009). § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009).

absoluta do Senado Federal. Após a nomeação, cabe ao CNJ empossar seus membros no prazo de até trinta dias (art. 4º do Regimento Interno do CNJ).

A redação anterior do art. 103-B da CF/88 também estabelecia que os membros do CNJ não poderiam ter menos de 35 (trinta e cinco) e nem mais de 66 (sessenta e seis) anos. Atualmente tal limite inexistia, porquanto houve a supressão decorrente da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 61/2009, que suprimiu o parâmetro da idade para os componentes do órgão censor.

O CNJ foi criado com a função precípua estabelecida no § 4º do art. 103-B da CF/88. Suas atividades específicas e competências encontram-se relacionadas nos incisos I *usque* VII do referido parágrafo. A questão da competência do CNJ será esmiuçada no próximo ponto deste ensaio.

2 Da competência do CNJ

O CNJ tem competência para fiscalizar os órgãos do Poder Judiciário e seus delegatários¹⁷. Exerce o controle externo do Judiciário no que se refere à sua atuação administrativa e financeira, observando ainda o cumprimento dos deveres funcionais dos Magistrados: juízes e desembargadores.

É função precípua do Conselho zelar pela autonomia do Judiciário e, ainda, cuidar para que sejam cumpridas: a Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN, o art. 35 e *ss*, e do Código de Ética da Magistratura, além de fazer cumprir os deveres dos magistrados, instituídos, sobretudo, pelos

17 CNJ como órgão de cúpula do Poder Judiciário. "O Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem função exclusivamente administrativa. É certo que neste mister o CNJ deve zelar para que o Poder Judiciário se fortaleça, extirpando quaisquer males que o enfraqueçam ou tornem menos operativo para a construção da sociedade livre, justa e solidária, preconizada na Constituição Federal. Porém, certamente, não é da função do CNJ a reapreciação de provas em processos judiciais já julgados, assim como não compete ao CNJ processar criminalmente membros do Ministério Público, do Poder Executivo, Legislativo ou do próprio Poder Judiciário" (CNJ – PP 875 – Rel. Cons. Joaquim Falcão – 47.ª Sessão – j. 11.09.2007 – DJU 27.09.2007).

artigos 125 e *ss* do CPC e art. 251 do CPP. Para tanto poderá expedir atos normativos com o fito de regulamentar a atuação dos Tribunais, recomendando providências e adotando medidas disciplinares¹⁸.

Outra incumbência do órgão censor é velar, no âmbito do Poder Judiciário, pelo fiel cumprimento do art. 37 da CF/88, que trata dos princípios inerentes à Administração Pública, podendo agir de ofício ou mediante provocação, a fim de resguardar o interesse público. Zelar, enfim, pela legalidade dos atos administrativos praticados por magistrados, servidores e delegatários¹⁹, podendo desconstituir, rever ou fixar prazo para que se adotem as medidas cabíveis ao exato cumprimento da lei, sem prejuízos à Competência do Tribunal de Contas da União – TCU.

Preconiza a Constituição Federal que o CNJ deve receber e conhecer das reclamações contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou Oficializados, tudo sem prejuízo da competência disciplinar que pode ser exercida pelos Tribunais. É, ainda, da sua competência correicional e administrativa: 1) avocar processos disciplinares em curso; e 2) determinar a remoção, a disponibilidade²⁰ ou a aposentadoria

18 Como exemplo de ato regulamentar que recomenda providência, cita-se o Julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 3.457: "Promoção por merecimento. Acesso ao cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça. Art. 93, II, "b", E III, da Constituição da República. Exigência de integrar o magistrado a primeira quinta parte da lista de antiguidade. Resolução n. 04/2006/OE do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso. Resolução n. 6/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Descumprimento. (...) Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. No presente caso, o Estado requerente demonstrou, de forma inequívoca, a situação configuradora da grave lesão à ordem pública, consubstanciada no fato de que a decisão impugnada impede a aplicação de resolução do Conselho Nacional de Justiça, o que certamente inibe o exercício de suas atribuições institucionais. Necessidade de observância da norma inserta no art. 93, II, b, da Constituição da República para a promoção por merecimento ao cargo de desembargador. Possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador", tendo em vista a existência de magistrados em outras unidades da Federação em situação igual àquela dos agravantes, o que levará ao total descumprimento do art. 2º da Resolução n. 6/2005 do Conselho Nacional de Justiça. (...) (SS 3.457-AgrR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-2-08, DJE de 28-3-08).

19 O Poder Judiciário, há muito tempo, tinha a função de certificar e regulamentar atos simples da vida civil, emitir atos que atestassem a veracidade, controlar o registro de imóveis, certidões de nascimento, óbitos e demais negócios que necessitassem de fé pública. Isto era feito mediante o exercício da Jurisdição Voluntária, também chamada de Graciosa, que se caracterizava pela inexistência de lide. Sendo que, a fim de desafogar as vias judiciais, estas funções foram delegadas a particulares colaboradores, assim surgiu a figura do Tabelião e foram criados os Cartórios Extrajudiciais, que são fiscalizados pelo Poder Judiciário e também pelo CNJ.

20 Imperioso destacar que prevalece na Jurisprudência do Pretório Excelso a aplicação da Súmula do STF, enunciada nº 39, em Processos Administrativos Disciplinares contra magistrados. Vejamos o teor do referido enunciado: "A falta de lei, funcionário em disponibilidade não pode exigir, judicialmente, o seu aproveitamento, que fica subordinado ao critério de conveniência da administração".

com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar quaisquer outras sanções administrativas, desde que seja sempre assegurado o exercício da ampla defesa (art. 5º, inciso LV c/c art. 103 – B, inciso III, ambos da CF/88).

Destaque-se, ainda, que o CNJ tem competência para representar juízes, servidores ou mesmo delegatários de Cartórios Extrajudiciais ao Ministério Público, no caso de prática de crimes contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade. O Código Penal definiu os tipos penais praticados por funcionário público em detrimento da Administração Pública, no Título XI, que são previstos no art. 312 (Peculato) e se encerram no art. 327 do CP, com o conceito de Funcionário Público para os delitos desta estirpe.

No que se refere à revisão de atos disciplinares impostos pelos Tribunais, pode ainda o órgão censor de superposição rever, de ofício ou mediante provocação, as sanções e medidas disciplinares aplicadas em face de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (art. 103-B, § 4º, inciso V, da CF).

Quanto ao controle da atividade fim do Judiciário, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça deve elaborar, semestralmente, relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e, ainda, confeccionar um relatório anual. Sempre que necessário, deve propor a adoção de providências a respeito da situação do Poder Judiciário, no País, implementando Resoluções e as atividades do Conselho que visem controlar e acelerar a prestação jurisdicional de forma eficiente. Esta medida deve integrar a mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

A atividade correicional do CNJ será desempenhada por um Ministro do STJ, que exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos daquele Sodalício Superior, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo

Estatuto da Magistratura, o dever de receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários, bem como exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral. Pode, ainda, requisitar e designar magistrados para lhe prestarem auxílio, delegando-lhes atribuições e requisitando servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

3 Dos limites constitucionais aos atos editados pelo CNJ

É vedado ao CNJ apreciar questões de natureza jurisdicional, o que exclui a possibilidade de ser classificado como um órgão jurisdicional de superposição, haja vista lhe faltar incumbência para proferir sentenças, ou mesmo acórdãos²¹. Assim, o Órgão Censor de superposição fica impedido de emitir qualquer tipo de decisão acerca da interpretação ou aplicação da lei em demandas judiciais²². Sua natureza é, exclusivamente, administrativa, vez que sua função específica é fiscalizar o Poder Judiciário, notadamente exercendo o controle admi-

21 "O Conselho Nacional de Justiça deve ter como primado a independência dos magistrados no exercício da função jurisdicional, o que significa dizer que a preservação das atribuições do Judiciário em sua inteireza é pressuposto essencial, na medida em que a atuação deste Conselho não poderá implicar interferência na atividade jurisdicional, controlando decisões judiciais, tampouco suprimindo as matérias à apreciação judicial ou às instâncias recursais" (CNJ – PP 1402 – Rel. Cons. Paulo Lôbo – 42ª Sessão – j. 12.06.2007 – DJU 29.06.2007). Ainda neste sentido: Conselho Nacional de Justiça. Ausência de competência jurisdicional originária ou revisora impossibilidade de controle do mérito da atividade jurisdicional dos magistrados ou para revisão de decisões judiciais. Pedido improcedente por ausência de competência constitucional do CNJ. – "No exercício de suas funções jurisdicionais, os magistrados atuam com absoluta autonomia e independência na formação de suas convicções, pois a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial" (CNJ – PP 314 – Rel. Cons. Alexandre de Moraes – 3ª Sessão Extraordinária – j. 28.03.2006 – DJU 12.04.2006).

22 Recurso administrativo em Pedido de Providências. Decisão monocrática de arquivamento. Manutenção. Inurgência contra decisão judicial. Incompetência do Conselho Nacional de Justiça. – "A escolha da aplicação da legislação ao caso concreto, em demanda judicial, compete ao magistrado que atua na causa, de acordo com a análise dos fatos que são trazidos aos autos e com a sua livre convicção (CPC, art. 131), não se tratando, pois, de matéria administrativa que comporte atuação deste Conselho, que é órgão de controle estrito da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, nos termos do que dispõe o parágrafo 4º do art. 103-B da Constituição Federal. Ademais, o acerto, ou não, da aplicação da lei pelo juiz ao caso resolve-se, também, no âmbito judicial, por meio de recurso próprio em cada espécie de processo e procedimento. Recurso Administrativo em Pedido de Providências de que se conhece e a que se nega provimento" (CNJ – PP 200810000032559 – Rel. Cons. Altino Pedrozo dos Santos – 80ª Sessão – j. 17.03.2009 – DJU 06.04.2009).

nistrativo e financeiro. É o órgão responsável pelo Controle Externo do Judiciário²³.

Importante destacar que existe na doutrina a afirmação de que ao CNJ também é vedado atuar como órgão legislativo. Vejamos:

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”. Trata-se – e a lembrança vem de Canotilho – de atos que foram designados por Carl Schmitt com o nome de “medidas”. Essa distinção de Schmitt é sufragada por Forsthooff, que, levando em conta as transformações sociais e políticas ocorridas depois da Primeira Guerra, considerava inevitável a adoção, por parte do legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais²⁴.

É preciso considerar que se o ato editado pelo CNJ tiver por base um determinado pressuposto fático, acabará por conter uma natureza de lei geral, sendo, portanto, inconstitucional por total inadequação à sua finalidade.

Não se pode olvidar que se até a lei *strictu sensu* possui limites, muito mais os têm os atos administrativos. É o que se chama “limite dos limites” (*Schranken-Schranken*), como ponderou Gilmar Mendes. Observe-se que o poder regulamentador do Conselho esbarra na possibilidade de criar direitos e obrigações, não podendo, portanto, inovar no ordenamento jurídico²⁵.

23 Neste sentido, confira-se: AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 502.

24 Neste sentido: STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista de Doutrina**. Disponível em: <www.revista.doutrina.trf4.gov.br>; http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>. Acesso: 15 set. 2008.

25 MENDES, 2008, p. 314, *ibidem*.

Veja-se o posicionamento de STRECK et all.:

Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito²⁶.

Em suma, é muito importante observar que ao aventar a possibilidade de o CNJ expedir atos administrativos com força de lei, se estaria criando também uma afronta ao Estado Democrático de Direito, ferindo o princípio fundamental da separação dos três poderes consagrados na Constituição Federal, em seu art. 2º da CF/88, pois os atos desta natureza invadem a seara do Poder Legislativo, numa afronta explícita ao Estado Democrático de Direito.

4 Possibilidade de controlar constitucionalmente os atos normativos do CNJ: ADIN

O controle de constitucionalidade no Brasil, como consabido, pode ter por objeto leis ou atos normativos federais ou estaduais. Assim, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade todos os atos normativos primários da União ou dos Estados, conforme a preclara previsão do art. 102, inciso I, alínea ‘a’, da CF/88 c/c art. 5º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF.

O meio de controle concentrado²⁷ adequado para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo federal, ou mesmo estadual, é a ADIN²⁸.

26 Neste sentido: STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista de Doutrina**. Disponível em: <www.revista.doutrina.trf4.gov.br>, http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>. Acesso: 15 set. 2008.

27 Através desse modelo de controle, é feita a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, objetivando alcançar a invalidação da lei para firmar a segurança das relações jurídicas.

28 Não caberia o controle abstrato em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência dominante dos Tribunais, pois não apresenta as características de ato normativo. Neste sentido: “A súmula, porque não apresenta as

Para melhor entendimento, veja-se o que vem a ser ato normativo em termos doutrinários. Ato deriva do latim *actus*, de *agere*. Tem o sentido de indicar, de modo geral, toda a ação resultante da manifestação de vontade ou promovida pela vontade da pessoa²⁹. Segundo Sérgio Sérvulo da Cunha, em seu Dicionário Compacto de Direito, o ato normativo se conceitua como: “o ato do poder público (principalmente o do Poder Legislativo) que enuncia a norma” ou ainda o “ato de autoridade escalar, que estabelece norma administrativa”³⁰.

Ato normativo, portanto, não é apenas aquele que emana do Poder Legislativo, mas de qualquer poder do Estado, desde que estejam nele os requisitos de ato normativo genérico. O professor Alfredo Buzaid, já em 1958, lecionava sobre os atos passíveis de impugnação pela ADIN, veja-se:

Na verdade, o legislador constituinte (...) empregou a palavra *ato* com significação mais ampla do que a lei. Lei é ato oriundo do legislativo. Se toda lei é ato, nem todo ato é lei. O ato, a que alude a regra constitucional, é qualquer ato, oriundo de qualquer dos poderes do Estado, contanto que ofenda os princípios assegurados (...) da Constituição. O intérprete não pode, portanto, limitar onde o legislador manifestamente ampliou, incluindo apenas a lei como objeto da apreciação, quando atos dos demais poderes também podem ofender os referidos princípios constitucionais³¹.

É cediço na doutrina que as Resoluções editadas pelo CNJ são, de fato, atos normativos federais e, nesta condição, podem ser alvo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. Entretanto, para serem alvo do Controle Concentrado, o ato normativo necessita ser autônomo, geral e abstrato, possuindo um verdadeiro caráter normativo.

características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada” (ADI 594, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-2-92, DJ de 15-4-94).

29 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 160.

30 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

31 BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 120

Neste viés, confira-se a Jurisprudência do STF:

Conforme o esclarecimento prestado pelas informações do Presidente da República, ‘o Decreto atacado cinge-se a dar cumprimento ao disposto na Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995’ (fl. 46). Com efeito, o Decreto n. 5.146, de 20 de julho de 2004, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte (...).³²

Sobre a impossibilidade de intentar ADIN contra mero ato administrativo, sem autonomia, generalidade e abstração, desprovido, portanto, de caráter normativo, veja-se:

O ato impugnado na presente ADI é mera deliberação administrativa, sem nenhum caráter normativo, não passando seus ‘considerandos’ de simples motivação. Se esse ato é inconstitucional ou ilegal, é questão que se não pode resolver no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, perante esta Corte, pois nesta só se há de impugnar ato normativo (federal ou estadual), nos termos do art. 102, I, a, da Constituição Federal. Afora isso, o controle de constitucionalidade ou legalidade de ato administrativo é feito, nas instâncias próprias, pelo sistema difuso.³³

Conclui-se, então, pela possibilidade de controle de atos normativos federais editados pelo CNJ através da ADIN, desde que patente o vício de inconstitucionalidade.

Com efeito, no próximo ponto, tratar-se-á dos atos normativos estaduais emanados dos Tribunais. Estes, conforme se verá, estão sujeitos ao controle duplice, pois se sujeitam ao PCA e, ao mesmo tempo, também podem ser alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

32 ADI 3.985, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 8-4-08, DJE de 15-4-08.

33 ADI 2.071-AgrR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-10-01, DJ de 9-11-01.

5 Do controle dúplice dos atos normativos emanados de Tribunais Estaduais: ADIN no STF e PCA no CNJ

É interessante destacar que, assim como as Resoluções do CNJ, os atos normativos estaduais também podem ser alvo de ADIN. E, quando estes atos emanarem de Tribunais Estaduais, podem ser submetidos ao próprio controle administrativo perante o CNJ, através do Procedimento de Controle Administrativo – PCA.

Vejam-se alguns exemplos.

Em 2008, o Desembargador José Fernandes de Lemos, então Corregedor Geral da Justiça no Estado de Pernambuco, editou o Provimento nº 37/2008 – CGJ, ato normativo estadual que disciplina a cobrança de custas no procedimento de liquidação e cumprimento de sentença. Os ‘considerandos’ do referido Provimento se embasaram: 1) na decisão do plenário do CNJ em julgamento ao PCA nº 235³⁴, 2) no disposto no artigo 19 do CPC, que explicitamente consagra o princípio da onerosidade mediante o pagamento de custas na execução, 3) na Lei nº 10852, de 29/12/1992, que não isenta o pagamento das custas da execução e liquidação de sentença e, 4) nos argumentos justificadores da cobrança de custas na execução, que se aplicam, pelas mesmas razões, à liquidação de sentença.

Este provimento, alvo do Procedimento de Controle Administrativo – PCA – nº 200810000033679, foi considerado legal³⁵

34 O Plenário do Conselho Nacional de Justiça deliberou, nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 235, que: “(...) o fato de a execução da sentença dar-se nos próprios autos do processo originário em nada afastaria a necessidade de nova comunicação ao devedor para que ele dê cumprimento ao *decisum*. Tal comunicação não mais seria uma citação, mas, sim, intimação o que, também em nada, diminui os custos, o trabalho e a responsabilidade das Varas e dos Tribunais. Ou seja, inobstante ter havido uma simplificação do procedimento, tal simplificação não eximiu o Poder Judiciário de seus altos custos procedimentais, sendo, destarte, indispensável a necessária contraprestação e satisfação das despesas por parte dos interessados, mediante o regular recolhimento do preparo”;

35 Em situação semelhante, o CNJ, no Procedimento de Controle Administrativo nº 235, decidiu que: “(...) o fato de a execução da sentença dar-se nos próprios autos do processo originário em nada afastaria a necessidade de nova comunicação ao devedor para que ele dê cumprimento ao *decisum*. Tal comunicação não mais seria uma citação, mas, sim, intimação o que, também, em nada, diminui os custos, o trabalho e a responsabilidade das Varas e dos Tribunais. Ou seja, inobstante ter havido uma simplificação do procedi-

através de decisão monocrática da Conselheira Andréa Pachá nos seguintes termos:

em sendo competência da Corte de Justiça a regulamentação da matéria ora posta, nos termos do artigo 96 da CF, e em não havendo ilegalidade ou ilegitimidade, não cabe a intervenção do CNJ, que tem a sua competência restrita à previsão constitucional.³⁶

Observe-se o poder regulamentador do CNJ, que pode apreciar a legalidade do ato normativo estadual editado pelo Tribunal, desde que fique caracterizada, no PCA, a repercussão geral das matérias levadas à apreciação do Conselho.

Outro exemplo, em 2009, ainda na Gestão do Des. José Fernandes de Lemos, foi a edição do Provimento n. 17/2009 – CGJ, o qual dispõe sobre a fiscalização e exigência de apresentação de carteira funcional de advogados com chip eletrônico.

Em síntese, o referido ato, por um lado, assegura aos advogados o direito de acesso aos autos e, por outro lado, determina aos Juízes de Direito que não proibam os advogados de acessarem os autos de processos judiciais, exclusivamente, em razão da não apresentação de carteira de identificação com chip eletrônico.

O provimento n. 17/2009 – CGJ utiliza a inteligência do art. 7º, inciso I, da Lei nº 8.906/94, o qual garante aos advogados o direito de “exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”, bem como do inciso XV, do mesmo artigo, que assegura aos advogados o direito de “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais”, independentemente de apresentação de carteira dotada

mento, tal simplificação não eximiu o Poder Judiciário de seus altos custos procedimentais, sendo, destarte, indispensável a necessária contraprestação e satisfação das despesas por parte dos interessados, mediante o regular recolhimento do preparo”

36 Procedimento de controle administrativo n. 200810000033679. Relator: conselheira Andréa Maciel Pachá. Requerente: Leandro Gonçalves Maia, Danilo Galvão Martiniano Lins Filho e Ney Castelo Branco Neto. Requerido: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco e Conselho da Magistratura de Pernambuco. Assunto: Cobrança de custas judiciais no procedimento de liquidação e cumprimento de sentença.

de chip eletrônico. O segundo pressuposto se constitui no fundamento da Resolução nº 402, de 29 de maio de 2009, da lavra do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes.

O mandamento esclarece que não é atribuição ou dever do magistrado fiscalizar a situação funcional dos advogados perante a OAB, sobretudo porque tal mister insere-se na competência administrativa exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como porque o “direito de vista dos autos para extração de cópias, não havendo determinação de observância de sigilo de justiça, não pode sofrer limitação não contida na lei³⁷”.

Desta feita, formalizou-se o procedimento de controle administrativo n. 200910000051406, tendo como Requerente: Luciana Maranhão de Araújo e como Requerido: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco. De início, cabe destacar que houve decisão de arquivamento liminar, sob o fundamento de que

O Provimento exarado pela Corregedoria visa assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos na Carta Magna. O fato de o cartão apresentado pelo advogado não conter chip eletrônico não pode ser sobreposto a direito garantido pela CF/88. Questões relacionadas à troca do cartão sem chip pelo cartão com chip eletrônico devem ser resolvidas no âmbito da OAB e não por este Conselho. Posto isto, com fundamento no inciso X do artigo 25 do Regimento Interno deste Conselho, determino o arquivamento liminar do feito³⁸.

Inconformada, a requerente interpôs recurso administrativo objetivando a reforma da decisão e a desconstituição do referido provimento do Órgão Censor Estadual, entretanto, o CNJ decidiu a questão, à unanimidade, nos termos do voto do relator, adiante transcritos:

(...) O diploma normativo, cuja reforma ora se postula, assegura, de maneira expressa, o acesso aos autos mediante a apresentação de qualquer documento por meio do qual se possa comprovar a condição de ad-

37 Julgamento do MS nº 2004002003728-3, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Acórdão nº 214046, DJU – SEÇÃO 3 – data: 24/05/2005, p. 180.

38 Procedimento de controle administrativo n. 200910000051406. Conselheiro Paulo de Tarso Tamburini Souza.

vogado ou estagiário devidamente inscrito na Ordem dos Advogados, independente do fato de o documento conter ou não “chip” eletrônico. O acesso aos autos, única e exclusivamente, mediante a apresentação de identificação com “chip” eletrônico restringe sobremaneira, não só o exercício da profissão de advogado, mas, essencialmente, o direito de acesso à justiça e não se constitui requisito legal para tanto. Ao implementar a identificação com “chip” eletrônico, o objetivo da Ordem dos Advogados, certamente, não foi de limitar o exercício da profissão de advogado, nem tampouco gerar qualquer dificuldade às partes no processo. Na medida em que o Provimento não veda o acesso aos autos, por questão de mera formalidade, assegura não só o direito de acesso à justiça, mas também cria instrumentos reais de garantia aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além do próprio exercício da advocacia³⁹.

Ora, percebe-se que o CNJ posicionou-se acertadamente à medida que, ao julgar a matéria ventilada no PCA, observou que a fiscalização de advogados não está adstrita aos deveres do Magistrado. A questão não condiz com os interesses do Judiciário, portanto, a matéria está longe do controle da atividade administrativa e financeira do Conselho Censor do Judiciário, conforme a dicção do art. 103-B, da CF/88. Igual sorte atinge os próprios membros do Poder Judiciário, pois não caberia aos Juízes fiscalizar a regularidade de advogados, tampouco cabe ao CNJ fazer as vezes da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, cabendo somente a esta o controle e a fiscalização de seus membros.

Com isto, pode-se afirmar que, muito embora os referidos provimentos tenham sido alvo de PCA, nada impede que também venham a ser alvo de ADIN⁴⁰. O fato de existir eventual inconstitucionalidade em

39 Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000051406. Requerente: Luciana Maranhão de Araújo. Requerido: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco. Conselheiro: Paulo de Tarso Tamburini Souza. Documento Assinado Eletronicamente em 20 de Novembro de 2009 às 11:29:11. Disponível em: www.cnj.jus.br.

40 Não se olvide que a possibilidade de impugnar os provimentos de Corregedorias por meio das vias concentradas – ADIN – é controvertida. Muito embora o entendimento deste autor seja o da viabilidade de controle concentrado de atos normativos de Corregedorias Gerais de Justiça, o STF já decidiu anteriormente em sentido oposto, nestes termos: “ADIn. Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça. Não cabe controle por meio de ADIn, de provimento da Corregedoria-Geral de Justiça apontado de inconstitucional” (STF-RT 652/215). In NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 283. Pugnano pela possibilidade do Controle Concentrado de Atos dos Tribunais Estaduais,

ato normativo estadual emanado de Tribunal permite o controle pela via administrativa (PCA) ou mesmo pela via judicial (ADIN).

Conclusão

Como conclusão deste arcabouço, pode-se afirmar com clareza que a criação do Órgão Censor de superposição das atividades do Poder Judiciário – CNJ se deu de forma a tentar acabar com os grandes problemas oriundos do grande *déficit* na administração judiciária. Considerando que o Brasil possui mais de 90 tribunais, e que cada um possui uma administração própria e autonomia asseguradas pela própria Constituição, deve-se observar que havia um grande dissenso e discricionariedade, o que permitia várias arbitrariedades e agressões aos princípios da Administração Pública (art. 37 da CF/88), seja pela influência, seja pela inércia e corporativismo inerentes ao Judiciário.

A criação do CNJ deve ser vista pelo lado positivo, pois se reflete diretamente no exercício dos direitos do Cidadão.

De se observar, ainda, que é impossível permitir ao CNJ a criação de atos administrativos com força de lei (sejam resoluções, recomendações ou mesmo enunciados). Caso contrário, a permissão geraria uma patente afronta ao Estado Democrático de Direito, ferindo o princípio fundamental da separação dos três poderes (art. 2º da CF/88), pois os atos do CNJ estariam invadindo a seara do Poder Legislativo.

Ao final, conclui-se pela possibilidade de controle de atos normativos federais editados pelo CNJ, desde que patente o vício de inconstitucionalidade. A mesma sorte também atinge os atos de Tribunais Estaduais, ao passo que estes se submetem a controle dúplice, vez que se sujeitam tanto ao PCA, quanto ao crivo judicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF.

entre eles o Provimento, confira-se: PIMENTEL, Alexandre Freire. Limites do poder normativo do CNJ quanto à prescrição das sanções de censura e remoção compulsória de magistrados. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)* do TJPE, v. 2, 2008, p. 13-33.

Creation and the history of CNJ: Limits on administrative powers of the Censor Department

Abstract

The National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça – CNJ), top justice department, established by Constitutional Amendment n. 45/2004, has been working through the issue resolutions. These can be understood as normative acts regulating the form of administrative action of various courts, both Common Justice and the Expert

Justice. This essay's purpose is to study the possibility of controlling these administrative actions by the Declaratory Action Unconstitutional – (ação direta de inconstitucionalidade ADIN) – before the Supreme Court – STF.

Key words: CNJ. Resolutions. Abstract Control. ADIN.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletos**. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2008.
- BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto de direito**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARTINS, Francisco Peçanha. **Controle externo da magistratura: negação da autonomia do Judiciário**. Direito Processual (inovações e perspectivas) – estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. A força da mulher. **Revista da APMP**, a. 1. n. 12. Disponível em: <<http://www.midia.apmp.com.br/apmpemreflexao/revista/pdf/reflexao12.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Evolução histórica do controle do judiciário e do processo disciplinar contra magistrado. In: AGRA, Walber de Moura (Org.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Limites do poder normativo do CNJ quanto à prescrição das sanções de censura e remoção compulsória de magistrados. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do TJPE**, v. 2, p. 13-33, 2008.

ROSA, André Vicente Pires. Palestra: **Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45, de 31 de Dezembro de 2004)**. Palestra In: Semana de Atualização Jurídica do CEJ, realizada entre 15 e 17 de fevereiro de 2005, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, Sala Des. Antônio de Brito Alves. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/Pagina-Principal/artigos/verartigos.asp?p=1>>. Acesso: 10 set. 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do conselho nacional

de justiça (CNJ) e conselho nacional do ministério público (CNMP). **Revista de Doutrina**. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br>; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso: 15 set. 2008.

Referência deste artigo

HOLANDA, Irving William Chaves. A criação e evolução histórica do Conselho Nacional de Justiça - CNJ: Limites aos poderes administrativos do Órgão Censor. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 211-234, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 12 mar. 2010. Aprovado em: 28 jun. 2010.

A nova Lei de Mandado de Segurança e a ampliação das restrições de liminares contra o poder público

José Viana Ulisses Filho

Juiz de Direito titular da 7ª Vara da Fazenda Pública do Recife.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor de Direito Tributário da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Resumo

O artigo aborda as inovações decorrentes da nova lei de mandado de segurança, nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, no que concerne à restrição de medidas liminares proferidas contra o Poder Público, notadamente com relação à Fazenda Pública, na medida em que tais restrições foram ampliadas com a inclusão da proibição da concessão de liminares que objetivem promover qualquer tipo de pagamento.

Até que ponto tais restrições não se constituem como uma violação ao princípio constitucional da

inafastabilidade da jurisdição, consagrado pelo art. 5º. Inciso XXXV da Constituição da República? Desta forma, o trabalho busca de forma sucinta despertar a reflexão dos operadores do direito, haja vista que existem sérias divergências no que tange à doutrina processual, bem como com relação às próprias decisões judiciais que se dividem entre admitir ou não tal possibilidade.

Palavras-chaves: Mandado de Segurança. Restrições de liminares. Inafastabilidade da jurisdição.

A nova Lei de Mandado de Segurança e a ampliação das restrições de liminares contra o poder público

José Viana Ulisses Filho

Juiz de Direito titular da 7ª Vara da Fazenda Pública do Recife.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor de Direito Tributário da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Resumo

O artigo aborda as inovações decorrentes da nova lei de mandado de segurança, nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, no que concerne à restrição de medidas liminares proferidas contra o Poder Público, notadamente com relação à Fazenda Pública, na medida em que tais restrições foram ampliadas com a inclusão da proibição da concessão de liminares que objetivem promover qualquer tipo de pagamento.

Até que ponto tais restrições não se constituem como uma violação ao princípio constitucional da

inafastabilidade da jurisdição, consagrado pelo art. 5º. Inciso XXXV da Constituição da República?

Desta forma, o trabalho busca de forma sucinta despertar a reflexão dos operadores do direito, haja vista que existem sérias divergências no que tange à doutrina processual, bem como com relação às próprias decisões judiciais que se dividem entre admitir ou não tal possibilidade.

Palavras-chaves: Mandado de Segurança. Restrições de liminares. Inafastabilidade da jurisdição.

A nova Lei de Mandado de Segurança e a ampliação das restrições de liminares contra o poder público

José Viana Ulisses Filho

Juiz de Direito titular da 7ª Vara da Fazenda Pública do Recife.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor de Direito Tributário da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Resumo

O artigo aborda as inovações decorrentes da nova lei de mandado de segurança, nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, no que concerne à restrição de medidas liminares proferidas contra o Poder Público, notadamente com relação à Fazenda Pública, na medida em que tais restrições foram ampliadas com a inclusão da proibição da concessão de liminares que objetivem promover qualquer tipo de pagamento.

Até que ponto tais restrições não se constituem como uma violação ao princípio constitucional da

inafastabilidade da jurisdição, consagrado pelo art. 5º. Inciso XXXV da Constituição da República?

Desta forma, o trabalho busca de forma sucinta despertar a reflexão dos operadores do direito, haja vista que existem sérias divergências no que tange à doutrina processual, bem como com relação às próprias decisões judiciais que se dividem entre admitir ou não tal possibilidade.

Palavras-chaves: Mandado de Segurança. Restrições de liminares. Inafastabilidade da jurisdição.

1 Introdução

O tema ora proposto versa sobre a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, e as inovações introduzidas no concernente a questão que sempre suscitou acirrada polêmica no âmbito da teoria do processo civil, bem como na prática dos nossos tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, como ocorre com a edição de normas infraconstitucionais que buscam limitar de uma forma mais abrangente, a concessão de medidas liminares contra o Poder Público e de forma mais específica, contra a Fazenda Pública.

O cerne das controvérsias cinge-se ao fato da Constituição de outubro de 1988 estabelecer no artigo 5º, inciso XXXV como modalidade de garantia e direito fundamental do cidadão o princípio conhecido como da inafastabilidade da jurisdição, onde se afirma de forma literal que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma surge a indagação que já é lugar comum em considerável parcela da nossa doutrina, no sentido de que: seria compatível com a Carta Política vigente as restrições criadas por normas infraconstitucionais à concessão de liminares contra o Poder Público?

É bem verdade que há muito vigem regras nesse sentido, não se constituindo em qualquer novidade no nosso sistema de direito positivo, datando a primeira delas ao ano de 1956, lei nº 2.770 de 4.5.56, que proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira.

Entrementes, independentemente da opinião que ostentem um ou outro autor sobre a polêmica em foco, na verdade, cumpre-nos nessas breves linhas, tecermos alguns comentários sobre a nova lei de mandado de segurança, e a opção política do nosso legislador em unificar nesse diploma o sistema que estabelece restrições à concessão

de liminares contra o Poder Público ou a Fazenda Pública, realçando nessa opção o alargamento de tais restrições, na medida em que o novel diploma dispõe no artigo 7º, § 2º a proibição da concessão de medida liminar que objetive o Poder Judiciário autorizar pagamento de qualquer natureza, estendendo ainda esta restrição às antecipações dos efeitos da tutela regidas pelos artigos 273 e 461 ambos do Código de Processo Civil.

2 Tipologia das liminares no sistema processual brasileiro

Conforme anteriormente referido, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República garante o acesso de todos à jurisdição, assegurando às pessoas (físicas ou jurídicas) uma devida tutela jurisdicional, quer se objetive restaurar uma lesão sofrida em seu direito, ou mesmo se prevenir da sua ocorrência.

Para tanto, deverá a parte interessada recorrer ao Poder Judiciário e através do exercício do direito de ação, pleitear a tutela que se adequa à sua pretensão, podendo esta tutela ter natureza jurisdicional cognitiva, executiva ou cautelar¹.

No contexto da tutela jurisdicional cautelar, que se caracteriza como de natureza propriamente cautelar, que é aquela que “tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo”² ou satisfativa, que é aquela cuja finalidade é satisfazer um direito “realizá-lo no plano das relações humanas”³ é que iremos encontrar os denominados provimentos liminares, que proliferam no nosso sistema de direito processual, dentre eles se destacando as liminares nas ações de Mandado de Segurança.

- 1 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. v. 1, p. 85.
- 2 MARINONI, Luiz Guilherme. **Da antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86
- 3 DA SILVA, Ovidio Batista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 54

1 Introdução

O tema ora proposto versa sobre a nova Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, e as inovações introduzidas no concernente a questão que sempre suscitou acirrada polêmica no âmbito da teoria do processo civil, bem como na prática dos nossos tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, como ocorre com a edição de normas infraconstitucionais que buscam limitar de uma forma mais abrangente, a concessão de medidas liminares contra o Poder Público e de forma mais específica, contra a Fazenda Pública.

O cerne das controvérsias cinge-se ao fato da Constituição de outubro de 1988 estabelecer no artigo 5º, inciso XXXV como modalidade de garantia e direito fundamental do cidadão o princípio conhecido como da inafastabilidade da jurisdição, onde se afirma de forma literal que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma surge a indagação que já é lugar comum em considerável parcela da nossa doutrina, no sentido de que: seria compatível com a Carta Política vigente as restrições criadas por normas infraconstitucionais à concessão de liminares contra o Poder Público?

É bem verdade que há muito vigem regras nesse sentido, não se constituindo em qualquer novidade no nosso sistema de direito positivo, datando a primeira delas ao ano de 1956, lei nº 2.770 de 4.5.56, que proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira.

Entrementes, independentemente da opinião que ostentem um ou outro autor sobre a polêmica em foco, na verdade, cumpre-nos nessas breves linhas, tecermos alguns comentários sobre a nova lei de mandado de segurança, e a opção política do nosso legislador em unificar nesse diploma o sistema que estabelece restrições à concessão

de liminares contra o Poder Público ou a Fazenda Pública, realçando nessa opção o alargamento de tais restrições, na medida em que o novel diploma dispõe no artigo 7º, § 2º a proibição da concessão de medida liminar que objetive o Poder Judiciário autorizar pagamento de qualquer natureza, estendendo ainda esta restrição às antecipações dos efeitos da tutela regidas pelos artigos 273 e 461 ambos do Código de Processo Civil.

2 Tipologia das liminares no sistema processual brasileiro

Conforme anteriormente referido, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República garante o acesso de todos à jurisdição, assegurando às pessoas (físicas ou jurídicas) uma devida tutela jurisdicional, quer se objetive restaurar uma lesão sofrida em seu direito, ou mesmo se prevenir da sua ocorrência.

Para tanto, deverá a parte interessada recorrer ao Poder Judiciário e através do exercício do direito de ação, pleitear a tutela que se adequa à sua pretensão, podendo esta tutela ter natureza jurisdicional cognitiva, executiva ou cautelar¹.

No contexto da tutela jurisdicional cautelar, que se caracteriza como de natureza propriamente cautelar, que é aquela que “tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo”² ou satisfativa, que é aquela cuja finalidade é satisfazer um direito “realizá-lo no plano das relações humanas”³ é que iremos encontrar os denominados provimentos liminares, que proliferam no nosso sistema de direito processual, dentre eles se destacando as liminares nas ações de Mandado de Segurança.

1 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. v. I, p. 85..

2 MARINONI, Luiz Guilherme. **Da antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86

3 DA SILVA, Ovidio Batista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 54

Além das ações de Mandado de Segurança, iremos encontrar decisões liminares nas ações possessórias, nas desapropriações, execução de cédulas hipotecárias, busca e apreensão liminares, defesa dos direitos do consumidor, nas ações com matriz constitucional como ocorre com a Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação de Improbidade Administrativa, Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, etc.

Desta forma, podemos concluir afirmando que as liminares tem função instrumental acautelatória cujo objetivo é a viabilização da garantia da plena efetividade de um pronunciamento judicial futuro.

No dizer do eminente processualista gaúcho Adroaldo Furtado Fabricio tecendo comentários sobre o que se entende por liminar: “Em linguagem processual a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaure. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não se releva indagar se diz ou não com o *maritum causae* nem se contem alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.”⁴

Com relação à natureza do provimento, a doutrina atual evoluiu no sentido de afirmar que a concessão de liminar especificamente na Ação de Mandado de Segurança se torna obrigatória, na medida em que ocorra a comprovação de que o ato a ser impugnado ou a sua omissão, possa caracterizar lesão a provável direito líquido e certo da pessoa física ou jurídica titular da ação.

Questão que permanece controvertida é a identificação da natureza do provimento liminar, se meramente cautelar ou satisfativa.

4 FURTADO, Adroaldo Fabricio. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord). **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25.

Segundo doutrina dominante, entende-se que “A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa”⁵.

Todavia, longe se encontra esse entendimento de ser uma unanimidade entre os autores, haja vista a existência de doutrina não menos qualificada que acredita ser a liminar mandamental, medida de caráter eminentemente antecipatório dos efeitos da tutela. Sufragam esse entendimento, dentre outros, os professores Fredie Didier, Ovídio Batista da Silva e Teori Albino Zavascki.

3 A nova Lei de Mandado de Segurança e as restrições de liminares contra o poder público

A nova lei de Mandado de Segurança unificou em seu texto, notadamente no artigo 7º, inciso III, § 2º, várias leis extravagantes que dispunham sobre as restrições à concessão de liminares contra o Poder Público e a Fazenda Pública.

Tais restrições estão perfilhadas no artigo 1º da lei nº 2.770/56 que proíbe a concessão de liminar que objetive a liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira, o artigo 5º da lei nº 4.348/64 que veda a concessão de liminar em mandado de segurança que objetive a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens para os mesmos. Ainda se tem o § 4º do artigo 1º da lei nº 5.021/66 que proíbe liminar para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias abrangendo da mesma forma o universo dos servidores públicos.

Ademais, para coibir caminhos interpretativos que buscavam contornar essas proibições através da utilização das liminares no proces-

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81.

so cautelar inominado ou das tutelas antecipatórias introduzidas no CPC pela lei nº 8.952 de 13.12.94, foram editadas respectivamente as leis nº 8.437 de 30.06.92 e 9.494 de 10.09.97, que praticamente incorporaram as restrições já existentes relativas ao mandado de segurança.

É relevante registrar que parcela da nossa doutrina abomina essas restrições, cuja constitucionalidade permanece sendo questionada em face do princípio da plena tutela jurisdicional, apesar de entendermos que esse posicionamento se encontra superado pela interpretação da Corte Suprema do país, que através do julgamento da ADI nº 223/DF-MC, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Sepúlveda Pertence, publicada no DJU do dia 29.06.90, reconheceu a constitucionalidade das restrições.

É importante esclarecer que as vedações dizem respeito apenas à concessão das liminares em caráter *initio litis* conforme o conceito de liminar examinado no capítulo anterior, nada obstando que após a ouvida do Poder Público seja concedido o provimento da urgência.

O fundamento utilizado no julgamento da citada ADI, pode ser resumido no trecho do voto do Ministro Moreira Alves, que defendendo a constitucionalidade das normas infraconstitucionais que restringem liminares contra a Fazenda Pública fulminou: “ O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário”.

Corroborando com esse entendimento, o professor e magistrado pernambucano Francisco Cavalcanti⁶, em recente obra jurídica onde

6 CAVALCANTI, Francisco. **O Novo Regime Jurídico do Mandado de Segurança**. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 116-117.

analisa a nova Lei do Mandado de Segurança, além de pugnar pela preservação do interesse público, acrescenta como mais uma razão a justificar as restrições a seguinte opinião: “É importante, pois, sempre observar que, independentemente da existência de previsão legal, mister se faz compatibilizar os princípios da plenitude da tutela jurisdicional (inclusive preventiva) e do contraditório.

Sempre que um deles se hipertrofiar, reduzindo em demasia o outro, estar-se-á, indubitavelmente, diante de uma inconstitucionalidade. Esse é o aspecto mais importante da análise dessa questão”.

Superado o problema da constitucionalidade das normas que restringem a concessão de liminares contra o Poder Público ou à Fazenda Pública, cumpre-nos mencionar, além da já citada inovação do novo regime jurídico do *writ of mandamus* que praticamente unificou no artigo 7º, inciso III, § 2º da Lei nº 12.016/09 as regras processuais, revogando expressamente das leis nº 4.348/64 e 5.021/66, o estabelecimento da ampliação desse sistema restritivo, introduzindo inovação até então desconhecida pelo sistema de vedações legais, que foi a proibição além do pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos, do pagamento de dívidas de qualquer natureza.

E o que é mais interessante, estendendo a restrição ao Código de Processo Civil, em especial às regras que disciplinam a antecipação dos efeitos da tutela nos artigos 273 e 461.

Acreditamos que a novidade teve por escopo adequar a legislação processual à novel diretriz dada pela Emenda Constitucional nº 30 de 13 de setembro de 2000, que alterando o sistema de pagamento das dívidas do Poder Pública por precatório, dispôs no artigo 100 da Carta Política vigente, no § 1º que “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado (...)” complementando a redação pelo § 1º – A onde especificou de forma bastante clara e explícita que os débitos de natureza alimentícia só serão pagos em virtude de sentença transitada em julgado.

Destarte, saliente-se que, com a nova lei de Mandado de Segurança, que alcança todo sistema processual brasileiro, fica indubitavelmente proibido pela via das liminares, o pagamento de dívidas autorizadas pelo Poder Judiciário de qualquer natureza ou espécie, quer sejam de servidores ativos, inativos ou pensionistas ou não servidores públicos, enfim, atingindo qualquer espécie de credor, abrangendo as condenações do Poder Público nas obrigações por quantia certa.

Contudo, apesar de entendermos que a inovação é inteiramente compatível com a Constituição Federal, acreditamos que permanece em pauta o importante alerta que deve ser feito aos intérpretes menos avisados, principalmente aqueles que utilizando a lei do menor esforço buscam restringir a interpretação da lei à sua mera literalidade, no sentido de que permanece com plena eficácia o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil preconizando que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Posto dessa forma, pensamos que a interpretação de ditas restrições devam ser avaliadas pelo julgador com temperamento, sopesando as hipóteses caso a caso, permanecendo o entendimento já construído pela jurisprudência dos nossos tribunais, onde se admite que sejam antecipados pagamentos naquelas situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade ou a exigência da preservação da vida humana, de um mínimo existencial, sendo imperioso nessas condições que ocorra a antecipação do pagamento, até mesmo por um imperativo de sobrevivência do administrado.

Conclusão

De tudo que foi exposto, à guisa de conclusão, podemos inferir que o novo regime do Mandado de Segurança, estabelecido pela lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, trouxe como importantes inovações no campo do sistema de normas que objetivam vedar o deferimento de liminares contra o Poder Público ou a Fazenda Pública, a unificação dessas

restrições no artigo 7º, inciso II, § 2º da citada lei, revogando as leis nº 4.348/64 e 5.021/66, além de criar uma nova restrição de liminares que foi a proibição do judiciário autorizar pagamentos de qualquer natureza, adequando a satisfação das dívidas dos administrados ao sistema do artigo 100 da Constituição da República com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30 de 13.09.00, que condiciona o pagamento de qualquer dívida do Poder Público à disponibilidade de verba orçamentária inscrita no sistema de precatórios, mas só após o trânsito em julgado das sentenças.

Conclui-se também, que apesar das normas que vedam a concessão de liminares contra o Poder Público serem compatíveis com a Constituição Republicana vigente, notadamente no que concerne a pagamento de qualquer natureza, não deve o aplicador da lei se limitar a empreender uma interpretação literal dessas medidas restritivas, que seria de uma indigência atroz, principalmente em vista do que dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que autoriza ao interprete aplicar a lei sempre levando em consideração os seus fins sociais e as exigências do bem comum.

Dessarte, conforme já citado anteriormente, a interpretação de ditas restrições devem ser avaliadas pelo julgador com temperamento, sopesando as hipóteses caso a caso, permanecendo o entendimento já construído pela jurisprudência dos nossos tribunais, onde se admite que sejam antecipados pagamentos naquelas situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade ou a exigência da preservação da vida humana, de um mínimo existencial, sendo necessário nessas condições que ocorra a antecipação do pagamento, até mesmo por um imperativo de sobrevivência daquelas pessoas menos favorecidas.

The new law for the writ of mandamus and the extension of the restrictions of the injunction against the government

Abstract

The following work presents the innovations of the new law for the writ of mandamus, nº 12.016, august 7th 2009, referent to the injunctive given against the Public Power, especially related to the Public Treasury, as long as those restrictions were expanded with the inclusion of the prohibition for the concession of injunctions that aims to promote any kind of payment.

In which way those restrictions don't constitute a violation of the justice access principle, established by the

article 5th, item XXXV of the Brazilian Republic Constitution?

That way, the following essay pretends to raise a brief reflection about the law operators, considering that there are serious divergences on the procedural doctrine, as well as related to the court decisions that divides themselves between admitting or not that possibility.

Key words: Writ of mandamus. Restrictions for Injunctions. Justice access principle.

Referências

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro, 2003. v. I.

CAVALCANTI, Francisco. **O Novo Regime Jurídico do Mandado de Segurança**. São Paulo: MP editora, 2009.

DA SILVA, Ovídio Batista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FURTADO, Adroaldo Fabrício. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 29. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006.

Referência deste artigo

ULISSES FILHO, José Viana. A nova Lei de mandado de segurança e a ampliação das restrições de liminares contra o poder público. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 235-246, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.

Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução¹

Laura Maciel Freire de Azevedo

Advogada. Assessora Jurídica da Presidência da Ordem
dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco (OAB/PE).

Toda mudança traz a sensação de afronta ao que é certo, havendo uma tendência de rejeitar o novo por considerá-lo uma quebra do que sempre foi tido como correto. Assim, tudo o que se opõe ao que está posto parece contrariar o que é verdadeiro e bom. A tendência de repetir o estabelecido decorre não só do medo do desconhecido, mas também da dificuldade de se lidar com o diferente, o incomum. [...]

(DIAS, 2005)

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa **como equivalente**; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto **não permite equivalente**, então tem ela dignidade.

(KANT, 2008, p. 77, grifo nosso)

¹ Monografia intitulada "Indenização por abandono afetivo do pai: Da especial responsabilidade civil na relação paterno-filial" elaborada sob a orientação do Professor Doutor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e apresentada à Faculdade Salesiana do Nordeste em 09 de dezembro de 2008 como requisito à obtenção do grau de Bacharelado em Direito, tendo sido aprovada com mérito e recomendada à publicação. O presente artigo foi extraído desta monografia, tendo sido o texto revisto, adaptado e, no que coube, acrescido.

Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução¹

Laura Maciel Freire de Azevedo

Advogada. Assessora Jurídica da Presidência da Ordem
dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco (OAB/PE).

Toda mudança traz a sensação de afronta ao que é certo, havendo uma tendência de rejeitar o novo por considerá-lo uma quebra do que sempre foi tido como correto. Assim, tudo o que se opõe ao que está posto parece contrariar o que é verdadeiro e bom. A tendência de repetir o estabelecido decorre não só do medo do desconhecido, mas também da dificuldade de se lidar com o diferente, o incomum. [...]

(DIAS, 2005)

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa **como equivalente**; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto **não permite equivalente**, então tem ela dignidade.

(KANT, 2008, p. 77, grifo nosso)

¹ Monografia intitulada "Indenização por abandono afetivo do pai: Da especial responsabilidade civil na relação paterno-filial" elaborada sob a orientação do Professor Doutor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e apresentada à Faculdade Salesiana do Nordeste em 09 de dezembro de 2008 como requisito à obtenção do grau de Bacharelado em Direito, tendo sido aprovada com mérito e recomendada à publicação. O presente artigo foi extraído desta monografia, tendo sido o texto revisto, adaptado e, no que coube, acrescido.

Resumo

A Constituição brasileira de 1988 trouxe uma nova hermenêutica normativa e influenciou principalmente o direito de família. Nesta seara, a concepção da paternidade tem sido gradativamente superada, deixando a perspectiva biológica para ser configurada nos âmbitos social e psicológico. Como consequência, os deveres parentais, hodiernamente, gozam de grande importância e o descumprimento deles, a que se atribui a denominação de abandono afetivo, tem suscitado, nos últimos anos, demandas nas quais se pleiteia indenização por danos morais – dentre elas, destaca-se o primeiro precedente de um tribunal superior brasileiro

sobre o assunto, advindo do Superior Tribunal de Justiça. Diante deste cenário, a doutrina civilista depara-se hoje com um de seus maiores dilemas: seria o abandono afetivo capaz de gerar um dano passível de indenização? As regras do direito de família já são suficientes? A indenização é a única alternativa? A presente pesquisa tem por escopo sugerir respostas a estes questionamentos, buscando alternativas ao tratamento jurídico em casos de demandas judiciais por indenização decorrente de dano por abandono afetivo do pai.

Palavras-chaves: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade civil.

1 *Affectio Familias*: Quando o bem é o próprio homem

O direito de família passa por mudanças que há muito se faziam necessárias, reconhecendo (e não trazendo) a nova perspectiva das relações familiares. Fundamental para isso é a inserção cada vez maior do direito constitucional no âmbito civilista, influenciando a hermenêutica deste, notadamente com a primazia – intelectual, ao menos – do princípio da dignidade humana. A partir daí, desdobrou-se o princípio da afetividade, que, não obstante esteja implícito no ordenamento jurídico, operou as mais significativas mudanças legislativas no direito de família, como a igualdade dos cônjuges, o reconhecimento jurídico da união estável e da filiação socioafetiva, dentre outros. Trouxe, inclusive, mais um princípio, o da prevalência do melhor interesse do menor, que estabeleceu duas ideias – diametralmente opostas em relação à concepção

pretérita – no relacionamento entre pais e filhos, quais sejam: primeiro, a igualdade destes últimos, pondo fim à separação irracional entre os filhos “herdeiros” e filhos “bastardos”; segundo, a inclinação das ações (e omissões) paternas sempre em favor do melhor interesse da prole – segundo PEREIRA (2006), a psicanálise, criada pelo neurologista alemão Sigmund Freud, influenciou o direito a valorizar juridicamente os aspectos mais humanos do homem.

Com essas novas ideias, guiadoras do ordenamento (princípios) ou nelas expressas (através de normas), uma nova concepção de paternidade tem surgido na doutrina e na jurisprudência – de forma mais rápida naquela do que nesta, em que pese ser a última a que mais facilmente percebe as mudanças sociais, por lidar diretamente com elas. Consiste, essa nova ideia, na crescente superação do entendimento de pai como sendo o doador genético, admitindo-o sim como o homem que acolhe em sua vida, independentemente do sangue, alguém como seu filho. Um homem que escolhe cumprir a difícil missão de educar uma pessoa que ainda está se formando.

Verifica-se, assim, que a contribuição genética pode ser feita por qualquer homem; o mesmo não pode ser dito em relação à contribuição paterna. Aquela ajuda na construção de um corpo; esta é responsável pela existência de um homem. A primeira é feita por um instante; a segunda constitui uma vida inteira. Segundo CANEZIN (2006), a paternidade é uma construção que começa após a concepção (diferentemente da mãe, que convive com o filho durante toda a formação deste, ainda em seu ventre) e que ainda precisa vencer o grande laço mãe-filho (tido pela psicanálise como relação simbiótica e relacionado ao Complexo de Édipo, nos meninos, e ao Complexo de Electra, tido como a versão feminina do anterior). É uma constante busca de conquista, tanto por parte do pai quanto por parte do filho.

Tendo em vista essas considerações e a significativa relevância da afetividade e da dignidade humana na hermenêutica jurídica atual, resta completamente desarrazoada a persistência de alguns magistrados

em considerar a paternidade como decorrente de um fator biológico². Acertadamente, a doutrina vem tentando abolir definitivamente essa concepção – e, felizmente, alguns tribunais têm aderido a esta nova ideia –, enxergando a paternidade cada vez mais como uma função, que comporta mais deveres que direitos. Como explica TEIXEIRA (2005): “O Direito de Família, por seu turno, viu-se compelido a acompanhar essa evolução, sob pena de descumprir sua função primordial, que é reger fatos sociais.[...]”.

Destarte, ser pai hoje significa mais que o simples fornecimento de genes ou de pensão. É a assunção de um papel relevante na estruturação da personalidade do indivíduo, um compromisso com a formação psíquica (emotiva e social, intelectual e comportamental) de um ser humano – esta árdua e complexa tarefa. Da admissão dessa imagem de pai decorre o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva, desatrelada da biologia e fundada na efetivação da afetividade. Porque pai não é quem cria, é quem cuida. Criar exige teto, comida e água. Cuidar exige presença, dedicação, demonstração de respeito à condição humana do outro; cuidar exige mãos que doam e que negam, a constante preocupação em ensinar sobre um mundo e sonhar um outro.

2 A busca ao pai

Histórias de filhos desamparados repetem-se sob os holofotes da imprensa e em lugares onde não há energia elétrica. Casos até piores figuram nos tribunais e outros nem chegam ao conhecimento da população. Tristes relatos de indivíduos que buscam o que a própria natureza – antes mesmo da lei – exige para eles: o reconhecimento, por parte do outro, de ser alguém.

2 O Código Civil de 2002 também tem em si, muito fortemente, a concepção biológica de pai. Dê-se como exemplo o art. 1.599: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.”. Da interpretação desse dispositivo legal depreende-se que a comprovação de esterilidade do cônjuge varão exime-o da presunção de que ele é o pai – porque, afinal de contas, é indubitável que não existe no humano concebido qualquer identidade genética com o marido da mãe. No entanto, esse artigo perde eficácia sob o ponto de vista da nova hermenêutica civilista-constitucional, pois o fato de um homem ser estéril não significa que não seja ele o pai; pode tê-lo sido sob o prisma da afetividade.

A gravidade dessa situação vai mais além que o sofrimento (raiva, angústia, dor, mágoa). Significa a negação da condição humana do indivíduo, anulando sua existência ou tornando-o um objeto.

Nisto consiste o abandono afetivo: o desrespeito, por parte dos pais (um deles ou os dois), da afetividade para com os filhos e da dignidade humana destes. Em outras palavras: é o deficiente (por insuficiência, inexistência ou rompimento de) provimento da educação que se adquire no banco da sala de casa, da criação de um ambiente propício ao adequado desenvolvimento psicomotor, da presença em momentos importantes – como aniversários, formaturas, fins de semana, parques, decepções amorosas, cafés-da-manhã e horas de dormir –; é a ausência da simples observação que o filho existe e precisa de um pai, muito mais que do patronímico. Abandono afetivo é a inexplicável ideia de saber-se parecido com quem lhe repudia.

Durante a realização desta pesquisa, não foi encontrado um conceito formal de abandono afetivo. Mas já existe um Projeto de Lei (nº 700, de 2007), em tramitação no Senado Federal, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que, modificando alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, propõe uma previsão legal de condutas lesivas aos direitos personalíssimos dos filhos, o que constituiria o texto normativo que mais se aproxima da concepção de abandono afetivo.

Não obstante, é possível inferir o conteúdo da expressão a partir dos casos que têm figurado nos tribunais brasileiros nos últimos anos, invocando esse fenômeno do direito de família. Assim é que, conforme já referido, pode-se afirmar que o abandono afetivo é a violação dos direitos personalíssimos dos filhos e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais. Portanto, a teor do art. 1.630 do Código Civil de 2002, o abandono afetivo, juridicamente concebido, é agressão que lesiona direitos apenas de crianças e adolescentes. Exclui ainda a figura do tutor. Este, apesar de exercer atribuições próprias do poder familiar, não está compreendido no conceito de abandono afetivo por faltar-lhe laço de parentesco

de primeiro grau em linha reta (consanguíneo ou socioafetivo) com o tutelado. Mesmo porque a lei prevê a possibilidade de a incumbência da tutela ser recusada (art. 1.736 e ss.), facultada essa de que não goza o poder familiar dos pais. Além disso, a própria sociedade não exige que o tutor estabeleça um laço afetivo com o tutelado e esta exigência é feita a quem gera um descendente ou quem escolhe acolher, como se de sua família fosse, o descendente de outro homem. O tutor é um mero administrador de bens e guardião da pessoa do tutelado; os pais são família.

É de grande relevância esclarecer que o abandono afetivo, para o direito, não tem por pressuposto qualquer sentimento (de dor, angústia, humilhação etc) por parte do filho. É possível que haja vexame, aflição, dentre outras sensações incômodas, em decorrência da atitude negligente dos pais. Porém, deve-se ter cautela e não confundir a causa com o efeito. É deveras importante entender que o abandono afetivo se refere à conduta dos pais e não às consequências desta nos filhos. A atitude paterna tem grande probabilidade de refletir nos filhos e este reflexo pode traduzir-se ou não nos sentimentos mencionados. Como o direito não possui meios capazes de avaliar sentimentos, estes são presumidos. Portanto, ainda que o filho não sofra com a ausência do pai, há de configurar-se o abandono afetivo, pois que é defeso ao pai ausentar-se. É esta ausência, e não o sofrimento do filho, que constitui abandono afetivo.

Mesmo porque o amor não é valorado juridicamente, mas a conduta de quem presumidamente o sente possui relevância jurídica. Ao direito não importa se o sentimento existe; interessa sim que as atitudes tipicamente relacionadas a ele sejam externadas. Nessa toada, apenas indiretamente o amor importa ao direito, na medida em que o afeto (contido no amor) está presente na afetividade. Isso porque a afetividade não se confunde com o sentimento (afeto), compreendendo a realização dos direitos personalíssimos dos filhos e o respeito à condição destes de pessoas em desenvolvimento, possibilitando os melhores meios à adequada estruturação da personalidade dos menores – logo, consubstancia-se na assistência material e psicológica.

Destarte, configura-se abandono afetivo quando o pai, sabendo que tem um filho, é indiferente à presença deste ou mesmo repudia esta ou a própria pessoa do filho, negando-lhe a convivência e a afetividade – independe se o filho sofrerá com isso ou não. Traz assim prejuízos à saúde dos filhos (que compreende também a saúde mental, que, por sua vez, pode comprometer a saúde física) e na identidade deles – pela ausência do olhar, da aprovação e aceitação por parte do “outro” que lhe é tão essencial à diferenciação e à possibilidade de saber-se humano.

E uma das formas de se compreender diferente do outro é exatamente a percepção de que, por parte deste outro, existe o respeito e a aceitação da diferença. E esta percepção só é possível através da interação com o outro, quando este vê o indivíduo como um outro ser humano semelhante e existente, e não o ignora ou acredita-o um objeto.

Assim, o pai, como mostra a psicanálise, é o principal agente responsável em proporcionar à criança a percepção da própria condição humana e da própria singularidade ante todos os seres animados e inanimados que a cercam.

Logo, quando o pai negligencia o sustento, consistente no dever de prestar alimentos, decorrente do poder familiar – conforme a lição de OLIVEIRA (2004) –, o prejuízo ao filho é incomparavelmente menor em relação ao não exercício (ou a realização inadequada) das funções paternas, pois, como leciona PEREIRA (2002), o provimento material é facilmente sanável, não se podendo dizer o mesmo em relação à personalidade.

3 Da reparação do abandono afetivo

O abandono está previsto no inciso II do artigo 1.638 do Código Civil como uma das causas da destituição do poder familiar. A perda do poder familiar é vista, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como uma medida de tamanha seriedade que sua aplicação exige cautela

por parte do magistrado. Este só deve usá-la após esgotadas todas as outras possibilidades (como a suspensão do poder familiar, por exemplo, prevista no artigo 1.637 do Diploma Civil).

Nesse sentido:

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho. Se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. [...]. (LÔBO, 2008, p. 281).

Em relação ao vocábulo “abandono”, sua concepção inicial era asentada na perspectiva patrimonialista, isto é, na ausência de amparo material dos membros da família. A doutrina tradicional assim conceituava a expressão “abandono de família”: “[...] Abandono de parente (ascendente inválido ou valetudinário, descendente menor púbere ou impúbere, ou de maior de 21 anos incapaz) ou da esposa. Caracteriza-o a falta de assistência material (alimentos). Dá lugar a pedido de alimentos (ação de alimentos), desquite (v.), isto é, separação judicial, e divórcio (v.), bem como constitui crime.” (GUSMÃO, 1987, p. 01).

Entretanto, o termo já é compreendido, na prática dos tribunais, também como ausência afetiva, que, juntamente com o abandono material (aferido, ambos, através de estudo psicossocial realizado durante o processo), ensejam a perda do poder familiar para fins de viabilizar a colocação do infante em família substituta, por meio da adoção.

Ainda assim, o Poder Judiciário tem sido provocado a manifestar-se acerca da possibilidade de essa ausência afetiva (independentemente do abandono material) ensejar indenização por danos morais. Trata-se de casos em que a pretensão não é a colocação em família substituta –

portanto, não há interesse direto na perda do poder familiar –, mas sim alegar que do abandono na esfera afetiva decorre dano indenizável. O primeiro tribunal superior brasileiro a analisar a questão do abandono afetivo foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão proveniente de sua Quarta Turma em sede do Recurso Especial (REsp) nº 757.411-MG (processo originário: Apelação Cível 408.550-5, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz Unias Silva, unânime, Sétima Câmara Cível-TJMG, j. 01/04/2004, DJ 29/04/2004).

A partir daí, duas correntes doutrinárias ergueram-se a debater o assunto: o abandono afetivo do pai³ enseja dano moral e, por consequência, indenização?

Uma delas coloca-se veementemente contra a indenização, contra a “imoralidade” de se conceder indenização por ausência de “amor”. Afirma-se que o fato de o pai cumprir seus deveres materiais já constituiria, no sentir desta corrente, uma prova concreta de amor – a partir do que se chega à conclusão que se há pagamento de pensão, há o pleno cumprimento dos deveres parentais. Carbone (2005) expressa bem esse entendimento: “Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.”

Entretanto, esse seguimento da doutrina apresenta a incoerência de admitir a existência dos pressupostos da responsabilidade civil, mas de repudiar sua efetivação, sob o argumento (também contraditório) de que a prestação de recursos financeiros não atende de forma alguma (nem sob a forma de pensão, muito menos sob a forma de indenização)

³ Como ainda não há notícias de demandas judiciais indenizatórias em desfavor das mães (muito embora haja inúmeras ações em que, conquanto versem sobre outras matérias, é possível ver claramente a conduta do abandono afetivo materno), a presente investigação cingiu-se ao pleito de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo por parte do pai. Outrossim, até o encerramento deste trabalho, não foi localizado qualquer precedente jurisprudencial acerca do abandono afetivo, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

aos interesses filiais em um pleito por abandono afetivo, como demonstra Castro (2007):

Se a solução para o problema fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia o objeto da reparação, **o que não ocorre.** [...]

A indenização deve ser encarada como medida extrema, onde certo dano de natureza grave é sanado através da pecúnia. O alargamento exacerbado poderá levar à desvalorização da ciência jurídica ao simples mercantilismo.

Nas relações familiares, cabe ao Judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada. [...]

[...]

O dinheiro não é a resposta para tudo. [grifo nosso]

Em que pese seu fundado receio de retorno à patrimonialização das relações familiares, essa parte da doutrina funda-se em uma responsabilidade civil cada vez mais ultrapassada, que é aquela referente ao íntimo humano. Tem por base então, assim como a principal motivação do acórdão do REsp 757.411-MG, um elemento estranho à demanda, à medida em que ele não foi requerido: a indenização é negada sob a alegação de não se poder obrigar ao amor. Se então é impossível misturar direito de família com responsabilidade civil, que se dirá da miscelânea entre estas e os sentimentos humanos, completamente à margem do direito civil.

Quanto à doutrina antagônica, favorável à aplicação da responsabilidade civil na relação paterno-filial, desde que presentes todos os pressupostos (culpa, nexo causal e dano), esse seguimento ainda se prende muito à antiga concepção, fundada na culpa psicológica e no dano moral subjetivo, dos quais resulta uma indenização punitiva e pedagógica que se apresenta como única solução possível ao abandono afetivo. Nesse sentido:

Afinal, eles são os responsáveis pelos filhos e isso constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação a direitos do filho. Se os pais que desrespeitarem direitos do filho devem responder por isso, a reparação monetarizaria o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas *função punitiva e educativa*. Afinal, não há dinheiro que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho abandonado ou rejeitado pelo pai.

[...] Os pais são responsáveis pela educação de seus filhos – aí pressuando-se, cuidados, afeto, apoio moral, atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. **A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar somente regra moral**⁴. Uma das razões da existência da lei jurídica é obrigar e colocar limites.

Admitindo-se não ser possível obrigar ninguém a dar afeto, a única **sanção** possível é a **reparatória**⁵. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.[...]. (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 678, grifo nosso).

É um equívoco, não só pelo fato de também basear-se em teorias cada vez mais ultrapassadas, mas também por não enxergar (como a outra parcela da doutrina) o verdadeiro problema do abandono afetivo, a saber: as circunstâncias do filho, sempre presumidamente a vítima, e não do pai, o eterno algoz e centro de todas as atenções (e condenações).

BIBLIOTECA ESMAPE

4 Há regras jurídicas que são simplesmente interpretativas ou explicativas. Como exemplo, cita-se o artigo 1º da Constituição de 1988 e o Decreto-Lei nº 4.657, de 04-09-1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, que traz inúmeros dispositivos normativos, coercitivos, que não apresentam nenhuma sanção. Logo, há regras jurídicas que não impõem sanção e nem por isso passam a ser puramente regras morais. Nem todas as normas jurídicas trazem sanções e nem todas as sanções advêm de normas jurídicas.

5 Note-se a ideia de associar sanção à reparação. Quem repara, busca consertar um erro ou apresentar um lenitivo ante a impossibilidade de recompor o prejuízo. A punição consubstancia-se na efetivação das consequências jurídicas do dano apenas a quem o cometeu – a vítima, que efetivamente ficou com o prejuízo, não tem para si consequência jurídica alguma, o prejuízo permanece. O máximo que a vítima pode vir a ter, em uma situação em que haja apenas a punição do algoz, é uma satisfação subjetiva (de ordem moral) pelo advento do sentimento de vingança. E, sob qualquer ponto de vista, a atribuição da qualidade de vantagem à vingança é discutível. Logo, não sendo consenso que o prazer pela retribuição do prejuízo seja um benefício, não se pode dizer que esta é a consequência jurídica dada à vítima (portanto, não se pode dizer que uma sanção aplicada ao ofensor seja uma reparação à vítima). Devolver o mal não está dentre os princípios constitucionais hodiernamente vigentes no Brasil.

3.1 Uma outra proposta ao tratamento do abandono afetivo: a harmônica relação entre direito de família e responsabilidade civil

Analisando-se os argumentos de ambas as correntes, verifica-se que a discussão sobre o cabimento ou não da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo tem por foco sempre a conduta do pai: ou ele não pode ser compelido a amar ou ele descumpriu suas obrigações e deve ser punido por isso.

Em verdade, é de se verificar que, não obstante o abandono se consubstancie na conduta do pai, o que realmente provoca o Judiciário sobre o assunto é a repercussão desses atos no filho. Este, portanto, é que deve ser o foco da análise em cada caso concreto e não o pai. A responsabilização pelo abandono afetivo (e não a caracterização deste) deve ter por referência o filho, como ensina Gomes (2008): “Em virtude do papel a ser desempenhado pelo pai no seio familiar, é, logicamente, sua atribuição não caminhar em sentido contrário às necessidades dos seus filhos. Do contrário, tal conduta refletiria um modo ilegítimo de exercício do seu mister. Nesse sentido, vê-se que os afazeres dos pais sofrem limitações, as quais são aferidas conforme se avalia se determinada conduta é ou não benéfica para o filho.”

Mesmo porque pode haver abandono afetivo (a conduta do pai) sem haver responsabilização (quando os interesses personalíssimos dos filhos restam violados). Um excelente exemplo disto é o acórdão da Apelação Cível nº 70019263409, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, publicado em 20 de agosto de 2007. Este julgado explicita um caso em que houve abandono afetivo por parte do pai, violando os direitos personalíssimos da filha, no entanto esta, por possuir pai socioafetivo, teve seus interesses extrapatrimoniais (o bom desenvolvimento da personalidade, inclusi-

ve) plenamente atendidos. O poder familiar foi destituído do genitor (“pai” biológico) para viabilizar a adoção da menina por parte do pai (socioafetivo). Se se tratasse de pleito indenizatório, entretanto, não caberia a indenização, pois houve culpa normativa (violação do *standard* de pai), nexos causal (o abandono foi voluntário), mas inexistiu o dano moral (existência de interesses extrapatrimoniais desatendidos face à lesão a direitos personalíssimos – ou à cláusula geral de tutela da pessoa humana).

Se o Superior Tribunal de Justiça tivesse percebido o foco correto – a vítima –, teria percebido, pela técnica jurídica, a existência de dano moral indenizável, consubstanciado em conduta ilícita, injusto prejuízo e voluntariedade na realização deste, ao revés de enxergar tão somente a deficiência de sentimentos.

De pronto, há mister ressaltar que até a presente data não existe, na história do Poder Judiciário brasileiro, qualquer demanda em que se exija amor. Este não foi o objeto da ação de Minas Gerais que ensejou o Recurso Especial, paradigma jurisprudencial do abandono afetivo em uma Corte Superior brasileira. Mas foi o fundamento da negatória do STJ à indenização, notadamente quando o Relator, o Ministro Fernando Gonçalves, afirmou que a concessão da indenização não possibilitaria atender ao maior anseio do filho, que era aproximar-se de seu pai. O filho não pediu amor – logo, desarrazoado é fundamentar a denegação do real pedido em um elemento estranho à demanda.

Note-se que, no caso do REsp 757.411-MG, o pai já estava afastado do filho. Ele escolheu, espontaneamente, afastar-se do infante. Se existia repúdio à criança, este sentimento tornou-se ainda maior quando o Sr. V. de P. F. de O. (“pai”) recebeu a citação e descobriu que A. B. F. (filho) intentou ação contra ele. E foi-se tornando ainda mais grave no decorrer do processo, nos encontros em possíveis audiências, em que o filho expressava sua mágoa e o pai seu tranquilo conforto em amar o filho à distância – já que não há notícia, no acórdão referido, de sugestão do pai

em fazer um acordo e tentar atender ao desejo do autor da ação, deixando então de indenizá-lo. Na linha de raciocínio tomada pelo Relator do REsp 757.411-MG, se o Judiciário não deve afastar pais e filhos (nem pode aproximá-los), então haveria de não se admitir que demandas por abandono afetivo cheguem às Varas de Família (pois que o próprio processo os afastaria). O que é absolutamente defeso pela Constituição, ante o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, cristalizado no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o Tribunal vai conceder ou não a indenização, o afastamento e seu agravamento já ocorreram, sendo indiferente a existência do pagamento. Se a reparação civil não atende aos interesses do filho, como afirmou a votação majoritária daquele Recurso Especial, a ausência dela não fará a menor diferença. Não fará o pai amar o filho, porque mágoas foram alimentadas durante todo o processo e feridas emocionais foram criadas ou mesmo alargadas, de sorte que o desfecho da lide, do ponto de vista emocional, é de todo indiferente.

Se for admitido o raciocínio do STJ – isto é, a preocupação com sentimentos –, deve ter ele o verdadeiro foco da questão: a criança e o adolescente. É inegável que a atual concepção da paternidade tem uma significativa parte voltada exclusivamente ao bem dos filhos, de sorte que se estes são os titulares dos direitos violados, a eles é que devem ser ministrados os remédios. Portanto, se a questão cinge-se a dor pela perda do pai, é esta perda que precisa ser o motivo da preocupação dos juristas e então sanada.

Nesse ponto é que, certa maneira, assiste razão ao STJ e à doutrina contrária a indenização: o direito de família não pode ser de todo igualado e misturado aos demais ramos jurídicos. É inerente a ele um tratamento diferenciado, porque inegavelmente é um campo difícil de ser dissociado da subjetividade humana, pela própria natureza afetiva (o termo aqui é usado com sentido psicológico) do agrupamento familiar. “Com efeito, é incontroverso que os prejuízos causados dentro do âmbito do Direito de Família são muito mais danosos que àqueles, posto que o cometimento de atos ilícitos na seara familiar acarreta

prejuízos morais na maioria das vezes irreversíveis, motivo pelo qual não merecem ser apreciadas com o preconceito decorrente das inúmeras ações fundadas em meros abalos de crédito.” (ANDREKOWISK, 2006, p. 182).

Se é assim, em casos envolvendo relações familiares, há de primeiro ser observado o direito próprio do caso, que é o direito de família, seus princípios regedores e sua novel hermenêutica constitucional.

Nesse sentir, possui o direito de família um remédio muito mais eficaz que a retirada do poder familiar: a obrigação de visitar, prevista em vários artigos do Código Civil, tais como 1.588, 1.589 e 1.634, II. Veja-se a lição de Dias (2007, p. 107):

O conceito atual da família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. [...] Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. [...]

Essa obrigação, por si mesma, é a comprovação de que o dever dos pais, de fato e de direito, vai muito mais além que a simples prestação alimentícia. Esta constitui um dos deveres (e não todos eles) dos pais e não se desconsidera sua importância – tanto que ela ainda é prevista como motivo de uma prisão civil.

Sendo o aprisionamento medida de caráter excepcional, a interpretação necessária à sua aplicação deve ser estrita e legal. Desta forma, ante a absoluta imprevisão legal de tal medida ao abandono afetivo, a prisão civil é incabível em casos onde se verifique a existência deste.

Nessa toada, o direito de família oferece as visitas como solução aos casos de abandono afetivo, atendendo, então, aos interesses de uma criança lesionada em seus direitos (e violada em seu emocional, aos que ainda consideram esta esfera relevante sob o ponto de vista jurídico). Então se sugere que, nestas situações, o magistrado deve analisar, primordialmente, a possibilidade de pai e filho voltarem (ou começarem) a conviver, viabilizando o estabelecimento, entre eles, de um laço afetivo. Afinal, se o abandono afetivo se caracteriza pelo descumprimento, por parte dos pais, dos direitos personalíssimos dos filhos, é razoável que se procure, primeiramente, sanar essa deficiência, antes de se procurar oferecer, de pronto, algum lenitivo (como é a indenização). Não se trata de obrigar a amar, mas sim oferecer subsídios para o surgimento (ou recuperação) deste sentimento, que foi a intenção do STJ ao negar a indenização, como já foi visto.

Entrementes, admitindo a concepção mais moderna da hermenêutica civilista, cada vez mais objetiva, há de ser irrelevante a análise dos sentimentos, pelo fato de os mesmos pertencerem à esfera íntima e, por isto, inacessível à técnica jurídica. Verifique-se, então, o rol de direitos atinentes à relação pai e filho.

Observa-se que, no direito de família, quando o relacionamento em questão é o paterno-filial, grande parte da hermenêutica aplicada aos dispositivos legais a este referentes estabelecem como prioridade os filhos, buscando ao máximo atender aos interesses destes – orientação que é fruto da repersonalização das relações familiares e da equalização da prole. Nesta toada, a antiga perspectiva patrimonial do termo “abandono” e a redução dos deveres parentais à simples prestação alimentícia são descabidas frente à regência do ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo desta perspectiva, é direito dos filhos a convivência, a afetividade, o exercício, em seu benefício, do poder familiar,

[...] deveres que, somente em uma visão reducionista, poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, a resultar apenas na obrigação de arcar com os custos da criação dos filhos. É certo que

tais deveres vão além, englobando, pela própria dicção legal, os aspectos existenciais de criar e educar. O interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. [...]. (SCHREIBER, 2007, p. 174).

Portanto, sendo os filhos titulares do direito ao pai, nada mais coerente que, ante a violação deste, seja promovida a efetivação dos deveres a ele inerentes. Então, a determinação das visitas é fundamental ao atendimento dos interesses filiais de ter o pai por perto. Aqui, como também na concepção anterior, não se trata de forçar o amor, mas sim de efetivar direitos dos filhos e deveres dos pais. Ambos constituem na demonstração de amor como se este existisse, sendo irrelevante (para o mundo jurídico) se ele já existia, se nunca existiu ou se tem alguma possibilidade de vir a existir.

Assim, caso seja configurado o abandono afetivo, o magistrado deve determinar a realização do ordinário estudo psicossocial, já existente na prática forense quando se trata de destituição do poder familiar para fins de adoção. A finalidade deste estudo, analisando as condições sociais e psicológicas dos pais e dos filhos, é analisar a possibilidade de convivência entre eles (e não de construção de amor), isto é, se a convivência com o pai é possível e benéfica ao menor – já que são os interesses deste que devem ser preservados. Um exemplo desses critérios é apresentado no seguinte excerto:

Alguns aspectos a serem ponderados são as condições emocionais e psicológicas de cada um dos pais para cuidar das crianças e zelar pelos seus interesses, e até mesmo a proximidade afetiva mantida com os menores.

Sob outro enfoque cumpre considerar se a rotina familiar proporcionará estabilidade aos filhos, se existe um local bem estruturado e seguro para a moradia, acesso à educação e se o círculo de convivência do pretense responsável é adequado.

(Apelação Cível nº 1.0456.05.037706-2/002, Comarca de Oliveira, Rel. Des.^a Heloísa Combat, unânime, Sétima Câmara Cível-TJMG, j. 28/08/2007, DJ 08/11/2007).

Sendo possível essa convivência, deve o magistrado determinar de pronto o cumprimento do dever de visitas, independentemente de o pai ter dado causa ou não a este abandono – bastará a comprovação da existência deste para que as visitas sejam determinadas judicialmente.

Assim, há hipóteses em que, não obstante o pai não se negue a conviver com o filho, as visitas não poderão ser feitas – se o pai estiver recluso em regime fechado, por exemplo – ou mesmos elas trariam grandes prejuízos ao menor. Explicando este último: se o pai for portador de algum transtorno psicológico – como o são o transtorno anti-social e a pedofilia, por exemplo –, está além da capacidade do pai controlar os próprios impulsos, de sorte que a convivência pai e filho torna-se prejudicial a este mesmo. Em qualquer desses casos e em outros semelhantes ou congêneres, ainda que a convivência fosse plenamente aceita pelo lado paterno, os interesses da criança e do adolescente não seriam atendidos, podendo, inclusive, colocar em risco a saúde e/ou a vida dos menores. Nestas situações, deve o magistrado reconhecer, na decisão, o motivo extraordinário para a não concessão das visitas.

Entrementes, sendo constatada, pelo estudo psicossocial, a plena viabilidade da convivência entre pai filho e sendo esta concedida por decisão judicial, se o pai viola injustificadamente a determinação de visitas, não se verifica óbice à concessão de indenização, decorrente de responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa normativa. CANEZIN (2006, p. 86) coaduna com o entendimento ora exposto:

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por esse motivo é que efetivamente não se mostra razoável considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral.

Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o mesmo, tendo condições materiais e intelectuais, abstém-se completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco.

A previsão legal dos deveres paternos reflete a expectativa social que pode ser objetivamente averiguada em cada caso concreto. Portanto, a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente são textos normativos que trazem os deveres inerentes ao exercício da parentalidade responsável, o que pode ser considerado *standard* de pai, isto é, o padrão de conduta, o modelo socialmente aceitável do modo de agir de alguém a quem cabe o nome de pai, seja na sua aceção biológica (o genitor, de quem a sociedade, primordialmente, espera o exercício do papel de pai), seja na sua aceção social e psicológica (socioafetivo, quem escolheu, perante a sociedade, exercer a função paterna). Logo, se o abandono afetivo é a violação de um modelo social de conduta, resta configurada a culpa normativa.

Nesse sentido:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. (CANEZIN, 2006, p. 84).

Há mister ressaltar que não caberia a responsabilidade objetiva por que esta, em geral, é aplicada a situações de risco, potencialmente perigosas – conceito este que, evidentemente, nenhuma relação possui com a função (e não atividade) de pai. Outrossim, para estar nas exceções da

(Apelação Cível nº 1.0456.05.037706-2/002, Comarca de Oliveira, Rel. Des.^a Heloísa Combat, unânime, Sétima Câmara Cível-TJMG, j. 28/08/2007, DJ 08/11/2007).

Sendo possível essa convivência, deve o magistrado determinar de pronto o cumprimento do dever de visitas, independentemente de o pai ter dado causa ou não a este abandono – bastará a comprovação da existência deste para que as visitas sejam determinadas judicialmente.

Assim, há hipóteses em que, não obstante o pai não se negue a conviver com o filho, as visitas não poderão ser feitas – se o pai estiver recluso em regime fechado, por exemplo – ou mesmos elas trariam grandes prejuízos ao menor. Explicando este último: se o pai for portador de algum transtorno psicológico – como o são o transtorno anti-social e a pedofilia, por exemplo –, está além da capacidade do pai controlar os próprios impulsos, de sorte que a convivência pai e filho torna-se prejudicial a este mesmo. Em qualquer desses casos e em outros assemelhados ou congêneres, ainda que a convivência fosse plenamente aceita pelo lado paterno, os interesses da criança e do adolescente não seriam atendidos, podendo, inclusive, colocar em risco a saúde e/ou a vida dos menores. Nestas situações, deve o magistrado reconhecer, na decisão, o motivo extraordinário para a não concessão das visitas.

Entrementes, sendo constatada, pelo estudo psicossocial, a plena viabilidade da convivência entre pai filho e sendo esta concedida por decisão judicial, se o pai viola injustificadamente a determinação de visitas, não se verifica óbice à concessão de indenização, decorrente de responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa normativa. CANEZIN (2006, p. 86) coaduna com o entendimento ora exposto:

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por esse motivo é que efetivamente não se mostra razoável considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral.

Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o mesmo, tendo condições materiais e intelectuais, abstém-se completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco.

A previsão legal dos deveres paternos reflete a expectativa social que pode ser objetivamente averiguada em cada caso concreto. Portanto, a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente são textos normativos que trazem os deveres inerentes ao exercício da parentalidade responsável, o que pode ser considerado *standard* de pai, isto é, o padrão de conduta, o modelo socialmente aceitável do modo de agir de alguém a quem cabe o nome de pai, seja na sua aceção biológica (o genitor, de quem a sociedade, primordialmente, espera o exercício do papel de pai), seja na sua aceção social e psicológica (socioafetivo, quem escolheu, perante a sociedade, exercer a função paterna). Logo, se o abandono afetivo é a violação de um modelo social de conduta, resta configurada a culpa normativa.

Nesse sentido:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade civil possui fundamento jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. (CANEZIN, 2006, p. 84).

Há mister ressaltar que não caberia a responsabilidade objetiva porque esta, em geral, é aplicada a situações de risco, potencialmente perigosas – conceito este que, evidentemente, nenhuma relação possui com a função (e não atividade) de pai. Outrossim, para estar nas exceções da

teoria do risco, nas quais, apesar de faltar esta teoria, cabe a responsabilidade objetiva, faz-se necessária a expressa previsão legal, o que não ocorre no caso do abandono afetivo.

Sendo assim, a responsabilidade seria subjetiva, com base na culpa normativa, tendo em vista, inclusive, a crescente superação da acepção psicológica da culpa.

Analisando a existência do dano, assiste razão à corrente favorável à indenização, no que concerne à ilicitude do ato paterno causador do abandono. Não restam dúvidas – por parte de ambas as correntes doutrinárias, ressalte-se – de que a indiferença (negadora da condição humana daquele que é alvo dela) ou o repúdio (negativa deliberada de efetivação das obrigações legais) do pai representam condutas gravemente violadoras da dignidade dos filhos, não só por ferir seu direito à personalidade (isto é, à boa formação de seu aparato psíquico), como também por lesionar seu direito de personalidade (cláusula geral de tutela da pessoa humana ou direitos personalíssimos): “É indubitável que o tema discutido nas ações de filiação são revestidas de forte caráter moral, sendo no entanto, que na hipótese do descumprimento das normas acima citadas serão também condutas jurídicas, ou seja, ilícitas. [...]” (ANDREKOWISK, 2006, p. 183). Logo, é ilícito por violar a lei e a natureza.

Mas então se poderia aqui argumentar que, sendo a dignidade humana termo de vasta extensão axiológica, o menor desentendimento entre pais e filhos poderia ensejar demanda por abandono afetivo, sob a alegação de ter ferido a dignidade humana, problema ao qual alertou Horne (2007), da corrente contrária à indenização. Deve-se então analisar se os interesses extrapatrimoniais do filho foram efetivamente violados pela conduta paterna, averiguando assim, de maneira ainda mais objetiva, a violação da dignidade humana. Se esses interesses restarem desatendidos (portanto, não necessariamente o abandono afetivo enseja um dano *in re ipsa*), configurado está o dano moral ressarcível. “Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral,

pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe conseqüências jurídicas que não podem mais ser desconsideradas.” (LÓBO, 2008, p. 285).

Outrossim, impende destacar a verificação do nexos causal. É em razão dele que o descumprimento do dever de visitas deve ser voluntário.

Se for reconhecida a impossibilidade de visitas em sentença judicial – desde que essa impossibilidade advenha de caso fortuito ou força maior, isto é, de algo que escape ao livre arbítrio do pai em superar –, descabe a indenização, uma vez que o descumprimento das visitas deu-se por força alheia à vontade do ofensor. Se a circunstância que impede a visita não é acobertada pelas excludentes de responsabilidade civil, cabível é a indenização. Em conformidade com esse entendimento:

Se a convivência, o acompanhamento [...] fossem opcionais, a lei não estabelecerá tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai. A resistência ao acolhimento das pretensões indenizatórias decorrentes da rejeição paterna e do descumprimento do dever de convivência explica-se, em parte, pelo temor em vir a se instituir uma “indústria do dano moral” e uma monetarização do afeto. Não se trata, entretanto, de dar preço ao amor, mas de lembrar a esses pais as responsabilidades na formação da personalidade e na garantia da dignidade dos filhos que geraram. (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676).

Sobre a natureza desta indenização, há que se verificar que esta não tem por finalidade recompor o elo afetivo desfeito, malfeito ou não-formado – este é o papel do dever de visitar. Tampouco, como já se viu, tem a finalidade de punir o pai faltoso, por não ser da natureza da indenização possuir o caráter punitivo. Sua única natureza, conforme orientação doutrinária mais moderna, é a compensatória, como consolo último a quem sofreu um dano injusto. Mas é inelutável sua concessão, como lenitivo último à vítima (filho), uma vez que, sendo ela o foco da atual responsabilidade civil, não pode arcar sozinha com o prejuízo que sofreu e que a ele não deu causa. Como afirma, e com razão, a doutrina favorável à sua concessão, não consiste em dar preço ao amor nem

teoria do risco, nas quais, apesar de faltar esta teoria, cabe a responsabilidade objetiva, faz-se necessária a expressa previsão legal, o que não ocorre no caso do abandono afetivo.

Sendo assim, a responsabilidade seria subjetiva, com base na culpa normativa, tendo em vista, inclusive, a crescente superação da acepção psicológica da culpa.

Analisando a existência do dano, assiste razão à corrente favorável à indenização, no que concerne à ilicitude do ato paterno causador do abandono. Não restam dúvidas – por parte de ambas as correntes doutrinárias, ressalte-se – de que a indiferença (negadora da condição humana daquele que é alvo dela) ou o repúdio (negativa deliberada de efetivação das obrigações legais) do pai representam condutas gravemente violadoras da dignidade dos filhos, não só por ferir seu direito à personalidade (isto é, à boa formação de seu aparato psíquico), como também por lesionar seu direito de personalidade (cláusula geral de tutela da pessoa humana ou direitos personalíssimos): “É indubitável que o tema discutido nas ações de filiação são revestidas de forte caráter moral, sendo no entanto, que na hipótese do descumprimento das normas acima citadas serão também condutas jurídicas, ou seja, ilícitas. [...]” (ANDREKOWISK, 2006, p. 183). Logo, é ilícito por violar a lei e a natureza.

Mas então se poderia aqui argumentar que, sendo a dignidade humana termo de vasta extensão axiológica, o menor desentendimento entre pais e filhos poderia ensejar demanda por abandono afetivo, sob a alegação de ter ferido a dignidade humana, problema ao qual alertou Horne (2007), da corrente contrária à indenização. Deve-se então analisar se os interesses extrapatrimoniais do filho foram efetivamente violados pela conduta paterna, averiguando assim, de maneira ainda mais objetiva, a violação da dignidade humana. Se esses interesses restarem desatendidos (portanto, não necessariamente o abandono afetivo enseja um dano *in re ipsa*), configurado está o dano moral ressarcível. “Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral,

pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe conseqüências jurídicas que não podem mais ser desconsideradas.” (LÔBO, 2008, p. 285).

Outrossim, impende destacar a verificação do nexo causal. É em razão dele que o descumprimento do dever de visitas deve ser voluntário.

Se for reconhecida a impossibilidade de visitas em sentença judicial – desde que essa impossibilidade advenha de caso fortuito ou força maior, isto é, de algo que escape ao livre arbítrio do pai em superar –, descabe a indenização, uma vez que o descumprimento das visitas deu-se por força alheia à vontade do ofensor. Se a circunstância que impede a visita não é acobertada pelas excludentes de responsabilidade civil, cabível é a indenização. Em conformidade com esse entendimento:

Se a convivência, o acompanhamento [...] fossem opcionais, a lei não estabelecería tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai. A resistência ao acolhimento das pretensões indenizatórias decorrentes da rejeição paterna e do descumprimento do dever de convivência explica-se, em parte, pelo temor em vir a se instituir uma “indústria do dano moral” e uma monetarização do afeto. Não se trata, entretanto, de dar preço ao amor, mas de lembrar a esses pais as responsabilidades na formação da personalidade e na garantia da dignidade dos filhos que geraram. (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676).

Sobre a natureza desta indenização, há que se verificar que esta não tem por finalidade recompor o elo afetivo desfeito, malfeito ou não-formado – este é o papel do dever de visitar. Tampouco, como já se viu, tem a finalidade de punir o pai faltoso, por não ser da natureza da indenização possuir o caráter punitivo. Sua única natureza, conforme orientação doutrinária mais moderna, é a compensatória, como consolo último a quem sofreu um dano injusto. Mas é inelutável sua concessão, como lenitivo último à vítima (filho), uma vez que, sendo ela o foco da atual responsabilidade civil, não pode arcar sozinha com o prejuízo que sofreu e que a ele não deu causa. Como afirma, e com razão, a doutrina favorável à sua concessão, não consiste em dar preço ao amor nem

forçar sua existência, pois que não é de amor que se trata. Inclusive, já existe jurisprudência em acordo com esse pensamento:

No entanto, amar não é dever ou direito no plano jurídico. É sentimento inerente aos homens de bem e de bons costumes. Amor é um gigante da alma. Cada indivíduo o sente, o julga, possuindo identidade inconfundível a tanto quanto são os indivíduos em uma comunidade. [...]

Seja como for, embora sentimento moral e humanitário, a falta de amor ou de afeto, não pode e não deve ser considerado ato ilícito, fugindo à seara do direito positivo. É simplesmente sentimento.

No entanto, existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar que podem ser cobrados independentemente do sentimento – que deveria estar presente sempre, porém não pode ser exigido judicialmente, pois o direito apenas é um degrau para chegar-se mais perto do mundo ideal – dever ser – mas há espaços inalcançáveis. (Apelação Cível nº 70021427695, Comarca de São Gabriel, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, por maioria, Oitava Câmara Cível-TJRS, j. 29/11/2007, DJ 07/12/2007).

A indenização, assim, é tão somente um conforto material, oferecido após esgotadas todas as possibilidades de se recompor o que efetivamente se perdeu. Portanto, não só é possível como também é necessário conceder-se a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Do contrário, criaria uma espécie de dano que, inexplicavelmente, não pode ser compensado. Bem explica Moraes (2005, p. 54-55):

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. **Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado.** Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei [grifo nosso].

Mesmo porque o tratamento dado pelo direito de família – a supressão do poder familiar – longe de punir, antes premia o pai ofensor. Porque este, antes mesmo da propositura da demanda, já escolheu (inevitavelmente, mas houve a escolha e a inclinação da conduta neste sentido) não exercer a paternidade. A perda do poder familiar é a confirmação estatal, oficial e incontestável pelo próprio ofensor da atitude que ele já tomava antes do início do processo. “Na verdade, o recorrido jamais exerceu seu poder familiar sobre o menor [...], sendo que o provimento do recurso traduz verdadeiro reconhecimento de uma situação consolidada no mundo fático. Alias, destituir o recorrido de seu poder familiar será o mesmo que cassar algo que jamais existiu’ (à f. 101-TJ)” (Apelação Cível nº 1.0702.00.027411-9/001, Comarca de Uberlândia, Rel. Des. Manuel Saramago, unânime, Sexta Câmara Cível-TJMG, j. 15/02/2005, DJ 11/03/2005). Constitui, portanto, o aproveitamento, por parte do pai, da própria torpeza, sem que o filho, vítima (foco da análise) e criança ou adolescente (com tratamento prioritário) tenha sido alvo de qualquer atenção, em seu aspecto material ou extrapatrimonial. “Se não se pode valorar o amor, ou punir pelo desamor, é inaceitável premiar a omissão de pais que geram filhos e lhes negam a convivência, o afeto e outros atributos necessários à formação da personalidade. Esses pais não poderiam ficar com a certeza, subscrita pelos tribunais, de que basta dar pão [...]” (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 676).

Além disso, se a razão do início da lide foi o descumprimento da paternidade – ou mesmo o desgosto da mãe pela ação revisional de alimentos – não é interessante ao filho – nem à mãe – que aquele a quem o filho tanto buscou para ser seu pai deixe de sê-lo oficialmente. Logo, o artigo 1.638, II do Código Civil não traz qualquer alento ou punição a nenhuma das partes. Ou melhor, pune sim, mas ao filho, que, se estava buscando o pai, perde-o definitivamente.

Assim, verificado o descumprimento injustificado do dever de visitas, a corroborar a atitude negligente do pai (atitude esta que já ensejou a demanda), se configurados os requisitos da responsabilidade civil, resta plenamente cabível a concessão de indenização por dano moral decor-

rente de abandono afetivo do pai. A atual hermenêutica constitucional-civilista, tanto do direito de família quanto da responsabilidade civil, admite a absorção de novos danos, dentre os quais figura o abandono afetivo. Veja-se a jurisprudência:

Nenhuma criança pediu para vir ao mundo. Trata-se, portanto, de responsabilidade de seus genitores proporcionar-lhes as condições mínimas de convivência e sobrevivência que lhes assegurem o devido respeito à dignidade da pessoa humana.

Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho – o que, por si, já não seria natural –, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descure de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições para fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas.

Tanto isso é coerente e verdadeiro que, em situações tais, o responsável perde o poder familiar, por ato judicial. Ora, por que, então, não poderia o filho, prejudicado direto pelo comportamento desidioso de seu responsável, demandá-lo por abandono? (Apelação Cível nº 2007.001.45918, Comarca da Capital, Rel. Des. Mário Assis Gonçalves, por maioria, Décima Segunda Câmara Cível-TJRJ, j. 22/11/2007, DJ 09/07/2008, grifo nosso).

Evidentemente, não obstante constitua determinação praticamente inútil, é possível o Poder Judiciário, juntamente com a concessão da indenização, retirar o poder familiar – como apontou o Ministro Barros Monteiro no Recurso Especial nº 757.411-MG –, desde que haja pedido expresso da parte neste sentido. Porque se a mãe ou o filho vão se sentir vingados ou não, se o pai vai se sentir punido ou não, se ele vai querer reatar ou estabelecer relações com o filho posteriormente à indenização, não interessa ao Poder Judiciário. Se lhe foge a prerrogativa de compelir alguém a amar, incoerente se mostra sua preocupação se este amor

existe ou se poderá vir a existir. O amor não interessa aos tribunais. Ao revés, atitudes próprias de quem o sente, mas que não necessariamente o tem em seu íntimo, estas sim são relevantes e juridicamente tuteladas (são, inclusive, deveres).

Outrossim, por pertencer à imprevisível – e, à técnica jurídica, inacessível – esfera íntima humana, é possível que algum Tribunal se engane ao considerar que a concessão da indenização afaste pai e filho. Não só estes já começaram a lide previamente afastados, sendo indiferente à manutenção desse afastamento o provimento ou não do pleito indenizatório, como também, em se tratando de seres humanos, não parece tão impossível que o pai, arrependido de tudo, após o encerramento da demanda e quitação dos débitos (o que inclui a indenização), decida aproximar-se do filho. Difícil, mas não impossível, que isso ocorra, é fato.

4 À guisa de conclusão

Conquanto a questão não tenha sofrido a necessária análise criteriosa na segunda instância, dada a pequena extensão do acórdão do REsp 757.411-MG, a lide envolvendo A. B. F. e seu “pai”, V. de P. F. de O., exigiu da Quarta Turma do STJ uma análise que nem à distância se vislumbra simples, sofrendo argumentos visivelmente intimistas, pessoais e outros mais técnicos.

Por óbvio, não fugiu à atenção da doutrina, que, como quando do julgamento do Recurso Especial mencionado, foi dividida em duas opiniões divergentes, defendendo a possibilidade de indenização e condenando-a veementemente.

Uma terceira proposta oferece-se como mais adequada ao tratamento da questão: a aplicação do direito de família em um campo que inegavelmente é seu, que é a relação paterno-filial, e, ante o esgotamento dessa possibilidade, a aplicação subsidiária da responsabilidade civil, concebida nos moldes mais atualizados de seus pressupostos.

Assim é que deve ser analisada, de pronto, a viabilidade de se recompor (ou mesmo de compor) o que de fato (mas não de direito) foi perdido: o elo afetivo (quer na sua concepção subjetiva, quer na sua concepção objetiva). Para isso, nada é melhor que o próprio direito de família, irremediavelmente já tão afeito aos relacionamentos humanos. Ele traz por solução eficaz não a destituição do poder familiar – que destrói definitivamente, em regra, qualquer possibilidade de remediar o abandono –, mas sim o dever de visitas, que não consiste propriamente em uma condenação, é uma exigência ao cumprimento de um dever que é próprio dos pais, tenham eles abandonado ou não os seus filhos. Só diante da impossibilidade voluntária de não efetivação dessas visitas, agravando ainda mais os danos morais acometidos aos filhos (cujos interesses existenciais restaram comprovadamente desatendidos, configurando-os como vítimas reais), é que seria aplicada a responsabilidade civil.

Em que pese a falta de expressa previsão legal neste sentido, a absorção do abandono afetivo pela responsabilidade civil é possível dada a tutela constitucional e infraconstitucional aos interesses das crianças e dos adolescentes – dando a esses interesses, portanto, importância jurídica – e tendo em vista também a possibilidade de reparação de danos, ainda que exclusivamente morais, pelo ordenamento jurídico – e se todo e qualquer dano moral é passível de indenização, não é possível excluir-se deste rol aqueles danos exatamente referentes a interesses privilegiados pela legislação pátria.

A vantagem que essa terceira proposta apresenta é a diminuição de demandas cujo interesse seja tão somente a busca pelo enriquecimento ilícito, como em muitos julgados é suscitado como proveniente da mãe do autor (o menor, o filho do réu). Isto porque a primeira intenção de uma demanda por abandono afetivo, se aplicada a terceira proposta, é a reaproximação de pai e filho, a busca pela construção da afetividade entre eles. A possibilidade de auferir renda pela indenização exigiria tamanho esforço retórico que aumentaria o risco de deixar evidente a verdadeira intenção materialista daquela que responde em nome do menor. Outrossim, caso o alegado abandono, ou melhor, a ausência paterna se tenha dado por esforços da mãe do infante em afastar pai e

filho, ainda que contra a real vontade de ambos, a determinação das visitas possibilitaria a satisfação desse desejo paterno-filial. Mesmo porque não se pode esquecer que os pais também são pessoas humanas com dignidade e nem sempre são os algozes, ainda que lhes seja mais difícil a prova da própria inocência – nota-se que, em casos de abandono afetivo, a presunção é de “culpa”. E qualquer mãe que deseje ver seu filho bem distante do pai, mas queira mesmo a indenização, jamais ingressará em juízo para pleitear a junção dos dois ou para despender muitas – e quase vãs – diligências na busca do dinheiro, monetarizando os direitos do próprio filho.

O abandono afetivo precisa de uma normatização própria, tendo em vista sua evidente especialidade frente a todas as hipóteses de responsabilidade civil a que a sociedade já está habituada e diante, inclusive, dos direitos material e adjetivo atualmente vigentes no país, que reconhecidamente inviabilizam a aplicação imediata da proposta que ora se faz.

Não obstante, o objeto deste trabalho não pode deixar de merecer as atenções doutrinária e jurisprudencial, mas estas devem centrar no foco do problema. O abandono afetivo consubstancia-se na atitude paterna e pode até mesmo ensejar a premiação dos pais que o praticam, uma vez que, descumprindo voluntariamente deveres legalmente impostos, a própria lei os galardoa com o reconhecimento oficial de sua omissão grave e ilícita: a destituição do poder familiar que nunca foi exercido ou mal o foi. A questão (e o prejuízo) refere-se mesmo ao filho: este é que não teve ou perdeu o pai, seu referencial de autoridade, de lei e de moral⁶, que lhe negou o bom desenvolvimento da personalidade, mostrando-lhe a imoralidade do descumprimento da lei. É o filho que precisa ser cuidado: se não foi pelo pai, que a outra lei o faça.

BIBLIOTECA
ESMAPE

⁶ Segundo ensina a psicanálise, o pai é, do ser humano, a primeira referência de lei, de autoridade, de limites. Sua presença mostra à criança que existe um relacionamento mãe – filho, um relacionamento pai-filho e um relacionamento pai-mãe ao qual a criança não pertence – mas, mesmo assim, os três relacionamentos não se excluem mutuamente, podem conviver de maneira harmoniosa. E assim, o pai é responsável pela construção do humano senso moral, denominado por Freud de “superego”.

Abstract

The Brazilian Constitution of 1988 brought a new normative hermeneutics and influenced primarily the family law. In this perspective, the conception of fatherhood has been gradually overcome, leaving the biological perspective to be configured in the social and psychological areas. Consequently, the parental duties, currently, enjoy of great importance and the non-compliance of them, assigning the denomination of emotional abandonment, has been generated, in recent years, demands where plead compensation for moral damages – among them, stand out the first previous

of a Brazil high court about the subject, arising from Superior Court of Justice. In this scenario, the civilist doctrine faces today with one of his biggest dilemmas: would the emotional neglect capable of generating damage liable of indemnity? The rules of family law are enough? Is the indemnity the only alternative? This research suggests answer to these questions, searching alternatives to the legal treatment in cases of lawsuits for indemnity caused by father's emotional neglect.

Key words: Family. Emotional neglect. Civil liability.

Referências

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 181-195, jan./mar. 2006.

BRASIL. Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2007.001.45918**, da Comarca da Capital. Relator: Desembargador Mario Assis Gonçalves. Rio de Janeiro, 09 de julho de 2008. TJRJ. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000306FDCD80C08C21C3DD65EDB170ACCCD76CC402016346>. Acesso em 04 ago. 2008. Revisor do acórdão: JDS. Desembargador Werson Rêgo.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5 (2.0000.00.408550-5/000)**, da Comarca de Belo Horizonte. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 29 de abril de 2004. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em 07 mai. 2008.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0456.05.037706-2/002**, da Comarca de Oliveira. Relatora: Desembargadora Heloísa Combat. Belo Horizonte, 08 de novembro de 2007. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0456&ano=5&txt_processo=37706&complemento=002&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70019263409**, da Comarca de Venâncio Aires. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 20 de agosto de 2007. TJRS. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=998616&ano=2007. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0702.00.027411-9/001**, da Comarca de Uberlândia. Relator: Desembargador Manuel Saramago. Belo Horizonte, 11 de março de 2005. TJMG. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=0&txt_processo=27411&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=. Acesso em 04 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411-MG (2005/0085464-3)**, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alça-

da do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 27 de março de 2006. STJ. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 10 fev. 2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.

CARBONE, A. **Abandono afetivo – Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho**. Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=1136419239>. Acesso em: 07 maio 2008.

CASTRO, L. Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10696>. Acesso em: 05 out. 2008.

DIAS, M. B. A ética do afeto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>. Acesso em: 05 out. 2008.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, E. K. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>. Acesso em 28 out. 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Dicionário de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HORNE, F. A. **O não cabimento de Danos Morais por abandono afetivo do pai**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>. Acesso em: 28 out. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2008. 122 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O caráter não patrimonial do dever de sustento na perspectiva constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 39, p. 163-176, 2004.

PEREIRA, R. da C. **Pai, por que me abandonaste?** Pailegal.net. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). In: ANAIS DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, v. 7, n. 32, p. 138-158, out./nov. 2005.

VADE Mecum. Conteúdo impresso atualizado até 16.01.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A cultura do medo e suas implicações na segurança pública e privada: Uma violação aos Direitos Humanos no Brasil

Maria das Dores Gonçalves da Silva Leite

Advogada, cursou a Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape, Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP.

Resumo

Resumo: No presente trabalho, foi feito um estudo detalhado da cultura do medo quando é manipulada e propagada pela mídia através da dramatização da violência e seus efeitos na sociedade. Como também, analisou-se a cultura do medo e suas implicações na segurança pública e privada no Brasil, esclarecendo porque a segurança pública investe alto em criações de presídios e penitenciárias e as empresas de segurança privada têm altos lucros

na venda de equipamentos e serviços de segurança cada vez mais sofisticados. Por fim, foi feita uma análise sobre os processos que a mídia utiliza através da dramatização da violência para manter a população com medo e os altos lucros das empresas de segurança privada, os quais desrespeitam os direitos humanos.

Palavras-chaves: Cultura do Medo. Direitos Humanos. Mídia. Segurança Pública e Privada.

Referência deste artigo

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 247-278, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 5 abr. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.

1 Introdução

O objetivo deste artigo reside no estudo da cultura do medo para explicar que é por meio da propagação dos seus efeitos pela mídia, atra-

vés da dramatização da violência, que haverá mudanças nos valores e relações sociais entre os indivíduos da sociedade.

A cultura do medo, neste estudo, é o veículo que permite compreender o porquê de altos lucros no setor de serviços de segurança privada e da violência e tortura empregadas no âmbito de segurança pública. Por isso, será explicada a razão de a sociedade gastar tanto em variados equipamentos de segurança privada e o Brasil fazer altos investimentos em construções de presídios e penitenciárias.

Ademais, para manter a população com medo e os altos lucros das empresas de segurança privada, a mídia utiliza-se de um processo de discriminação e exclusão social com a difusão da cultura do medo através da dramatização da violência.

Diante disto, ficou demonstrado que a cultura do medo é geradora do processo de discriminação e exclusão social, o que irá explicar o sentimento que assombra a sociedade de querer excluir do meio social determinados indivíduos e revelar como isto irá desencadear a violação dos direitos humanos.

2 O Que é o medo e a cultura do medo

O medo é definido, conforme Jean Delumeau, como uma emoção-choque, comumente precedida de uma surpresa, esta provocada pela consciência de um perigo iminente ou presente. A resposta do organismo ocorre por comportamentos somáticos e alterações endócrinas que podem ser muito diferentes, dependendo das pessoas e das circunstâncias: diminuição ou aumento do ritmo cardíaco, respiração muito lenta ou muito rápida, dilatação ou contração dos vasos sanguíneos, diminuição ou aumento da secreção das glândulas, paralisação ou exteriorização violenta e, no limite, inibição ou, ao contrário, movimentos desconexos e confusos¹.

1 DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. Tradução de Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto(coord). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: SENAC, 2007, p.39.

Também, o medo é um tipo de sentimento que gera ansiedade. Logo, é uma ansiedade gerada por fato esperado e desagradável.² Segue este mesmo entendimento o autor Yi-Fu Tuan, quando responde o que é o medo?

É um sentimento complexo, no qual se distinguem claramente dois componentes: sinal de alarme e ansiedade. O sinal de alarme é detonado por um evento inesperado e impeditivo no meio ambiente, e a resposta instintiva do animal é enfrentar ou fugir. Por outro lado, a ansiedade é uma sensação difusa de medo e pressupõe uma habilidade de antecipação.³

Ao definir o que é a ansiedade, Yi-Fu Tuan afirma que “a ansiedade é um pressentimento de perigo quando nada existe nas proximidades que justifique o medo[...]”⁴

O medo assume muitas formas e o perigo pode ser real ou fictício, que é o criado pela mente do indivíduo. Em relação à distinção do medo do perigo e o medo alimentado, a autora Maria Rita Ciceri afirma que no caso do medo do perigo a pessoa lida com ameaças externas, concretas, circunscritas, podendo pensar em possíveis soluções para evitar o perigo ou limitar seus efeitos, exemplificando que “se temo um furto, posso prover minha casa com um sistema de alarme, instalar uma porta blindada, e assim por diante.”⁵ Já os medos alimentados se fundamentam em hipóteses e na extraordinária capacidade humana de pensar em mundos possíveis e de os dotar de coerência. Narra a autora que:

Tornam-se nesse caso acentuações de um perigo por efeito dos quais o medo de sofrer um furto se transforma no medo de viver num mundo de ladrões e de criminosos, no qual não há porta blindada que aguente, e a suspeita em relação ao estranho é máxima e exige uma contínua vigilância.⁶

2 BAIERL, Luzia Fátima, ALMENDRA, Carlos Alberto da Cunha. A dinâmica perversa do medo e da violência urbana. **Revista Quadrimestral de Serviço Social**, São Paulo, a. XXIII, n.70, jul.2002, pg.60.

3 TUAN, Yi-Fu. **Paisagens do medo**. Tradução de Livia de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2005, p.10

4 Idem, Ibidem.

5 CICERI, Maria Rita. **O medo: lutar ou fugir: as muitas estratégias de um mecanismo de defesa instintivo**. Tradução de Orlando Soares Moreira, São Paulo: Paulinas Edições Loyola, 2004, (Coleção para saber mais n.9), p.138.

6 Idem, Ibidem, p.139.

vés da dramatização da violência, que haverá mudanças nos valores e relações sociais entre os indivíduos da sociedade.

A cultura do medo, neste estudo, é o veículo que permite compreender o porquê de altos lucros no setor de serviços de segurança privada e da violência e tortura empregadas no âmbito de segurança pública. Por isso, será explicada a razão de a sociedade gastar tanto em variados equipamentos de segurança privada e o Brasil fazer altos investimentos em construções de presídios e penitenciárias.

Ademais, para manter a população com medo e os altos lucros das empresas de segurança privada, a mídia utiliza-se de um processo de discriminação e exclusão social com a difusão da cultura do medo através da dramatização da violência.

Diante disto, ficou demonstrado que a cultura do medo é geradora do processo de discriminação e exclusão social, o que irá explicar o sentimento que assombra a sociedade de querer excluir do meio social determinados indivíduos e revelar como isto irá desencadear a violação dos direitos humanos.

2 O Que é o medo e a cultura do medo

O medo é definido, conforme Jean Delumeau, como uma emoção-choque, comumente precedida de uma surpresa, esta provocada pela consciência de um perigo iminente ou presente. A resposta do organismo ocorre por comportamentos somáticos e alterações endócrinas que podem ser muito diferentes, dependendo das pessoas e das circunstâncias: diminuição ou aumento do ritmo cardíaco, respiração muito lenta ou muito rápida, dilatação ou contração dos vasos sanguíneos, diminuição ou aumento da secreção das glândulas, paralisação ou exteriorização violenta e, no limite, inibição ou, ao contrário, movimentos desconexos e confusos¹.

¹ DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. Tradução de Marcelo Gomes. In: NOVAES, Aduino (coord). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: SENAC, 2007, p.39.

Também, o medo é um tipo de sentimento que gera ansiedade. Logo, é uma ansiedade gerada por fato esperado e desagradável.² Segue este mesmo entendimento o autor Yi-Fu Tuan, quando responde o que é o medo?

É um sentimento complexo, no qual se distinguem claramente dois componentes: sinal de alarme e ansiedade. O sinal de alarme é detonado por um evento inesperado e impeditivo no meio ambiente, e a resposta instintiva do animal é enfrentar ou fugir. Por outro lado, a ansiedade é uma sensação difusa de medo e pressupõe uma habilidade de antecipação.³

Ao definir o que é a ansiedade, Yi-Fu Tuan afirma que “a ansiedade é um pressentimento de perigo quando nada existe nas proximidades que justifique o medo[...]”⁴.

O medo assume muitas formas e o perigo pode ser real ou fictício, que é o criado pela mente do indivíduo. Em relação à distinção do medo do perigo e o medo alimentado, a autora Maria Rita Ciceri afirma que no caso do medo do perigo a pessoa lida com ameaças externas, concretas, circunscritas, podendo pensar em possíveis soluções para evitar o perigo ou limitar seus efeitos, exemplificando que “se temo um furto, posso prover minha casa com um sistema de alarme, instalar uma porta blindada, e assim por diante.”⁵ Já os medos alimentados se fundamentam em hipóteses e na extraordinária capacidade humana de pensar em mundos possíveis e de os dotar de coerência. Narra a autora que:

Tornam-se nesse caso acentuações de um perigo por efeito dos quais o medo de sofrer um furto se transforma no medo de viver num mundo de ladrões e de criminosos, no qual não há porta blindada que aguarde, e a suspeita em relação ao estranho é máxima e exige uma contínua vigilância.⁶

² BAIERL, Luzia Fátima, ALMENDRA, Carlos Alberto da Cunha. A dinâmica perversa do medo e da violência urbana. **Revista Quadrimestral de Serviço Social**, São Paulo, a. XXIII, n.70, jul.2002, pg.60.

³ TUAN, Yi-Fu. **Paisagens do medo**. Tradução de Livia de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2005, p.10

⁴ Idem, *Ibidem*.

⁵ CICERI, Maria Rita. **O medo**: lutar ou fugir: as muitas estratégias de um mecanismo de defesa instintivo. Tradução de Orlando Soares Moreira, São Paulo: Paulinas Edições Loyola, 2004, (Coleção para saber mais n.9), p.138.

⁶ Idem, *Ibidem*, p.139.

O ser humano que estiver sentindo as reações de medo e ansiedade, com frequência, irá ter sua vida cotidiana paralisada e impedida sua vida normal. Geram-se, então, mal-estar e sofrimento, ocasionando patologias do medo, como a fobia – que é o medo de um estímulo ou de uma situação específica, desproporcional e excessivo com relação à ameaça que representa – e os ataques de pânico – episódios agudos e dramáticos de ansiedade, não se ligam a um estímulo preciso e são acompanhados por sintomas como palpitações, sentimento de sufocação, náusea, temor de perder o controle.⁷ Este entendimento é afirmado por Jean Delumeau quando alude que se o medo “ultrapassa uma dose suportável, ele se torna psicológico e cria bloqueios. Pode-se morrer de medo ou, ao menos, ficar paralisado por ele.”⁸

A dramatização da violência através da mídia faz surgir o medo coletivo que leva as pessoas a paralisarem-se e alterarem suas relações com o meio social, e por isso a sociedade vê o outro, o estranho, potencialmente e de acordo com as circunstâncias, como objeto de medo, o que provoca no sujeito reações de paralisação ou de agressão, dependendo da forma como cada um é afetado pelo medo. E para que ocorram estes efeitos é usada e manipulada a imaginação, que é a grande aliada do medo. Como aduz Myra y Lopez, para quem a imaginação tem:

A função psíquica mediante a qual se associam e combinam dados e imagens da vida representativa, dando lugares a construções e processos ideofetivos que lhe são alheios, ao estímulo direto (circundante), denomina-se “Imaginação” [...] em suma, o que não existe oprime mais do que aquilo que existe.⁹

Segue o mesmo entendimento acima o autor Yi-Fu Tuan, quando se refere à imaginação e à intensidade de medo, afirmando que “a imagi-

7 Idem, *Ibidem*, p.162-163.

8 DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente: 1300-1800, uma cidade sitiada.** Tradução de Maria Lúcia Machado, São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p19.

9 MYRA Y LOPEZ. **Quatro gigantes da alma: o medo, a ira, o amor e o dever.** 16 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1994, p.18-19.

nação aumenta imensuravelmente os tipos e a intensidade de medo no mundo dos homens”¹⁰.

De fato, o medo é uma emoção, por ter uma feição brusca e geralmente de curta duração e, ainda, negativa por ser acompanhada de sofrimento. Logo, o medo é um sentimento negativo engendrado não por alguma coisa relacionada ao presente, como a cólera, mas por alguma coisa ligada ao futuro. Desse modo, tem-se medo, por definição, não do que acontece no presente, mas de coisas que podem acontecer, ou melhor, de coisas que podem acontecer às pessoas, isto é, o medo sempre contém algo de incerto, ou até de desesperador. Portanto, o medo é um sentimento negativo presente causado pela idéia de um sentimento negativo futuro ou potencial.¹¹

Contudo, não existe medo sem incerteza, porque se tiver a certeza absoluta de um mal futuro, estará caracterizado o desespero e não o medo. No entanto, a idéia da morte tem isso de particular, que é misturar uma certeza absoluta com uma incerteza, também absoluta, que é certa, de que um dia todos morrerão e, absolutamente incerto quando (e onde? e como?). É esse sentimento que determina as primeiras angústias da criança com relação à morte. Enfim, é essa mistura de certeza com incerteza que só o sentimento da morte pode dar ao homem.¹²

O que se observa, na verdade, é que está presente, de maneira camuflada, em todos os medos, que o homem sente o medo da morte, isto é, é o princípio em relação a todas as coisas que o indivíduo teme. Como revela Jean Delumeau que:

O medo é fundamentalmente o medo da morte. Todos os medos contêm, em graus diferentes, essa apreensão fundamental, e portanto, o medo não desaparecerá da condição humana ao longo de nossa peregrinação terrestre.¹³

10 TUAN, Yi-Fu. **Paisagens do medo.** Tradução de Livia de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2005, p.11

11 WOLFF, Francis. Devemos temer a morte? Tradução Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto(coord). **Ensaio sobre o medo.** São Paulo: SENAC, 2007, p.20.

12 Idem, *Ibidem*, p.21

13 DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. Tradução de Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto(coord). **Ensaio sobre o medo.** São Paulo: SENAC, 2007, p.41

Como observa Francis Wolff, o medo da morte é o medo mais humano e mais constante e universal de todos os medos, como também é o medo menos político, ainda que, evidentemente, as desigualdades sociais sejam, às vezes, mais óbvias da vida e da morte, fazendo com que ele varie segundo os regimes e os Estados. E, ainda, é menos histórico, ainda que não seja independente dos fatos históricos, como no período da Idade Média em que parece que a sociedade era obcecada pelo medo da morte, e em outros, como a sociedade atual parece preocupada em dissimulá-lo, porque se fala abertamente de doenças, de sofrimento, de assassinatos, massacres, terror, mas da própria morte só se fala de maneira camuflada, e do medo que ela inspira – do medo que a própria morte inspira ao homem – não se fala absolutamente nada¹⁴. De fato, complementa este entendimento Zygmunt Bauman, ao afirmar que:

A morte é agora uma presença permanente, invisível, mas vigilante e estritamente vigiada, em cada realização humana, profundamente sentida 24 horas por dia, sete dias por semana. A memória da morte é parte integrante de qualquer função da vida. A ela se atribui grande autoridade, talvez a maior, quando quer que se precise fazer uma escolha numa existência cheia de escolhas.¹⁵

É importante salientar que o medo do outro, da violência é uma forma de exteriorização cultural. E conceituando o que é cultura Laraia alude que é “o modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura.”¹⁶ Neste sentido, Débora Pastana afirma que “a cultura é traduzida como reflexo das mudanças nas relações sociais, desde a esfera da produção econômica até a esfera do imaginário individual e coletivo e das representações de ordem”.¹⁷

14 WOLFF, Francis. Devemos temer a morte? Tradução Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto(coord). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: SENAC, 2007, p.17

15 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.59.

16 LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 19 ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.68.

17 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.91.

Toda cultura tem como base determinada ideologia, isto é, toda ideologia domina a construção de determinada sociedade. Como aduz Chauí, ao falar sobre ideologia, que “por seu intermédio os homens legitimam as condições sociais de exploração e de dominação, fazendo com que pareçam verdadeiras e justas.”¹⁸ Logo, toda cultura traz uma ideologia que determina o que será entendido como mundo por determinada sociedade, a qual “se mostra manipulável através da cultura e da hegemonia cultural que um segmento dessa sociedade exerce sobre outro”¹⁹.

Apesar de a cultura do medo ser um fenômeno que ocorre em todo o mundo, como ficou argumentado no documentário *Tiros em Columbine*²⁰, a sociedade brasileira, na atualidade, vive uma cultura do medo por apresentar uma sensação de insegurança coletiva e individual em relação à violência criminal de maneira hegemônica. No entanto, a sensação de insegurança e medo sentida pela sociedade brasileira produz comportamentos diferentes, dependendo da classe social observada, mas que representam um olhar hegemônico, ou seja, comportamentos hegemônicos em relação à violência. Seguindo este mesmo raciocínio, Pastana defende que “a cultura do medo é, portanto, retrato desta forma hegemônica de pensar sobre a criminalidade e a segurança pública atuais”²¹ na sociedade brasileira.

Assim, este processo ocorre quando a mídia apresenta um alto índice da violência e criminalidade que não estão compatíveis com a realidade social. Isto é, a mídia, principalmente a televisão, coloca em evidência os crimes violentos que são apresentados em programas de TV como *Bronca Pesada*, com Cardinot, apesar de as estatísticas criminais revelarem que estes crimes constituem apenas uma pequena parte dos delitos praticados na sociedade. Com isto geram nas pessoas um medo ou pânico generalizado da criminalidade.

18 CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 12 ed, São Paulo: Brasiliense, 1983, (Coleção Primeiros Passos) p.21.

19 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.92.

20 Ver filme Documentário *Tiros em Columbine*, o qual relata a cultura do medo ocorrida nos EUA e em outros países (*Tiros em Columbine*. Direção Michael Moore, 2002, 1 DVD(121 min.)).

21 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.94.

Desse modo, o poder midiático que é exercido sobre a sociedade quando aquele difunde a cultura do medo é fazer com que os indivíduos acreditem que realmente estão em constante perigo e que há inimigos, em qualquer lugar, prontos para atacá-los.

Como observa Angela Mongruel, a mídia, quando divulga os acontecimentos sempre de forma alarmante, causa no povo uma verdadeira sensação de insegurança e impunidade. Ou seja, quando propaga, cotidianamente, de maneira maciça, somente os fatos assustadores, difunde na sociedade pavor, medo, inseguranças e desequilíbrio social.²²

Segue este mesmo entendimento Erich Fromm, ao se referir a guerras estimuladas através de propagandas. Alude que:

O homem é capaz não apenas de prever perigos reais a ocorrer no futuro, é também capaz de ser persuadido e de ser submetido à lavagem de cérebro pelos seus líderes, para o fim de enxergar perigos que, na realidade, não existem. A maior parte das guerras modernas, por exemplo, tem sido preparada por uma propaganda sistemática desse tipo, a população é persuadida por seus líderes de que se acha em perigo de ser atacada e destruída e, assim, reações de ódio contra as nações ameaçadoras são provocadas. Frequentemente, não existe qualquer ameaça[...].²³

Neste sentido, Débora Pastana afirma que a imprensa “é a principal testemunha pública” dos fatos (conferindo-lhes veracidade) e, por fim, tem a capacidade de operar como produtora do consenso, sendo daí decorrente sua força hegemônica²⁴.

Enfim, diante das considerações expostas acima, fica claro o poder que a mídia tem através da dramatização da violência, principalmente a televisão, de inserir na sociedade, de maneira hegemônica, a cultura do medo.

22 MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal**: (dês)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, v.2, 2002, p.174.

23 FROMM, Erich. **Anatomia da Destrutividade Humana**. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos, 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p.266.

24 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.78-79.

3 As implicações da cultura do medo na segurança pública e privada

A cultura do medo, propagada pela mídia através da dramatização da violência, faz com que a sociedade tenha uma percepção subjetiva²⁵ dos riscos e perigos superior à dos riscos e perigos reais. Ou seja, os indivíduos, a fim de eliminar seus “sentimentos de insegurança, produzem uma gama de situações reais e imaginárias de temor, que exigem ações de contenção supostamente eficazes”²⁶.

É fato que a dramatização da violência tem sido destaque nos jornais, telejornais, isto é, todo meio de comunicação aponta um aumento da violência urbana que não está compatível com a realidade social, provocando com isto um crescimento, entre a população, de uma fobia social como o medo de sair de casa e sofrer qualquer tipo de violência. Desse modo, faz-se com que o indivíduo se intimide e se recolha dentro de seu próprio convívio, com medo de interagir com outras pessoas. Como aduz Eduardo Galeano “[...] Como em todos, uma nova dose de veneno me foi inoculada: o veneno do medo, o veneno da desconfiança”²⁷.

No Brasil, o medo da violência mudou o comportamento do indivíduo, em sua casa e na rua, com relação a sua segurança, o que fez surgir a produção e o consumo de variados produtos de segurança privada.

Isto ocorre em nosso país por haver uma retração do Estado, isto é, por haver uma diminuição de recursos estatais para políticas sociais e, por outro lado, uma expansão dos serviços privados como a segurança privada, restringindo, assim, a proporção da população com acesso a direitos como a segurança.²⁸ Assim, dissertando acerca da privatização da segurança, David Garland dirá que uma vez que a “segurança” dei-

25 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.46.

26 FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo**: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.47.

27 GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, (Coleção vol. 293), 2006, p.89

28 SADER, Emir. Direitos e Esfera Pública. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n.77, a. XXIV, abr. 2004, p.7.

Desse modo, o poder midiático que é exercido sobre a sociedade quando aquele difunde a cultura do medo é fazer com que os indivíduos acreditem que realmente estão em constante perigo e que há inimigos, em qualquer lugar, prontos para atacá-los.

Como observa Angela Mongruel, a mídia, quando divulga os acontecimentos sempre de forma alarmante, causa no povo uma verdadeira sensação de insegurança e impunidade. Ou seja, quando propaga, cotidianamente, de maneira maciça, somente os fatos assustadores, difunde na sociedade pavor, medo, inseguranças e desequilíbrio social.²²

Segue este mesmo entendimento Erich Fromm, ao se referir a guerras estimuladas através de propagandas. Alude que:

O homem é capaz não apenas de prever perigos reais a ocorrer no futuro, é também capaz de ser persuadido e de ser submetido à lavagem de cérebro pelos seus líderes, para o fim de enxergar perigos que, na realidade, não existem. A maior parte das guerras modernas, por exemplo, tem sido preparada por uma propaganda sistemática desse tipo, a população é persuadida por seus líderes de que se acha em perigo de ser atacada e destruída e, assim, reações de ódio contra as nações ameaçadoras são provocadas. Frequentemente, não existe qualquer ameaça[...].²³

Neste sentido, Débora Pastana afirma que a imprensa “é a principal ‘testemunha pública’ dos fatos (conferindo-lhes veracidade) e, por fim, tem a capacidade de operar como produtora do consenso, sendo daí decorrente sua força hegemônica”²⁴.

Enfim, diante das considerações expostas acima, fica claro o poder que a mídia tem através da dramatização da violência, principalmente a televisão, de inserir na sociedade, de maneira hegemônica, a cultura do medo.

22 MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal**: (dê)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, v.2, 2002, p.174.

23 FROMM, Erich. **Anatomia da Destrutividade Humana**. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos, 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p.266.

24 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.78-79.

3 As implicações da cultura do medo na segurança pública e privada

A cultura do medo, propagada pela mídia através da dramatização da violência, faz com que a sociedade tenha uma percepção subjetiva²⁵ dos riscos e perigos superior à dos riscos e perigos reais. Ou seja, os indivíduos, a fim de eliminar seus “sentimentos de insegurança, produzem uma gama de situações reais e imaginárias de temor, que exigem ações de contenção supostamente eficazes”²⁶.

É fato que a dramatização da violência tem sido destaque nos jornais, telejornais, isto é, todo meio de comunicação aponta um aumento da violência urbana que não está compatível com a realidade social, provocando com isto um crescimento, entre a população, de uma fobia social como o medo de sair de casa e sofrer qualquer tipo de violência. Desse modo, faz-se com que o indivíduo se intimide e se recolha dentro de seu próprio convívio, com medo de interagir com outras pessoas. Como aduz Eduardo Galeano “[...] Como em todos, uma nova dose de veneno me foi inoculada: o veneno do medo, o veneno da desconfiança”²⁷.

No Brasil, o medo da violência mudou o comportamento do indivíduo, em sua casa e na rua, com relação a sua segurança, o que fez surgir a produção e o consumo de variados produtos de segurança privada.

Isto ocorre em nosso país por haver uma retração do Estado, isto é, por haver uma diminuição de recursos estatais para políticas sociais e, por outro lado, uma expansão dos serviços privados como a segurança privada, restringindo, assim, a proporção da população com acesso a direitos como a segurança.²⁸ Assim, dissertando acerca da privatização da segurança, David Garland dirá que uma vez que a “segurança” dei-

25 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.46.

26 FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo**: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.47.

27 GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, (Coleção vol. 293), 2006, p.89.

28 SADER, Emir. Direitos e Esfera Pública. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n.77, a. XXIV, abr. 2004, p.7.

xa de ser garantida para todos os indivíduos por um estado soberano, ela se torna um produto cuja distribuição está, primeiramente, à mercê das forças de mercado do que em função das necessidades dos cidadãos. Desse modo, a classe social que mais sofre a criminalidade são os membros mais pobres e menos poderosos da sociedade, os quais são desprovidos ou de recursos para comprar segurança, ou de flexibilidade para adaptarem suas vidas ao cotidiano e se organizarem de forma eficaz contra o crime²⁹.

Analisando as implicações da cultura do medo no âmbito da segurança privada, Vera Malaguti conclui, ao falar das sensações de medo e incerteza, que a transferência das inseguranças globais para o campo da segurança privada tem a vantagem de tornar as ameaças à segurança em seres palpáveis, corporificados.³⁰ Deste modo, gerou-se nas pessoas uma busca de meios que afastasse o perigo que ronda os cidadãos, surgindo com isto o fenômeno da “guetização”, que é a procura de lugares fechados, não acessíveis, onde as pessoas possam se isolar das ameaças que as cercam.

Estes “guetos” se aprimoram, cada vez mais, oferecendo maior sofisticação, que é encontrada nos serviços de segurança privada, como equipamentos eletrônicos de vigilância e sistema de alarmes, vigias e guardas particulares, cães adestrados para defesa, carros blindados etc.³¹ Como também as empresas de segurança privada criam acessórios para vender ao sistema penitenciário, como ocorreu no Estado da Paraíba, onde a Empresa Insiel Tecnologia Eletrônica Ltda. desenvolveu a tornozeleira eletrônica, que monitora os passos dos apenados enquadrados no regime semiaberto. No momento, está em caráter experimental na cidade de Guarabira e gerou repercussão nacional e internacional.³²

29 GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Paraná, n.13, 1999, p.76.

30 BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.98

31 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.293.

32 Ver Jornal Diário de Pernambuco dia 5 / 08/ 2007 sob o título liberdade vigiada //Notícia de monitoramento de presos paraibanos em regime semiaberto chama atenção de sul-americanos. (DE O NORTE. Paraguai quer tornozeleira eletrônica. *Diário de Pernambuco*, Recife, p.A12, 5 de agosto de 2007).

Nils Christie relata que no âmbito do sistema penitenciário dos EUA estas empresas constroem muitas prisões e prestam serviços neste setor. De acordo com o autor:

Prisões significam dinheiro. Muito dinheiro. Em construções, em equipamentos e em administração. Isto é assim, independentemente de se tratar de prisões privadas ou públicas. As empresas privadas estão envolvidas de uma ou outra forma em todos os sistemas ocidentais.³³

Enfim, as pessoas, para darem maior proteção ao patrimônio e a sua segurança, usam recursos como colocar grades e muros altos em suas casas, guaritas, sistema de alarme, tendo essas adaptações às edificações transformado a paisagem urbana em uma “estética da segurança” ou melhor, “estética do medo”³⁴. Isso se constitui em novas complexidades nos processos de segregação espacial e social, criando enclaves e sistemas de moradias fortificadas, além de restringir o deslocamento de pessoas em espaços públicos, como ocorreu em Recife, onde os condôminos do conjunto Residencial Casa Forte³⁵ decidiram fechar quatro ruas com portões eletrônicos, no bairro do Poço da Panela, na zona norte, por causa da insegurança, o que gerou polêmica judicial entre os moradores que alegaram que as ruas são particulares e eles vêm sofrendo assaltos na área e a Prefeitura do Recife, que afirma que as ruas são vias públicas.

A incessante busca por maior garantia em relação à violência e criminalidade que a mídia propaga através do uso do medo gera uma receita tão alta, no setor de segurança privada no Brasil, que hoje a totalidade da arrecadação desses serviços de seguridade se iguala ao Produto Interno Bruto de um país como o Uruguai.³⁶ Nesse sentido, afirma Galeano que:

33 CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.101.

34 Ver o estudo feito por Ana Luiza Carvalho da Rocha e Cornélia Eckert em Porto Alegre sobre a cultura do medo(ECKERT, Cornélia & ROCHA, Ana Luiza Carvalho da. *O porto pouco seguro*: estudo da cultura do medo em Porto Alegre, Porto Alegre: Banco de Imagens e Efeitos Visuais, PPGAS/UFRGS, 2005)

35 Ver Jornal do Comércio em 19/07/2007 que relata um Condomínio que quer fechar quatro ruas e causa polêmica(SCHEPPA, Hélia. Condomínio quer fechar 4 ruas e causa polêmica. *Jornal do Comércio*, Recife, p.7, 19 de julho de 2007).

36 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.293.

xa de ser garantida para todos os indivíduos por um estado soberano, ela se torna um produto cuja distribuição está, primeiramente, à mercê das forças de mercado do que em função das necessidades dos cidadãos. Desse modo, a classe social que mais sofre a criminalidade são os membros mais pobres e menos poderosos da sociedade, os quais são desprovidos ou de recursos para comprar segurança, ou de flexibilidade para adaptarem suas vidas ao cotidiano e se organizarem de forma eficaz contra o crime²⁹.

Analisando as implicações da cultura do medo no âmbito da segurança privada, Vera Malaguti conclui, ao falar das sensações de medo e incerteza, que a transferência das inseguranças globais para o campo da segurança privada tem a vantagem de tornar as ameaças à segurança em seres palpáveis, corporificados.³⁰ Deste modo, gerou-se nas pessoas uma busca de meios que afastasse o perigo que ronda os cidadãos, surgindo com isto o fenômeno da “guetização”, que é a procura de lugares fechados, não acessíveis, onde as pessoas possam se isolar das ameaças que as cercam.

Estes “guetos” se aprimoram, cada vez mais, oferecendo maior sofisticação, que é encontrada nos serviços de segurança privada, como equipamentos eletrônicos de vigilância e sistema de alarmes, vigias e guardas particulares, cães adestrados para defesa, carros blindados etc.³¹ Como também as empresas de segurança privada criam acessórios para vender ao sistema penitenciário, como ocorreu no Estado da Paraíba, onde a Empresa Insiel Tecnologia Eletrônica Ltda. desenvolveu a torneleira eletrônica, que monitora os passos dos apenados enquadrados no regime semiaberto. No momento, está em caráter experimental na cidade de Guarabira e gerou repercussão nacional e internacional.³²

29 GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Paraná, n.13, 1999, p.76.

30 BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.98

31 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.293.

32 Ver Jornal Diário de Pernambuco dia 5 / 08/ 2007 sob o título liberdade vigiada //Notícia de monitoramento de presos paraibanos em regime semiaberto chama atenção de sul-americanos. (DE O NORTE. Paraguai quer torneleira eletrônica. *Diário de Pernambuco*, Recife, p.A12, 5 de agosto de 2007).

Nils Christie relata que no âmbito do sistema penitenciário dos EUA estas empresas constroem muitas prisões e prestam serviços neste setor. De acordo com o autor:

Prisões significam dinheiro. Muito dinheiro. Em construções, em equipamentos e em administração. Isto é assim, independentemente de se tratar de prisões privadas ou públicas. As empresas privadas estão envolvidas de uma ou outra forma em todos os sistemas ocidentais.³³

Enfim, as pessoas, para darem maior proteção ao patrimônio e a sua segurança, usam recursos como colocar grades e muros altos em suas casas, guaritas, sistema de alarme, tendo essas adaptações às edificações transformado a paisagem urbana em uma “estética da segurança” ou melhor, “estética do medo”³⁴. Isso se constitui em novas complexidades nos processos de segregação espacial e social, criando enclaves e sistemas de moradias fortificadas, além de restringir o deslocamento de pessoas em espaços públicos, como ocorreu em Recife, onde os condôminos do conjunto Residencial Casa Forte³⁵ decidiram fechar quatro ruas com portões eletrônicos, no bairro do Poço da Panela, na zona norte, por causa da insegurança, o que gerou polêmica judicial entre os moradores que alegaram que as ruas são particulares e eles vêm sofrendo assaltos na área e a Prefeitura do Recife, que afirma que as ruas são vias públicas.

A incessante busca por maior garantia em relação à violência e criminalidade que a mídia propaga através do uso do medo gera uma receita tão alta, no setor de segurança privada no Brasil, que hoje a totalidade da arrecadação desses serviços de seguridade se iguala ao Produto Interno Bruto de um país como o Uruguai.³⁶ Nesse sentido, afirma Galeano que:

33 CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.101.

34 Ver o estudo feito por Ana Luiza Carvalho da Rocha e Cornélia Eckert em Porto Alegre sobre a cultura do medo(ECKERT, Cornélia & ROCHA, Ana Luiza Carvalho da. *O porto pouco seguro*: estudo da cultura do medo em Porto Alegre, Porto Alegre: Banco de Imagens e Efeitos Visuais, PPGAS/UFRGS, 2005)

35 Ver Jornal do Comércio em 19/07/2007 que relata um Condomínio que quer fechar quatro ruas e causa polêmica(SCHEPPA, Hélia. Condomínio quer fechar 4 ruas e causa polêmica. *Jornal do Comércio*, Recife, p.7, 19 de julho de 2007).

36 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.293.

O medo é a matéria-prima das prósperas indústrias da segurança particular e do controle social. Uma demanda firme sustenta o negócio. A demanda cresce tanto ou mais do que os delitos que a geram e os peritos garantem que assim continuará. Floresce o mercado de vigilância particular e dos presídios privados, enquanto todos nós, uns mais, outros menos, vamos nos tornando sentinelas do próximo e prisioneiros do medo.³⁷

Caldeira entende que mesmo sendo o crescimento dos serviços e tecnologia de segurança privada uma tendência internacional, no Brasil ele assume várias características distintas. Ou seja, num contexto em que a polícia desrespeita direitos e em que há uma grande desigualdade social, os serviços de segurança privada contribuem para piorar essas condições³⁸.

Assim, a cultura do medo propagada pela mídia, por ter como finalidade disseminar um excessivo caráter violento de determinados indivíduos da sociedade, conduz a uma crença de uma necessidade cada vez maior de segurança.³⁹ Logo, a sociedade com medo exige do Estado proteção contra a violência através de políticas de segurança pública mais severas e eficazes. Isto é, exige repressão criminal mais severa através de leis, penas e prisões mais rígidas. No entanto, as implicações da cultura do medo na segurança pública no Brasil teve como efeito uma maior repressão criminal pela polícia militar⁴⁰, que usou de tortura contra os supostos criminosos como meio de investigação e eliminação de crimes. E no sistema penitenciário⁴¹ houve

37 GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao averso. Tradução de Sérgio Faraco, 7 ed. Porto Alegre: L&PM, 1999, p.107

38 CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000, p.196.

39 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.290.

40 Como exemplo de medo de uma comunidade pela violência praticada pela polícia no Brasil tem-se o caso de João Pessoa na Paraíba em que Mauro Koury relata que: "um outro fator que causa medo é o da polícia. Apesar de aplaudirem ações policiais em áreas conhecidas como violentas, muitos depoimentos de moradores de bairros periféricos descrevem a polícia como também causadora de violência[...]" (KOURY, Mauro Guilherme Pinheiro. **De que João Pessoa tem Medo?** Uma Abordagem em Antropologia das Emoções. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, (coleção cadernos do GREM, n.5) 2008, p.135-136).

41 Cf Barry Glassner ao se referir a grandes investimentos dos EUA no sistema penitenciário alude que: "[...]o preço pago por conta do nosso pânico em relação a crimes em geral cresceu tanto que até mesmo fanáticos pela or-

um alto índice de investimentos em construções de presídios e penitenciárias, principalmente os que têm o regime disciplinar diferenciado – onde os detentos podem ficar presos até 360 dias, podendo ser prorrogado por até 1/6 da pena.

Em suma, o uso do medo propagado e manipulado pela mídia tem, através da dramatização da violência, como finalidade manter uma segregação espacial e social, como também, proporcionar altos lucros a empresas de segurança privada.

4 A Cultura do medo x Os direitos humanos no Brasil

A cultura do medo é geradora do processo de discriminação e exclusão social. O fato é que o medo descontrolado deixa o indivíduo em estado de alerta máximo, podendo gerar falência do sistema nervoso – como ansiedade, pânico, depressão – ou fomentar a agressão, pois o indivíduo vê cada ser que se aproxima dele como um agressor em potencial⁴². Isto é, a sensação de medo partilhado pela sociedade, seja pelo medo da violência contra a própria pessoa ou até um familiar ou um vizinho, faz com que o indivíduo não confie no outro, no próximo. Este comportamento não chega a levar ao estado de natureza de Thomas Hobbes⁴³ que é a – bellum omnium contra omnes – guerra de todos contra todos.

Mas, a sensação de medo do outro, do desconhecido partilhado pela sociedade é um reflexo de uma intolerância pelo que é diferente, desconhecido, separando o eu do outro, o amigo do inimigo, o bem do mal, desenvolvendo assim uma “teoria de raças”⁴⁴ ou de classes.

dem têm dificuldade em defendê-lo. O sistema de justiça criminal custa aos americanos quase US\$ 100 bilhões por ano, indo principalmente para o custeio da política e das penitenciárias. Na Califórnia, gasta-se mais em cadeias do que no ensino superior[...]" (GLASSNER, Barry. **Cultura do medo**. São Paulo: Francis, 2003, p.26).

42 ALDROVANDI, Elaine. **Seja Feliz, Diga Não à Depressão**. 3 ed, 2004, São Paulo: EME, p.82.

43 Sobre o estado de natureza ver HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

44 DYMETMAN, Annie. Modernidade, Intolerância e Resistência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 45, a. 11, p.269-282 out./dez. 2003, p.275.

Essa separação social entre o eu e o outro, amigo e inimigo baseia-se na divisão maniqueísta do mundo entre o bem e o mal, é o que sustenta a ideologia da defesa social em que a sociedade é o bem e o criminoso é o mal. Conforme observa Alessandro Baratta, a ideologia da defesa social é explicada através de alguns princípios⁴⁵, e entre eles está o princípio do bem e do mal que é a divisão maniqueísta; a sociedade será composta por pessoas de bem que serão a maioria, e a minoria será representada pelas pessoas antissociais, do mal.

Contudo, é através da intolerância, ou seja, da construção cada vez mais minuciosa e detalhada da distinção entre amigo e inimigo, do bem e do mal que a identidade do criminoso ou delinquente obtém contornos mais definidos e para isso as agências de poder usam o processo da estigmatização que é difundido pela mídia através da dramatização da violência, em que é propagado um medo cada vez mais crescente do outro.

Desse modo, o medo social do outro, exteriorizado e propagado pela mídia, é um método de controle social que é exercido e manipulado pelas agências de poder, ou seja, a maneira que a sociedade tem de manter-se no poder é controlando as classes menos favorecidas através do processo da estigmatização. A respeito do uso de estigmas pela sociedade, Erving Goffman afirma que:

A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas[...] Um estigma é, então, na realidade, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo[...].⁴⁶

45 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3º Ed, Rio de Janeiro: Revan:Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.42.

46 GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1996, p.10-13.

E, mais adiante, o autor supramencionado conclui que:

Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social.⁴⁷

A cultura do medo, por ser uma forma de dominação que marca na atualidade a sociedade brasileira, gera discriminações a grupos sociais considerados perigosos, estigmatizando-os. Assim, para manter o controle social e a população com medo e os altos lucros das empresas de segurança privada, a mídia usa do processo de etiquetamento das pessoas acusadas de cometer crimes, que é a criação de estereótipos, seja quem for que cometeu o crime é considerado como “bandido bárbaro”, “assassino cruel e de alta periculosidade” e outras generalizações preconceituosas. Geralmente estas pessoas são oriundas da classe pobre e, por isso, na maioria das vezes, são desassistidas de um amparo legal, isto é, sem que nenhuma providência seja tomada pelas autoridades competentes, sendo assim, infringidos os seus direitos⁴⁸.

Para a autora Regina Pastana a cultura do medo gera alguns tipos de discriminação, algumas são duradouras e outras são efêmeras. As efêmeras se devem ao fato de geralmente estarem ligadas a um determinado fato violento. Essas discriminações só duram o tempo em que a notícia sobre o evento criminoso permanece na imprensa, sendo capazes de provocar uma série de novos eventos criminosos contra os sujeitos da discriminação. Já a discriminação duradoura se baseia sempre em informações equivocadas, estigmatizando grupos considerados perigosos pela tradição criminosa, a qual se justifica pela etnia, pelo local de moradia, pela condição financeira, etc.⁴⁹

47 Idem, *Ibidem*, p.15.

48 DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.57, a. 13, nov./dez. 2005, p.284.

49 PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.71.

O mesmo processo acontece em relação aos direitos humanos em que a mídia, ao difundir a cultura do medo através da dramatização da violência, rotula aqueles direitos como sendo exclusivos dos “homens de bem”, do “cidadão”, da “vítima”, ao passo que os “bandidos não têm direitos humanos”. Desse modo, a idéia que a mídia passa, notadamente pela TV, é a perda da condição de cidadão e, em última análise, da condição humana da pessoa que praticou algum delito.

De fato, a prática da violência no âmbito das delegacias e prisões reproduz e reflete um conjunto de crenças e percepções correntes na sociedade brasileira que se diferenciam entre categorias de cidadãos, reservando tratamento privilegiado para os estratos superiores e os rigores da ordem para os inferiores. Logo, é o senso comum – manipulado pela mídia através da difusão da cultura do medo – que dá suporte à violência praticada nas delegacias e prisões e tende a justificar a brutalidade contra criminosos ou suspeitos, com o argumento de que a punição na mesma medida significa justiça para as vítimas e constitui a melhor maneira de dissuadir outros potenciais bandidos⁵⁰. É a tentativa de erradicação do mal pela raiz, isto é, a busca da eliminação física do criminoso, o que desconsidera em determinadas circunstâncias os estatutos legais que garantem a todos, inclusive aos bandidos, certos direitos⁵¹; isto é visivelmente observado no filme *Tropa de Elite*⁵².

É importante salientar que o desrespeito aos direitos humanos do criminoso ou detento faz parte da cultura brasileira porque, apesar de ser comum a sua violação no mundo contemporâneo, é característica própria do Brasil entender que a proteção daqueles direitos é algo ruim, um estorvo para a sociedade, por isso, são geralmente identificados como direitos de bandidos, além de se considerar os defensores daqueles direitos em relação aos presos como pessoas que se empenham con-

50 BELLÍ, Benoni. **Tolerância Zero e Democracia no Brasil**: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004, p.108.

51 Idem, *Ibidem*.

52 *TROPA de elite*. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro e outros. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Mantovani. Produzido por Zazen Produções, 2007, 1 DVD (112 min.).

tra os direitos dos cidadãos de bem e a favor de criminosos ou detentos. Como aduz Caldeira que os defensores de direitos humanos “são transformados, conseqüentemente, em pessoas que trabalham contra os direitos de cidadãos honestos e a favor de criminosos”⁵³.

Deste modo, o uso dos processos de etiquetamento e da rotulação dos direitos humanos como direitos exclusivos dos homens de bem, por serem políticas autoritárias de controle social, alimentam a prática da violência e da tortura contra a classe menos favorecida, o que é tolerado pela sociedade.

Portanto, a propagação da cultura do medo pela mídia permite que diferentes formas de atrocidades, torturas e de crimes contra as pessoas se perpetuem, demonstrando que os comportamentos e valores difundidos a partir desta cultura são tão ou mais violentos quanto a própria violência de que se tem medo. Desse modo, infringem os direitos humanos e notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁴ para que seja mantida na sociedade uma divisão social e as grandes empresas de segurança privada tenham altos lucros.

5 Conclusão

A cultura do medo é o uso do medo da violência e criminalidade que é manipulado e propagado pela mídia através da dramatização da violência, gerando nas pessoas um medo ou pânico generalizado da criminalidade e violência e que, conseqüentemente, difunde uma crença de uma necessidade cada vez maior de segurança, o que as faz exigirem do Estado uma repressão criminal mais severa em relação à violência através de leis e penas mais rígidas.

53 CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000, p.349.

54 Cf Sarlet quando se referi à dignidade da pessoa humana alude que: “[...]Assim, sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”(SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.59-60)

O mesmo processo acontece em relação aos direitos humanos em que a mídia, ao difundir a cultura do medo através da dramatização da violência, rotula aqueles direitos como sendo exclusivos dos “homens de bem”, do “cidadão”, da “vítima”, ao passo que os “bandidos não têm direitos humanos”. Desse modo, a idéia que a mídia passa, notadamente pela TV, é a perda da condição de cidadão e, em última análise, da condição humana da pessoa que praticou algum delito.

De fato, a prática da violência no âmbito das delegacias e prisões reproduz e reflete um conjunto de crenças e percepções correntes na sociedade brasileira que se diferenciam entre categorias de cidadãos, reservando tratamento privilegiado para os estratos superiores e os rigores da ordem para os inferiores. Logo, é o senso comum – manipulado pela mídia através da difusão da cultura do medo – que dá suporte à violência praticada nas delegacias e prisões e tende a justificar a brutalidade contra criminosos ou suspeitos, com o argumento de que a punição na mesma medida significa justiça para as vítimas e constitui a melhor maneira de dissuadir outros potenciais bandidos⁵⁰. É a tentativa de erradicação do mal pela raiz, isto é, a busca da eliminação física do criminoso, o que desconsidera em determinadas circunstâncias os estatutos legais que garantem a todos, inclusive aos bandidos, certos direitos⁵¹; isto é visivelmente observado no filme *Tropa de Elite*⁵².

É importante salientar que o desrespeito aos direitos humanos do criminoso ou detento faz parte da cultura brasileira porque, apesar de ser comum a sua violação no mundo contemporâneo, é característica própria do Brasil entender que a proteção daqueles direitos é algo ruim, um estorvo para a sociedade, por isso, são geralmente identificados como direitos de bandidos, além de se considerar os defensores daqueles direitos em relação aos presos como pessoas que se empenham con-

50 BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e Democracia no Brasil**: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004, p.108.

51 Idem, *Ibidem*.

52 *TROPA de elite*. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro e outros. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Mantovani. Produzido por Zazen Produções, 2007, 1 DVD (112 min.).

tra os direitos dos cidadãos de bem e a favor de criminosos ou detentos. Como aduz Caldeira que os defensores de direitos humanos “são transformados, conseqüentemente, em pessoas que trabalham contra os direitos de cidadãos honestos e a favor de criminosos”.⁵³

Deste modo, o uso dos processos de etiquetamento e da rotulação dos direitos humanos como direitos exclusivos dos homens de bem, por serem políticas autoritárias de controle social, alimentam a prática da violência e da tortura contra a classe menos favorecida, o que é tolerado pela sociedade.

Portanto, a propagação da cultura do medo pela mídia permite que diferentes formas de atrocidades, torturas e de crimes contra as pessoas se perpetuem, demonstrando que os comportamentos e valores difundidos a partir desta cultura são tão ou mais violentos quanto a própria violência de que se tem medo. Desse modo, infringem os direitos humanos e notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁴ para que seja mantida na sociedade uma divisão social e as grandes empresas de segurança privada tenham altos lucros.

5 Conclusão

A cultura do medo é o uso do medo da violência e criminalidade que é manipulado e propagado pela mídia através da dramatização da violência, gerando nas pessoas um medo ou pânico generalizado da criminalidade e violência e que, conseqüentemente, difunde uma crença de uma necessidade cada vez maior de segurança, o que as faz exigirem do Estado uma repressão criminal mais severa em relação à violência através de leis e penas mais rígidas.

53 CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000, p.349.

54 Cf Sarlet quando se referi à dignidade da pessoa humana alude que: “[...]Assim, sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.59-60)

No entanto, é fato que no Brasil, atualmente, a sociedade vive um sentimento de insegurança e medo da violência e criminalidade produzindo, assim, comportamentos diferentes, dependendo da classe social, mas que representam um comportamento hegemônico em relação à violência.

Enfim, a cultura do medo é uma forma hegemônica de pensar sobre a criminalidade e violência de uma sociedade.

Diante disto, constatou-se que as implicações da cultura do medo no âmbito da segurança pública, no Brasil, teve como efeito uma maior repressão criminal pela polícia militar, que utilizou práticas de tortura como meio de investigação e no sistema penitenciário houve grandes investimentos em construções de presídios e penitenciárias. Já no âmbito da segurança privada, houve altos lucros com a venda de equipamentos e serviços de segurança pelas empresas de segurança privada.

Ademais, os detentores de poder, no Brasil, utilizam a difusão da cultura do medo através da mídia como uma forma de dominação e controle social que tem como um de seus efeitos gerar discriminações através da estigmatização de grupos sociais considerados perigosos e violentos pela elite e que, conseqüentemente, terá como resultado a divisão da sociedade em classes e grupos. Assim, para que aqueles se mantenham no controle e as empresas de segurança privada tenham altos lucros é preciso manter a divisão social, e para que isto aconteça é fundamental utilizar a difusão daquela cultura.

Portanto, a mídia, ao difundir a cultura do medo, utiliza processos de etiquetamento das pessoas acusadas de cometer crimes e rotulação dos direitos humanos como direitos exclusivos de homens de bem para manter o controle social e a população com medo. Desse modo, a propagação daquela cultura pela mídia permite que diferentes formas de atrocidades e torturas se conservem, infringindo, assim, os direitos humanos.

**The culture of fear and its implications in public and private security:
A violation to the human rights in Brazil**

Abstract

In this present work a detailed study of the culture of fear when it is manipulated and disseminated by media through violence dramatization and their effects in society was done. As well analyzed the culture of fear and their implications in public and private security in Brazil, explaining why the public security highly invests in creating prisons and penitentiary and the companies of private security have high gains in selling equipment

and services related to security each moment even more sophisticated. Finally, an analysis was done about the process media uses through violence dramatization to keep the population afraid and high gains of the private security companies, which disrespect the human rights.

Key words: Culture of Fear. Human Rights. Media. Public and Private Security.

Referências

a) Livros

ALDROVANDI, Elaine. **Seja feliz, diga não à depressão**. 3 ed, São Paulo: EME, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3. ed, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELLI, Benoni. **Tolerância zero e democracia no Brasil:** visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros:** crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** 12 ed, São Paulo: Brasiliense, 1983, (Coleção Primeiros Passos).

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CICERI, Maria Rita. **O medo:** lutar ou fugir: as muitas estratégias de um mecanismo de defesa instintivo. Tradução de Orlando Soares Moreira, São Paulo: Paulinas Edições Loyola, 2004, (Coleção para saber mais n.9).

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente:** 1300-1800, uma cidade sitiada. Tradução de Maria Lucia Machado, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. Medos de ontem e de hoje. Tradução de Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto(coord). **Ensaio sobre o medo.** São Paulo: SENAC, 2007.

ECKERT, Cornélia, ROCHA, Ana Luiza C. de. **O porto pouco seguro:** estudo da cultura do medo em Porto Alegre, Porto Alegre: Banco de Imagens e Efeitos Visuais, PPGAS/UFRGS, 2005.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo:** o caso RDD(Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005.

FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana.** Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao averso. Tradução de Sérgio Faraco, 7 ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.

_____. **O teatro do bem e do mal.** Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2006 (Coleção v. 293).

GLASSNER, Barry. **Cultura do medo.** São Paulo: Francis, 2003.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

KOURY, Mauro Guilherme Pinheiro. **De que João Pessoa tem medo?** Uma Abordagem em Antropologia das Emoções. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2008 (coleção cadernos do GREM, n.5, 2008).

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 19 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MYRA Y LOPEZ. **Os quatro gigantes da alma:** o medo, a ira, o amor e o dever. 16 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1994.

MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal:** (dês)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, v.2, 2002.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

WOLFF, Francis. Devemos temer a morte? Tradução Marcelo Gomes. In: NOVAES, Adauto (coord). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: SENAC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TUAN, Yi-Fu. **Paisagens do medo**. Tradução de Livia de Oliveira. São Paulo: Unesp, 2005.

b) Artigos científicos

BAIERL, Luzia Fátima, ALMENDRA, Carlos Alberto da Cunha. A dinâmica perversa do medo e da violência urbana. **Revista Quadrimestral de Serviço Social**, São Paulo, a. XXIII, n. 70, jul.2002.

DANTAS, Alexandre, et al. A violência e a criminalidade na sala de estar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 57, a. 13, p. 248-299, nov./dez 2005.

DYMETMAN, Annie. Modernidade, Intolerância e Resistência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 45, a. 11, p.269-282, out./dez 2003.

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Paraná, n.13, 1999.

SADER, Emir. Direitos e Esfera Pública. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n.77, a. XXIV, abr. 2004.

c) Artigos de jornal

SCHEPPA, Hélia. Condomínio quer fechar 4 ruas e causa polêmica. **Jornal do Comércio**, Recife, p.7, 19 de julho de 2007.

PARAGUAI quer tornozeleira eletrônica. **Diário de Pernambuco**, Recife, p.A12, 5 de agosto de 2007.

d) DVD

TIROS em Columbine. Título original: Bowling for Columbine. Direção Michael Moore, Gênero Documentário, 1 DVD (121 min.)2002.

TROPA de elite. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro e outros. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Mantovani. Produzido por Zazen Produções, 2007, 1 DVD(112 min.).

Referência deste artigo

LEITE, Maria das Dores Gonçalves da Silva. A cultura do medo e suas implicações na segurança pública e privada: uma violação aos direitos humanos no Brasil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 279-302, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 14 jun. 2010.

A utilização retórica dos princípios sociais que regem os direitos obrigacionais dentro da atual perspectiva civilista

Patrícia Camilo Caetano Silva

Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e membro do Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica e História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife.

Resumo

Sobretudo a partir do século XX, em combate ao abuso do poder econômico e em defesa da efetivação de direitos formalmente assegurados e da ordenação social, o Estado passou a intervir de modo mais intenso nos acordos de vontades entre privados. E, afastando-se do pensamento liberal-individualista, começa-se a enxergar os homens enquanto povo, enquanto coletividade. É em meio a essa transformação que princípios como o da função social, equivalência material e boa-fé adquirem espaço e hoje assumem posição de destaque no direito privado. Entretanto, a partir de uma análise mais apurada, pode-

se perceber que tais princípios não possuem conceituações cabais, precisas ou exatas, mas sim, um elevado nível de vagueza e indeterminação. Não obstante tal afirmação, eles, os princípios sociais, não perdem importância, pois possuem um valor intrínseco, o valor retórico, a capacidade de persuadir e de legitimar uma opinião. E o objetivo da autora, através do presente artigo, será justamente evidenciar tal valor, a partir de argumentações judiciais fundamentadas, essencialmente, pela função social, equivalência material e boa-fé.

Palavras-chaves: Análise retórica. Direito privado. Argumentação judicial.

Introdução: a análise retórica da função social, equivalência material e boa-fé

Grande é a atual discussão, dentro da doutrina civilista, acerca dos princípios que informam as relações obrigacionais. Devido ao constante aumento da complexidade social e, juntamente com esse, às diversificadas orientações culturais, políticas e econômicas, hoje, já não se pode delimitar precisamente o conceito e alcance de termos como boa-fé, equivalência material e função social. Tais termos podem hoje ser considerados os mais notáveis princípios sociais – ou, ao menos, os mais trabalhados pela atual doutrina –, responsáveis por reger as relações jurídicas de caráter obrigacional.

O objetivo aqui não será tentar obter conceituações para tais princípios, muito embora sejam citadas, mais adiante, definições consideradas clássicas de alguns renomados juristas. Tentar-se-á, antes, encontrar, dentro de argumentações judiciais, a utilização retórica dos princípios da boa-fé, da equivalência material e da função social.

Inicialmente, faz-se, entretanto, necessária uma breve explanação sobre o sentido da expressão “retórica”, por vezes, utilizada. Retórica aqui não deve seguir a compreensão ofertada pelo senso comum – sobretudo ocidental – que a confunde com a arte de ganhar discussões a ferro e fogo, por meios limpos ou sujos¹. A retórica deve ser entendida como uma nova forma de conhecer – de “experimentar o mundo”² – apartada das concepções aparentemente dominantes que se autodenominam “verdades”.

Para reforçar tal idéia, parte-se dos ensinamentos de Aristóteles, o qual compreendia a retórica como um bem coletivo, como um conjunto de conhecimentos humanos que deveria compor a formação do cida-

1 CARVALHO, Orlando de. Introdução crítica à dialética de Schopenhauer In: SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (dialética erística)**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. p. 34.

2 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

ção.³ Para ele, a retórica – como uma das quatro ciências do discurso – é composta por três elementos determinantes da persuasão: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*; o primeiro refere-se ao caráter pessoal do orador, o segundo, à provocação no auditório de determinado estado de espírito favorável a ele, e o terceiro, aos argumentos, às provas fornecidas pelo próprio discurso. Deve, dessa forma, o orador não só colocar seus ouvintes num estado de espírito propício, mas também fazer com que seu caráter pareça correto e argumentar por meio de um discurso demonstrativo e confiável.⁴

Assim, afirma-se o entendimento de que a retórica não deve ser resumida à arte estratégica capaz de influir na conduta alheia, a qualquer custo, de qualquer modo. A persuasão retórica não está relacionada apenas à sua capacidade de despertar emoções nos ouvintes (*pathos*), mas também à ética (*ethos*) e à argumentação (*logos*).

Quando, portanto, diz-se que será analisada a utilização retórica de princípios, não significa que se buscarão manipulações irresponsáveis e descompromissadas de tais termos; significa, sim, que tal utilização será enquadrada no elemento *logos* – referente à argumentação. Pois toda discussão tem por objetivo a persuasão, no entanto, essa não deve ser feita de todo e qualquer modo, é necessária fundamentação, e será aqui, na fundamentação de decisões judiciais, que se encontrará o uso de princípios como boa-fé, equivalência material e função social.

Antes, entretanto, faz-se mister analisar as idéias transmitidas pela doutrina civilista atual acerca dos conceitos de tais princípios. Mais uma vez, adverti-se que não é o objetivo do trabalho delimitá-los precisamente – até mesmo porque não se acredita ser isto possível –, apenas será apresentado, de modo simplório, o que boa parte da doutrina entende por boa-fé, equivalência material e função social. E só a partir daí, serão analisadas fundamentações judiciais nas quais a utilização de tais princípios sociais se mostrou basilar para a justificação e neutralização de decisões e para a persuasão dos destinatários desses discursos jurídicos.

3 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 267.

4 ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007. p. 23-29, 81, 147.

1 Considerações acerca dos conceitos comumente utilizados dos princípios sociais referentes aos contratos

Aprioristicamente, para a devida compreensão do presente artigo, não se pode fugir do termo princípio. Através do aparentemente inafastável desejo humano por estabelecer conceituações puramente ontológicas, muitas e diversificadas definições surgiram à expressão “princípio”, definições essas que beiram à ingenuidade por se considerarem “precisas” e “exatas”.

Alguns, por exemplo, consideram os princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*”,⁵ outros preferem dizer que eles são “mandamentos nucleares de um sistema [...], capazes de compor o espírito e de oferecerem critérios para a exata compreensão deste, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando a este sentido harmônico”.⁶

Prefere-se, entretanto, não considerar que os princípios do Direito sejam imposições naturais ou normativas óbvias, evidentes, lógicas ou exatas; entende-se, antes, consoante Robert Alexy,⁷ que eles sejam “mandamentos de otimização”. Mandamentos estes capazes, não de oferecer a tão sonhada completude e coerência ao ordenamento jurídico, mas, sim, de aperfeiçoar o discurso, fundamentá-lo a partir de entendimentos previamente estipulados e aceitos pelo senso comum dos juristas, torná-lo, enfim, mais persuasivo.

5 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 299.

6 MELLO, Celso Antônio Bernardes de. *Apud* SOUZA, Lourival de J. Serejo. O Acesso à Justiça e aos Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais. Doutrina e jurisprudência**, Rio Grande do Sul, n. 20, p. 30, 1997.

7 ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos Y Razón Práctica**. Trad. Manuel Atienza. Doxa: Universidad de Alicante, n. 5, 1988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Dito isto, ao tratar dos princípios do direito privado, se poderia, sem dúvidas, analisar os princípios informadores do direito civil clássico, aqueles de caráter eminentemente formalista e patrimonialista, resultantes do individualismo típico do final do século XVIII. Podem ser citados como exemplos de tais princípios a autonomia da vontade – que assegura ao indivíduo a liberdade de contratar e de estabelecer os termos do contrato – a *pacta sunt servanda* – que defende que, em nome da segurança jurídica, o contrato estabelecido funcione como uma espécie de lei entre as partes, de modo que seu cumprimento seja alcançado – e a relatividade subjetiva – que determina a eficácia do contrato entre as partes que o celebraram.

Entretanto, por motivos metodológicos e práticos, optou-se por enfatizar princípios de caráter primordialmente social, devido, sobretudo, ao afastamento do pensamento liberal-individualista por parte do Estado que se viu obrigado, a partir do início do século XX, a intervir de modo mais intenso em combate ao abuso do poder econômico e em defesa da efetivação de direitos formalmente assegurados e da ordenação social. De acordo com Paulo Lôbo, esse novo Estado – o Social –, impulsionado pelos movimentos populares, passou a postular muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passou a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.⁸

A partir daí, os princípios clássicos do liberalismo moderno – a autonomia da vontade, a *pacta sunt servanda* e a relatividade subjetiva – não deixaram de informar as relações privadas, porém, estes princípios começaram a sofrer limitações por parte do Estado. Só se pode agora defender tais princípios, diz a doutrina e a jurisprudência, se eles estiverem em consonância com os “valores sociais”,⁹ do contrário, eles não mais poderão ser aceitos; pois, primordial agora são os cidadãos como conjunto, e não mais o indivíduo em particular.

Exemplo claro desta limitação, imposta pelos “valores sociais” aos princípios liberais, aparece logo no primeiro artigo, do atual Código Ci-

8 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 722, p.42, 2002.

9 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel. 1970. p. 390.

1 Considerações acerca dos conceitos comumente utilizados dos princípios sociais referentes aos contratos

Aprioristicamente, para a devida compreensão do presente artigo, não se pode fugir do termo princípio. Através do aparentemente inafastável desejo humano por estabelecer conceituações puramente ontológicas, muitas e diversificadas definições surgiram à expressão “princípio”, definições essas que beiram à ingenuidade por se considerarem “precisas” e “exatas”.

Alguns, por exemplo, consideram os princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*”,⁵ outros preferem dizer que eles são “mandamentos nucleares de um sistema [...], capazes de compor o espírito e de oferecerem critérios para a exata compreensão deste, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando a este sentido harmônico”.⁶

Prefere-se, entretanto, não considerar que os princípios do Direito sejam imposições naturais ou normativas óbvias, evidentes, lógicas ou exatas; entende-se, antes, consoante Robert Alexy,⁷ que eles sejam “mandamentos de otimização”. Mandamentos estes capazes, não de oferecer a tão sonhada completude e coerência ao ordenamento jurídico, mas, sim, de aperfeiçoar o discurso, fundamentá-lo a partir de entendimentos previamente estipulados e aceitos pelo senso comum dos juristas, torná-lo, enfim, mais persuasivo.

5 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 299.

6 MELLO, Celso Antônio Bernardes de. *Apud* SOUZA, Lourival de J. Serejo. O Acesso à Justiça e aos Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais. Doutrina e jurisprudência**, Rio Grande do Sul, n. 20, p. 30, 1997.

7 ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos Y Razón Práctica**. Trad. Manuel Atienza. Doxa: Universidad de Alicante, n. 5, 1988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Dito isto, ao tratar dos princípios do direito privado, se poderia, sem dúvidas, analisar os princípios informadores do direito civil clássico, aqueles de caráter eminentemente formalista e patrimonialista, resultantes do individualismo típico do final do século XVIII. Podem ser citados como exemplos de tais princípios a autonomia da vontade – que assegura ao indivíduo a liberdade de contratar e de estabelecer os termos do contrato – a *pacta sunt servanda* – que defende que, em nome da segurança jurídica, o contrato estabelecido funcione como uma espécie de lei entre as partes, de modo que seu cumprimento seja alcançado – e a relatividade subjetiva – que determina a eficácia do contrato entre as partes que o celebraram.

Entretanto, por motivos metodológicos e práticos, optou-se por enfatizar princípios de caráter primordialmente social, devido, sobretudo, ao afastamento do pensamento liberal-individualista por parte do Estado que se viu obrigado, a partir do início do século XX, a intervir de modo mais intenso em combate ao abuso do poder econômico e em defesa da efetivação de direitos formalmente assegurados e da ordenação social. De acordo com Paulo Lôbo, esse novo Estado – o Social –, impulsionado pelos movimentos populares, passou a postular muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passou a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.⁸

A partir daí, os princípios clássicos do liberalismo moderno – a autonomia da vontade, a *pacta sunt servanda* e a relatividade subjetiva – não deixaram de informar as relações privadas, porém, estes princípios começaram a sofrer limitações por parte do Estado. Só se pode agora defender tais princípios, diz a doutrina e a jurisprudência, se eles estiverem em consonância com os “valores sociais”,⁹ do contrário, eles não mais poderão ser aceitos; pois, primordial agora são os cidadãos como conjunto, e não mais o indivíduo em particular.

Exemplo claro desta limitação, imposta pelos “valores sociais” aos princípios liberais, aparece logo no primeiro artigo, do atual Código Ci-

8 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 722, p.42, 2002.

9 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1970. p. 390.

vil, referente aos contratos, o art. 421, que diz: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Aqui, o código é taxativo ao limitar a liberdade de contratação ao princípio da função social, regrado a, antes incondicionável, autonomia da vontade.¹⁰

Dificuldades, entretanto, são encontradas em se estabelecer quais são estes “valores” integrantes de uma sociedade, quais são as condutas que podem ser incluídas em tal conceito. Sem dúvidas, os valores sociais estão ligados à cultura existente dentro de um determinado espaço e época. Mas, como determinar o que integra ou não a cultura de um povo tão múltiplo e diverso como o brasileiro, por exemplo? Esta é uma problemática que se tentará expor, mais detalhadamente, adiante.

1.1 Função social

Como percebido, o princípio da função social ocupa hoje lugar de destaque dentro da doutrina civilista, porém, isso tem uma razão especial de ser: a Constituição Federal do Brasil, logo em seu parágrafo único do art. 1º, assegura que “todo o poder emana do povo”, e o princípio em análise nada mais é que uma forma especial de pensar nos homens como povo, como coletividade.

Devido à supracitada intervenção estatal, a partir, principalmente, do século XX, o direito privado passa a se preocupar não só com os indivíduos contratantes mas também com terceiros, com as consequências sociais das relações obrigacionais. Em outras palavras, partindo de uma perspectiva mais solidária, percebeu-se que o indivíduo só existe enquanto há coletividade, e, sendo assim, este deve adotar uma postura “mais humana e menos egoísta”,¹¹ passando a considerar também tal

10 Para saber mais sobre “autonomia da vontade regradada”, ver OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regradada. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

11 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo código civil anotado*: contratos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. v. III, p. 7.

coletividade em suas relações privadas, pois estas não são estranhas às necessidades sociais.

Portanto, pelos motivos acima evidenciados, o atual Código Civil brasileiro, em seu art. 187, estabelece que cometerá ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Dessa forma, considera-se prática abusiva aquela que, firmada entre as partes, não toma conhecimento dos seus efeitos e consequências sociais.

Importante é ressaltar que, consoante Miguel Reale, o princípio da função social não deve ser considerado um ônus às partes contratantes, mas sim, um benefício à coletividade. Pois ele não impede que acordos entre particulares sejam firmados, mas apenas exige atenção para que os interesses desses não entrem em conflito com o interesse público. Garante, assim, que o contrato não represente um instrumento para atividades abusivas que causem dano à parte contrária ou a terceiros.¹² O complexo, como já defendido, é definir o que exatamente seja “a função social”, pois o código e também a doutrina e jurisprudência com muita segurança a ela se referem, porém, não limitam seu conteúdo. Fato este que só evidencia o caráter tópico de tal termo.

1.2 Equivalência material

Também como fruto de um Estado mais preocupado com a revalorização do indivíduo surge o princípio da equivalência material entre as partes contratantes. Tal princípio também impõe uma releitura de clássicos princípios liberais, dentre eles os supracitados, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*. No tocante à autonomia da vontade, as convenções estabelecidas entre as partes contratantes não mais podem ter caráter absoluto, mas sim, relativo, pois para que haja, de fato, equilíbrio, a tais partes não basta a igualdade formalmente declarada; faz-se, antes, necessário um maior esforço pela harmonização dos inte-

12 REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc-cont.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

resses das partes envolvidas e pela realização do real equilíbrio das prestações em todo processo obrigacional.¹³ Já no que diz respeito à releitura da *pacta sunt servanda*, esse clássico princípio liberal não mais pode ser compreendido como “a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, [...] mas sim no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.”¹⁴ Em outras palavras, como dito que para que haja equilíbrio material não é suficiente a igualdade formal, o contrato, embora prevaleça obrigatório em nome da segurança jurídica, deverá manter limites de equilíbrio entre suas partes, de forma a não haver proveito injustificado de uma delas em detrimento da outra.¹⁵

Deve-se, entretanto, ressaltar que tal princípio, no momento em análise, assim como os demais princípios sociais que hoje regem de forma suprema as relações obrigacionais, não extinguem os clássicos princípios liberais acima descritos, mas inegavelmente restringem o âmbito de interpretação e aplicação destes, em nome da efetiva igualdade e do equilíbrio de direitos e deveres entre as partes dentro das relações contratuais.

O problema em se aplicar tal princípio, no entanto, fica por conta de estabelecer qual o grau de discrepância necessário, qual a diferença relevante, para que se clame pela equivalência material entre as partes. Pois, como ensina o pensamento retórico, dois ou mais elementos não podem ser tão semelhantes de forma que não existam diferenças entre eles, nem tão diferentes de modo que inexistam semelhanças. Sendo assim, torna-se problemática a determinação do que seja igual e do que seja distinto e, conseqüentemente, o emprego do princípio da equivalência material pode ficar comprometido.

13 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

15 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

1.3 Boa-fé

Originado ainda no Direito Romano, sob o nome de “*bona fidescontingenda*”, o Direito pátrio atual não pode ser enxergado distante do princípio da boa-fé, sabido que ele, de acordo com boa parte dos civilistas,¹⁶ oferece ainda mais segurança jurídica às relações, sobretudo privadas, ao impor direitos e deveres mútuos às partes. De modo simplório, costuma a doutrina defender que tais direitos e deveres impostos pela boa-fé se relacionam com o agir correto, honesto e leal antes, durante e após a relação obrigacional.

Porém, esse tipo de conceituação mais dificulta que ajuda, pois como saber o que é de fato correto, honesto e leal? De acordo com Adeodato,¹⁷ “em última instância, o correto e o justo é aquilo que o sistema determina como tal.” Sendo assim, a única certeza que se tem é a de que tais termos possuem significados distintos a depender da época e do lugar em que são utilizados, o que acaba por dar margens aparentemente excessivas à discricionariedade do intérprete de tal princípio. No entanto, tal impasse será melhor analisado em outro momento, mais adiante, quando se tratar propriamente da utilização retórica dos princípios informadores das relações obrigacionais.

Distanciando-se de tal problemática, de acordo com Clóvis do Couto e Silva, o princípio da boa-fé já pode ser compreendido hoje como uma verdadeira proposição jurídica com significado de norma de conduta. De fato, o Código brasileiro oferece a orientação hermenêutica de que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar e de sua celebração” (art. 113), além de estabelecer, em seu art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar os princípios de probidade e de boa-fé”, considerando ato ilícito aquela conduta que manifestamente excede, dentre outros, este último princípio (art. 187).

16 Dentre eles, SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÉGA, Viviane Amaral. Crise das fontes no direito obrigacional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=562>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

17 ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade continuada de como questões de um pensamento periférico. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 253-288, jan./jun. 2009.

Ainda segundo a doutrina, a boa-fé se apresenta sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo. O primeiro, bastante enfatizado pelo direito canônico, preocupa-se com o interior, com a “intenção” do sujeito da relação jurídica. Aqui, encontra-se outra dificuldade em lidar com o princípio da boa-fé como algo posto, claro e evidente. Pois, como saber o que se passa na mente do indivíduo, se deve identificar “a intenção deste, o seu estado psicológico ou sua íntima convicção”,¹⁸ através apenas da análise de condutas e aspectos externos por ele oferecidos?

Já no tocante à boa-fé objetiva, essa deve ser compreendida com um “modelo de conduta social”, ou ainda como “um modelo de como um ser humano ideal, certo, honesto e probo faria no caso concreto.”¹⁹ Mais uma vez, aqui, lida-se com termos, aparentemente, incompreensíveis ao “homem-médio”, como “modelo de conduta social” e “homem-ideal”. Termos esses que, embora não possuam um significado concreto e sejam eminentemente vagos, auxiliam bastante na persuasão do destinatário do discurso, como se constatará adiante.

2 Analisando, através de casos concretos, o uso dos princípios sociais como meio retórico de persuasão

2.1 A função social do contrato como meio de impedir cláusulas abusivas impostas pelos planos de saúde

Não raro, tentam as seguradoras de saúde se eximir da obrigação de fazer determinados procedimentos cirúrgicos, de dar determinados medicamentos considerados vitais segurado ou, ainda, através de constantes reajustes das mensalidades, muitas vezes, tentam elas desfazer

18 COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

19 Idem, p. 411.

repentinamente contratos, há muito ajustados, com antigos segurados que não possuem a necessária condição financeira de arcar com tais alterações contratuais.

Esses tipos de condutas, praticadas pelos diversos planos de saúde, têm gerado atualmente rica jurisprudência a respeito dos limites autoimpostos por essas seguradoras às suas próprias obrigações. Os principais tribunais do país não as têm considerado justas, sendo comum, por exemplo, sentenças que imponham, a esses planos, a revisão de cláusulas contratuais consideradas abusivas e concessões de tutelas antecipadas para a realização de cirurgias não cobertas pelo plano, mas tidas por essenciais à manutenção da vida do segurado.

Para fundamentar esse tipo de decisão, esses tribunais, segundo seus discursos, valem-se do princípio da função social; argumentando, por exemplo, que a não-antecipação de tutela de mérito, no caso de cirurgias vitais não contempladas pelo contrato entre o plano de saúde e seu cliente, tornaria inócua a cobertura do seguro, não se podendo confundir cláusula restritiva do risco com a que restringe a responsabilidade. “Devendo, portanto, o contrato ser interpretado segundo as regras da função social, ponderando-se assim os interesses em conflito, para prevalecer a proteção da vida e da saúde.”²⁰

Porém, como dito anteriormente, não há uma definição precisa do que seja “a função social do contrato”. Sabe-se que ela procura “o melhor” para a manutenção da ordem social, mas é apenas isso que se conhece, em que consiste tal benefício não se tem ciência. Por isso que, em última análise, acredita-se que quem decide o conteúdo, de fato, de tal princípio é o seu intérprete, é aquele que dele se utiliza. No caso supracitado, das seguradoras de saúde, foi o julgador quem realmente estabeleceu o alcance da função social do contrato, defendendo que ela deveria limitar a autonomia da seguradora, a qual vinha impondo restrições às suas próprias obrigações. Porém, ele poderia também, assim

20 TJ/RJ Agravo de Instrumento Nº 2004.002.16331 – Relator Des. Sylvio Capanema, 03 nov. 2004. Nesse sentido, ver também TJ/RS Agravo de Instrumento Nº 70033967837 – Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 30 dez. 2009.

como fez a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, diferentemente entender como legal a negativa do plano de saúde de arcar com o custeio de cirurgia não incluída no contrato firmado entre as partes, em nome da ordenação e do bem-estar social.²¹

É a partir daí, de julgados contrários, que se pode analisar como tal princípio pode ser utilizado como um meio retórico capaz de fortalecer o discurso de quem o defende. Pois, por ser um termo eminentemente vago, aquele que o utilizar está aparentemente livre para escolher o seu significado, de acordo com seus interesses e vontades particulares, conscientemente ou não. Daí relembra-se da lição de Saussure de que “o laço que une o significante ao significado será sempre arbitrário”.²²

Porém, muito embora se possa evidenciar esse caráter arbitrário na definição do que seja a função social do contrato, acredita-se que tal princípio possui limites impostos pela época e pelo lugar onde é defendido. Exemplificando, atualmente, provavelmente não seria aceita e tida por inconstitucional a argumentação que defendesse que, em nome da função social, os planos de saúde pudessem diferenciar os valores a serem pagos por seus segurados a partir de critérios de cor ou de raça. Diferentemente, porém, poder-se-ia sim, em face da ordem social, defender a manutenção do acordado e a segurança jurídica das relações já firmadas e, dessa forma, não se conceder o que antes não havia sido combinado, o que representa, no caso em análise, a cirurgia não contemplada pelo contrato inicialmente pactuado.

Sendo assim, embora se admita que haja um núcleo comumente acordado sobre o que seja a função social do contrato, há, não restam dúvidas, uma região de “penumbra” sobre o que esteja, ou não, enquadrado dentro de tal princípio. Quem determina, por fim, tal enquadramento é aquele que, como já dito, o utiliza e pretende tornar sua mera opinião no conceito último de interesse, bem-estar e função social.

21 TJ/MT Apelação Cível Nº 98819/2007 – Relator Des. Leônidas Duarte Monteiro.

22 SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 20. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1995. p. 80 e 81.

2.2 A problemática existente entre os contratos de adesão e o princípio da equivalência material

Como já visto, o princípio da equivalência material procurar pôr em pé de igualdade os contratantes, estabelecendo uma situação de linearidade contratual onde antes não havia. Tal princípio vem sendo, constantemente, aplicado como forma de conter a autonomia (excessiva) da vontade da parte considerada mais fortalecida da relação, relativizando a *pacta sunt servanda*.

Não tem sido rara, por exemplo, a utilização de tal princípio nas decisões que imponham a revisão de cláusulas, tidas por abusivas, dentro de contratos de adesão, os quais, por geralmente possuírem termos unilateralmente estabelecidos por uma das partes contratantes, sem que a outra possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, têm sido considerados como meios capazes de tornar uma das partes mais vulnerável, havendo, assim, a necessidade da intervenção estatal para o restabelecimento da paridade contratual.

Foi dito, anteriormente, que a dificuldade na aplicação do princípio da equivalência material está justamente em encontrar onde há a desigualdade e – se encontrada esta – em determinar se ela é relevante, ou não, para causar o desequilíbrio contratual. Pois bem, se analisará, a seguir, um caso em que a aplicação do princípio foi problemática justamente por não se saber se havia, ou não, o nível de desigualdade material necessário para causar tal desequilíbrio entre as partes.

Trata-se do REes. 256.456-SP – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, também trabalhado pela Prof.^a Fabíola Santos Albuquerque, em seu texto “Contrato de adesão no novo código civil.”²³ Este caso se refere a um contrato firmado entre produtores e uma indústria de suco de laranja. Os primeiros reivindicavam a revisão de tal contrato por este conter cláusulas tidas por onerosas, firmadas por adesão. Em primeira

23 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3914>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

instância, o juiz considerou o pedido dos produtores de laranja procedente; em fase recursal, entretanto, decidiu-se pela prevalência do contrato anteriormente firmado em nome da *pacta sunt servanda*; ao chegar ao STJ, a decisão mais uma vez foi alterada, restaurou-se a sentença do juízo monocrático de primeiro grau, defendendo-se a prevalência dos princípios sociais do contrato, dentre eles, o da equivalência material entre as partes.

Como percebido, o mesmo caso gerou decisões aparentemente opostas, em duas delas prevaleceu o princípio da equivalência material e, na outra, o da *pacta sunt servanda*, sendo esta a constatação fática do já afirmado. Pois não se pode saber com absoluta certeza se entre os contratantes em questão existem diferenças relevantes a ponto de ser necessária a revisão ou rescisão contratual. Sendo assim, decidir, muitas vezes, se as diferenças existentes entre as partes são ou não relevantes, acaba sendo, em suma, uma questão de escolha, daí o caráter retórico do princípio da equivalência material. Pois ele pode ser utilizado para fundamentar, de modo bastante convincente, decisões meramente opinativas sobre se há ou não distinções entre as partes contratantes, fato este que não significa que estas existam, ou inexistam, concretamente.

2.3 A boa-fé como argumento capaz de afastar o seguro de vida do condutor embriagado

No tópico 1.3, referente à análise do princípio da boa-fé, foi dito que uma das dificuldades em lidar com tal princípio está na indeterminação de seu conceito e alcance, pois estes, repete-se, variam de acordo com o lugar e época em que são utilizados. Pois bem, será analisada, a partir de agora, uma decisão proferida poucos anos após um entendimento jurisprudencial ser aparentemente firmado. Trata-se do não reconhecimento do REsp. 973725-SP pelo STJ, o qual decidiu que “a cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o con-

ductor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva”; sendo assim, aquele que dirige alcoolizado está inadimplindo o contrato e, portanto, não terá direito ao pagamento do prêmio do seguro de vida.

Dessa forma, o STJ agora entende que o motorista que embriagado dirige um veículo automotor agrava o risco do seguro e, tendo por fundamento o princípio da boa-fé, no qual contratante e contratado – no caso, segurado e segurador – são obrigados a agir de forma “correta e honesta”, de modo que os termos firmados sejam alcançados e os direitos e deveres de ambos realizados, defende que a seguradora não pode suportar os riscos gerados por tal conduta, pois, ao assim agir, o segurado não está cumprindo com o seu dever de lealdade.²⁴

O curioso é que tal entendimento contraria vários julgados anteriores do próprio tribunal, os quais consideravam que “o fato de o segurado dirigir ocasionalmente em estado de embriaguez não constituiria causa para a perda do direito ao seguro, por não configurar tal circunstância agravamento do risco.”²⁵ Ou seja, em pouco tempo, percebe-se uma modificação daquilo que os julgadores defendem como lealdade, probidade e honestidade. Daí, indagar-se: os valores sociais realmente mudaram num curto lapso temporal ou a decisão daquilo que se enquadre como boa ou má-fé, em algumas situações, é problemática, necessitando-se de uma interpretação mais cuidadosa por parte do julgador?

Acredita-se que a segunda alternativa seja a mais acertada. Pois, em algumas ocasiões, não se pode saber, com certeza, se a conduta de uma das partes pode ser enquadrada nos critérios de boa ou má-fé. No caso em análise, a existência de julgados em sentido contrário pelo mesmo tribunal somente confirma essa idéia. Não se sabe ainda, ao certo, se a ingestão de bebida alcoólica pelo condutor de um dado veículo contraria, ou não, a boa-fé contratual. Em outros termos, a determinação de

24 GUIMARÃES, Janaina Rosa. Seguro de vida x embriaguez do motorista. O princípio da boa-fé e o equilíbrio contratual diante do agravamento do risco. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38149>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

25 REsp 212725/RS – 4ª Turma – Rel. Min. Barros Monteiro, 19 dez. 2003. Nesse sentido, ver também Ag 895146/SC – 3ª Turma – Relª Minª Nancy Andrighi, 26 nov. 2007.

que essa conduta cause manifestamente embaraços à consecução dos objetivos do negócio é, no mínimo, duvidosa.

Sabe-se, contudo, que a “boa-fé” é um termo que, como qualquer outro, deve possuir um significado. Porém, numa sociedade tão complexa como a atual, o problemático é justamente saber em que consiste, de fato, tal significado. Contudo, e o caso em análise é um exemplo disso, a doutrina, código e jurisprudência pátrios não se intimidam em utilizar tal princípio. Pois muito embora não possua um sentido univocamente compartilhado, o princípio da boa-fé possui um poder de persuasão muito forte, uma força retórica imensurável, podendo, até mesmo, ser utilizado como uma “estratégia da vagueza”²⁶. Pois, quem seria capaz de se opor à argumentação que, fundada na boa-fé, diz-se defensora do correto, do leal, do probo e do honesto?

Conclusão: o valor retórico dos princípios sociais

Analisou-se e constatou-se a importância dos princípios sociais do contrato, dentro das relações jurídicas atuais, através, primeiramente, da evolução conceitual desses, ao longo dos últimos séculos, e do sentido comumente ofertado pela doutrina a termos como função social, equivalência material e boa-fé. Porém, não se ficou satisfeito com a mera descrição dos acordos lingüísticos circunstancialmente firmados sobre tais princípios. O objetivo do trabalho foi mais ousado e, ao mesmo tempo, inovador; procurou-se, ao longo de todo artigo, estudá-los a partir de uma perspectiva retórica. Analisou-se, para isso, discursos de vários tribunais que fundamentaram seus entendimentos a partir de tais princípios, os quais foram ali utilizados como ferramentas capazes de conduzir à persuasão dos seus destinatários e de legitimar e neutralizar as mais variadas decisões.

Como já afirmado, não se defende que os princípios sociais não possuam sentido algum. Ao contrário, são considerados basilares para

26 ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade continuada como questões de um pensamento periférico. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 253-288, jan./jun.2009.

qualquer Estado que se diga Democrático de Direito, como o brasileiro. Entretanto, eles, em alguns momentos, e evidenciou-se isso, possuem um alto nível de vagueza. Porém, este fato não impede a utilização de tais princípios, os quais continuam servindo como justificativas para decisões, muitas vezes, frutos de inconscientes escolhas e preferências. Daí relembra-se a lição de Nietzsche: “Toda a linguagem é retórica porque deseja comunicar somente uma *doxa* (opinião), não uma *episteme* (conhecimento).”²⁷ Ou seja, mesmo quando não se sabe de fato o que signifique função social, equivalência material ou boa-fé, esses termos não perdem sua importância, pois eles possuem um valor intrínseco, o valor retórico, a capacidade de persuadir e de legitimar uma opinião.

The rhetorical use of the social principles that lead the obligations in the current civil law

Abstract

From the 20th century, in the struggling against abuse of economic power and in the defense of enforcing rights formally guaranteed and social order, the State began to intervene more deeply in agreements between private wills. Moving away from liberal and individualistic ideas, it becomes clear to see the men as people, as collective. Amidst of this transformation, the principles of social function, material equivalence and good faith start to spread and today occupy a prominent position in private law. However, from a more deep analysis, one can see that

these principles do not have stark, precise or accurate concepts, but a high level of vagueness and indeterminacy. But these social principles do not become less important because of, because they have an intrinsic value, the rhetoric value, the ability to persuade and to justify an opinion. And our goal, through this article, is to show that value, from judicial argumentation based primarily on social function, material equivalence and good faith.

Key words: Rhetorical analysis. Private law. Judicial argumentation.

27 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Apud* OLIVEIRA, Paulo Fernando de Lima. A visão retórica do mundo e o Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2011, 2 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12165>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Referências

a) Livros

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: contratos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. v. III.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 20.ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1995.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (dialética erística)**. Introdução, notas e comentários por Olavo de Carvalho. Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

b) Artigos de periódicos

ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 253-288, jan./jun.2009.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 722, 2002.

SOUZA, Lourival de J. Serejo. O Acesso à Justiça e aos Juizados Especiais. **Revista dos Juizados Especiais, Doutrina e jurisprudência**, Rio Grande do Sul, n. 20, 1997.

BIBLIOTECA
ESMAPE

c) Artigos da internet

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3914>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos Y Razón Práctica**. Trad. Manuel Atienza. Doxa: Universidad de Alicante, n. 5, 1988. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Seguro de vida x embriaguez do motorista. O princípio da boa-fé e o equilíbrio contratual diante do agravamen-

to do risco. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38149>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

OLIVEIRA, Paulo Fernando de Lima. A visão retórica do mundo e o Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, n. 2011, 2 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12165>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Crise das fontes no direito obrigacional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=562>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

Referência deste artigo

SILVA, Patrícia Camilo Caetano. A utilização retórica dos princípios sociais que regem os direitos obrigacionais dentro da atual perspectiva civilista. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 303-322, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 1º mar. 2010. Aprovado em: 19 mai. 2010.

Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias

Roberto Grassi Neto

Professor permanente dos programas de Mestrado e Doutorado e Coordenador do Núcleo Departamental da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Diretor da "Comissão Permanente de Responsabilidade Civil do Fornecedor", do Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), Juiz de Direito Titular da Capital do Estado de São Paulo (TJ-SP).

Resumo

Procura-se abordar no presente artigo a análise da problemática do crédito e dos serviços bancários na realidade do consumidor, cuja proteção pelo CDC foi vivamente combatida pelas instituições bancárias e financeiras, inclusive pelo questionamento da constitucionalidade de seu texto, sob a alegação de que este vulnerava previsão constitucional de que a legislação disciplinadora do sistema financeiro deve ser necessariamente

aprovada por lei complementar. Superada a questão com o julgamento da ADIN a favor dos consumidores, inicia-se, então, nova fase em que as instituições prestadoras de serviços buscam instituir sistema de auto-regulação bancária.

Palavras-chaves: Direito do consumidor. Direito bancário; consumidor. Bancos. Responsabilidade civil.

Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias

1 A problemática do crédito e dos serviços bancários na realidade do consumidor

As transformações suportadas pelo Direito a partir da segunda metade do século passado, com a fragmentação do ordenamento jurídico e a consolidação do entendimento de que este deve ser invariavelmente interpretado à luz da Constituição Federal, vieram ao encontro das necessidades prementes da sociedade de consumo amplificadas por volta do mesmo período que exigia fosse dispensado tratamento jurídico específico às novas situações que surgiam.

Em que pese as origens do “*consumerism*” – assim considerado o movimento contemporâneo para a proteção do consumidor – remontem ao final do século XIX, a questão foi abordada de modo efetivo apenas na segunda metade do século XX, após as repercussões políticas e legislativas de discurso do então Presidente americano John F. Kennedy¹, dentre as quais destaca-se particularmente a instauração de Comissão do Senado americano, em 1967, destinada a supervisionar a segurança dos produtos ofertados no mercado de consumo.

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, muito se avançou para assegurar efetiva proteção ao consumidor, ali inscrita nos arts. 5º, XXXII e 170, V, como direito individual e como princípio da Ordem Econômica.

A redação abrangente empregada em 1990 pelo legislador do CDC parecia consolidá-la de modo inequívoco, estendendo-a, inclusive, às relações jurídicas cujo objeto é a prestação de serviços bancários e financeiros ao consumidor, ao fazer incluir no conceito de “serviço” (art. 3º, §2º, CDC) atividades de natureza bancária, financeira, de cré-

1 KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. *Public Papers of the Presidents* [93], p. 235-43.

dito e securitária, fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração.

A inovação teve particular relevância, dada a importância da atividade bancária e financeira no cotidiano de toda a população que dela necessariamente se vale, mesmo que de modo involuntário, tanto para o pagamento e o recebimento de salários, aposentadorias, impostos, taxas, contas e compras, como para a tomada de empréstimos e aplicação em fundos de investimento.

À guisa de ilustração, se for considerado apenas o ano de 2007, o sistema bancário brasileiro realizou cerca de 37 bilhões de operações, em sua maioria nas mais de 18.000 agências existentes no país².

Bancos e instituições de crédito e seguro, não obstante, movidos por evidente cupidez avara, relutaram em curvar-se às novas regras pelas quais teriam que abrir mão ao menos de parte de seus vultosos lucros, amealhados facilmente ao longo de anos de política governamental complacente.

Adotaram, por primeiro, a estratégia de simplesmente ignorar princípios e regras do CDC, tendo o Banco Central elaborado resolução que se autodenominava “Código de Defesa do Consumidor Bancário” que deveria reger as relações jurídicas em que figurassem como parte usuários de serviços prestados por Bancos e instituições financeiras em geral.

Prontamente rechaçada pelos Tribunais por vulnerar direitos assegurados no CDC, a empreitada malogrou.

Por tal motivo, então, passaram a questionar a constitucionalidade do dispositivo acima mencionado, de modo a obstaculizar a subsunção das atividades de natureza bancária aos princípios e regras da lei de 1990.

O fundamento arguido era, em síntese, de que o dispositivo vulnerava previsão constitucional no sentido de dever a legislação disci-

2 BRASIL. Febraban. **Código de auto-regulação bancária**. Exposição de motivos para a auto-regulação bancária, 2008. p. 02.

plina do sistema financeiro vir necessariamente aprovada por lei complementar.

O desfecho jurisdicional da controvérsia, abaixo analisado, conquanto não tenha encerrado ainda por completo toda a polémica doutrinária a respeito do assunto, ao menos possibilitou a efetiva delimitação do alcance de conceitos elementares da relação de consumo (tais como aqueles de *consumidor*, de *fornecedor*, de *produto* e de *serviço*), de molde a encerrar definitivamente em sede de litígios a questão concernente à aplicabilidade do CDC às relações jurídicas com instituições bancárias, financeiras e securitárias.

2 Dificuldades e divergências na delimitação dos conceitos de consumidor, de fornecedor, de produto, de serviço e de relação de consumo

2.1 Conceito de consumidor

A definição mais antiga de “consumidor” consoante textos de direito positivo é provavelmente a constante da Carta do Consumidor do Conselho da Europa (1973): “Consumidores são as pessoas físicas ou morais de direito privado que obtêm ou utilizam bens ou serviços para um uso não profissional”³.

Dentre as legislações europeias, obtiveram particular destaque na proteção ao consumidor a *AGBG* alemã, de 1976; a Lei da Defesa do Consumidor de Portugal, de 1996; e a Lei italiana n° 281, de 30 de julho de 1998.

O legislador alemão não conceituou o que seria “consumidor” no texto da *AGBG*⁴. A importância deste último, todavia, foi inegável à

3 «Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel». (CALAIS-AULOY, Jean, STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*, p. 4).

4 O texto foi revogado em 2001, com a inserção da matéria relativa às relações de consumo no BGB.

época, pelo fato de prever (§ 13) a possibilidade das associações com personalidade jurídica demandarem na defesa dos interesses de consumidores.

Em Portugal, a Lei da Defesa do Consumidor atualmente em vigor, de n° 24/96, dispõe no item 1 de seu art. 2° , considerar consumidor “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise à obtenção de benefícios”. O legislador português de 1996, contudo, dá ao conceito uma maior amplitude, por considerar, no texto item 2 do mesmo dispositivo, como também incluídos no âmbito da lei “os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”.

Mais restritiva, a lei italiana n° 281, de 1998, excluía a possibilidade das pessoas jurídicas figurarem como consumidoras, estabelecendo em seu art. 2° serem consumidores e usuários as pessoas *físicas* que adquiram ou utilizam bens ou serviços com fins não empresariais e profissionais⁵. Consoante mencionada lei, com tais consumidores e usuários não se confundiam, ainda, as denominadas associações em favor deles constituída, conceituadas como sendo formações sociais cujo fim estatutário exclusivo é a tutela dos direitos e dos interesses dos consumidores ou dos usuários⁶. O novo *Codice del consumo* de 2005 manteve-se, por sua vez, fiel à concepção de que apenas pessoas físicas podem ser consumidoras. Menos feliz foi, contudo, sua redação que se limita a considerar ser “consumidor ou usuário” (art. 3°) a pessoa física que age

5 Art 2°, “a”, da Lei 30 de julho de 1998, n° 281: “Ai fini della presente legge si intendono per: a) ‘consumatori e utenti’: le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizio per scopi non riferibili all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta; [...]”.

6 Art 2°, “b”, da Lei 30 de julho de 1998, n° 281: “Ai fini della presente legge si intendono per [...] b) ‘associazioni dei consumatori e degli utenti’: le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti”.

movida por fins estranhos à atividade empresarial ou profissional eventualmente desempenhada⁷.

A legislação brasileira desde 1990 acolhe solução diversa daquela adotada pelo legislador italiano, ao enunciar no Código de Defesa do Consumidor (art. 2º) ser consumidora “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. As divergências, todavia, vão além do reconhecimento da figura da “pessoa jurídica consumidora”⁸, uma vez que, mais adiante, em seu parágrafo único, o Código de Defesa do Consumidor também equipara a “consumidor” a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo, considerando-a como “consumidor por equiparação”. Consumidores por equiparação são igualmente considerados todos aqueles que venham a suportar eventual dano advindo de relação de consumo.

Sob o ponto de vista doutrinário, é possível identificar duas correntes de pensamento na conceituação de “consumidor”: maximalista e teleológica.

O enfoque maximalista considera como consumidor a pessoa que pratica ato jurídico ou material realizando a destinação final do bem objetivado, de modo a esgotar total ou parcialmente o valor econômico e provocando geralmente sua retirada definitiva ou temporária do mercado.

A corrente teleológica, por seu turno, parte da idéia de que deve ser buscada a efetiva finalidade da lei, que é dar efetiva guarida àqueles consumidores que se apresentem mais fragilizados.

Os defensores desta segunda corrente entendem ser a ótica maximalista particularmente perigosa, na medida em que a demasiada ampliação da área de incidência da norma de proteção poderia acabar sujeitando o consumidor individual – que é o destinatário primeiro das

7 Art. 3º, do Decreto Legislativo n. 206, de 06 de setembro de 2005 (*Codice del consumo*): “Definizioni: 1. Ai fini del presente codice si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta; [...]”.

8 A esse respeito, veja-se a obra “Pessoa jurídica consumidora”, de Antônio Carlos Morato.

normas protetivas – a possível denegação de tutela. Afirma-se que, ao ser ampliado o rol de sujeitos tutelados, a eficácia da proteção naturalmente diminuiria, uma vez que a providência legal perderia sua natureza particular e passaria a ter aspecto geral.

Com seu caráter objetivo, acabar-se-ia por confundir fatalmente “consumidor” com qualquer “usuário final”, aí vindo abrangidos profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até mesmo de investimento.

A jurisprudência nacional anterior ao advento do CC de 2002 vinha emprestando ao conceito de consumidor enfoque evidentemente maximalista, de modo a reforçar a figura do consumidor por equiparação. Tal se dava particularmente pela inexistência, até então, de legislação específica civil que abraçasse os modernos princípios contratuais reguladores da matéria, tais como da igualdade, da boa-fé, bem como seus consectários, inclusive a vedação a que fossem estipuladas cláusulas abusivas.

A questão, contudo, ficou superada com a vigência do novo Código Civil, cujo legislador teve a preocupação de abraçar as principais novas diretrizes contratuais, de tal sorte a permitir que também os profissionais possam alcançar tutela com fundamento principiológico, sem ter que lançar mão de interpretações analógicas com o Código de Defesa do Consumidor, ou com o conceito amplo de consumidor.

Acabou, assim, prevalecendo o entendimento de que o conceito mais adequado será obtido com conjugação de mencionada ótica objetiva com elementos de natureza eminentemente subjetiva, como, por exemplo, a ausência de intuito na utilização dos bens e serviços recebidos quer na fabricação, na transformação ou na distribuição de novos bens, quer na prestação de outros serviços.

Na doutrina teve particular destaque o conceito elaborado por Bourgoigne no sentido de dever ser reputado consumidor toda pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado

no centro do sistema econômico por um profissional sem objetivar, ela própria, a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão.

Em consonância com a sistemática posteriormente adotada pela União Européia, este renomado doutrinador belga, atualmente professor da *Université du Québec* a Montréal, ressalta, ainda que “uma pessoa exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial, não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar por ela estabelecido que está agindo fora de sua especialidade e que realiza uma cifra global de negócios inferior a... milhões de francos por ano”⁹.

De nossa parte, acreditamos deva ser considerado *consumidora* “toda pessoa física ou jurídica que, na qualidade de destinatário final, venha a adquirir ou a utilizar bens ou serviços dotados de valor econômico, sem o intuito de empregá-los seja na fabricação, na transformação ou na distribuição de bens, seja na prestação de serviços no âmbito de qualquer atividade empresarial ou profissional”¹⁰.

Consoante peculiaridade da legislação brasileira, deve ainda ser ressaltado equiparar-se a consumidor toda coletividade de pessoas – ainda que indetermináveis – que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo, bem como aquele que vier a suportar eventual dano advindo de relação de consumo.

2.2 Conceito de fornecedor

O legislador do CDC optou por conceituar fornecedor como sendo (art. 3º do CDC) “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, trans-

formação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Produtos são bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais.

Prestação de serviços, por sua vez, reputa-se toda atividade ofertada ao mercado de consumo, mediante remuneração direta ou indireta.

Consolidou-se, ainda, na doutrina o entendimento de que o fornecedor de produtos deva ser necessariamente um profissional. No que concerne ao prestador de serviços, contudo, tal requisito não se faz necessário, bastando faça-se presente o escopo de lucro, ainda que indireto, para que ele possa ser considerado fornecedor.

É curioso observar que, no âmbito do direito comparado, algumas legislações não se prendem à idéia de fornecedor, optando, antes, pela de fabricante. Assim ocorre, por exemplo, no direito alemão, que reputa ser *fabricante (Hersteller)* toda pessoa que, de algum modo, preparou a matéria-prima (*Grundstoff*), elaborou o produto final (*das Endprodukt*) ou parte deste, pouco importando que o tenha feito valendo-se de processos manuais ou industrializados (§ 4º, item 1, da Lei sobre responsabilidade por produtos defeituosos – *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte – Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG*). Ressalte-se que o legislador alemão equipara para efeitos de responsabilidade o fabricante e o “quase-fabricante” (*Teoria da Aparência*). “*Quase-fabricante*” é a pessoa que se intitula “fabricante”, embora sem o ser, inserindo indevidamente seu nome, marca, ou sinal característico. Considera-se igualmente como fabricante quem introduz ou coloca produto com o objetivo de vender, alugar ou outra forma de comércio, com finalidade econômica no âmbito de sua atividade comercial e no âmbito de validade da Convenção sobre o Espaço Econômico Europeu (§ 4º, item 2). Por derradeiro, em não sendo possível precisar quem é o fabricante, considera-se como tal o fornecedor (*Lieferant*).

9 BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 2, p.24.

10 GRASSI NETO, Roberto. *Aulas de Direito do Consumidor*. Santo André: ESETec, 2007. p.97.

2.3 Conceito de produto e de serviço

A noção do que seja “produto”, acima mencionada, não tem importado em maiores discussões, vindo contida no art. 3º, §1º, do CDC como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Mais polêmica, todavia, é a noção de serviço que consta do art. 3º, §2º, do CDC, eis que o texto como tal considera “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A parte antefinal deste último dispositivo mencionado deu ensejo a um dos mais acalorados debates dos últimos anos dentro da esfera do direito do consumidor, uma vez que se questionou, como abordaremos adiante, a legalidade de o CDC poder regular também relações jurídicas estabelecidas com instituições de natureza bancária e financeira.

2.4 Conceito de relação de consumo

A delimitação no sentido de saber se uma relação jurídica é de consumo ou não apresenta vital importância na prática, pois disso depende a determinação da legislação aplicável à situação, bem como, por vezes, a fixação do foro competente.

Ao elaborar o texto do Código de Defesa do Consumidor, contudo, o legislador de 1990, que se preocupou em fazer nele inserir os conceitos de “consumidor”, de “fornecedor”, de “produto” e de “serviço”, quedou-se inerte quanto à noção de “relações de consumo”. Coube, assim, à doutrina e à jurisprudência delimitar o alcance da legislação protetiva ao consumidor.

Partindo-se da noção de “relação jurídica” fornecida pelos estudiosos do direito civil e da idéia de que a relação de consumo é uma relação jurídica qualificada pelos atributos das partes que a integram, buscou-se

elaborar enunciado definidor de “*Relação de Consumo*”: vínculo jurídico existente entre fornecedor e consumidor advindo de ato de consumo ou decorrente de acidente de consumo, e consistente em um dar (no que concerne ao fornecimento de produto) ou um fazer (quanto à prestação de serviços).

Constatados tais pressupostos, passa a incidir norma específica, cuja natureza de ordem pública se justifica pela necessidade de proporcionar-se equilíbrio entre os pólos envolvidos, que se apresentam naturalmente de modo desigual.

Simplificando: temos “relação jurídica *de consumo*” quando, constatada a presença básica de *relação jurídica*, envolva ela *fornecedor, consumidor e objeto* subsumidos nas acepções conceituais da CDC.

A discussão mais polêmica a respeito do tema foi certamente aquela que concernia à possibilidade de aplicação do CDC às relações jurídicas envolvendo bancos, instituições financeira e de seguro em geral. Como antes salientado, a controvérsia chegou a termo apenas após a Corte Suprema brasileira ter-se pronunciado a respeito.

As dúvidas, todavia, não se limitaram e ainda não se limitam a essa questão, uma vez que a matéria não vem totalmente pacificada em inúmeras outras relações nas quais o consenso está longe de ser alcançado.

Mesmo hoje doutrina e jurisprudência não se pacificaram quanto a serem ou não *de consumo* diversos contratos quais os de locação, de incorporação imobiliária, de transporte de pessoas e coisas, de hospedagem, de depósito, de estacionamento e de previdência privada, bem como aqueles concernentes a administração de consórcios, a *leasing* e a alienação fiduciária.

Exceção feita à locação, em todos os tipos contratuais mencionados a jurisprudência vem se inclinando, cada vez mais, no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito do Direito Comparado, podemos destacar textos como a antiga lei alemã para regulação do Direito nas condições gerais dos

negócios (§ 24 – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGBG*), que considera como sendo de consumo o contrato celebrado entre uma pessoa que negocia no exercício de sua atividade profissional, industrial ou comercial (empresário) e uma pessoa física, que celebra um contrato com uma finalidade, que não seja relacionada à atividade industrial ou profissional própria (consumidor).

3 O consumidor diante das instituições financeiras

A situação fática do consumidor diante das instituições financeiras é, à evidência, extremamente frágil, havendo um certo consenso no sentido de ser necessária a adoção de regras especiais que possam protegê-lo.

Examinando-se a pertinente atividade legislativa de outras nações, bem como estudos doutrinários e jurisprudenciais, traz-se reforçado o entendimento de que a proteção ao consumidor é amplamente adotada também quando se cuida de contratos bancários. Merece destaque a Alemanha que possui legislação específica sobre a matéria.

Na Espanha, Fernando Sanches Calero, ao analisar a Lei de Defesa do Consumidor pondera que “[...] *la tan bien intencionada como deficiente Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10, contiene manifestaciones que son aplicables sin duda a los contratos bancarios*”¹¹.

Na Alemanha, o §1º, nº 1, da antiga Lei de crédito ao consumo (*Verbraucher-Kreditgesetz — VerbrKrG*) já definia relação de crédito ao consumo como aquela estabelecida entre um fornecedor do crédito (*Kreditgeber* —

11 **Art. 10 da Lei nº 26/1984, de 19 de julho, de Defesa dos Consumidores e Usuários:** 1. *Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. 2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. 3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.*

financiador) ou o agenciador do crédito (*Kreditvermittler*) e uma pessoa física que utiliza esse crédito (*Kreditnehmer*)¹². A mesma lei (§ 1º, nº 2 e nº 3) ressaltava, outrossim, ter natureza creditícia o contrato (*Kreditvertrag*) pelo qual fornecedor de crédito concede ou promete conceder a consumidor crédito em dinheiro (*Entgeltlich*), sob forma de empréstimo/mútuo (*Darlehen*), de dilação de pagamento (*Zahlungsaufschub*) ou como auxílio financeiro (*Finanzierungshilfe*)¹³.

No Brasil, a discussão sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor às relações existentes entre as instituições financeiras e seus respectivos clientes remonta aos primeiros anos de sua vigência, inexistindo consenso na doutrina pátria.

Antonio Hermann Benjamin¹⁴, posicionou-se no sentido da aplicabilidade do CDC a todas as relações de consumo entre bancos e correntistas.

José Geraldo Brito Filomeno, porém, observou a respeito dos depositantes em cadernetas de poupança que afora os serviços decorrentes de sua manutenção nos quais há, sem dúvida, relação de consumo “consistente em sua prestação efetiva mediante remuneração por meio de tarifas específica, não podemos dizer que possam ser considerados consumidores só por aquela circunstância”¹⁵.

Inúmeras foram as tentativas no sentido de afastar as relações de bancos e de instituições financeiras com seus clientes do sistema protetivo do CDC.

12 A partir da reforma legislativa que modernizou a legislação obrigacional alemã, em vigor a partir de janeiro de 2002, a matéria pertinente aos contratos de crédito ao consumidor passou a ser regida por dispositivos inseridos no próprio Código Civil alemão (BGB). A nova redação dada ao § 491 do BGB, contudo, não alterou substancialmente a noção de contratos de crédito ao consumo (*Verbraucherdarlehensvertrag*), anteriormente disciplinada pela *Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG):* “§ 491 *Verbraucherdarlehensvertrag. (1) Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften:*”

13 Quanto ao *viesso* regido pela mesma lei, com ele não se confundia o contrato de *agenciamento de crédito (Kreditvermittlungsvertrag)*, que vinha previsto nos §§ 15, 16 e 17, pelo qual o agenciador de crédito procura fazer com que o contrato seja realizado, de modo que tomador receba o crédito e o financiador aprove a sua concessão.

14 Bancos tentam obter na Justiça imunidade ao Código do Consumidor. *Folha de S. Paulo* — Caderno Dinheiro — 03/01/2002.

15 FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 56.

Evidentemente pressionado, o Banco Central chegou a baixar resolução pela qual instituía texto denominado “Código de Defesa do Consumidor Bancário”, contendo conjunto de princípios e regras destinados a reger com exclusividade mencionadas situações. Na medida em que apresentava diversos dispositivos vulnerando direitos previstos no CDC, a resolução logo caiu no vazio, sendo reiteradamente rechaçada por decisões do Judiciário.

A controvérsia, contudo, ganhou forças ao apagar das luzes do ano de 2001, com o ingresso de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2591) pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), motivada por decisões judiciais proferidas com base no Código de Defesa do Consumidor no sentido de serem reduzidos os ganhos — sobretudo os derivados da cobrança de juros — dos Bancos e demais instituições financeiras.

A decisão, reconhecendo a aplicabilidade do CDC, teve grande impacto e é considerada por muitos como sendo verdadeiro divisor de águas.

3.1 ADIN 2591: antecedentes

Ao longo do ano de 2001, as relações envolvendo instituições bancárias e seus correntistas se deterioraram, o que ficou evidenciado com o multiplicar quase exponencial do número de casos envolvendo essas partes tramitando perante os órgãos oficiais. Entre janeiro e outubro de 2001, por exemplo, foram registradas apenas no Procon de São Paulo 9.629 consultas e 2.210 reclamações envolvendo instituições bancárias.

Além disso, inúmeras decisões judiciais proferidas com base no CDC, implicaram em redução de ganhos — sobretudo os derivados da cobrança de juros — dos Bancos e demais instituições financeiras.

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) tentou, então, uma última medida de desespero e propôs *ação direta de inconstitu-*

cionalidade (ADIN 2591) pela qual pretendia fosse reconhecida a inconstitucionalidade do texto do art.3º, §2º, do CDC.

3.2 ADIN 2591: pedido e fundamentos

A ação proposta visava a alterar o parágrafo segundo do artigo 3º do Código que inclui bancos e instituições financeiras dentre as pessoas submetidas na qualidade de prestadores de serviço.

Reza a lei considerar-se prestação de serviços qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A pretensão declaratória poderia ter assim resumido seu escopo: correntistas, tomadores de empréstimo e segurados não mais seriam considerados consumidores, a o menos para efeitos da aplicação do CDC.

A tese levada ao Supremo Tribunal Federal, no sentido da inaplicabilidade da legislação do consumidor às relações mantidas pelas instituições financeiras com seus respectivos clientes, fundava-se no argumento de que a regulamentação do sistema financeiro nacional deveria dar-se necessariamente mediante a edição de lei complementar, consoante previsão expressa do art. 192 da CF. Por ter natureza de mera lei ordinária, o CDC, não poderia, pois, tratar do assunto.

3.3 ADIN 2591: argumentos em sentido contrário

Os argumentos adotados pelas instituições financeiras, contudo, não se sustentariam pelos motivos seguintes:

a) Ao dispor sobre a necessidade da edição de lei complementar para tratar do sistema financeiro nacional, o legislador constitucional obviamente nunca pretendeu aí abranger as relações existentes entre

as instituições financeiras e seus clientes; antes, procurou cercar-se de cautelas – como a existência de *quorum* qualificado para aprovação – a respeito da edição de leis dispendo sobre a estruturação do sistema como um todo, mesmo porque devendo ela dar-se “de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”.

b) Os antigos textos dos incisos que seguiam mencionado art. 192¹⁶, mesmo não tendo pretensão à exaustividade, já permitiam evidente e precisa captação do objeto da regulamentação legislativa preconizada: todos os temas ali tratados tinham natureza eminentemente estrutural, não guardando qualquer relação com a idéia de consumo. As relações existentes entre as instituições financeiras e o consumidor, com efeito, não vinham sequer aludidas em quaisquer dos tópicos do rol; e tal nem poderia ocorrer dado nada terem elas em comum com a regulação intrínseca do sistema financeiro.

c) Formou-se, pois, consenso – agasalhando posição defendida por Antonio Hermann Benjamin – no sentido de que, ao fazer incluir a atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária na noção de *serviço* (§2º, do art. 3º), o legislador do CDC se limitara a disciplinar relações de consumo entre bancos e correntistas, sem resvalar minimamente na disciplina do mercado financeiro.

d) Análise diversa da acima exposta possibilitaria, absurdamente, que bancos, financeiras e administradoras de cartões de crédito, vulnerando o princípio Constitucional de proteção ao consumidor, se furtassem às regras que buscam dar-lhe guarida, seja na ocasião em que tomado um empréstimo, seja naquela de abertura de mera conta bancária. E parece inegável o fato de a conduta dos bancos não se haver pautado, durante muitos anos, por parâmetros minimamente éticos, vindo insustentável esvaziar-se de eficácia um remédio jurídico exatamente no campo em que ele se faz mais reclamado.

16 Os incisos e parágrafos do art. 192 foram revogados com a EC nº40/2003.

3.4 ADIN 2591: desfecho e alcance da decisão

Em sessão considerada histórica, realizada no dia 07 de junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADIN 2591, ou seja, como já apontado, aquela que tratava da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários.

Acolhendo boa parte dos argumentos carreados aos autos pelo Brasilcon, pelo IDEC, pelo PROCON-SP, pela Procuradoria de Assistência Judiciária de SP e pela Defensoria Pública do RJ, que foram admitidos na ação na qualidade de *amicus curiae*, nove Ministros (Néri da Silveira, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie) julgaram os pedidos totalmente improcedentes, por entenderem não haver qualquer inconstitucionalidade na redação do art. 3º, § 2º, do CDC, sendo, por conseguinte, plenamente válida sua previsão no sentido de serem aplicáveis as regras do CDC também aos serviços bancários em toda sua extensão, aí incluídas as taxas de juros¹⁷.

Nos votos vencedores ponderou-se, ainda, que os serviços bancários são essenciais à sociedade contemporânea, e marcados pela nota de absoluta vulnerabilidade de seus consumidores. Assim, não haveria qualquer razão para que a relação estabelecida não fosse qualificada como sendo de consumo.

Mereceram destaque, ainda, as fundamentações dos votos no sentido da improcedência, que realçaram o fato da defesa do consumidor possuir matriz constitucional, sendo um direito fundamental (art. 5º, XXXII) e um princípio formador da ordem econômica (art. 170, V). Neste contexto, aplica-se a todas as atividades econômicas em sentido estrito, o que inclui os serviços bancários.

17 Ficaram vencidos parcialmente o Ministro Carlos Velloso (Relator) e o Ministro Nelson Jobim, que refutavam a submissão da taxa de juros ao CDC. Consoante o teor dos votos vencidos, isso não impedia que, em cada caso, fosse exercido controle por parte do Banco Central do Brasil e do Poder Judiciário (este último inclusive com poder de revisão), nos termos do disposto no Código Civil, quanto a eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Curiosamente a ementa original encampava a tese dos vencidos, ressaltando estar excluída da incidência do CDC a “definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia”. A contradição foi sanada e o trecho suprimido em sede de Embargos de Declaração.

Foi igualmente realçada a circunstância de que a lei complementar prevista no art. 192 da CF diz respeito apenas à estrutura e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional e não às relações jurídicas estabelecidas entre o consumidor de produtos e serviços fornecidos pelas instituições bancárias e de crédito, que são regidas pelo CDC.

Observe-se que, com o resultado do julgamento, o denominado “Código de Defesa do Consumidor Bancário” foi, enfim, considerado inaplicável na medida em que restritivo aos direitos do consumidor, pois se trata, não de lei, mas de mera Resolução do Banco Central (Resolução nº 2878/2001) que, à obriedade, não poderia prevalecer contra texto legal criado pelos Poderes da República em obediência a mandamento constitucional.

Nesse sentido tivemos oportunidade de mencionar anteriormente e até com maior amplitude que, em razão da interação *normas constitucionais – preceitos da Lei de Defesa do Consumidor*, “deve repugnar à consciência jurídica pretensão legislativa ordinária que restrinja direito do consumidor, ainda que a pretexto de relevante interesse público. Daí sustentarmos que o legislador ordinário pode apenas ampliar direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Defesa do Consumidor e nunca restringi-los”¹⁸. No caso em apreço, na medida em que a própria lei não pode restringir princípios e direitos assegurados pelo CDC, com muito mais razão tal não será possível por mera resolução do Banco Central.

As obrigações que envolverem relação de consumo devem ser, sem dúvida, regidas preferencialmente pelo Código de Defesa do Consumidor que é o texto que concebeu e estrutura o respectivo microsistema. Deve-se ressaltar que tal fato, não obstante, não exclui a possibilidade de incidência da legislação ordinária, dos tratados ou das convenções internacionais, o que poderá ocorrer não apenas subsidiariamente, para suprir eventual omissão da lei especial, como mesmo mediante exclusão desta última, caso haja inovação prevendo soluções que sejam *mais benéficas aos consumidores* do que aquelas constantes do próprio CDC. A

18 GRASSI NETO, R. *Princípios de Direito do Consumidor – Elementos para uma Teoria Geral*. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007. p. 220.

valoração de tal eventual prevalência caberá, então, caso a caso, à luz da doutrina e da jurisprudência.

Recentemente, porém, a questão voltou à baila no Colendo STF tendo sido objeto da Reclamação nº 6318, eis que acórdão lavrado a 03 de junho de 2008 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ignorando a orientação firmada no julgamento da ADI n. 2.591, ocorrido em 2006, teria simplesmente afirmado a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de empréstimo bancário. Em 15 de setembro de 2009, decisão de lavra do Min. Eros Grau julgou procedente a reclamação e determinou o “retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, afastada a premissa de inaplicabilidade do CDC aos contratos bancários”, fosse apreciada a apelação “como entender de direito”¹⁹.

4 Consumidor e o Código de Auto-regulação Bancária

4.1 Natureza e estrutura do Código de Auto-regulação Bancária

O resultado do julgamento da ADIN nº 2591 deixou claro que o relacionamento entre o Sistema Financeiro e o público consumidor de serviços por ele ofertados vem regido particularmente pelo CDC. A natureza marcadamente complexa e dinâmica das atividades envolvidas impõe, contudo, que diversas outras normas complementem a lei de proteção ao consumidor, cuja efetiva aplicação deve ser assegurada tanto pelo próprio Poder Judiciário como por mecanismos de controle a serem utilizados pelo Banco Central, pelos órgãos de defesa do consumidor, pelas organizações não governamentais e pelos veículos de comunicação.

Em iniciativa louvável que indica alteração efetiva de linha de conduta, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) buscou aperfeiçoar

19 O acórdão do TJ/SP (apelação nº 7.221.911-9), está assim ementado: “**CONTRATO BANCÁRIO – BORDERÓ PARA DESCONTOS** – Obrigações recíprocas firmadas em atenção ao princípio da autonomia da vontade – Não incidência do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de empréstimo de dinheiro, não se caracterizando como produto ou serviço. Embargos Improcedentes – Recurso improvido”.

os instrumentos existentes e, em 28 de agosto de 2008, decidiu criar o sistema brasileiro de auto-regulação bancária, inspirado nos princípios da eticidade, da legalidade, da transparência e do respeito ao consumidor, mediante a adoção de procedimentos de autodisciplina a serem aplicados às instituições signatárias de termo de adesão.

Conquanto o documento redigido pela Febraban venha sob a denominação “Código de Auto-Regulação Bancária”, não se pode perder de vista tratar-se de mero elenco auto-normativo cujos dispositivos não poderão infringir as normas contidas no CDC. Tal situação de subordinação e dependência é, inclusive, reconhecida em seu próprio texto, no art. 2º²⁰.

O unilateralmente e em *causa propria* denominado “Código de Auto-regulação Bancária (CAB)”, que teve como marco inicial de aplicação o mês de janeiro de 2009, vem estruturado em dez capítulos. No primeiro deles, menciona-se quem pode participar do “Sistema de Auto-Regulação Bancária” e enumeram-se as fontes normativas. Os Princípios Gerais, as Regras da Auto-Regulação Bancária e as Responsabilidades das Signatárias constam respectivamente dos Capítulos II, III e IV. Estatui que, reunidas em conselho (Capítulo V – Conselho das Signatárias), as signatárias deliberam para escolher seus representantes junto ao órgão normativo e de administração do sistema, o Conselho de Auto-Regulação (Capítulo VI). Este, por sua vez, poderá instituir comitês setoriais com competência temática (Capítulo VII – Comitês Setoriais) para, dentre outras incumbências, propor e interpretar condutas com alcance auto-normativo, bem como emitir pareceres. No Capítulo VIII, o texto prevê a instituição de uma “Diretoria de Auto-Regulação”, subordinada ao Conselho de Auto-Regulação, para desempenhar as funções de órgão executivo do Sistema de Auto-Regulação. O Procedimento Disciplinar para apurar indícios de violação às normas da auto-regulação é sucintamente – o que não causa surpresa, ante a unilateralidade do preceituado – abordado no Capítulo IX. O texto vem finalmente completado pelo Capítulo X, que traz disposições gerais e transitórias.

20 Regras da Auto-Regulação Bancária, item 4.1, “c”.

4.2 Abrangência da proposta do Código de Auto-regulação Bancária

Em conformidade com o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, a abrangência do “Código de Auto-regulação Bancária (CAB)” envolve *todos os produtos e serviços* ofertados ou disponibilizados pelos bancos múltiplos, pelos bancos comerciais, pelos bancos de investimento, pelas caixas econômicas, pelas cooperativas de crédito ou pelas sociedades de crédito, financiamento e investimento, que sejam associados à Febraban. Estão englobados, assim, não apenas serviços como o *Internet banking* e os caixas eletrônicos, como as ofertas de crédito, que poderão abranger desde contratos de cheque especial, até mesmo contratos de financiamento e mútuo.

Nesse sentido dispõe o art. 3º do texto em questão: “As normas da auto-regulação abrangem todos os produtos e serviços ofertados ou disponibilizados pelas Signatárias a qualquer pessoa física, cliente ou não cliente (o ‘consumidor)’”.

4.3 Críticas ao Código de Auto-regulação Bancária

Como já mencionado anteriormente, a criação de um sistema de auto-regulação bancária é iniciativa extremamente válida e digna de elogios. Algumas ponderações, contudo, merecem ser tecidas a respeito do tema.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que, dada sua natureza de mero normativo da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), o denominado “Código de Auto-regulação Bancária” não poderá em hipótese alguma prevalecer em caso de restrição a direitos assegurados pelo CDC, que é lei federal com fundamento constitucional.

Assim, viola os princípios da boa-fé e da transparência a previsão de que a entrega da minuta de contrato ao consumidor será obrigatória

apenas na hipótese de haver solicitação por parte deste²¹. Trata-se de regra que colide frontalmente com quanto consta do art. 46 do CDC que prevê não obrigarem os consumidores os contratos que regulam as relações de consumo se àqueles não for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de “modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Não há tampouco compatibilidade com o CDC a possibilidade dos Bancos alterarem unilateralmente os contratos, desde que haja comunicação ao consumidor com antecedência de 15 dias²², ou a possibilidade de alteração unilateral das taxas de juros²³, salvo se o reajuste estiver contratualmente previsto. Cláusulas que estabeleçam uma ou outra situação são manifestamente abusivas, sob a ótica do CDC, como consta do art. 51, XIII, do mesmo estatuto que prevê serem nulas de pleno direito estipulações contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração”.

De salientar-se, ademais, que as regras que criem obrigações para bancos e instituições financeiras são, no mais das vezes, muito complacentes. É o caso do limite de tempo estabelecido para espera em filas: máximo de 30 minutos (que se amplia para 40 minutos em horários de pico) a ser reduzido para 20 e 30 minutos respectivamente até o fim de 2010²⁴.

Por derradeiro, não se pode ignorar que as penas previstas no preceituário normativo aos estabelecimentos que desrespeitarem as regras

21 Regras da Auto-Regulação Bancária, item 3.2, “e”.

22 Regras da Auto-Regulação Bancária, item 3.3, “d”.

23 Normativo SARB 004-09 – Atendimento em Agências, item 2.1. A norma da Febraban vale para cidades que não possuem lei sobre o assunto. A lei paulistana nº 13.984 de 2005 foi contestada pela federação dos bancos, que obteve liminar para cessar seus efeitos. Foi suspensa em maio de 2006, quando a federação dos bancos conseguiu liminar na 2ª Vara da Fazenda Pública sob o argumento de que não têm como prever o tempo de espera. A municipalidade recorreu e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) manteve a liminar. A situação está atualmente em grau de recurso no Supremo Tribunal Federal.

24 Art. 42, Código de Auto-Regulação Bancária.

fixadas são por demais brandas e destituídas de qualquer eficácia cogente: suspensão na participação do sistema; multa e perda do direito de utilizar o selo de qualidade.

5 Conclusões

Eventual conjuntura em que não se reconhecesse a aplicação do CDC às relações bancárias ensejaria panorama, no mínimo, desolador: cobranças descabidas e vexatórias; falhas em transações eletrônicas; inclusões indevidas no SERASA; imposição de cláusulas contratuais abusivas; envio de produtos, como cartões de crédito, independentemente de prévia solicitação por parte do consumidor; desnecessidade da entrega ao consumidor de cópia dos contratos por parte das instituições bancárias, financeiras e de crédito; imposição de cláusula prevendo foro de eleição para ações judiciais; não-redução proporcional dos juros e demais acréscimos contratuais em caso de pagamento antecipado pelo consumidor; cobrança de honorários advocatícios por parte das instituições mesmo que não tivesse havido a respectiva sentença judicial; atribuição de responsabilidade ao consumidor pelo roubo ou extravio de cartão (com base no art. 6º, VI e no art. 20 do CDC, a jurisprudência entende que mencionada responsabilidade é do Banco); responsabilização do consumidor por eventual extravio de talão de cheques enviado pelo correio (pelo art. 6º, VIII, do CDC, que prevê inversão do ônus da prova, tal responsabilidade deve ser atribuída ao banco); multa de mora superior a 2% (anteriormente ao CDC, a média oscilava entre 10 e 20%), o que é proibido pelo art. 52, § 1º, CDC; oferecimento de serviços mediante a prática da venda casada (*v.g.*: cheque especial e seguro de vida; financiamento e seguros), proibida pelo art. 39, I, do CDC, dentre outros procedimentos corriqueiramente desrespeitosos e abusivos.

Não obstante a superação da questão concernente ao alcance conceitual dos elementos que integram a relação de consumo (tais como consumidor, fornecedor, produto e serviço), sobre a qual discutiremos anteriormente, a situação de vulnerabilidade do consumi-

dor, mesmo que com menor intensidade, ainda se mantém, o que pode ser aferido pelos outros questionamentos que prosseguem sem solução definitiva.

Assim ocorre, por exemplo, com a recusa dos bancos em recompor as perdas dos poupadores referentes aos diversos planos econômicos do governo (Cruzado, Bresser, Collor I e II, e Verão²⁵), reiteradamente condenada por inúmeras decisões judiciais, que culminou com o ingresso, em 05 de março de 2009, de pedido por parte da Consif (Confederação Nacional do Sistema Financeiro) de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (a ADPF nº165) junto ao STF. Por ele pleiteia-se a declaração de constitucionalidade das legislações pertinentes aos diferentes Planos Econômicos, de modo a possibilitar que as instituições financeiras possam aplicar retroativamente essas legislações, sem respeitar o princípio do direito adquirido. Em decorrência, pretende-se não apenas a suspensão de todas as ações judiciais cujo objeto seja a discussão do comportamento dos bancos em relação às cadernetas de poupança quando do advento dos planos econômicos, como que a própria Suprema Corte reveja sua posição anterior no sentido de ser cabível o ressarcimento dos poupadores no caso dos Planos Bresser e Verão²⁶.

O resultado da ADIN nº 2591, reconhecendo a subsunção de contratos bancários ao CDC, inaugurou certamente novo capítulo nas relações dos consumidores com as instituições prestadoras de tais serviços, que agora buscam disciplinar a matéria de modo complementar e mais específico, mediante a instituição de sistema de auto-regulação que po-

25 Por este último plano (Plano Verão), instituído pela Medida Provisória nº 32 (posteriormente renumerada como Lei nº 7.730), de 16 de janeiro de 1989, determinou-se que a atualização dos saldos das cadernetas de poupança passasse a ser procedida com base nas Letras Financeiras do Tesouro (LFT) e não mais pelo IPC (Índice de Preços ao Consumidor). Bancos e instituições financeiras decidiram, então, aplicar o percentual da LFT (22,35%) a todas as cadernetas de poupança existentes no mês janeiro, inclusive para aquelas cujo período aquisitivo tivesse iniciado anteriormente à edição do plano. Tal entendimento impunha perda da ordem de 20,46% aos poupadores quanto aos valores que já existissem nas contas abertas ou renovadas na primeira quinzena de janeiro de 1989, sobre os quais deveria ter incidido o índice do IPC, que foi 42,72%.

26 A 12 de março de 2009, o Min. Ricardo Lewandowski negou pedido liminar da Consif no sentido de fosse, imediatamente e até julgamento do mérito, sustado o trâmite de todas as ações em curso. Em apertada síntese, os argumentos refutados versavam a existência de: a) "verdadeira explosão de processos"; b) conjuntura econômica impondo a adoção de "medidas institucionais demonstrativas de apreço a valores como segurança e estabilidade jurídicas"; c) "vultosos prejuízos decorrentes das ações judiciais que interpretam os planos econômicos das formas mais variadas e exageradas, causando grave risco de efeito sistêmico capaz de atingir a higidez do sistema financeiro e o próprio Tesouro Nacional". A "perda" em potencial seria de cerca de R\$ 180 bilhões; d) crise financeira internacional.

derá, com caráter quase-interno e sem efeitos vinculantes para terceiros, transcorrer paralelamente ao controle incontestável que já incumbe constitucionalmente ao Judiciário.

Trata-se de iniciativa aparentemente válida, mas destinada a frutificação inócua enquanto as conseqüências cominatórias tiverem amplitude que se pode adequadamente qualificar de risível. O consumidor, na conjuntura realística atual, continuará tendo que necessariamente lançar mão do Poder Judiciário para assegurar o respeito a direitos a muito custo conquistados²⁷.

Iniludivelmente a auto-regulamentação poderá ter um alcance extraordinário: limitar abusos e inibir *pré-jurisdicionalmente* possíveis lesões a consumidores. Mas para isso é preciso que se pautem com maior isenção, independentemente do cuidado de meros interesses pessoais e unilaterais das instituições convenientes.

Consumers and their legal relations with bank institutions

Abstract

In the present article we aim to analyze credit and bank services problems under consumers' reality, which protection by the Consumer Defense Code (CDC) was intensely disputed by banking and financial institutions, including by questioning the constitutionality of its text under the argument that it infringed the constitutional provision that any legislation that disciplines the financial system shall necessarily be

approved by a declaratory statute that complements the constitutional text. After the Declaratory Judgment of Unconstitutionality (ADIN) was rendered in favor of consumers, a new phase started where the institutions that render services intend to institute a banking self-regulatory system.

Key words: Consumer's rights. Bank Regulations. Consumer. Banks. Civil Liability.

27 É preciso, porém, que o Poder Judiciário sopesse adequadamente o alcance de suas decisões. Assim, por exemplo, causa perplexidade o enunciado nº 381 da Súmula de Jurisprudência do STJ ao estabelecer que: "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". Com tal entendimento aplica-se princípio processual clássico, qual seja exigência de pedido explícito pelo autor de pretensão cabível na lide, desprezando-se a evolução proposta pelo legislador ao estabelecer que se cuida de nulidade absoluta, declarável, pois, de ofício.

Referências

ALBA, I. E. Algunas consideraciones sobre el derecho de consumidor en España. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 72, p. 59-65, abr./jun. 1995.

ALPA, G. Tutela del consumatore. In: NOVISSIMO Digesto. Torino: UTET, 1980. v. II.

_____. Consumatore (protezione Del) nel diritto civile. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, v. III, p. 542-48, 1986.

_____. Credito al consumo. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, v. V, p. 22-5, 1986.

BENJAMIN, A. H. de V. e. O direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 670, p. 50, ago. 1991.

BENJAMIN, A. H. de V. e; DENARI, Z., FILOMENO, J. G. B., FINK, D. R.; *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOURGOIGNIE, T. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 1992.

BENJAMIN, Antonio Hermann. Bancos tentam obter na Justiça imunidade ao Código do Consumidor. **Folha de S. Paulo**. Caderno Dinheiro. 03/01/2002.

CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. **Droit de la consommation**. 4 ed. Paris: Dalloz, 1996.

DERANI, C. Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.

FARJAT, G. A noção de Direito Econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 25-67, jul./set. 1996.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001.

FILSER, M. **Le comportement du consommateur**. Paris: Dalloz, 1994.

GAMA, H. Z. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GHERSI, C. A. La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 36, p. 39-44, out./dez. 2000.

GRASSI NETO, R.. **Princípios de Direito do Consumidor – Elementos para uma Teoria Geral**. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007.

_____. **Aulas de Direito do Consumidor**. Santo André: Esetec, 2007.

KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. **Public Papers of the Presidents**, [93], p. 235-43.

MARQUES, C. L.; PFEIFFER, R. A. C. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**, São Paulo, 2006.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORATO, Antônio Carlos. **Pessoa Jurídica consumidora**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

POINTNER, L. O direito do consumidor alemão. In: ZITSCHER, H. C. (coord.). **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

QUINTAS, P. Direito do Consumidor e tutela de outros agentes económicos. **Coleção Lusitaniae Lex**. Porto: Almeida & Leitão, 1998.

SANTOS, O. L. Protección jurídica del consumidor de servicios en España. **Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, v. I, ed. esp, mar., p. 275-82, 1998.

SAYEG, R. H. A compatibilização entre liberdade de iniciativa e defesa do consumidor. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 20, p. 177-182.

Referência deste artigo

NETO, Roberto Grassi. Consumidor nas relações jurídicas com as instituições bancárias. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 323-350, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 2 mai. 2010. Aprovado em: 11 jun. 2010.

Interrupção terapêutica da gestação em fetos holoanencefálicos como garantia de direito

Teodomiro Noronha Cardozo

Juiz de Direito. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito Público pela UFPE. Especialista em Direito Público, Privado e em Ciências Criminais pela UFPE. Professor da Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMape. Professor universitário.

Elisabete C. S. Teixeira de Oliveira

Bacharela em direito. Graduada em medicina pela Universidade de Pernambuco.

Resumo

A palavra abortamento, cientificamente, designa o resultado da ação de expulsão ou extração do concepto pesando menos de 500 gramas (equivale aproximadamente a 140-154 dias completos). No Brasil, o aborto voluntário é considerado crime, tipificado nos arts. 124 a 126 do Código Penal. A possibilidade de admitir a interrupção terapêutica da gestação (ITG) de feto anencefalo (ausência de encéfalo) suscita muitas controvérsias, tanto doutrinariamente quanto juridicamente. O termo anencefalia é utilizado de forma genérica: embriologicamente

os fetos são classificados em meroanencefalos e holoanencefalos para a diferenciação dos casos em que há ausência parcial e total do encéfalo, respectivamente. Por outro lado, portadores de meroanencefalia menos severa, podem sobreviver vários anos. Hoje, por um simples exame de ultrassonografia, constata-se um feto sem encéfalo (holoanencefálico), que em 100% dos casos são incompatíveis com a vida extra-uterina, portanto, um natimorto, não devendo ser arguido neste caso o direito fundamental à vida. A norma penal que trata da a questão do aborto foi elaborada

em 1940, quando, naquela época, não se tinha uma medicina tão avançada. A arguição de Preceito Fundamental nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde baseia-se em argumentos principiológicos que reforçam a necessidade de o Estado resolver de forma diferenciada este tipo de tratamento médico. E a decisão pode

vir a ser proferida pelo STF sem as devidas distinções dos diagnósticos e tempo de sobrevivência. Portanto, há atipicidade material nos casos de ITG de conceitos holoanencefálicos, sendo necessário por conseguinte descriminalizar essa conduta médica.

Palavras-chaves: Aborto. Natimorto. Anencefalia. Descriminalização.

1 Introdução

O tema proposto para este artigo interdisciplinar tem como objetivo abordar a discussão acerca da interrupção terapêutica gestacional para caso de conceito holoanencefálico, que afeta profundamente as mulheres que carregam em seu útero feto com este diagnóstico. Trata-se de um tema que enseja intensas discussões na seara jurídica nacional, de importância incontestável na esfera histórica, ético-moral, filosófica, religiosa, cultural, jurídica e médico-científico.

Compreender a necessidade da descriminalização da interrupção terapêutica da gestação torna-se imprescindível a partir de uma interlocução subjetiva no âmbito do ordenamento jurídico nacional por reconhecer a complexidade da vida contemporânea, e mais especificamente do caso concreto de gestação de feto holoanencefálico, incluindo, nesta discussão, a moderna tecnologia na área médica para diagnosticar o caso em questão e uma profunda necessidade de humanização do direito levará a uma discussão mais esclarecedora a respeito do tema.

O Código Penal brasileiro em seus artigos 124 a 126 criminaliza a conduta de abortamento, sendo excluída a punibilidade em duas situações restritas: risco de vida para a mãe e a gravidez resultante de estupro, elencadas taxativamente no artigo 128 deste referido código. A partir da

análise da legislação vigente, é notória a impossibilidade da inclusão do conceito portador de anomalia letal neste último artigo, portanto, há uma lacuna na legislação penal pátria.

Entender a lacuna na legislação pátria para os casos de gestação de nascituro holoanencefálico é uma premissa norteadora para os leitores. Destarte, nos últimos anos, muito se tem debatido sobre questões relacionadas ao reconhecimento ou não do aborto anencefálico. Alguns estudiosos defendem a idéia de interrupção terapêutica da gestação aqui analisada. A moderna tecnologia voltada à área médica permite o acompanhamento do crescimento e desenvolvimento da vida desde a concepção, passando pelas fases de ovo, embrião, feto até o nascimento propriamente dito e diagnóstico da morte. Tornou-se possível monitorar com segurança e rapidez as fases da evolução embriológica do conceito, sua formação normal ou detecção de possíveis anomalias, reversíveis ou não. Através de exames de imagem, eletroencefalograma e laboratorial. Assim, há possibilidade com total segurança de se diagnosticar ainda na fase intrauterina uma anomalia letal do sistema nervoso central.

A partir disso, o presente estudo demanda esclarecer dúvidas e apresentar um posicionamento sobre a interrupção terapêutica da gestação (ITG) de fetos holoanencefálicos, buscar definir e caracterizar seus elementos sustentadores jurídicos e médico-científicos, objetivando, ainda, que o público em geral compreenda que o Direito visa tão-somente realizar a Justiça.

Baseada em conceitos, deliberações e opiniões dos mais respeitáveis doutrinadores em suas mais diversas obras e artigos, posicionamentos jurisprudenciais, sentenças e, principalmente, a apreciação das normas legais que concernem à matéria em vigência na legislação brasileira, o artigo intenta um estudo sobre o aborto e como não incluir o caso de holoanencefalia neste tipo de crime.

Espera-se, ao fim do artigo, contribuir para o estudo dessa área do conhecimento jurídico e colaborar para seu aprofundamento.

2 Conceito e classificação de abortamento

Etimologicamente a palavra aborto provém do latim e designa *abortu*, *abortare*: *ab* = privação + *ortus* = nascimento, que transmite a ideia de privação do nascimento¹.

Define-se abortamento a expulsão do ovo antes de sua vitalidade. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), conceituação aprovada pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), é abortamento a expulsão ou extração do concepto pesando menos de 500 gramas [500 g equivale aproximadamente, a 20-22 semanas completas (140-154 dias completos)]². Conseqüentemente, abaixo desse limite o término da gravidez é definido como sendo um aborto, após esse lapso temporal é considerado parto prematuro. Importante saber que a diferença entre aborto e nascimento prematuro é a viabilidade do concepto.

Conforme proposta da OMS, em 1977, esta definição tem por objetivo uniformizar as condutas éticas e médicas que envolvem os abortamentos praticados³.

Preleciona Damásio Evangelista de Jesus:

A palavra abortamento tem mais significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras⁴.

O Ministério da Saúde classifica os vários tipos de abortos podendo esses ocorrer de forma espontânea ou provocada, a saber:

- 1 Cf. FILO, D. M. **Direitos humanos, mulher, vida**. Disponível em: <<http://www.dmfilo.no.sapo.pt/abortodefinicao.htm>>. Acesso: 31 mar. 2010.
- 2 Cf. REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1998. p. 1072.
- 3 Cf. NEME, Bussâmara. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Savier, 2000. p. 552.
- 4 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 118.

Aborto induzido: interrupção médica da gravidez; 2. Aborto inevitável: dor ou sangramento com dilatação do colo do útero, que indicam a perda do feto; 3. Aborto legal: em caso de estupro ou risco de morte para a mãe; 4. Aborto oculto: retenção do feto morto no útero por quatro semanas ou mais; 5. Aborto precoce: perda do feto antes da 12ª semana de gestação; 6. Aborto provocado; 7. Aborto seletivo ou Interrupção Seletiva da Gestação (ISG): casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, como anencefalia (Aborto terapêutico ou Interrupção Terapêutica da Gestação – ITG); 8. Aborto séptico: infecção do conteúdo uterino antes, durante ou após o aborto; 9. Aborto tardio: perda do feto entre a 12ª e a 20ª semanas de gestação; 10. Aborto terapêutico ou Interrupção Terapêutica da Gestação (ITG): remoção do feto para salvar a vida da gestante ou preservar sua saúde; 11. Aborto voluntário ou Interrupção Voluntária da Gestação (IVG): casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal; 12. Ameaça de aborto: sangramento ou cólicas nas primeiras 20 semanas de gestação, indicando que o feto está em perigo; 13. Antecipação terapêutica do parto (ou apenas antecipação do parto): no caso de embrião/ feto anencéfalo ou em outros casos de más-formações⁵.

Designa-se abortamento terapêutico aquele que se pratica com o objetivo de salvar a saúde ou a vida da gestante. No que tange à sua conceituação, o Colégio Americano dos Obstetras e Ginecologistas, em 1987, estabeleceu alguns pontos para sua definição, a saber:

1. A continuação da gravidez poderá ameaçar a vida materna ou prejudicar de modo significativo sua saúde; 2. A gestação decorre de incesto ou estupro; 3. A gravidez poderá resultar em sua continuação, no nascimento de crianças com deformidades físicas graves ou incompatíveis com a sobrevivência e retardamento mental⁶.

Fez-se necessário definir e classificar de forma pormenor o abortamento para melhor entendimento do tema em questão, já que o Código Penal brasileiro não o definiu sendo objeto de definição e estudo das ciências médicas.

- 5 MINISTÉRIO DA SAÚDE. **20 Anos de pesquisa de aborto no Brasil**. Secretaria de Ciências Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Série B Textos Básicos de Saúde. Distrito Federal: MS, 2009. p. 49.
- 6 NEME, Bussâmara. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Savier, 2000. p. 553.

3 Criminalização e hipóteses legais de abortamento conforme o ordenamento jurídico brasileiro

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, no artigo 5º, inc. XXXVIII, reconhece à instituição do júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, dentre eles o aborto. Diante desse dispositivo, poder-se-ia entender que o legislador constituinte estabeleceu a proibição absoluta do aborto, o que é um equívoco, diante do que se infere a partir dos princípios de interpretação dos direitos fundamentais⁷.

No Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro o aborto voluntário é considerado crime, tipificado nos arts. 124 a 126 do Código Penal. O abortamento criminoso enseja várias figuras delituosas: o auto-abortamento; o abortamento consentido; o abortamento provocado sem consentimento da gestante; o abortamento provocado com o consentimento da gestante e o abortamento qualificado, dentre outras situações.

Para Maria Helena Diniz:

O aborto criminoso constitui um delito contra a vida, consistente na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva (RJTJ-SP 35:237) e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto e da concepção, seguido ou não de sua expulsão do ventre materno⁸.

O Código Penal de 1940 estabeleceu em seu artigo 128 que não se punirá o aborto praticado por médico decorrente das duas indicações: Riscos de vida materna (imediato ou presumido, com razoável grau de certeza de sua existência) e gravidez resultante de violência caracterizada como estupro.

7 LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

8 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38.

Nos últimos anos, embora não se tenha alterado o espírito da lei de 1940, tem crescido de modo sistemático e contínuo, a autorização legal para interrupções gestacionais, que é concedida por magistrados para situações claras de gravidez de fetos com malformações gravíssimas ou incompatíveis com a sobrevivência extrauterina.

4 Conceito de anencefalia e diferenciação de fetos meroanencefálicos e holoanencefálicos

Anencefalia é a anomalia do sistema nervoso central (SNC) que se caracteriza, genericamente, pela ausência da abóbada craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral. Geralmente, as glândulas suprarrenais têm, também, pequeno volume, ou são rudimentares. A anencefalia é talvez, a causa mais comum da polidramia, comuns às apresentações anômalas (pélvica e de face)⁹.

Ausente o excesso de líquido amniótico, observa-se, muitas vezes, prenhez seródia. Há o caso, bem documentado, segundo De Higgins, “em que a sua duração chegou há 1 ano e 24 dias, com movimentação fetal presente até a hora do parto”¹⁰.

Conforme Moore e Persaud:

A meroanencefalia é a ausência parcial do encéfalo – é o mais grave DTN e é também a anomalia congênita mais comum do sistema nervoso central. Embora o termo anencefalia (Gr. an, sem + encephalos, encéfalo) seja comumente usado, ele é um termo errôneo, pois o encéfalo não está totalmente ausente¹¹.

Portanto, é necessário definir o que é encéfalo. Ângelo Machado define encéfalo como “parte do Sistema Nervoso Central situada dentro

9 REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1998. p. 1073.

10 DE HIGGINS *apud* REZENDE, Jorge. *Ibid.* p. 1073.

11 MOORE, Keith; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. Tradução Maria das Graças Fernandes Sales. et al. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 2. rep. p. 76.

do crânio neural, sendo o encéfalo subdividido em cérebro, cerebelo e tronco encefálico (mesencéfalo, ponte e bulbo)”¹².

Alguns autores têm proposto os termos meroanencefalia e holoanencefalia para a diferenciação dos casos em que há ausência parcial e total do encéfalo, respectivamente. Por outro lado, portadores de meroanencefalia podem sobreviver vários anos. E a decisão que pode vir a ser proferida pelo STF não estará distinguindo essas diferentes situações¹³.

O diagnóstico é realizado utilizando-se o ultrassom transvaginal, a ausência de borda externa ecogênica (osso) circundando o cérebro fetal, já no primeiro trimestre de gravidez, faz pensar em fetos com anomalia do SNC.

É desejável o diagnóstico durante a gravidez, pois permite as condições psicológicas menos desfavoráveis e tratamento médico especializado com finalidade de evitar futuras complicações tococirúrgicas.

5 Perspectiva jurídica doutrinária e judicial para os casos de interrupção seletiva da gestação em fetos holoanencefálicos

Nos termos do artigo 5º da Constituição Federal o direito fundamental à vida é inviolável. A tênue relação vida e morte gera uma ce-leuma nos campos médico e jurídico, inserido no contexto histórico, religioso, antropológico e social. A falta de consenso gera controvérsias e impede soluções pacíficas para o caso de sobrestar terapêuticamente a gestação de holoanencéfalos.

12 MACHADO, Ângelo B.M. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 37.

13 Cf. FENASP. **STF está prestes a decidir a interrupção da gravidez**. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.fenasp.com/novo/ver_destaque.php?mostrar=noticia&id=9b242e32b9>. Acesso em: 26 mar. 2010.

“A polêmica da interrupção da gestação de conceptos anencefálicos encontrará solução aceitável após a unificação dos critérios e conceitos médicos e jurídicos para a definição do momento morte”¹⁴.

As ciências médicas evidenciam a existência de dois processos no momento da morte: a morte encefálica e a morte clínica. A morte encefálica é a parada total e irreversível das funções encefálicas (cérebro, cerebelo e tronco encefálico). No caso em questão os fetos holoanencefálicos são desprovidos de encéfalos, portanto, considerados natimortos.

“A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular”¹⁵.

A questão de anencefalia foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2004, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com suporte técnico do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS)¹⁶. Naquele ano, uma medida liminar concedida pelo STF autorizou que mulheres grávidas de fetos com anencefalia optassem pela interrupção da gestação, assim como protegeu os profissionais de saúde que atuassem em tal procedimento médico¹⁷. A liminar foi cassada ainda em 2004, mas o mérito da ação não foi julgado até o presente momento¹⁸.

Conforme de Luiz Regis Prado são duas hipóteses em que a lei considera o aborto legal, ou seja, lícita a conduta do fato. Com efeito o artigo 128 do Código Penal brasileiro permite que, dadas determinadas circunstâncias, o aborto passa a se realizado sob o manto da

14 FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencéfalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

15 *Ibidem*.

16 Cf. BARROSO, L. R. *apud* DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médico**. Disponível em: <<http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=s1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tIng=pt>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

17 DINIZ, Debora *et al.* *Ibid.*

18 *Ibidem*.

do crânio neural, sendo o encéfalo subdividido em cérebro, cerebelo e tronco encefálico (mesencéfalo, ponte e bulbo)”¹².

Alguns autores têm proposto os termos meroanencefalia e holanencefalia para a diferenciação dos casos em que há ausência parcial e total do encéfalo, respectivamente. Por outro lado, portadores de meroanencefalia podem sobreviver vários anos. E a decisão que pode vir a ser proferida pelo STF não estará distinguindo essas diferentes situações¹³.

O diagnóstico é realizado utilizando-se o ultrassom transvaginal, a ausência de borda externa ecogênica (osso) circundando o cérebro fetal, já no primeiro trimestre de gravidez, faz pensar em fetos com anomalia do SNC.

É desejável o diagnóstico durante a gravidez, pois permite as condições psicológicas menos desfavoráveis e tratamento médico especializado com finalidade de evitar futuras complicações tococirúrgicas.

5 Perspectiva jurídica doutrinária e judicial para os casos de interrupção seletiva da gestação em fetos holanencefálicos

Nos termos do artigo 5º da Constituição Federal o direito fundamental à vida é inviolável. A tênue relação vida e morte gera uma ce-leuma nos campos médico e jurídico, inserido no contexto histórico, religioso, antropológico e social. A falta de consenso gera controvérsias e impede soluções pacíficas para o caso de sobrestar terapêuticamente a gestação de holanencefálicos.

12 MACHADO, Ângelo B.M. *Neuroanatomia funcional*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 37.

13 Cf. FENASP. *STF está prestes a decidir a interrupção da gravidez*. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.fenasp.com/novo/ver_destaque.php?mostrar=noticia&id=9b242e32b9>. Acesso em: 26 mar. 2010.

“A polêmica da interrupção da gestação de conceptos anencefálicos encontrará solução aceitável após a unificação dos critérios e conceitos médicos e jurídicos para a definição do momento morte”¹⁴.

As ciências médicas evidenciam a existência de dois processos no momento da morte: a morte encefálica e a morte clínica. A morte encefálica é a parada total e irreversível das funções encefálicas (cérebro, cerebelo e tronco encefálico). No caso em questão os fetos holanencefálicos são desprovidos de encéfalos, portanto, considerados natimortos.

“A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular”¹⁵.

A questão de anencefalia foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2004, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com suporte técnico do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS)¹⁶. Naquele ano, uma medida liminar concedida pelo STF autorizou que mulheres grávidas de fetos com anencefalia optassem pela interrupção da gestação, assim como protegeu os profissionais de saúde que atuassem em tal procedimento médico¹⁷. A liminar foi cassada ainda em 2004, mas o mérito da ação não foi julgado até o presente momento¹⁸.

Conforme de Luiz Regis Prado são duas hipóteses em que a lei considera o aborto legal, ou seja, lícita a conduta do fato. Com efeito o artigo 128 do Código Penal brasileiro permite que, dadas determinadas circunstâncias, o aborto passa a se realizado sob o manto da

14 FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencefálicos? *DireitoNet*. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencefalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

15 *Ibidem*.

16 Cf. BARROSO, L. R. *apud* DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médico**. Disponível em: <<http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=s1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tlng=pt>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

17 DINIZ, Debora *et al.* *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

excludente da culpabilidade ou a ilicitude, conforme seja a corrente seguida¹⁹.

As excludentes de ilicitude e culpabilidade para o aborto no Brasil não preveem a situação clínica de anencefalia, o que obriga as gestantes a manter a gestação ou buscar autorização judicial para interrompê-la sem risco de ser julgada no tribunal do júri por crime contra a vida, ainda que esta “vida” seja intrauterina com diagnóstico de malformação fetal incompatível com a vida extrauterina. No entanto, como a Lei Penal brasileira não disciplina a matéria, temos, portanto, uma lacuna legislativa.

A magistrada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Elba Aparecida Nicolli Bastos argumenta no seu voto em um caso concreto de interrupção terapêutica da gestação de concepto anencéfalo, o seguinte:

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes tem embasamento na causa supra-legal da inexigibilidade de outra conduta, porque nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade, no caso da gestante’, concluindo a justificativa do voto²⁰.

A pesquisa científica do tipo *survey* eletrônico com 1814 médicos, filiados à Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), expõe:

Em um lapso temporal de 20 anos os mesmos atenderam um universo de 9.730 mulheres grávidas de fetos anencéfalos. Das 9.730 gestantes 84,8% (8.251) relataram desejo de interromper a gestação. Os resultados ainda revelam que 3.602 gestantes de fetos anencefálicos atendidas por esses médicos conseguiram autorização prévia judicial para interromper a gestação²¹.

19 PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2. p. 114.

20 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo 70011918026**. 3ª Câmara Criminal. Desemb. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/423229069>. Acesso em: 02 abr. 2010.

21 DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <<http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=s1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tling=pt>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Esse estudo demonstra o desafio da assistência médica frente a essas gestantes e a celeuma que ocorre entre a ética-moral e a imposição taxativa da ilegalidade da conduta médica de interrupção da gestação de um concepto portador de anomalia letal.

A não interrupção seletiva da gestação de fetos holoanencefálicos poderá submeter as gestantes a riscos inerentes à própria gestação e à patologia referida, que tem uma maior associação com:

- a) Prolongamento da gestação além de 40 semanas; b) Associação com polihidrâmnio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores; c) Associação com Doença Hipertensiva Específica da Gestação; d) Associação com vasculopatia periférica de estase; e) Alterações comportamentais e psicológicas; f) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal); g) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; h) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos; i) Necessidade de bloqueio da lactação; j) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina²².

O convívio social pode tornar-se uma realidade dolorosa para a gestante, pois a sociedade não está preparada para acolhê-la neste momento tão delicado de sua vida. Muitas vezes ela opta por isolar-se e fugir do contato social²³.

Acrescente-se ainda que cerca de 15-33% dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar²⁴. Casos graves como

22 FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencéfalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

23 BENUTE *apud* LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 109.

24 DINIZ, Debora *et al.* *op cit.*

excludente da culpabilidade ou a ilicitude, conforme seja a corrente seguida¹⁹.

As excludentes de ilicitude e culpabilidade para o aborto no Brasil não preveem a situação clínica de anencefalia, o que obriga as gestantes a manter a gestação ou buscar autorização judicial para interrompê-la sem risco de ser julgada no tribunal do júri por crime contra a vida, ainda que esta “vida” seja intrauterina com diagnóstico de malformação fetal incompatível com a vida extrauterina. No entanto, como a Lei Penal brasileira não disciplina a matéria, temos, portanto, uma lacuna legislativa.

A magistrada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Elba Aparecida Nicolli Bastos argumenta no seu voto em um caso concreto de interrupção terapêutica da gestação de concepto anencéfalo, o seguinte:

O caso sob apreciação é excepcional pelas suas características e, mesmo não estando apoiado nos dispositivos penais vigentes tem embasamento na causa supra-legal da inexigibilidade de outra conduta, porque nem o direito, tampouco a lei positiva podem exigir heroísmo das pessoas a ponto de violar sua higidez mental e psíquica e a própria dignidade, no caso da gestante, concluindo a justificativa do voto²⁰.

A pesquisa científica do tipo *survey* eletrônico com 1814 médicos, filiados à Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), expõe:

Em um lapso temporal de 20 anos os mesmos atenderam um universo de 9.730 mulheres grávidas de fetos anencéfalos. Das 9.730 gestantes 84,8% (8.251) relataram desejo de interromper a gestação. Os resultados ainda revelam que 3.602 gestantes de fetos anencefálicos atendidas por esses médicos conseguiram autorização prévia judicial para interromper a gestação²¹.

19 PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2. p. 114.

20 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo 70011918026**. 3ª Câmara Criminal. Desemb. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/423229069>. Acesso em: 02 abr. 2010.

21 DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <<http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=s1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tling=pt>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Esse estudo demonstra o desafio da assistência médica frente a essas gestantes e a celeuma que ocorre entre a ética-moral e a imposição taxativa da ilegalidade da conduta médica de interrupção da gestação de um concepto portador de anomalia letal.

A não interrupção seletiva da gestação de fetos holoanencefálicos poderá submeter as gestantes a riscos inerentes à própria gestação e à patologia referida, que tem uma maior associação com:

- a) Prolongamento da gestação além de 40 semanas;
- b) Associação com polihidrâmnio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores;
- c) Associação com Doença Hipertensiva Específica da Gestação;
- d) Associação com vasculopatia periférica de estase;
- e) Alterações comportamentais e psicológicas;
- f) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal);
- g) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério;
- h) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos;
- i) Necessidade de bloqueio da lactação;
- j) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina²².

O convívio social pode tornar-se uma realidade dolorosa para a gestante, pois a sociedade não está preparada para acolhê-la neste momento tão delicado de sua vida. Muitas vezes ela opta por isolar-se e fugir do contato social²³.

Acrescente-se ainda que cerca de 15-33% dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar²⁴. Casos graves como

22 FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencéfalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

23 BENUTE *apud* LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 109.

24 DINIZ, Debora *et al.* *op cit.*

meningiomelocele envolvendo várias vértebras estão frequentemente associados à anencefalia²⁵.

A ITG não se encontra amparada na norma penal, pois não se subsume às hipóteses expressamente previstas no Código Penal, que autoriza o aborto legal, portanto não vislumbrado em nossa lei penal vigente.

Não obstante isso, a doutrina e a jurisprudência pátrias cada vez mais, vêm se posicionando no sentido da possibilidade da prática desse tipo de “abortamento”, ou seja, um tratamento terapêutico realizado pelo médico; em sendo um tratamento médico não se caracteriza o crime de aborto, quando o diagnóstico médico-obstétrico demonstrar a não sobrevivência do feto ao período gestacional²⁶.

Sobre o assunto, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Algumas decisões de juízes têm autorizado abortos de fetos ou embriões que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois [...]. [...] se a vida humana deve ser protegida de qualquer modo, seja um ser monstruoso ou não – com o que concordamos plenamente-, necessita-se estender essa proteção tanto à criança nascida quanto àquela que se encontra em gestação. E diga-se mais: a eventual curta expectativa de vida do futuro recém-nascido também não deve servir de justificativa para o aborto, uma vez que não se aceita, no Brasil, a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado). Entretanto, se os médicos atestarem que o feto ou embrião é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe calota craniana e parcela do cérebro), por exemplo, não cuida de ‘vida’ própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida, tão logo, ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de abóbada craniana e de hemisférios cerebrais pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto²⁷ [grifo nosso].

25 MOORE, Keith I; PERSAUD, T.V.N. Persaud. **Embriologia clínica**. Tradução Maria das Graças Fernandes Sales. et al. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 476.

26 BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Processo n. 243.2007.001902-8**. Relator: Andrea Calado Venâncio. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 23 set. 2009.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

Em consonância com o comentário acima, a jurisprudência pátria assim vem se posicionando:

ABORTO – EUGÊNICO – AUTORIZAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA – Detecção de cardiopatia grave e má formação de diversos órgãos-Deformidade absoluta e irreversível – Interrupção da gravidez que vem a evitar tanto o risco da vida da mãe quanto o seu sofrimento em saber que daria à luz a um natimorto – Segurança concedida²⁸.

6 Conflito entre direitos fundamentais?

Com a teoria do constitucionalismo e em especial a elaborada pelo jurista da Escola Austríaca Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, a Carta Magna é considerada não apenas como lei delimitadora, resolutive e fundamentadora, mas também, todas as demais normas se fundamentam e são interpretadas à luz da Constituição, todavia, como fonte de eficácia de toda legislação estatal. Além da garantia da existência e limites do Estado, a Constituição deve pressupor os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa, garantindo a eficácia destes.

Toda decisão judicial está baseado na Constituição e /ou leis infra-constitucionais que se relacionam. No caso de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos observa-se de um lado na Lei Maior o direito fundamental à vida, no título II, artigo 5º, da Carta Magna defendida de forma ampla inclusive para o nascituro. Apoiado nesse princípio constitucional, o Código Penal de 1940, recepcionado pela Constituição de 1988 protege a vida do ser humano em formação, criminaliza a conduta de causar o óbito do concepto na forma intrauterina ou pela provocação de sua expulsão, tipificando-a nos artigos 124, 125 e 126.

28 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. MS 418.592-3/4-00. 5ª. C.Crim. – Rel. Des.Barbosa Pereira-j.12.06.2003). In: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 126.

meningomielocle envolvendo várias vértebras estão frequentemente associados à anencefalia²⁵.

A ITG não se encontra amparada na norma penal, pois não se subsume às hipóteses expressamente previstas no Código Penal, que autoriza o aborto legal, portanto não vislumbrado em nossa lei penal vigente.

Não obstante isso, a doutrina e a jurisprudência pátrias cada vez mais, vêm se posicionando no sentido da possibilidade da prática desse tipo de “abortamento”, ou seja, um tratamento terapêutico realizado pelo médico; em sendo um tratamento médico não se caracteriza o crime de aborto, quando o diagnóstico médico-obstétrico demonstrar a não sobrevivência do feto ao período gestacional²⁶.

Sobre o assunto, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Algumas decisões de juízes têm autorizado abortos de fetos ou embriões que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois [...]. [...] se a vida humana deve ser protegida de qualquer modo, seja um ser monstruoso ou não – com o que concordamos plenamente-, necessita-se estender essa proteção tanto à criança nascida quanto àquela que se encontra em gestação. E diga-se mais: a eventual curta expectativa de vida do futuro recém-nascido também não deve servir de justificativa para o aborto, uma vez que não se aceita, no Brasil, a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado). Entretanto, se os médicos atestarem que o feto ou embrião é verdadeiramente inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe calota craniana e parcela do cérebro), por exemplo, não cuida de ‘vida’ própria, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma vez que a própria lei considera cessada a vida, tão logo, ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de abóbada craniana e de hemisférios cerebrais pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto²⁷ [grifo nosso].

25 MOORE, Keith I; PERSAUD, T.V.N. Persaud. **Embriologia clínica**. Tradução Maria das Graças Fernandes Sales. et al. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 476.

26 BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Processo n. 243.2007.001902-8**. Relator: Andrea Calado Venâncio. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 23 set. 2009.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

Em consonância com o comentário acima, a jurisprudência pátria assim vem se posicionando:

ABORTO – EUGÊNICO – AUTORIZAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA – Detecção de cardiopatia grave e má formação de diversos órgãos-Deformidade absoluta e irreversível – Interrupção da gravidez que vem a evitar tanto o risco da vida da mãe quanto o seu sofrimento em saber que daria à luz a um natimorto – Segurança concedida²⁸.

6 Conflito entre direitos fundamentais?

Com a teoria do constitucionalismo e em especial a elaborada pelo jurista da Escola Austríaca Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, a Carta Magna é considerada não apenas como lei delimitadora, resolutive e fundamentadora, mas também, todas as demais normas se fundamentam e são interpretadas à luz da Constituição, todavia, como fonte de eficácia de toda legislação estatal. Além da garantia da existência e limites do Estado, a Constituição deve pressupor os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa, garantindo a eficácia destes.

Toda decisão judicial está baseado na Constituição e /ou leis infra-constitucionais que se relacionam. No caso de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos observa-se de um lado na Lei Maior o direito fundamental à vida, no título II, artigo 5º, da Carta Magna defendida de forma ampla inclusive para o nascituro. Apoiado nesse princípio constitucional, o Código Penal de 1940, recepcionado pela Constituição de 1988 protege a vida do ser humano em formação, criminaliza a conduta de causar o óbito do concepto na forma intrauterina ou pela provocação de sua expulsão, tipificando-a nos artigos 124, 125 e 126.

28 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. MS 418.592-3/4-00. 5ª. C.Crim. – Rel. Des.Barbosa Pereira-j.12.06.2003). In: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 126.

Segundo Smanio “a objetividade jurídica do abortamento é a vida humana intrauterina”²⁹.

Dessa forma, discute-se o tema direito de nascer, pois ele evoluiu bastante, vez que a forma como é diagnosticada a morte tem sido objeto de estudos mais apurados sendo modificado no transcorrer dos últimos anos a partir de aspectos fisiológicos e clínicos. Isto, após o vertiginoso desenvolvimento tecnológico na área médica através de exames de imagem (ultrassonografia 3D, tomografia computadorizada) e laboratorial. É um desafio integralizar a tecnologia de ponta à estrutura societária vigente quer seja no campo jurídico, filosófico e religioso, visando pacificar a interrelação humana para que seja discutido o tema desvinculado de dogmas, já que vivemos em um Estado laico. As estruturas da morte, contudo, foram profundamente alteradas com a evolução da ciência médica e a maneira do homem vislumbrar o fenômeno³⁰.

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1.752/04, dispõe que os fetos anencéfalos são natimortos cerebrais conceitos inaplicáveis e desnecessários para os critérios de morte encefálica. E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida extrauterina, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral³¹.

Entretanto, uma gestação de conceito anencéfalo requer reflexão mais apurada face à classificação embriológica dos anencéfalos em meroanencéfalos e holoanencéfalos e do conflito entre direitos fundamentais. De um lado, a gestante que diante de um prognóstico letal para o feto holoanencefálico, deseja realizar a interrupção terapêutica da gestação através dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito social à saúde e do outro lado o feto com o direito à vida.

29 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 32.

30 ROBERTO, Cinthia. **Direitos humanos**: acesso à justiça: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66.

31 Cf. FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencefalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

Na Carta Magna encontramos o artigo 1º, inciso III, que versa sobre o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo um importante fundamento da ordem, bem-estar e justiça social.

Dignidade vem do latim e significa honra; é parte integrativa do ser humano correlacionada a sua subjetividade intelectual. A dignidade significa, portanto, uma linha de honestidade e ações corretas embasadas na justiça e nos direitos humanos, criando uma reputação moral e ética favorável às questões metaindividuais.

Carolina Alves trata, ainda, neste mesmo contexto da questão do direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher quanto à manutenção ou interrupção da gestação nos casos de anencefalia, portanto, “o poder de escolha da mulher é baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo algo que lhe pertence de forma inata”³².

O direito à dignidade da mulher confronta-se com o direito à vida do conceito. Entretanto, no direito à vida temos que pensar no Direito à Sobrevivência Digna – viver sem dignidade é morrer aos poucos³³. A anomalia dos fetos holoanencefálicos é condição letal para o produto da concepção.

Outro direito que deve ser respeitado neste contexto gestacional está no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal que estabelece dentre os direitos sociais o direito à saúde. O artigo 196 da Carta Magna determina que, verbis:

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômica que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação³⁴.

32 LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 241.

33 ROBERTO, Cinthia. **Direitos humanos, acesso à justiça**: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66.

34 BRASIL. Constituição Federal. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 61.

Um aspecto relevante que deve ser levado em consideração para que a interrupção seja aceita no mundo jurídico brasileiro é a saúde corpórea, psíquica e social da mulher que pode ser profundamente desequilibrada em uma gestação de feto portador de distúrbio do SNC.

Criminalizar, portanto, a ITG de feto holoanencéfalo é ignorar o conceito das ciências médicas, onde o direito penal “bebe” de sua fonte.

Maria Lúcia Penna defende a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica.

Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir — em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral³⁵.

Sem dúvida, qualquer profissional de saúde sofre de angústia moral ao acompanhar o sofrimento de uma mãe aguardando durante cinco meses a parada cardíaca intrauterina ou o parto do que não será uma criança viva. A criminalização do aborto nesses casos tolhe os genitores a fazer uma escolha, sendo constrangidos pela lei a continuar a gravidez³⁶.

Um Estado Democrático de Direito deve estar alicerçado em regras definidas acerca dos direitos fundamentais, devendo o Estado também ser social para que a justiça se concretize através do direito positivado de acordo com a racionalidade científica. Em sendo assim, a ciência do Direito Penal do direito deve aproximar-se da vida real³⁷.

35 PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). *Revista de saúde pública. Scielo Brasil*. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2010.

36 *Ibidem*.

37 ALMEIDA, Enéa Stutz. **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 100-101.

Uma interlocução da subjetividade na esfera jurídica reconhecendo a complexidade da vida contemporânea, e mais especificamente do caso concreto gestação de feto holoanencefálico, além da tecnologia de ponta na área médica para diagnosticar o caso em questão e uma profunda humanização do direito levará ao não impedimento da descriminalização do tratamento eugênico. Só assim a acessibilidade à justiça deixará de ser um debate sobre esta ou aquela técnica; esta ou aquela teoria; para se tornar algo que traga qualidade de vida, aproveitando as vicissitudes da ciência médica aplicada ao caso concreto.

7 Falta de tipicidade material no caso de aborto de holoanencéfalo

O feto holoanencefálico é considerado um natimorto e portanto, desconstituído do pressuposto de fruição dos direitos fundamentais. José Renato Nalini sustenta que a vida não é apenas um direito fundamental. É pressuposto de fruição de todos os demais direitos. Sem ela descabe invocar qualquer direito³⁸. Sendo um desafio ao Poder Legislativo e à Justiça Brasileira efetivar esta condição de forma descriminalizada como medida terapêutica. Por isso, é importante a criatividade hermenêutica para extrair novos direitos decorrentes da nova visão de mundo à luz da tecnologia voltada à ciência médica.

Segundo Cervini descriminalização é sinônimo de retirar formalmente de fato do âmbito do direito penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. A descriminalização pode manifestar-se no sentido estrito que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como, por exemplo, aborto consentido. É uma solução radical porque significa a eliminação de toda ilicitude. Este tipo de descriminalização deriva da íntima convicção do legislador de que os

38 Cf. NALINI, José Roberto. Os desafios da aplicação e efetivação dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza (Org.). **A declaração universal dos direitos humanos – Sessenta anos**. Sonhos e realidade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. p. 59.

custos sociais da criminalização são maiores do que os benefícios e que não existem instrumentos alternativos práticos para enfrentar, com certa possibilidade de êxito, o comportamento ou situação assim desejada. Perante esta situação, opta-se pela não intervenção³⁹.

A não intervenção estatal está vinculada, no caso de gestações de conceptos holocéfalos, à política criminal e ausência/omissão do Estado na organização institucional de assistência holística desse fato em saúde pública.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, “o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos), não tem proteção jurídica”⁴⁰.

Segundo o Ministro Marco Aurélio de Mello, “a interrupção da gravidez na situação clínica de anencefalia não caracteriza aborto, porque não há expectativa de vida fora do útero”⁴¹.

A partir do momento em que se diagnostica holocéfalia, o feto com organismo biologicamente ativo, deixa de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal, pois ocorre inviabilidade vital e, portanto, não há aborto⁴².

É justo descriminalizar o aborto nesta condição clínica letal. O que é ser justo? É ser adequado naquilo que se deve ser⁴³.

Para que se sustente o argumento de aborto como crime contra a vida em potencial do feto, é preciso que haja expectativa de vida extrauterina, algo inexistente nesses casos⁴⁴.

39 Cf. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja et al 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 72.

40 BARBOSA, Joaquim *apud* MARTINS, João Paulo Bentes. Tipos de aborto e a problemática de fetos anencefálicos. **DireitoNet**. Publ. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5022/Tipos-de-aborto-e-a-problematICA-do-aborto-de-fetos-anencefalos>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

41 MELLO, Marco Aurélio de. *apud* FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencefálicos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencefalo>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

42 Cf. PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). Revista de saúde pública. **SciELO Brasil**. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2010.

43 SILVEIRA NETO, Joaquim da Mota. **Em vias da liberdade breve estudo crítico**. Recife. FASA. 2005. p. 125.

44 Cf. DINIZ, Debora et al. **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tling=pt>. Acesso em: 15 mar. 2010.

8 Interrupção terapêutica da gestação: uma conduta médica descriminalizada de fato

A indicação de interrupção terapêutica (ITG) da gestação atualmente tem aplicabilidade muito restrita. E tem que estar vinculada a alguns pré-requisitos gerais e específicos indispensáveis.

São pré-requisitos gerais: a) Conduta médica; b) Realização da ITG ou tratamento eugênico em estabelecimento hospitalar público ou privado creditado pela Administração Pública⁴⁵.

Além do consentimento expresso da gestante ou de seu representante legal o consentimento deve constituir a expressão da autêntica liberdade de autodeterminação da mulher grávida (consentimento informado). É preciso que a mulher tenha capacidade de compreender o alcance da decisão da ITG, o que pressupõe o entendimento do diagnóstico da anormalidade fetal e prognóstico, além da natureza da intervenção médica e sua finalidade. A incapacidade da gestante legitima a intervenção de seu representante legal para estar alerta pelo bem-estar da gestante⁴⁶.

É indispensável a satisfação dos seguintes requisitos específicos, a saber:

1) Presunção de que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas: o reconhecimento destas anomalias é possível ao extraordinário desenvolvimento alcançado pelas ciências médicas e biológicas. O diagnóstico pré-natal – feito com auxílio de diversas técnicas, com riscos variáveis (*v.g.*, exame do ADN fetal, amniocentese, biópsia do córion, fetoscopia e ultrassom) – permite reconhecer o estado do embrião ou do feto antes do nascimento identificando grande número de enfermidades incuráveis (*v.g.*, anencefalia). Apenas quando diagnosticada anomalia física ou psíquica grave, que presuma a ocorrência da vida despojada de qualquer qualidade, a indicação eugênica mostrar-se-ia adequada.

45 PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 123.

46 Cf. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 123.

2) Tratamento eugênico até 22 semanas, prazo hábil para diagnosticar seguramente certas anomalias e para solidificação da decisão de abortar, além de parecer prévio de dois especialistas distintos dos executores da prática abortiva e vinculado a algum estabelecimento público ou privado credenciado a administração pública⁴⁷.

Reforçando o parágrafo anterior, a 24ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, na Noruega, deliberou que o aborto só é admitido como medida terapêutica, se for aprovado por escrito, por no mínimo dois médicos de notável saber⁴⁸.

Diante do que foi exposto, dentro do tema abortamento *versus* ITG, a descriminalização da interrupção seletiva está albergada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e no direito social à saúde da mulher devendo ser vivenciado como um tratamento médico e não como um caso de crime contra a vida.

A discussão dos aspectos éticos envolvidos nesse cenário não acontece na literatura internacional, já que a maioria dos países europeus e os Estados Unidos permitem o aborto, ou seja, a interrupção voluntária da gravidez. Nesses países, os médicos fazem o diagnóstico e recomendam a interrupção da gravidez, cabendo a decisão aos pais, que o fazem segundo seu credo e visão de mundo⁴⁹.

Diante da indicação médica da ITG ambos os pais e/ou seus representantes legais manifestam por escrito a vontade de aceitar ou recusar tratamento médico, sendo esta decisão respeitada amplamente. Caberia única e exclusivamente a decisão dos pais e/ou representantes legais ficando o Estado como provedor para que o direito social à saúde da mulher e o direito de dignidade da pessoa humana tutelada pela Constituição Federal sejam acolhidos.

47 *Ibidem*. p. 123-124.

48 Cf. ROBERTO, Cinthia. **Direitos humanos, acesso a justiça**: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66.

49 Cf. PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). *Revista de saúde pública. Scielo Brasil*. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2010.

O reconhecimento do direito ao tratamento eugênico nesses casos deve ser entendido como uma matéria de ética privada; por isso, que se optarem pelo tratamento serão igualmente protegidas e assistidas pelas equipes de saúde. No entanto, o acolhimento às escolhas sem interferência do Judiciário deve ser entendido também como uma medida terapêutica, pois transfere o tema da esfera do crime para o das decisões éticas cotidianas à assistência em saúde⁵⁰.

Diante deste contexto a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei orgânica da saúde e a Lei de nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que trata da participação da sociedade e do financiamento da saúde devem ser utilizadas para assegurar uma assistência plena à saúde.

Estas leis compulsoriamente deveriam garantir à gestante o acesso ao conjunto de ações e serviços de saúde para prover o acesso gratuito, mediante financiamento público aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer sua saúde; ter acesso prioritário e célere aos serviços de ambulatório em obstetrícia; ter acesso a vagas que facilitem sua internação hospitalar, sempre que houver indicação médica de ITG; ter informação clara e completa sobre o diagnóstico, prognóstico desta gestação, riscos e benefícios da ITG; ter garantia de proteção à sua vida privada, ao sigilo e a confidencialidade de todas as informações sobre seu estado de saúde; receber informações claras, completas, objetivas e compreensíveis sobre o estado de saúde do feto, hipóteses diagnósticas; exames solicitados e realizados, tratamento e procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, urgência, duração e alternativa de solução⁵¹.

A função do Poder Judiciário seria de obrigar o Poder Público a cumprir o seu papel diante do direito de cidadania, pois será imprescindível para a gestante estas garantias de direito elencadas.

50 DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000800035&lng=PT&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 mar. 2010.

51 IDEC. **SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. 3. ed. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo – Brasil, 2006. p. 22.

2) Tratamento eugênico até 22 semanas, prazo hábil para diagnosticar seguramente certas anomalias e para solidificação da decisão de abortar, além de parecer prévio de dois especialistas distintos dos executores da prática abortiva e vinculado a algum estabelecimento público ou privado credenciado a administração pública⁴⁷.

Reforçando o parágrafo anterior, a 24^a Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, na Noruega, deliberou que o aborto só é admitido como medida terapêutica, se for aprovado por escrito, por no mínimo dois médicos de notável saber⁴⁸.

Diante do que foi exposto, dentro do tema abortamento *versus* ITG, a descriminalização da interrupção seletiva está albergada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e no direito social à saúde da mulher devendo ser vivenciado como um tratamento médico e não como um caso de crime contra a vida.

A discussão dos aspectos éticos envolvidos nesse cenário não acontece na literatura internacional, já que a maioria dos países europeus e os Estados Unidos permitem o aborto, ou seja, a interrupção voluntária da gravidez. Nesses países, os médicos fazem o diagnóstico e recomendam a interrupção da gravidez, cabendo a decisão aos pais, que o fazem segundo seu credo e visão de mundo⁴⁹.

Diante da indicação médica da ITG ambos os pais e/ou seus representantes legais manifestam por escrito a vontade de aceitar ou recusar tratamento médico, sendo esta decisão respeitada amplamente. Caberia única e exclusivamente a decisão dos pais e/ou representantes legais ficando o Estado como provedor para que o direito social à saúde da mulher e o direito de dignidade da pessoa humana tutelada pela Constituição Federal sejam acolhidos.

47 *Ibidem*. p. 123-124.

48 Cf. ROBERTO, Cinthia. **Direitos humanos, acesso a justiça**: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66.

49 Cf. PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). Revista de saúde pública. **SciELO Brasil**. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2010.

O reconhecimento do direito ao tratamento eugênico nesses casos deve ser entendido como uma matéria de ética privada; por isso, que se optarem pelo tratamento serão igualmente protegidas e assistidas pelas equipes de saúde. No entanto, o acolhimento às escolhas sem interferência do Judiciário deve ser entendido também como uma medida terapêutica, pois transfere o tema da esfera do crime para o das decisões éticas cotidianas à assistência em saúde⁵⁰.

Diante deste contexto a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei orgânica da saúde e a Lei de nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que trata da participação da sociedade e do financiamento da saúde devem ser utilizadas para assegurar uma assistência plena à saúde.

Estas leis compulsoriamente deveriam garantir à gestante o acesso ao conjunto de ações e serviços de saúde para prover o acesso gratuito, mediante financiamento público aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer sua saúde; ter acesso prioritário e célere aos serviços de ambulatório em obstetrícia; ter acesso a vagas que facilitem sua internação hospitalar, sempre que houver indicação médica de ITG; ter informação clara e completa sobre o diagnóstico, prognóstico desta gestação, riscos e benefícios da ITG; ter garantia de proteção à sua vida privada, ao sigilo e a confidencialidade de todas as informações sobre seu estado de saúde; receber informações claras, completas, objetivas e compreensíveis sobre o estado de saúde do feto, hipóteses diagnósticas; exames solicitados e realizados, tratamento e procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, urgência, duração e alternativa de solução⁵¹.

A função do Poder Judiciário seria de obrigar o Poder Público a cumprir o seu papel diante do direito de cidadania, pois será imprescindível para a gestante estas garantias de direito elencadas.

50 DINIZ, Debora et al. **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 mar. 2010.

51 IDEC. **SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. 3. ed. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo – Brasil, 2006. p. 22.

2) Tratamento eugênico até 22 semanas, prazo hábil para diagnosticar seguramente certas anomalias e para solidificação da decisão de abortar, além de parecer prévio de dois especialistas distintos dos executores da prática abortiva e vinculado a algum estabelecimento público ou privado credenciado a administração pública⁴⁷.

Reforçando o parágrafo anterior, a 24ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, na Noruega, deliberou que o aborto só é admitido como medida terapêutica, se for aprovado por escrito, por no mínimo dois médicos de notável saber⁴⁸.

Diante do que foi exposto, dentro do tema abortamento *versus* ITG, a descriminalização da interrupção seletiva está albergada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e no direito social à saúde da mulher devendo ser vivenciado como um tratamento médico e não como um caso de crime contra a vida.

A discussão dos aspectos éticos envolvidos nesse cenário não acontece na literatura internacional, já que a maioria dos países europeus e os Estados Unidos permitem o aborto, ou seja, a interrupção voluntária da gravidez. Nesses países, os médicos fazem o diagnóstico e recomendam a interrupção da gravidez, cabendo a decisão aos pais, que o fazem segundo seu credo e visão de mundo⁴⁹.

Diante da indicação médica da ITG ambos os pais e/ou seus representantes legais manifestam por escrito a vontade de aceitar ou recusar tratamento médico, sendo esta decisão respeitada amplamente. Caberia única e exclusivamente a decisão dos pais e/ou representantes legais ficando o Estado como provedor para que o direito social à saúde da mulher e o direito de dignidade da pessoa humana tutelada pela Constituição Federal sejam acolhidos.

47 *Ibidem*. p. 123-124.

48 Cf. ROBERTO, Cinthia. **Direitos humanos, acesso a justiça**: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66.

49 Cf. PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). Revista de saúde pública. **SciELO Brasil**. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2010.

O reconhecimento do direito ao tratamento eugênico nesses casos deve ser entendido como uma matéria de ética privada; por isso, que se optarem pelo tratamento serão igualmente protegidas e assistidas pelas equipes de saúde. No entanto, o acolhimento às escolhas sem interferência do Judiciário deve ser entendido também como uma medida terapêutica, pois transfere o tema da esfera do crime para o das decisões éticas cotidianas à assistência em saúde⁵⁰.

Diante deste contexto a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei orgânica da saúde e a Lei de nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que trata da participação da sociedade e do financiamento da saúde devem ser utilizadas para assegurar uma assistência plena à saúde.

Estas leis compulsoriamente deveriam garantir à gestante o acesso ao conjunto de ações e serviços de saúde para prover o acesso gratuito, mediante financiamento público aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer sua saúde; ter acesso prioritário e célere aos serviços de ambulatório em obstetria; ter acesso a vagas que facilitem sua internação hospitalar, sempre que houver indicação médica de ITG; ter informação clara e completa sobre o diagnóstico, prognóstico desta gestação, riscos e benefícios da ITG; ter garantia de proteção à sua vida privada, ao sigilo e a confidencialidade de todas as informações sobre seu estado de saúde; receber informações claras, completas, objetivas e compreensíveis sobre o estado de saúde do feto, hipóteses diagnósticas; exames solicitados e realizados, tratamento e procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, urgência, duração e alternativa de solução⁵¹.

A função do Poder Judiciário seria de obrigar o Poder Público a cumprir o seu papel diante do direito de cidadania, pois será imprescindível para a gestante estas garantias de direito elencadas.

50 DINIZ, Debora *et al.* **A magnitude do aborto por anencefalia**: um estudo com médico. Disponível em: <http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 mar. 2010.

51 IDEC. **SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. 3. ed. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo – Brasil, 2006. p. 22.

Anencephaly decriminalization

Abstract

The word abortion, scientifically, is the result of the action of expulsion or extraction the fetus weighing less than 500 grams (equivalent to approximately 140-154 full days). In Brazil, voluntary abortion is a crime, typified in the art. 124 to 126 of the Penal Code. The possibility of admitting the therapeutic interruption of pregnancy (ITG) of anencephalic fetuses (no brain) gives rise to many controversies, both doctrinally as anencephaly juridicamente. O term is used generically, embryologically fetuses are classified into meroanencéfalos holoanencéfalos and for differentiation cases in which there is no partial and total brain, respectively. On the other hand it severe cases of meroanencefalia survive for several years. Today, by a simple ultrasound exam, there is a fetus without a brain (holoanencefálicos), that 100% of cases

are incompatible with life outside the womb, so a stillborn and should not be argued in this case the fundamental right to life. The criminal rule that regulates the issue of abortion was prepared em 1940, when at that time had not advanced as a medicine. The Challenge of fundamental precept nº 54, filed by the National Confederation of Workers in Health arguments based on principles that reinforces the need for States to resolve differently this type of medical treatment. And the decision might be rendered by the Supreme Court without proper diagnosis and distinctions time there sobreviva. Portanto atypicality material in cases of ITG holoanencefálicos of fetuses, being thus necessary to decriminalize this medical management.

Key words: Abortion. Stillbirth. Anencephaly. Decriminalization.

Referências

ALMEIDA, Enéa Stutz. **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ANDRADE, Rosário. **O aborto na história**. Disponível em: <<http://rosarioandrade.wordpress.com>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciências Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **20 anos de pesquisa de aborto no Brasil**. Série B Textos Básicos de Saúde. Distrito Federal: MS, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Processo n. 243.2007.001902-8**. Relator: Andrea Calado Venâncio. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 23 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo 70011918026**. 3ª Câmara Criminal. Desemb. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/423229069>>. Acesso em: 07 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. MS 418.592-3/4-00. 5ª. C.Crim. – Rel. Des. Barbosa Pereira-j.12.06.2003). In: PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

_____. **MS 329.564-3**. Rel. David Haddad, 1ª câmara, 20.11.2000, v.u, JUBI54/01. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br>>. Acesso em: 04 set. 2009.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja *et al* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Debora *et al*. **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médico**. Disponível em: <<http://www.cielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=s1413-812320090000800035&lng=PT&nrm=iso&tlng=pt>>. Acesso em: 15 out. 2009

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto em busca de um consenso**. Campinas: Komedi, 2004.

FENASP. **STF está prestes a decidir a interrupção da gravidez**. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.fenasp.com/novo/ver_destaque.php?mostrar=noticia&id=9b242e32b9>. Acesso em: 26 set. 2009.

FILO, D. M. **Direitos humanos, mulher, vida**. Disponível em: <<http://www.dmfilo.no.sapo.pt/abortodefinicao.htm>>. Acesso: 31 ago. 2009.

FREITAS, Ana Clelia. Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**. Publ. 2005. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigo/exibir/1969/existe-aborto-de-anencefalo>>. Acesso em: 17 out. 2009.

IDEC. **SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. 3. ed. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo – Brasil, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO, Ângelo B.M. **Neuroanatomia funcional**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006.

MARCÍLIO, Maria Luiza (Org.). **A declaração universal dos direitos humanos – Sessenta anos**. Sonhos e realidade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

MARTINS, João Paulo Bentes. Tipos de aborto e a problemática de fetos anencefálicos. **DireitoNet**. Publ. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5022/Tipos-de-aborto-e-a-problematica-do-aborto-de-fetos-anencefalos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

MOORE, Keith; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. Tradução Maria das Graças Fernandes Sales. *et al.* 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri**: crimes e processos. São Paulo: Ática, 1999.

NALINI, José Roberto. Os desafios da aplicação e efetivação dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza (Org.). **A declaração universal dos direitos humanos – Sessenta anos**. Sonhos e realidade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

NEACP. **Saúde da mulher e direitos reprodutivos**: dossiês. Rede Nacional Feminista de Saúde. São Paulo, 2001.

NEME, Bussâmara. **Obstetrícia básica**. 2. ed. São Paulo: Savier, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Maria José Rosado. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene, XAVIER, Dulce (Orgs.). **Em defesa da vida**: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

OLIVEIRA NETTO, José. **Dicionário jurídico**: terminologia jurídica e latim forense. 2. ed. ampl. São Paulo: EDIJUR, 2006.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neuroológica). **Revista de Saúde Pública**. Scielo Brasil. Physis v. 15, n. 1. Rio de Janeiro jan./jun. 2005. Disponível em: 6 out. 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

REZENDE, Jorge. **Obstetrícia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 1998.

ROBERT, Cinthia. **Direitos humanos**: acesso à justiça: um olhar da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROQUE de Brito Alves. **Ciência criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. **O aborto**: um resgate histórico e outros dados. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/schor.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

SILVEIRA NETO, Joaquim da Mota. **Em vias da liberdade breve estudo crítico**. Recife. FASA. 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Semíramis Corsi. **Aspectos da religiosidade de apuleio**: entre magia e a filosofia no II século d.C. Disponível em: <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

VADE Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WIKIPÉDIA. **Aborto**. Enciclopédia virtual. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/histo%C3%B3ria_do_aborto>. Acesso em: 12 ago. 2009.

Referência deste artigo

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Interrupção terapêutica da gestação em fetos holoencefálicos como garantia de direito. **Revista da ESMape**. Recife, v. 14, n. 30, p. 351-378, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 1 abr. 2010. Aprovado em: 16 mai. 2010.

A atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público: possibilidades e limites

Vandir Pereira de Souza

Bacharel em Direito. Estudante de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau. Servidor do Ministério Público de Pernambuco.

BIBLIOTECA
ESMAPE

Resumo

Este trabalho examina, criticamente, o exercício do poder regulamentar outorgado pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça e ao do Ministério Público. Partindo da especificação da natureza e finalidades institucionais dos citados Conselhos, desenvolve-se uma análise acerca de sua produção normativa, enfocando casos concretos – resoluções expedidas pelos colegiados – a partir dos quais é

possível vislumbrar as faltas e excessos dos órgãos no exercício de seus misteres constitucionais. O estudo detém-se, particularmente, na análise da Resolução CNMP N° 27/2008, por meio da qual o Conselho Nacional do Ministério Público pretende vedar o exercício da advocacia por servidores do Ministério Público.

Palavras-chaves: Poder regulamentar. Conselhos Nacionais. Ministério Público.

1 Introdução

A Emenda Constitucional n° 45/2004 foi concebida como uma resposta ao clamor da sociedade por reformas no Poder Judiciário. Seu propósito declarado foi impingir maior celeridade, transparência e segu-

rança ao desenvolvimento da atividade jurisdicional. Catalogando todas as críticas, acusações e queixas, justas ou injustas, dirigidas aos órgãos jurisdicionais, pode-se apontar uma certa insubordinação à sociedade, revelada na recusa sistemática em aderir a quaisquer espécies de mecanismos de interação com a comunidade – da qual é parte – como raiz da manifesta insatisfação nacional frente a esses órgãos. O Conselho Nacional de Justiça – e seu congênere, Conselho Nacional do Ministério Público – emergem nesse contexto.

Para responder às exigências da sociedade, o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado, acrescentou ao texto constitucional o Art. 103-B, instituindo o Conselho Nacional de Justiça e atribuindo-lhe como missão institucional o “controle da atuação administrativa e financeira” dos órgãos judiciais e a fiscalização quanto ao “cumprimento dos deveres funcionais” de seus membros. Na mesma reforma, acrescentou o Art. 130-A, criando o Conselho Nacional do Ministério Público e conferindo-lhe idênticas atribuições no âmbito do Ministério Público.

No intuito de maximizar o alcance do controle administrativo-disciplinar, o texto constitucional esculpido pela Emenda 45/2004 outorgou ao Conselho Nacional de Justiça a prerrogativa de “expedir atos regulamentares” (Art. 103-B, § 4º, Inc. I), de modo a viabilizar uma padronização nacional de procedimentos e condutas. Da mesma forma procedeu em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público (Art. 130-A, § 2º, Inc. I).

Desde sua instalação, em meados do ano dois mil e cinco (2005), até o final do ano dois mil e nove (2009), o Conselho Nacional de Justiça expediu cento e duas (102) resoluções. Instalado à mesma época, o Conselho Nacional do Ministério Público editou, no mesmo lapso temporal, quarenta e nove (49) resoluções. Alguns desses atos contribuem, decisivamente, para a concretização dos princípios norteadores da Administração Pública. São exemplos marcantes a vedação ao nepotismo no Poder Judiciário (RES CNJ 07/2005) e a declaração de vacância dos tabelionatos, cujos titulares não foram selecionados em concurso pú-

blico (RES CNJ 80/2009). Entretanto, em momentos de menor inspiração, os Conselhos trataram de temas de pouca valia para a sociedade, dedicando-se a construções corporativas, algumas das quais eivadas de flagrante inconstitucionalidade.

A experiência normativa dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público constitui o tema central desse estudo. O objetivo do trabalho é identificar os limites e possibilidades da atuação regulamentar dos Conselhos, precisando a natureza jurídica de suas resoluções, espremidas entre a subordinação própria da atividade regulamentar e um eventual caráter supralegal, pretensamente inspirado pela condição peculiar dos órgãos.

O trabalho compreende a análise de inúmeras resoluções do CNJ e do CNMP, com especial ênfase na Resolução CNMP 27/2008, por meio da qual o Conselho Nacional do Ministério Público pretende negar aos servidores do Ministério Público o direito de exercer a advocacia.

2 A criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho do Ministério Público: perspectiva histórica e moldura institucional

A criação do Conselho Nacional de Justiça despertou grande controvérsia na seara jurídica; sobretudo porque a idéia inicial, alimentada pela insatisfação generalizada com a postura do Poder Judiciário, frente à sociedade, era a instituição de um mecanismo de “controle externo” da atividade judiciária. Em razão desse ânimo inicial, vozes respeitáveis vislumbraram na iniciativa indícios de inconstitucionalidade¹. Entretanto, o novo artigo 103-B, acrescentado à Constituição pela Emenda 45/2004, não refletiu o ânimo original da reforma. O Conselho Nacio-

1 Atualmente conselheiro do CNJ, o jurista Ives Gandra da Silva Martins foi uma dessas vozes: “Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, pessoalmente, tenho sérias dúvidas sobre sua constitucionalidade. Entendo que o art. 103-B que o instrumentaliza é em parte inconstitucional, ao determinar que representantes do Legislativo dele façam parte, com poderes, inclusive, de destituição de magistrados.” A reforma do Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Cord). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 195.

nal de Justiça, órgão de controle por ele estabelecido, integra a estrutura do Poder Judiciário e na sua composição predominam representantes da magistratura; constitui, em verdade, um mecanismo de controle interno, e ainda, restrito à atuação administrativa, financeira e ético-disciplinar².

De fato, apenas sentimentos excessivamente corporativos – isolacionistas e antissociais – explicam a rejeição inicial à limitada fórmula de controle interno consubstanciada no CNJ. A instituição de órgãos colegiados de administração, controle e supervisão da atividade judiciária está bem longe de ser uma inovação revolucionária. Em estudo sobre o tema, George Salomão Leite³ aponta nada menos do que catorze países nos quais as respectivas constituições preveem órgãos semelhantes, incluindo, para além da conhecida e reconhecida experiência europeia⁴, repúblicas latino-americanas como Colômbia, Argentina e México. No Brasil mesmo, há o precedente do Conselho Nacional da Magistratura, instituído pela Emenda Constitucional nº 7/1977 – com atribuições

2 Essa foi também a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, conforme manifestação do Ministro Cezar Peluso: "Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema de separação dos poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora dos seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros." STF. ADI 3367/DF. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. 13.04.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso: 15 out. 2009.

3 In: AGRA, Walber de Moura (Org.). Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64-65.

4 Os opositores do "controle externo" do Judiciário sempre destacaram as peculiaridades da história europeia como justificadoras das experiências de interação daquele continente e, consequentemente, como empecilho à aplicação de iniciativas semelhantes no Brasil. Nesse sentido, pronunciou-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal José Paulo Sepúlveda Pertence: "A meu ver, essa pregação, no contexto do regime brasileiro, decorre, quando de boa-fé, de uma leitura equivocada, e, quando de má-fé, de uma leitura distorcida da experiência europeia. É certo que, a partir da Constituição Republicana da Itália, vem-se difundindo, em toda a Europa Ocidental, órgãos do tipo do Conselho Superior da Magistratura Italiana, compostos de magistrados, em maioria, e representantes de outros poderes do Estado, encarregados da disciplina e de certas tarefas de administração da Justiça (sic) particularmente as que dizem com a carreira da própria magistratura. Tem-se dado ênfase, na réplica à tentativa de transplantação de instituto similar para o Direito brasileiro, à circunstância de cuidar-se de regimes parlamentaristas, onde é menos rígido o dogma da separação dos poderes. Mas não é só isso. Historicamente, os Estados da Europa Ocidental, onde se instalaram esses conselhos, antes de sua criação, jamais haviam outorgado, qualquer poder de autogoverno, de administração própria ao Poder Judiciário. Reconhecia-se a magistratura, à qual poucas vezes se dava o título nominal de Poder do Estado, a independência judicial, no exercício da função jurisdicional, mas todo o problema da administração da Justiça era tido como um problema do governo, que o exercia por intermédio do Ministro da Justiça, titular responsável perante o Parlamento. (...) Na verdade, a instituição desses conselhos não subtraiu nenhum poder anterior de autogoverno da magistratura, simplesmente, porque o Judiciário jamais os tivera, tomaram-no, sim, os Conselhos, do Ministro da Justiça". STF. ADI 135/PB. Pleno. Rel. Min. Octávio Gallotti. 21.11.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 15 out. 2009.

mais modestas, é verdade, circunscritas ao plano ético-disciplinar⁵. Todavia, a maior diferença em relação ao Conselho Nacional de Justiça reside na composição; o CNM era composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal – e ninguém mais. Mesmo na época da Emenda 7/1977, em pleno regime militar, não se admitia, ao menos em tese, ingerências externas em assuntos do Poder Judiciário. Nesse ponto – e só nele – a criação do CNJ pode ser considerada como algo de novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo restritíssima – limitada a dois ou três membros (dependendo da natureza social ou corporativa atribuída à representação da Ordem dos Advogados do Brasil) em um colégio com quinze acentos – a representação da sociedade no Conselho constitui importante avanço rumo à democratização da administração da Justiça. Muito antes de promulgada a Emenda 45/2004, mas já sob a égide da carta de 1988, alguns Estados-membros tentaram submeter os seus judiciários a autênticos mecanismos de controle externo – assim chamados porque neles a representação da magistratura dentro dos colegiados de controle e supervisão era minoritária. Entretanto, todas as experiências foram repelidas pelo Supremo Tribunal Federal⁶. Portanto, ao atestar a constitucionalidade da representação social no CNJ, a corte revelou inédita sensibilidade para com os reclames da sociedade.

A opção pela exclusão do aspecto mais polêmico – a idéia de controle externo – contribuiu para a mansa aceitação do CNJ. Pacificada a sua constitucionalidade e legitimidade, não só na Suprema Corte, mas também no campo doutrinário⁷, resta definir o *status* daquele

5 Assim dispenha o parágrafo único do Art. 120 da Constituição de 1967/69, reescrito pela Emenda 7/1977: "Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional."

6 Cf. ADI 98/MT. Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 07.08.1997; ADI 135/PB. Plenário. Rel. Min. Octávio Gallotti. 21.11.1996; ADI 137/PA. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. 14.08.1997. A partir desses precedentes, foi editada a Súmula nº 649: "É inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades."

7 Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 519-520; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros: 2008. p. 568. BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131-132.

nal de Justiça, órgão de controle por ele estabelecido, integra a estrutura do Poder Judiciário e na sua composição predominam representantes da magistratura; constitui, em verdade, um mecanismo de controle interno, e ainda, restrito à atuação administrativa, financeira e ético-disciplinar².

De fato, apenas sentimentos excessivamente corporativos – isolacionistas e antissociais – explicam a rejeição inicial à limitada fórmula de controle interno consubstanciada no CNJ. A instituição de órgãos colegiados de administração, controle e supervisão da atividade judiciária está bem longe de ser uma inovação revolucionária. Em estudo sobre o tema, George Salomão Leite³ aponta nada menos do que catorze países nos quais as respectivas constituições preveem órgãos semelhantes, incluindo, para além da conhecida e reconhecida experiência europeia⁴, repúblicas latino-americanas como Colômbia, Argentina e México. No Brasil mesmo, há o precedente do Conselho Nacional da Magistratura, instituído pela Emenda Constitucional nº 7/1977 – com atribuições

2 Essa foi também a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, conforme manifestação do Ministro Cezar Peluso: "Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema de separação dos poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora dos seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros." STF. ADI 3367/DF. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. 13.04.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso: 15 out. 2009.

3 In: AGRA, Walber de Moura (Org.). Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64-65.

4 Os opositores do "controle externo" do Judiciário sempre destacaram as peculiaridades da história europeia como justificadoras das experiências de interação daquele continente e, consequentemente, como empecilho à aplicação de iniciativas semelhantes no Brasil. Nesse sentido, pronunciou-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal José Paulo Sepúlveda Pertence: "A meu ver, essa pregação, no contexto do regime brasileiro, decorre, quando de boa-fé, de uma leitura equivocada, e, quando de má-fé, de uma leitura distorcida da experiência europeia. É certo que, a partir da Constituição Republicana da Itália, vem-se difundindo, em toda a Europa Ocidental, órgãos do tipo do Conselho Superior da Magistratura Italiana, compostos de magistrados, em maioria, e representantes de outros poderes do Estado, encarregados da disciplina e de certas tarefas de administração da Justiça (sic) particularmente as que dizem com a carreira da própria magistratura. Tem-se dado ênfase, na réplica à tentativa de transplantação de instituto similar para o Direito brasileiro, à circunstância de cuidar-se de regimes parlamentaristas, onde é menos rígido o dogma da separação dos poderes. Mas não é só isso. Historicamente, os Estados da Europa Ocidental, onde se instalaram esses conselhos, antes de sua criação, jamais haviam outorgado, qualquer poder de autogoverno, de administração própria ao Poder Judiciário. Reconhecia-se a magistratura, à qual poucas vezes se dava o título nominal de Poder do Estado, a independência judicial, no exercício da função jurisdicional, mas todo o problema da administração da Justiça era tido como um problema do governo, que o exercia por intermédio do Ministro da Justiça, titular responsável perante o Parlamento. (...) Na verdade, a instituição desses conselhos não subtraiu nenhum poder anterior de autogoverno da magistratura, simplesmente, porque o Judiciário jamais os tivera, tomaram-no, sim, os Conselhos, do Ministro da Justiça". STF. ADI 135/PB. Pleno. Rel. Min. Octávio Gallotti. 21.11.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 15 out. 2009.

mais modestas, é verdade, circunscritas ao plano ético-disciplinar⁵. Todavia, a maior diferença em relação ao Conselho Nacional de Justiça reside na composição; o CNM era composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal – e ninguém mais. Mesmo na época da Emenda 7/1977, em pleno regime militar, não se admitia, ao menos em tese, ingerências externas em assuntos do Poder Judiciário. Nesse ponto – e só nele – a criação do CNJ pode ser considerada como algo de novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo restritíssima – limitada a dois ou três membros (dependendo da natureza social ou corporativa atribuída à representação da Ordem dos Advogados do Brasil) em um colégio com quinze acentos – a representação da sociedade no Conselho constitui importante avanço rumo à democratização da administração da Justiça. Muito antes de promulgada a Emenda 45/2004, mas já sob a égide da carta de 1988, alguns Estados-membros tentaram submeter os seus judiciários a autênticos mecanismos de controle externo – assim chamados porque neles a representação da magistratura dentro dos colegiados de controle e supervisão era minoritária. Entretanto, todas as experiências foram repelidas pelo Supremo Tribunal Federal⁶. Portanto, ao atestar a constitucionalidade da representação social no CNJ, a corte revelou inédita sensibilidade para com os reclames da sociedade.

A opção pela exclusão do aspecto mais polêmico – a idéia de controle externo – contribuiu para a mansa aceitação do CNJ. Pacificada a sua constitucionalidade e legitimidade, não só na Suprema Corte, mas também no campo doutrinário⁷, resta definir o *status* daquele

5 Assim dispenha o parágrafo único do Art. 120 da Constituição de 1967/69, reescrito pela Emenda 7/1977: "Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional."

6 Cf. ADI 98/MT. Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 07.08.1997; ADI 135/PB. Plenário. Rel. Min. Octávio Gallotti. 21.11.1996; ADI 137/PA. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. 14.08.1997. A partir desses precedentes, foi editada a Súmula nº 649: "É inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades."

7 Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 519-520; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 568. BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 131-132.

órgão, tarefa essencial para a delimitação do alcance de suas atividades, especialmente da atividade regulamentar. Nesse passo, a simples leitura das normas instituidoras do Conselho autoriza – mais ainda, impõe – uma conclusão: o órgão de controle interno do Judiciário possui natureza meramente administrativa; o constituinte derivado não delegou ao Conselho atribuições jurisdicionais, muito menos legislativas⁸. Dessa óbvia conclusão extrai-se outra, ainda mais evidente, porém, estranhamente ignorada por alguns: não é lícito ao Conselho Nacional de Justiça inovar no cenário jurídico, nem tampouco impor nova regência a temas já disciplinados em lei, quer seja lei federal ou estadual. Essa noção será importante na análise da atividade normativa do Conselho e de seu congêneres, Conselho Nacional do Ministério Público.

A propósito, sobre o Conselho Nacional do Ministério Público, pouco se pode dizer além do que é dito do CNJ. Poder Judiciário e Ministério Público – em que pese o atual *status* deste último, apartado dos demais poderes pela Constituição de 1988 – exercem atividades complementares. Em princípio, onde há um juiz deve haver também um promotor de justiça e não é sem razão que a carta de 1988 impõe aos membros de ambas as instituições deveres e prerrogativas similares, quando não idênticas. Também não é por acaso que a simetria em relação ao Judiciário tornou-se uma meta institucional-corporativa do Ministério Público⁹.

8 Com outras palavras, já foi averbado na doutrina: “Dito de outro modo, a leitura do texto constitucional não dá azo à tese de que o constituinte derivado tenha ‘delegado’ aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição”. STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVI, Clémerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso: 24 out. 2009.

9 Para informações pormenorizadas, Cf. Diagnóstico: Ministério Público dos Estados. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ65097B8FITEMID7B7974C406BB4948AE588065155A2E36PTBRIE.htm>>. Acesso em: 12 out. 2009.

3 O espaço institucional e a natureza da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público na visão do STF

Desde o início das atividades do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, as decisões do Supremo Tribunal Federal, a quem o constituinte derivado confiou a revisão judicial dos atos desses Conselhos¹⁰, tem sido importante para a legitimação dos dois colegiados e, ao mesmo tempo, para a delimitação de suas prerrogativas e campos de atuação. Já no julgamento da ADI nº 3.367 – o qual poderia, sem exagero, ser chamado de “parto constitucional” do CNJ –, a Corte reafirmou uma premissa que tem se transformado em um verdadeiro dogma da magistratura pátria: o caráter uno-nacional do Poder Judiciário. Sobre essa viga-maior vêm sendo construídas as bases constitucionais de atuação do CNJ.

Especificamente quanto ao poder normativo, o pronunciamento mais contundente veio no julgamento da ADC nº 12 MC / DF, ajuizada, ironicamente, pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB¹¹, em socorro da Resolução CNJ 7/2005, com a qual o Conse-

10 A insubordinação do Supremo ao controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça e a possibilidade de revisão dos atos desse por aquele foram elementos decisivos para o juízo positivo acerca da constitucionalidade do órgão de controle interno. Nesse sentido, o voto indutor do ministro Cezar Peluso: “E já não experimentei, porque, para além de todos os mecanismos intrínsecos de resguardo da autonomia do Poder Judiciário, pressupostos alguns na Emenda e previstos outros na precedente ordem constitucional, a cujo respeito terá sido longo o discurso do meu voto, dei com a competência, atribuída a esta corte, de revisão da constitucionalidade e da legitimidade dos atos do Conselho Nacional de Justiça. Está aí, nessa nobre responsabilidade que o constituinte derivado depositou nos ombros desta Casa, a garantia última e específica que a obriga, como órgão supremo do Poder Judiciário e guardião da Constituição da República, a velar pela independência e imparcialidade dos juizes, aos quais já não sobra pretexto para se arrearem de coisa alguma. Ninguém pode, aliás, alimentar nenhuma dúvida a respeito da posição constitucional de superioridade absoluta desta Corte, como órgão supremo do Judiciário e, como tal, armado de preeminência hierárquica sobre o Conselho, cujos atos e decisões, todos de natureza só administrativa, estão sujeitos a seu incontestável controle jurisdicional.” STF. ADI 3367/DF. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. 13.04.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 15 out. 2009.

11 O ministro Gilmar Mendes fez consignar em seu voto uma satírica repreensão à AMB – antiga opositora dos institutos da ADC e do CNJ: “Quando instituída a ação declaratória de constitucionalidade, a Associação dos Magistrados do Brasil-AMB ajuizou ação direta afirmando a inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 3/93 (ADI nº 913, Rel. Min. Moreira Alves). As principais críticas feitas, à época, à ação declaratória de constitucionalidade diziam respeito à impossibilidade de este novo instrumento processual compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal e seus corolários: ampla defesa e contraditório. Afirmava-se, também, que a referida ação acabaria por reconhecer à cúpula do Poder Judiciário o papel de legislador positivo, usurpando tal função do Poder Legislativo, e ferindo, desse modo, o princípio da separação dos poderes. (...) Recentemen-

lho vedava “a prática do nepotismo no âmbito de todos nos órgãos do Poder Judiciário” e, ainda, declarava “nulos os atos assim caracterizados”. Ao decidir a controvérsia, a Corte confirmou a validade da resolução, por considerá-la ancorada nos princípios constitucionais regentes da Administração Pública. Em outras palavras, a resolução encontraria seu lastro no próprio texto constitucional. Vista assim, apenas em seu cerne, a conclusão do Supremo parece ser – e de fato é – lógica, coerente e compatível com a ordem constitucional. Entretanto, o mesmo não se pode dizer de alguns dos fundamentos invocados em sua defesa.

Naquele julgamento, os ministros enfrentaram, pela primeira vez, a questão da natureza jurídica dos atos normativos expedidos pelo CNJ; e ao respondê-la, alguns deles espancaram a moldura clássica do poder regulamentar, construída ao longo de séculos pelas ciências política e jurídica¹². Ainda mais grave, contudo, foi a defesa de uma suposta primazia das resoluções do Conselho sobre algumas espécies de leis – e entenda-se aí leis mesmo, leis em sentido formal – justificada pela defesa da organicidade única e nacional do Poder Judiciário¹³. A propósito desse último ponto, parece o Supremo – na verdade, apenas parte dele – disposto a avançar em terreno no qual nem o próprio CNJ se sente confortável.

A autocontenção do Conselho nesse campo veio à tona no julgamento do procedimento de controle administrativo nº 2010.10.00.001716-2,

te a mesma AMB ajuizou a ADI nº 3.367 (Rel. Min. Cezar Peluso) contra a Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, alegando a afronta ao princípio da separação dos poderes e ao princípio federativo. (...) Hoje, a mesma AMB se utiliza da ação declaratória de constitucionalidade, instituto que impugnou, para defender uma resolução do órgão também tachado por ela de inconstitucional. Ironia do destino! STF. ADC 12 MC/DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. 16.02.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 15 out. 2009.

12 Foi o caso do ministro Eros Grau: “Já é tempo de afastarmos as concepções que os liberais do século XIX nutriam a respeito dos regulamentos, das quais muitos dos nossos publicistas ainda hoje fazem praça. A classificação das funções estatais segundo um critério material — função normativa, função jurisdicional e função administrativa — ainda não chegou aos ouvidos dessa gente, o que faz crer que não há ninguém mais conservador do que um liberal...” *Ibidem*

13 O ministro Gilmar Mendes foi o mais explícito na defesa da tese: “Ademais, também se pode afirmar, por aquelas mesmas premissas [caráter nacional/unitário do Poder Judiciário], e especialmente se adicionalmente considerarmos a ausência de competência legislativa geral, de sede constitucional, para a disciplina de temas próprios ao funcionalismo público (é um dos exemplos clássicos, no nosso modelo, de competência legislativa comum), que a criação do CNJ pela EC nº 45 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa – normativa e executória – cuja parametração, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (em caráter direto) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto). Em outras palavras, no âmbito de sua competência, o CNJ atua sobrepondo-se inclusive à legislação não-nacional (ou seja, federal – em sentido estrito -, estadual ou, se for o caso, municipal)...” *Ibidem*.

processado naquele órgão, no qual se questionou a validade de concurso público para provimento de cargos de oficial de justiça, promovido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A controvérsia girava em torno da não inclusão da exigência de prova de graduação em Direito entre os requisitos para a investidura no cargo, conforme determina a Resolução CNJ 48/2007. Intimado a explicar-se, o Tribunal justificou sua “desobediência”, apoiando-se no argumento da estrita obediência à lei, princípio regente da Administração Pública, uma vez que a lei estadual incidente não incluía o bacharelado em Direito entre os requisitos para provimento dos cargos. O conselheiro relator do procedimento deferiu liminar suspendendo o andamento do concurso e determinando ao Tribunal que sanasse o “vício”; entretanto, o plenário cassou a liminar e permitiu a sequência do certame, mesmo ante o desacordo entre a resolução do CNJ e as disposições da legislação estadual, reproduzidas no edital do concurso¹⁴.

A postura do Conselho nesse caso deixa transparecer uma compreensível relutância em assumir uma posição de supremacia normativa frente aos entes federados. Essa relutância se reflete nos textos de algumas de suas resoluções típicas, dotadas de dispositivos subordinando sua aplicabilidade à recepção pelas legislações estaduais. É o caso, por exemplo, da emblemática Resolução CNJ 88/2009, com a qual o Conselho pretende padronizar a jornada de trabalho dos servidores do Poder Judiciário em todo o país, fixando-a em 40 (quarenta) horas semanais. A dita resolução impõe aos tribunais de justiça o dever de “encaminhar projeto de lei, no prazo de 90 (noventa) dias” para “adequar” a legislação estadual às suas disposições, reconhecendo, explicitamente, a necessidade de conformação das legislações estaduais a seus atos normativos e, em conseqüência, negando-lhes a natureza autoexecutória preconizada por alguns ministros do STF.

Um último aspecto digno de registro nesse segmento é a aparente diferenciação estabelecida pelo Supremo no que concerne à organicidade nacional da magistratura e do Ministério Público. Quem quer

14 Cf. PCA nº 2010.10.00.001716-2. Disponível em: <www.cnj.jus.br>

que se dê ao trabalho de examinar criteriosamente a natureza e as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional Ministério Público, seja pela análise da vontade constitucional embutida nas normas pertinentes a ambos, introduzidas simultaneamente pela Emenda 45/2004, seja pelo simples cotejo entre os textos nelas esculpido, constatará uma clara similaridade entre as duas instituições. Trata-se, a rigor, de uma mesma fórmula aplicada a dois conglomerados institucionais. Essa lógica, consequência da complementaridade das atividades das duas instituições, não foi observada pela Corte ao decidir sobre o delicado tema dos limites remuneratórios dos membros da magistratura e do Ministério Público.

Ao julgar a ADI 3854-MC, a Corte reputou inconstitucionais as Resoluções CNJ 13/2006 e CNJ 14/2006, que se limitavam a reproduzir a regra esculpida no art. 37, inc. XI da Constituição, acrescentada pela Emenda 41/2003, estabelecendo limites remuneratórios diferenciados para membros da magistratura federal e dos Estados-membros. Naturalmente, fundamentou-se a decisão na tese da unidade institucional do Poder Judiciário¹⁵. Lógica diversa, no entanto, fora empregada meses antes, no julgamento da ADI 3831-MC, no qual foi declarada inconstitucional a Resolução CNMP 15/2006 que, valendo-se da mesma premissa da unicidade institucional, autorizava a percepção pelos promotores e procuradores de justiça de *quantum* remuneratório superior ao limite estabelecido pelo mesmo art. 37, inc. XI da Lei Maior, de modo a equiparar o teto remuneratório dos membros dos MPs estaduais ao dos membros do Ministério Público da

15 Eis a premissa adotada pelo ministro Cezar Peluso nesse julgamento: "Se a Constituição da República estipula idênticos princípios e normas fundamentais para modelagem de toda a magistratura, com plena abstração das várias categorias de justiça à que estejam seus membros vinculados, sobretudo no delicado tema da disciplina dos subsídios (art. 93, inc. V), não se descobre, dentre todas as razões passíveis de serem consideradas em termos de valoração e argumentação jurídico-normativa, nenhuma que seja suficiente para fundamentar e justificar permissão para tão desconcertante desigualdade no seio da mesmíssima instituição de caráter nacional e unitário. Se, para usar a terminologia do texto constitucional mesmo (art. 93, V), a mera diversidade das respectivas categorias da estrutura judiciária nacional não legitima, como critério técnico de diferenciação, quebra do modelo unitário do escalonamento vertical dos subsídios dos magistrados, válido em nível federal e estadual, então não pode tampouco, como razão suficiente, legitimar fratura do modelo quanto a um aspecto secundário da temática dos vencimentos, que é o limite máximo da remuneração!" STF. ADI 3854 MC/DF. Pleno. Rel. Min. Cesar Peluso. 28.02.2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso: 06 fev. 2010.

União. Nesse caso, a tese da unicidade foi rechaçada, cedendo espaço à exegese literal do texto constitucional¹⁶.

Dessa breve visita à jurisprudência do pretório excelso, chega-se a uma definição do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se – no entender da citada Corte, frise-se bem – de órgão de controle administrativo e disciplinar, aquinhado também com a prerrogativa de inovar no cenário jurídico – vale dizer, autorizado a expedir atos normativos de caráter primário –, e ainda, segundo alguns, com autoridade normativa superior aos entes federados, na medida em que seus atos normativos sobreporiam e sujeitariam leis em sentido formal, de natureza estritamente federal, estadual ou municipal.

A natureza do Conselho Nacional do Ministério Público é semelhante, embora mais pálida. Na verdade, seja pela aparente natureza acessória do Ministério Público – refletida, por exemplo, na estatura dos componentes do CNMP em comparação à dos membros do CNJ –, seja mesmo por descarada preferência corporativa, o Supremo não reconhece no Conselho do Ministério Público a mesma autoridade e poder do Conselho Nacional de Justiça. Essa diferença pode ser notada nas decisões discrepantes sobre os limites remuneratórios dos membros da magistratura e do Ministério Público, nos quais o caractere da unicidade nacional – elemento justificador da atuação do CNJ – foi reconhecido à magistratura e negado ao Ministério Público, enfraquecendo, por consequência, as órbitas de ação de seu Conselho Nacional.

16 Assim se manifestou a relatora, ministra Carmem Lúcia: "Afirma-se, na regra da Resolução n. 15, que o valor do teto remuneratório, nos termos do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, é o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ora, os termos do art. 37, inc. XI da Constituição do Brasil não são os que ali se expressa o digno Conselho. O que se descortina, na norma do eminente Conselho Nacional do Ministério Público, é o óbvio desbordamento do limite remuneratório máximo definido constitucionalmente como inultrapassável para os membros do Ministério Público dos Estados Federados. A norma constitucional fixa um limite remuneratório para os membros do Ministério Público da União e que compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios. É ele o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal (...). Outro é o limite definido constitucionalmente para os membros do Ministério Público dos Estados." STF. ADI 3831 MC/DF. Pleno. Rel. Min^a. Carmem Lúcia. 15.12.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 06 fev. 2009.

4 A qualidade da produção normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional Ministério Público

Até o final do ano dois mil e nove (2009), o Conselho Nacional de Justiça havia expedido cento e duas (102) resoluções. Cinquenta e nove (59) delas estabelecem procedimentos e mecanismos visando à uniformização e padronização administrativa do Poder Judiciário e serviços auxiliares; dez (10) disciplinam aspectos relacionados às atividades funcionais dos magistrados; as quarenta e três (43) restantes dividem-se entre disposições sobre a administração interna do Conselho, alterações em resoluções anteriores, comandos específicos aos órgãos judiciais da União e iniciativas honoríficas. Analisadas de *per se*, as resoluções típicas – aquelas que correspondem ao espaço de atuação constitucionalmente reservado ao CNJ – conduzem a um natural questionamento sobre sua exigibilidade. Ao menos vinte e três (23), entre sessenta e nove (69) resoluções dessa natureza – dedicadas à padronização administrativa e disciplinar – ostentam razoável – às vezes contundente – aparência de inconstitucionalidade, por invadirem espaço reservado à Lei. Algumas determinam a criação de cargos e órgãos vinculados a tribunais de justiça estaduais e federais; outras tratam de critérios para admissão e progressão de servidores e magistrados.

Um exemplo singelo é a Resolução CNJ 90/2009 que, ao dispor sobre parâmetros de uniformização da gestão de tecnologia da informação, impõe aos tribunais o dever de “manter serviços de tecnologia da informação” para “adequada prestação jurisdicional” (art. 1º) e “constituir quadro de pessoal permanente de profissionais da área” (art. 2º). Fórmula semelhante é seguida pelas resoluções CNJ 49/2007 e CNJ 86/2009, que determinam aos tribunais, respectivamente, a organização de núcleos de estatística e gestão estratégica e a instituição de unidades de controle interno. A Resolução 86/2009 ainda estabelece prazo – até o último dia do ano de sua edição – para os tribunais editarem os “atos administrativos necessários à implantação das unidades ou núcleos de controle interno” (Art. 7º). Por sua vez, as

resoluções CNJ 48/2007 e CNJ 58/2008 determinam aos tribunais de justiça que adotem a conclusão de curso em nível superior, preferencialmente bacharelado em Direito, como requisito para investidura em cargos de oficial de justiça e escrivão judicial respectivamente. A Resolução CNJ 75/2009 dispõe sobre concursos públicos para ingresso na magistratura. A Resolução CNJ 30/2007 disciplina o procedimento administrativo-disciplinar aplicável a magistrados. Enfim, são muitos os exemplos.

Considerando que a criação de órgãos e cargos públicos e a imposição de limitações ao acesso desses dependem de Lei em sentido formal, cuja iniciativa, no caso do Poder Judiciário, cabe aos presidentes dos tribunais – e não da mero ato administrativo –, apresenta-se a seguinte questão: uma resolução do CNJ tem força normativa bastante para obrigar um presidente de tribunal a apresentar projeto de lei ao parlamento? O Supremo Tribunal Federal enfrentou problema semelhante ao julgar a ADI 2061/DF, e concluiu que o encargo constitucional de promover, mediante lei de sua iniciativa, revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, imposto aos chefes do Executivo pelo art. 37, Inc. X da Carta de 1988, com a redação esculpida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, não pode ser judicialmente exigido do Presidente da República, por não se enquadrar a iniciativa de lei entre as atribuições administrativas do Executivo¹⁷. Em outras palavras: no entender da Corte, a apresentação de projeto de lei é “ato de poder político”, não podendo ser objeto de execução forçada, conduzida pelo poder jurisdicional. Por coerência e critério, a mesma lógica deve ser aplicada às resoluções do CNJ. Afinal, não seria razoável admitir a invasão do domínio da ação política – reduto próprio dos chefes de poder – por mero ato administrativo, quando até mesmo a normas constitucionais, criadas pelo Congresso Nacional, órgão de cúpula legitimado pelo voto popular, é negado acesso a esse território.

17 Cf. ADI 2061/DF. Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. 25.04.2001. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 15 OUT. 2009. A decisão desse caso foi reproduzida em diversas ADIs com idêntica causa de pedir, opostas a governadores de estado, dentre as quais: ADI 2492/SP; ADI 2510/AP; ADI 2481/RS; ADI 2490/PE; ADI 2508/PA; ADI 2518/RO; ADI 2486/J.

4 A qualidade da produção normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional Ministério Público

Até o final do ano dois mil e nove (2009), o Conselho Nacional de Justiça havia expedido cento e duas (102) resoluções. Cinquenta e nove (59) delas estabelecem procedimentos e mecanismos visando à uniformização e padronização administrativa do Poder Judiciário e serviços auxiliares; dez (10) disciplinam aspectos relacionados às atividades funcionais dos magistrados; as quarenta e três (43) restantes dividem-se entre disposições sobre a administração interna do Conselho, alterações em resoluções anteriores, comandos específicos aos órgãos judiciais da União e iniciativas honoríficas. Analisadas de *per se*, as resoluções típicas – aquelas que correspondem ao espaço de atuação constitucionalmente reservado ao CNJ – conduzem a um natural questionamento sobre sua exigibilidade. Ao menos vinte e três (23), entre sessenta e nove (69) resoluções dessa natureza – dedicadas à padronização administrativa e disciplinar – ostentam razoável – às vezes contundente – aparência de inconstitucionalidade, por invadirem espaço reservado à Lei. Algumas determinam a criação de cargos e órgãos vinculados a tribunais de justiça estaduais e federais; outras tratam de critérios para admissão e progressão de servidores e magistrados.

Um exemplo singelo é a Resolução CNJ 90/2009 que, ao dispor sobre parâmetros de uniformização da gestão de tecnologia da informação, impõe aos tribunais o dever de “manter serviços de tecnologia da informação” para “adequada prestação jurisdicional” (art. 1º) e “constituir quadro de pessoal permanente de profissionais da área” (art. 2º). Fórmula semelhante é seguida pelas resoluções CNJ 49/2007 e CNJ 86/2009, que determinam aos tribunais, respectivamente, a organização de núcleos de estatística e gestão estratégica e a instituição de unidades de controle interno. A Resolução 86/2009 ainda estabelece prazo – até o último dia do ano de sua edição – para os tribunais editarem os “atos administrativos necessários à implantação das unidades ou núcleos de controle interno” (Art. 7º). Por sua vez, as

resoluções CNJ 48/2007 e CNJ 58/2008 determinam aos tribunais de justiça que adotem a conclusão de curso em nível superior, preferencialmente bacharelado em Direito, como requisito para investidura em cargos de oficial de justiça e escrivão judicial respectivamente. A Resolução CNJ 75/2009 dispõe sobre concursos públicos para ingresso na magistratura. A Resolução CNJ 30/2007 disciplina o procedimento administrativo-disciplinar aplicável a magistrados. Enfim, são muitos os exemplos.

Considerando que a criação de órgãos e cargos públicos e a imposição de limitações ao acesso desses dependem de Lei em sentido formal, cuja iniciativa, no caso do Poder Judiciário, cabe aos presidentes dos tribunais – e não da mero ato administrativo –, apresenta-se a seguinte questão: uma resolução do CNJ tem força normativa bastante para obrigar um presidente de tribunal a apresentar projeto de lei ao parlamento? O Supremo Tribunal Federal enfrentou problema semelhante ao julgar a ADI 2061/DF, e concluiu que o encargo constitucional de promover, mediante lei de sua iniciativa, revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, imposto aos chefes do Executivo pelo art. 37, Inc. X da Carta de 1988, com a redação esculpida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, não pode ser judicialmente exigido do Presidente da República, por não se enquadrar a iniciativa de lei entre as atribuições administrativas do Executivo¹⁷. Em outras palavras: no entender da Corte, a apresentação de projeto de lei é “ato de poder político”, não podendo ser objeto de execução forçada, conduzida pelo poder jurisdicional. Por coerência e critério, a mesma lógica deve ser aplicada às resoluções do CNJ. Afinal, não seria razoável admitir a invasão do domínio da ação política – reduto próprio dos chefes de poder – por mero ato administrativo, quando até mesmo a normas constitucionais, criadas pelo Congresso Nacional, órgão de cúpula legitimado pelo voto popular, é negado acesso a esse território.

17 Cf. ADI 2061/DF. Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. 25.04.2001. Disponível em: <www.stf.jus.br> acesso em 15 OUT. 2009. A decisão desse caso foi reproduzida em diversas ADIs com idêntica causa de pedir, opostas a governadores de estado, dentre as quais: ADI 2492/SP; ADI 2510/AP; ADI 2481/RS; ADI 2490/PE; ADI 2508/PA; ADI 2518/RO; ADI 2486/J.

Outro tema sensível é a oposição entre resoluções do CNJ e normas estaduais. Ao exercer seu poder regulamentar, o Conselho da Justiça – em que pese sua louvável autocontenção, mencionada linhas atrás – já produziu normas colidentes com constituições estaduais. É o caso da Resolução CNJ 52/2008, por meio da qual o órgão “regulamenta” a atribuição de nome de pessoas vivas a bens públicos sob administração do Poder Judiciário, autorizando a prática sob a condição de ser o homenageado “ex-integrante do Poder público (...) em inatividade”. Essa conduta é vedada, expressamente, por algumas constituições estaduais¹⁸. Uma análise atenta dos termos da resolução, incluindo a sua motivação expressa, revela outro vício crescente na produção normativa do CNJ: a usurpação de competência jurisdicional. Como já averbado na doutrina, o Conselho Nacional de Justiça é órgão administrativo¹⁹ – e não jurisdicional –, não lhe sendo lícito negar vigência a normas infraconstitucionais sob o argumento de incompatibilidade destas com a Constituição. Entretanto, ao editar a Resolução 52/2008, o Conselho contrariou frontalmente a Lei Federal nº 6.454/77, que veda expressamente a atribuição de nome de pessoa viva a bens públicos²⁰, argumentando: “que à Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977 (...) por ser anterior à Constituição Federal de 1988, há de ser dada interpretação conforme a Lei Maior”.

Outro foco de polêmica e incertezas se abriu com a edição das resoluções CNJ 80/2009 e CNJ 081/2009, a partir das quais o Conselho destituiu todos os titulares de serviços notariais e de registros públicos não aprovados em concurso público específico e disciplinou procedimentos para elaboração de concursos para outorga de delegação de notas e registros. A exigência da prévia aprovação em concurso públi-

18 Um exemplo é a vedação expressa no art. 20, Inc. V da Constituição do Estado do Ceará: “Art. 20. É vedado ao Estado e aos Municípios: (...) V – atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula”. A propósito, a validade da norma cearense em face da Constituição Federal foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 307/CE, de relatoria do ministro Eros Grau, julgada em 13.02.2008 – Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 22 out. 2009.

19 Cf. BERMUDEZ, Sergio, *Op cit*, p. 20; MORAES, Alexandre de. *Op cit*, p. 516.

20 O art. 1º da referida lei é taxativo: “Art 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente (sic) à União ou às pessoas jurídicas da Administração indireta”.

co para exercício em qualquer área dos *misteres* públicos é garantia louvável e compatível com os princípios gravados na Carta de 1988. Sem embargo, a iniciativa do CNJ, consubstanciada na resolução 81/2009, merece censura.

De fato, o art. 236, § 3º da Constituição Federal, alegado lastro legal/constitucional da resolução, exige a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. Entretanto, o mesmo artigo, em seu § 2º, remete à lei federal o disciplinamento dessas atividades. Em cumprimento à orientação constitucional, o Congresso Nacional – eleito – aprovou e o Presidente da República – também eleito – sancionou a Lei nº 8.935/94, dispoendo sobre os serviços notariais e de registros. A citada lei reafirma a exigência de prévia aprovação em concurso público para ingresso na atividade, porém, em seu art. 18, confia à legislação estadual o regramento dos procedimentos para a realização dos concursos. Portanto, ao editar a resolução 81/09, o CNJ negou validade à lei vigente e, de quebra, avançou sobre tema já regulamentado por leis estaduais, ofendendo simultaneamente o postulado da legalidade e o princípio federativo.

Quanto aos atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais uma vez há pouco – quase nada – a dizer além do dito sobre os atos emanados do CNJ. A natureza acessória do Ministério Público em relação ao Judiciário se reflete na produção normativa do CNMP, tanto no aspecto quantitativo – até o final do ano dois mil e nove (2009) o CNMP havia expedido quarenta e nove (49) resoluções, menos da metade do número de resoluções expedidas pelo CNJ – quanto no plano qualitativo – grande parte das resoluções do CNMP não é mais do que mera reprodução de resoluções do congênere judicial. O quadro comparativo mostrado a seguir traz exemplos ilustrativos sobre essa relação de dependência e subordinação:

RESOLUÇÕES – CNMP / APROVAÇÃO	OBJETO	RESOLUÇÕES SIMILARES – CNJ / APROVAÇÃO
001/2005 – 07/11/2005	Veda prática do nepotismo no âmbito do Ministério Público.	007/2005 – 18/10/2005
002/2005 – 21/11/2005	Estabelece critérios e procedimentos para promoções e remoções, por merecimento, de membros do Ministério Público.	006/2005 – 13/09/2005
003/2005 – 16/12/2005	Disciplina o exercício do magistério por membros do Ministério Público.	034/2007 – 24/04/2007
004/2006 – 20/02/2006	Define conceito de atividade jurídica, enquanto requisito para inscrição em concurso público para provimento de cargo de promotor de justiça.	011/2006 – 31/01/2006
009/2006 – 05/06/2006	Dispõe sobre o teto remuneratório dos membros do Ministério Público.	013/2006 – 21/03/2006
010/2006 – 19/06/2006	Dispõe sobre o teto remuneratório dos servidores do Ministério Público.	014/2006 – 21/03/2006
014/2006 – 20/11/2006	Estabelece regras gerais para concursos de ingresso na carreira (membros) do Ministério Público.	075/2006 – 12/05/2009
026/2007 – 17/12/2007	Trata da obrigação de residência dos membros do Ministério Público na comarca em que exercem suas atribuições.	037/2007 – 06/06/2007
036/2009 – 06/04/2009	Trata dos requerimentos de interceptação telefônica, para fins de investigação criminal.	059/2008 – 09/09/2008

A análise dos dados do quadro comparativo acima denuncia o caráter secundário da produção normativa do CNMP frente a seu similar judiciário. A aproximação entre os temas disciplinados pelos dois Conselhos é natural, dada a complementaridade entre as atividades jurisdicional e ministerial; entretanto, o que se observa na comparação vai além de complementaridade, é quase uma hierarquização, assumindo o CNMP a postura de órgão subalterno frente ao CNJ. Apenas em dois casos – num universo de nove equivalências normativas – a iniciativa partiu do Conselho Ministerial; nas demais, limitou-se o órgão a reproduzir textos normativos aprovados meses (às vezes dias) antes pelo CNJ, acrescidos de adaptações que, frequentemente, não passam da substituição de expressões como “membros da Magistratura” ou “magistrados” pelo termo “membros do Ministério Público”.

Se se considerar que vinte e uma (21) das quarenta e nove (49) resoluções aprovadas pelo CNMP até o final do ano dois mil e nove (2009) alteram resoluções anteriores ou disciplinam aspectos de organização interna do órgão, conclui-se que sete (7) entre vinte e quatro (24) resoluções típicas – quase um terço da produção normativa de relevo – consistem em mera repetição de atos do Conselho Nacional de Justiça. Dentre os poucos atos originais, sobressai-se um dos maiores barbarismos jurídicos já vistos no curso da Nova República: a malfadada Resolução CNMP 27/2008 (enfocada no próximo segmento), com a qual os ilustres membros do Conselho Ministerial pretendem vedar o exercício da advocacia por servidores do Ministério Público da União e dos Estados.

Em suma, a produção normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional Ministério Público tem assumido uma indesejável condição de sucedâneo legislativo. Desde seu tímido início, os Conselhos progrediram (ou regrediram) de uma saudável autocontenção a um questionável ativismo, invadindo terreno pertencente aos legisladores eleitos e ultrapassando, e muito, os precisos limites da ação regulamentar, consagrados no direito positivo e na doutrina nacionais.²¹

21 A ciência jurídico-administrativista brasileira é unânime em traçar limites firmes e precisos ao exercício do poder regulamentar. Como exemplo, atente-se à clássica lição de Pontes de Miranda: “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão de compe-

5 O caso da RES CNMP 27/2008: a inconstitucionalidade da vedação ao exercício da advocacia por servidores do Ministério Público

O exercício da advocacia por agentes do Ministério Público sempre causou controvérsia. O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906/94 – não inclui a atividade de apoio à instituição ministerial entre aquelas incompatíveis com o *labor* advocatício²². Assim mesmo, a Ordem dos Advogados do Brasil, frequentemente, negava inscrição a bacharéis em Direito em serviço nos órgãos ministeriais, apoiando-se em interpretações extensivas da norma restritiva esculpida no Art. 28, Inc. II daquele estatuto²³. Com o tempo, porém, pacificou-se, tanto na doutrina²⁴ quanto na jurisprudência²⁵, a ilegalidade dessas interpretações, consagrando-se a tese da compatibilidade entre a advocacia e as funções de apoio ao Ministério Público, observado apenas o impedimento de patrocínio a causas contrárias à

tência legislativa. (...) Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo, se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena. (...) Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da Lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale." *Comentários à Constituição de 1967*: com a emenda nº 1, de 1969. Tomo III. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 314.

- 22 Na exegese literal do Art. 28, Inc. II da referida lei, a incompatibilidade é restrita aos membros (promotores e procuradores) do Ministério Público: "Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: (...) II – **membros** de órgãos do Poder Judiciário, **do Ministério Público**, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;"
- 23 Eis um exemplo extraído da "jurisprudência" do Conselho Federal da OAB: "Inscrição. Servidor do Ministério Público Estadual é membro de órgão auxiliar do Ministério Público nos termos do art. 8º da Lei 8.625/93. Existência de incompatibilidade prevista no art. 28, inc. II do Estatuto, bem como nos princípios da Moralidade, Razoabilidade e da Supremacia do interesse Público." Recurso nº 2007.08.00368-01. Primeira Câmara. Rel. Cons. Miguel Eduardo Britto Aragão(SE). 08.10.07. Disponível em: <www.oab.org.br> Acesso 15 out. 2010.
- 24 Na doutrina, veja-se a lição de Paulo Luiz Netto Lobo: "Consideram-se membros do Ministério Público os que integram a respectiva carreira (promotores e procuradores). Os servidores que os auxiliam não estão alcançados pela incompatibilidade e sim pelo impedimento do art. 30, inciso I do Estatuto." **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 149.
- 25 Na jurisprudência, preponderante a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça: "Deve ser assegurada a inscrição na OAB de servidor ocupante do cargo de Técnico Administrativo do Ministério Público Federal por enquadrar-se na hipótese descrita no art. 30, I, da Lei 8.906/94 (impedimento do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera ou à qual seja vinculada a entidade empregadora), não figurando caso de incompatibilidade (descrita no art. 28, III, do mesmo estatuto legal)." STJ. RESP 813251/SC. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. 16.05.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso 28 dez. 2009.

fazenda pública à qual seja vinculado o órgão empregador (EAOAB – Art. 30, Inc. I).

Afastada a incidência da vedação estatuída no EAOAB, sobreveio vedação legal ao exercício da advocacia por servidores do Ministério Público da União²⁶. A despeito de qualquer opinião de mérito sobre essa drástica restrição à liberdade de ofício – clássica garantia constitucional consagrada no Art. 5º, Inc. XIII da Carta de 1988 -, não há como negar-lhe validade, por ser ela fundada em lei²⁷. O mesmo não se pode dizer do intento oportunista e ilegítimo, consubstanciado na Resolução CNMP 27/2008, qual seja: o propósito de estender a uns, pela via regulamentar, drástica restrição de direitos imposta, por lei, a outros²⁸.

Vista sob qualquer ângulo, a iniciativa do CNMP constitui flagrante ofensa à ordem constitucional. Em primeiro plano, como já ressaltado nesse trabalho, não é lícito ao Conselho, na sua condição de órgão administrativo, disciplinar matéria constitucionalmente reservada à lei, como no caso, muito menos regulamentar matéria já regulada em lei. Entretanto, a RES CNMP 27/2008 impõe disciplina diversa – em certo ponto, antagônica – àquela determinada pela Lei Federal nº 11.415/06, a qual, ao vedar aos agentes administrativos do Ministério Público da União o exercício da advocacia, resguardou "as situações constituídas" até o momento inicial de sua vigência (Art. 32), pondo a salvo a liberdade de ofício dos servidores que já advogavam antes de estabelecida a regra legal restritiva²⁹. Essa ressalva, no entanto, não foi respeitada

26 A Lei Federal nº 11.415/06 – que, conforme sua própria ementa, "dispõe sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União" – traz a seguinte disposição: "Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica." (Grifos nossos)

27 Somente por lei se admite restrição à garantia fundamental do livre exercício profissional, como ensina José Afonso da Silva: "O princípio é o da liberdade reconhecida. No entanto, a Constituição ressalva, quanto à escolha e exercício de ofício e profissão, que ela fica sujeita à observância das "qualificações profissionais que a lei exigir". (...) *Compete privativamente à União legislar sobre condições para o exercício de profissões* (Art. 22, XVI). **Só lei federal pode definir as qualificações profissionais requeridas para o exercício das profissões.**" *Op cit*, p. 258. (Grifos nossos).

28 De fato, o Art. 1º da RES CNMP 27/2008 reproduz, na essência, o Art. 21 da Lei nº 11.415/06, apenas acrescentando a locução "dos Estados" após a locução "Ministério Público", para estender aos servidores ministeriais estaduais a vedação legal imposta aos agentes federais. Eis o seu teor: "Art. 1º. É vedado o exercício da advocacia aos servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público dos Estados e da União."

29 Essa é a inteligência do citado dispositivo, segundo os tribunais federais. Confira-se: "IV – O cargo de Técnico Administrativo da Procuradoria da República, compõe o quadro de serviços auxiliares do Ministério Público

pelo CNMP que, ao contrário, generalizou a proibição. No que tange ao Ministério Público dos Estados, a resolução ataca ilicitamente a liberdade de ofício dos seus servidores – ante a ausência de respaldo legal à vedação, seja na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) ou nas leis estaduais incidentes.

Mesmo quando examinada pelo prisma do regime jurídico-administrativo do Ministério Público – sob o qual admitir-se-ia, em tese, o sacrifício de direitos individuais em benefício do interesse público –, a RES CNMP 27/2008 também ofende a Constituição Federal, por usurpar competência legislativa dos Estados-membros da federação – agredindo o princípio federativo – e ainda, por privar os ministérios públicos dos Estados da autonomia organizacional conferida pela mesma Carta Magna, exercitada, em grande medida, por meio da garantia representada pelo monopólio da iniciativa de leis dedicadas à sua organização interna³⁰.

Ao expor as razões determinantes dessa malfadada iniciativa – na inútil tentativa de justificar o injustificável – o CNMP invoca “os princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da eficiência” e “a necessidade de estabelecer, no particular, tratamento isonômico entre os servidores do Ministério Público da União e dos Estados”. A segunda razão invocada apenas evidencia o absurdo da iniciativa, que busca estender aos servidores do Ministério Público dos Estados, por regulação, restrição imposta por lei aos agentes do Ministério Público da

– art. 36, da Lei Complementar nº 75/93 –, de natureza, (sic) meramente administrativa. Não possui (sic), o condão de gravar incompatibilidade ao exercício da advocacia, sendo caso apenas de “impedimento”, vedação parcial, nos exatos termos do inciso I, do art. 30, da Lei nº 8.906/94. V – O fato aquisitivo do direito, aprovação no Exame da Ordem, quando ainda não vigente a norma legal proibitiva do exercício da advocacia pelos servidores efetivos do Ministério Público da União – a mencionada Lei 11.415/06 –, inexistindo empecilho ao reconhecimento do direito à inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil/RJ, adquirido anteriormente à vigência da vedação trazida por aquele comando legal. A própria lei 11.415/06, inclusive, teve o cuidado em acautelar o direito daqueles servidores, estabelecido antes de seu advento, prevenindo expressamente em seu art. 32 que “ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta lei” (TRF-2, AGTAMS 70338. Sétima Turma Especializada. Rel. Des. Sérgio Schwaitzer. 26.03.2008. Disponível em: www.trf2.jus.br. Acesso 19 fev. 2010)

30 Além de prestigiar o princípio federativo, remetendo à competência legislativa dos estados-membros a organização dos seus respectivos ministérios públicos, a Carta de 1988 ainda dotou os próprios órgãos de importante instrumento de autonomia, consubstanciado no “monopólio” das iniciativas de lei sobre sua própria organização: “Art. 128. (...) § 5º – Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros (...)” (Grifos nossos)

União. O primeiro argumento, por seu turno, mostra-se perigosamente sedutor, embora igualmente despropositado.

O Direito brasileiro, como de resto, todo o Direito desenvolvido no ocidente, testemunha uma inversão de posições entre regras e valores. As regras – absolutas desde o alvorecer da modernidade – cada vez mais cedem espaço aos valores sociais – em acelerado processo de universalização – condensados e identificados no instituto jurídico denominado *princípios* – expressão da pós-modernidade jurídica. Nesse cenário, espera-se do intérprete do Direito algo além de identificar a regra incidente sobre cada caso concreto (aplicar a regra “x” ao fato “y”), como ocorria no auge do positivismo jurídico. Espera-se do hermenêuta uma atitude criadora, um trabalho dirigido à construção e dilatação de conceitos jurídicos indeterminados, elevados ao topo da ordem jurídico-normativa³¹. Diante de tal perspectiva, torna-se atraente a idéia de restringir direitos individuais sob alegado patrocínio de princípios simpáticos ao auditório social, como os princípios da moralidade e eficiência administrativa. Entretanto, no caso em análise, a aparência é enganosa.

A eficiência de uma instituição, em regra, não guarda relação direta com as atividades particulares de seus agentes. Desarrazoado proibir, em nome da eficiência, os servidores do Ministério Público de exercerem a advocacia; tanto quanto desarrazoado seria proibi-los, em nome da eficiência, de contrair matrimônio, com o fim de obter sua exclusiva dedicação aos deveres institucionais – como procede a Igreja Católica com seus sacerdotes –; ou, ainda, privá-los de diversão noturna para, a

31 Essa transformação corresponde à substituição do processo interpretativo exegético-positivista, emblematicamente sintetizado por Montesquieu ao afirmar que “os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (*Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. Porto Alegre: Martin Claret, 2003, p. 172.) a uma hermenêutica mais ativa, como a defendida pelo jurista suíço Hans Huber, aqui citado por Paulo Bonavides: “Sustenta, ainda, esse mesmo jurista (Huber) que o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial. Concretizar significa, para ele, dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade. De tal sorte que a concretização se afasta da interpretação do texto (*Konkretisierung entfernt sich von textauslegung*) e, não raro, deixa para trás, a considerável distância, o teor literal da Constituição. Foi assim, prossegue ele, que os tribunais suíços, interpretando o Art. 4º de sua Constituição Federal, segundo o qual ‘todos os suíços são iguais perante a lei’, chegaram, a partir daí, a uma aplicação, por via concretizante, da máxima normativa e constitucional de que ‘todos os homens são iguais perante a lei’, incluindo aí os estrangeiros. (Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 621.)

bem da eficiência, aumentar sua capacidade produtiva durante o expediente – como procedem os clubes de futebol em relação a seus atletas. Por outro lado, não se pode presumir – como presume o CNMP – imorais todos os servidores do Ministério Público atuantes na advocacia. Eventuais práticas imorais de servidores – com ou sem relação com atividade advocatícia paralela – devem ser comprovadas em processos administrativo-disciplinares, nos quais se observem os postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Por fim, o princípio constitucional da igualdade busca, precipuamente, expandir as liberdades, oportunidades e benefícios da vida em sociedade, não sendo honesto invocá-lo para legitimar a generalização de tão drástica restrição a uma das mais clássicas garantias de liberdade, mais ainda quando emanada de órgão desprovido da legitimidade conferida pelo voto popular.

O indevido avanço do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a liberdade de ofício dos agentes administrativos do Ministério Público dos Estados já ecoa no Judiciário. Decisões contraditórias já foram proferidas por tribunais federais³². O Supremo Tribunal Federal perdeu uma boa oportunidade de se pronunciar sobre a matéria em razão da extinção prematura – sem resolução de mérito – do mandado de segurança coletivo nº 27214, no qual se requeria declaração incidental de inconstitucionalidade da Resolução CNMP 27/2008. A entidade impetrante, Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União, desistiu da ação após uma sinalização negativa da parte do

32 De um lado: “1. Nos termos do art. 21 da Lei 11.415/2006 ‘aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica’. 2. Como norma federal a Lei 11.415/2006 disciplina apenas a carreira dos servidores do Ministério Público da União, entretanto, não se pode desconsiderar que, em relação aos servidores do Ministério Público dos Estados, é uma norma geral da qual não podem se distanciar. Ou seja, os direitos, deveres, garantias e prerrogativas dos servidores estaduais não podem estar em dissonância com a Lei Federal n. 11.415/2006. 3. Até a edição da Lei 11.415/2006 os servidores do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados eram apenas impedidos do exercício da advocacia; após sua vigência passaram à condição de incompatíveis.” (TRF-1. REOAC 2008.39.00.005945/PA. Oitava Turma. Rel. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (Conv.). 17.04.2009. disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso 19 FEV. 2010) Em sentido oposto: “4. Dessa forma, considerando a inexistência de lei que proíba o exercício da advocacia pelos servidores dos ministérios públicos dos estados, pode-se concluir que o Conselho Nacional do Ministério Público excedeu a sua competência regulamentar. 5. Ressalte-se, ainda, que a mencionada resolução viola a competência dos estados de disciplinarem o regime jurídico de seus servidores, sobretudo porque a norma suscitada como fundamento da resolução nº 27/2008 – Art. 21 da Lei nº 11.415, de 2006 – não é norma de reprodução obrigatória pelos estados.” (TRF-5. REOAC 467268/AL. Primeira Turma. Rel. Juiz Federal Francisco de Barros e Silva (Conv.). 21.05.2009. Disponível em: www.trf5.jus.br. Acesso 19 fev. 2010)

relator, ministro Eros Grau³³. A Corte – ao contrário do que se tem dito – ainda não teve ocasião de examinar, como tal, a matéria³⁴. Porém, a julgar pelos primeiros sinais, não será surpresa se os ministros – motivados mais por conveniências político-corporativas do que por fundamentos jurídicos – julgarem constitucional a iniciativa do CNMP, abstendo-se de rechaçar contundente ofensa à Constituição – a magna norma que deveriam proteger.

Conclusões

1. Visto sob as luzes da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça constitui órgão administrativo, cuja vocação natural é o exercício da direção político-administrativa do Poder Judiciário. Por força da natureza administrativa do Conselho e da forma federativa assumida pelo Estado brasileiro, essa liderança corporativa somente se exerce, licitamente, por procedimentos de discussão, proposição e execução compartilhada – em regra, voluntária – de políticas públicas voltadas à melhoria da qualidade dos serviços administrativo-jurisdicionais.

2. A natureza administrativa do CNJ limita sua competência normativa ao âmbito regulamentar. O caráter nacional do órgão não o autoriza a subjugar a soberania popular e a própria ordem constitucional, debruçando-se sobre matérias constitucionalmente reservadas à lei ou

33 Fiel à sua peculiar compreensão sobre o raio de ação do poder regulamentar, exposta no julgamento da ADC 12-MC/DF, o ministro Eros Grau, ao negar a liminar requerida pela impetrante, sinalizou pela constitucionalidade da RES CNMP 27/2008: “Não há falar-se, ademais, em violação da competência do Procurador-Geral da República para regulamentar a matéria, **eis que compete ao CNMP, no papel de órgão uniformizador das atividades do Ministério Público nacional, zelar pela autonomia funcional e administrativa da instituição, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**” [art. 130-A, § 2º, I da Constituição do Brasil]. STF. MS 27214/DF. Rel. Min. Eros Grau. Dec. monocrática. 29.04.2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso 06 fev. 2010 (Grifos nossos).

34 Logo após a edição da RES CNMP 27/2008, o STF recebeu alguns mandados de segurança impetrados, sobretudo, por servidores do Ministério Público da União que exerciam paralelamente a advocacia, contra o regulamento. Em nenhum deles, porém, houve decisão colegiada, mas apenas sinalizações emitidas pelos ministros relatores em decisões monocráticas. Algumas dessas decisões esquivaram-se da discussão de mérito, vislumbrando incidência da Súmula nº 266 da corte, segundo a qual: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.” Cf. MS 27231/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa; MS 27491/DF, Rel. Min. Menezes Direito; MS 27225/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

intrometendo-se em temas de competência dos Estados-membros da Federação.

3. Carece de amparo constitucional e jurídico a interpretação segundo a qual o constituinte derivado autorizara o CNJ a expedir atos normativos primários. Tal entendimento despreza a compreensão da soberania popular como base de legitimidade do poder estatal, pressuposto lógico da Democracia e do Estado de Direito. Somente em hipóteses de concretização de mandamentos constitucionais explícitos admite-se a expedição, pelo CNJ, de atos normativos sem amparo em lei, substituindo-se, nesses casos, o lastro legal *estricto senso* pelo lastro constitucional.

4. Dentro dessas balizas, aparentam inconstitucionalidade todas as resoluções do CNJ nas quais se busca disciplinar matérias constitucionalmente reservadas à lei, especialmente no que concerne à criação de órgãos e imposição de requisitos para investidura em cargos públicos. São exemplos: a) RES 48/2007 – inclui prova de graduação, preferencialmente em Direito, entre os requisitos para investidura em cargo de oficial de justiça; b) RES 49/2007 – determina organização, pelos tribunais, de núcleos de estatística e gestão estratégica; c) RES 58/2008 – inclui prova de graduação, preferencialmente em Direito, entre os requisitos para investidura em cargo de escrivão judicial; d) RES 75/2009 – estabelece regras gerais para concursos públicos de ingresso na magistratura; e) RES 86/2009 – determina organização, pelos tribunais, de núcleos de controle interno.

5. Também aparentam inconstitucionalidade, por ofensa à autonomia político-administrativa dos estados federados e à prerrogativa constitucional do autogoverno, conferida aos tribunais, resoluções que invadem aspectos de sua administração interna, quer sejam os federais ou os estaduais. São exemplos: a) RES 16/2006 – estabelece critérios para composição e eleição de órgão especial dos tribunais; b) RES 17/2006 – estabelece parâmetros para escolha de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores; c)

RES 95/2009 – estabelece parâmetros para a transição de cargos de direção dos tribunais.

6. Aparentam inconstitucionalidade, finalmente, as resoluções atinentes à disciplina de temas já regrados por lei – quer sejam leis estaduais ou leis federais. São exemplos: a) RES 52/2008 – regulamenta a atribuição de nome de pessoa viva a órgão sob administração do Poder Judiciário; b) RES 81/2009 – estabelece regras gerais dos concursos públicos para outorga de serviços cartorários extrajudiciais; c) RES 88/2009 – determina a fixação da jornada de trabalho dos servidores do Poder Judiciário em quarenta horas semanais.

7. Ao Conselho Nacional do Ministério Público aplicam-se os mesmos princípios incidentes sobre o congêneres judicial. O CNJ e o CNMP são produtos de uma mesma fórmula, aplicada simultaneamente a dois ramos do Estado brasileiro em razão, precisamente, da complementaridade entre eles. Portanto, a atividade normativa do CNMP, tal qual a do CNJ, limita-se à clássica moldura regulamentar, sendo-lhe ilícito inovar no mundo jurídico. Nesse diapasão, caracteriza contundente ofensa à ordem constitucional a iniciativa consubstanciada na RES CNMP 27/2008 – proibição do exercício da advocacia por servidores do Ministério Público. Esse malfadado ato ofende, a um só tempo, os princípios federativo e da legalidade.

8. Nos termos do Art. 5º, Inc. XIII da Constituição Federal, o livre exercício profissional somente pode ser restringido por disciplina legal, constituindo autêntico barbarismo jurídico sua negação por regulamento.

9. No plano federal, as restrições ao exercício da advocacia por agentes administrativos ministeriais já têm disciplina legal própria, estabelecida pela Lei nº 11.415/06, a qual, ao vedar aos servidores do Ministério Público da União o exercício da advocacia, resguardou “as situações de fato constituídas” até a data de sua publicação (Art. 32), preservando a liberdade de ofício dos agentes que já advogavam anteriormente à vigência da regra legal restritiva – o que não é observado pela resolução do CNMP.

10. Quanto ao Ministério Público dos Estados, a RES CNMP 27/2008, além de ofender a legalidade, considerando-se a ausência de vedação legal ao exercício da advocacia por servidores da instituição – quer seja na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), quer seja na maior parte (talvez na totalidade) das leis estaduais incidentes –, afronta também a autonomia dos Estados-membros, usurpando-lhes a competência de legislar sobre seus Ministérios Públicos, e ainda sufoca a autonomia dos próprios órgãos ministeriais, privando-os da prerrogativa constitucional (Art. 128, § 5º) do autogoverno, consubstanciada, em grande medida, no monopólio das iniciativas de lei sobre sua organização interna.

11. Não são razoáveis as razões invocadas pelo CNMP ao motivar a RES 27/2008. A alegada pretensão de estabelecer tratamento isonômico aos servidores dos MPs da União e dos Estados apenas evidencia o absurdo do ato, pelo qual se busca estender a uns, por regulamento, restrição de direito a outros imposta por lei. O princípio da igualdade pressupõe a busca pela universalização das liberdades, oportunidades e benefícios da vida em sociedade, não sendo honesto invocá-lo como fundamento à generalização de restrições extralegis a exercício de direitos. Por outro lado, desarrazoado presumir imorais todos os agentes administrativos do Ministério Público em exercício de atividade advocatícia – como fez o Conselho ao editar a resolução. Atos imorais de agentes ministeriais – com ou sem relação com o exercício paralelo da advocacia – devem ser comprovados em sindicância e confirmados em processo administrativo-disciplinar, no qual se observe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não se justificando assim a inclusão do princípio da moralidade entre as razões da restrição imposta pelo Conselho. Por fim, a eficiência de uma instituição não se confunde com as atividades particulares de seus agentes, não sendo lícito ao CNMP intrometer-se na vida privada dos agentes ministeriais, sendo indevida, portanto, a menção ao princípio da eficiência.

12. As resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, com lastro nos artigos 103-B,

§ 4º, Inc. I e 130-A, § 2ª, Inc. I da Constituição Federal, devem ser recepcionadas pelo mundo sociojurídico na condição de recomendações. Eis aí a real natureza desses atos, numa interpretação equilibrada e em conformidade com a íntegra do texto constitucional, das disposições instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

13. Para maximizar o alcance de suas recomendações, o CNJ e o CNMP devem recorrer a mecanismos de registro e controle que lhes permitam aferir constante e sistematicamente os resultados das práticas por eles propostas, mediante comparações entre o desempenho dos tribunais e órgãos ministeriais que as adotam e que as repelem, conferindo máxima publicidade aos resultados. A comparação e a exposição dos resultados causariam constrangimento às unidades mais resistentes à necessária modernização das práticas administrativas do Judiciário e do Ministério Público, servindo, também, para eventuais correções nas políticas administrativas propostas pelos Conselhos. Essa técnica de gestão, simples e eficiente, permite a reconciliação entre a necessária busca pela eficiência ministerial e judicial e os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

National Councils of Justice and of Prosecuting Counsel normative Activity: possibilities and limits

Abstract

This paper analyzes critically the exercise of regulatory power granted by Federal Constitution to National Councils of Justice and of Prosecuting Counsel. Starting from the mentioned councils' nature specification and institutional objectives, it expands an analysis about its normative activity, focusing on cases – councils' resolutions– for that it is possible to realize faults and exorbitance

from councils during the exercise of their constitutional duties. The study clings to a specific analysis of CNMP Resolution nº 27/2008, through which, the National Council of Prosecuting Counsel intends to deny lawyering exercise to Prosecuting Counsel public servants.

Key words: Regulatory power. National Councils. Justice. Prosecuting Counsel.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERMUDES, Sergio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A reforma do Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. Porto Alegre: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C., **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n. 1, 1969. Tomo III. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVI, Clémerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho**

Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso em: 24 out. 2009.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 13.04.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. ADI 135/PB. Tribunal Pleno. Rel. Min. Octávio Gallotti. Julgado em 21.11.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. ADC 12-MC/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 16.02.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. ADI 3831-MC/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min^a. Carmem Lúcia Antunes Rocha. Julgado em 15.12.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 fev. 2010.

_____. ADI 3854-MC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 28.02.2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 813251/SC. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 16.05.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 28 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. REOAC 2008.39.00.005945/PA. Oitava Turma. Rel. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (Conv.). Julgado em 17.04.2009. Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 19 fev. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. REOAC 467268/AL. Primeira Turma. Rel. Juiz Federal Francisco de Barros e Silva (Conv.). Julgado em 21.05.2009. Disponível em: <www.trf5.jus.br> Acesso em: 19 fev. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. AGTAMS 70338. Sétima Turma Especializada. Rel. Des. Sérgio Schwaitzer. 26.03.2008. Disponível em: <www.trf2.jus.br> Acesso em: 19 fev. 2010.

Referência deste artigo

SOUZA, Vandir Pereira de. A atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público: possibilidades e limites. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 379-408, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 15 abr. 2010. Aprovado em: 30 jun. 2010.

Proibição de excesso e proteção insuficiente: limites constitucionais à produção e manipulação de embriões

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público. Oficial de justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

No Brasil, o uso de embriões humanos para fins de pesquisa com células-tronco foi regulamentado pela Lei de Biossegurança, Lei 11.105 de 24 de março de 2005, a qual teve a sua constitucionalidade questionada através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) que, no entanto, foi julgada IMPROCEDENTE pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em um julgamento histórico. Apesar da declaração de constitucionalidade da Lei 11.105/2005, o presente artigo demonstra que há omissão legislativa no que tange à fiscalização, produção e manipulação de embriões

destinados à retirada de células-tronco, fazendo-se necessária, destarte, uma melhor regulamentação do tema que, sem prejuízos à liberdade das pesquisas, estabeleçam balizas éticas e jurídicas mais seguras em relação aos procedimentos necessários à extração de células-tronco, sob pena de violação ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade no sentido de proteção insuficiente.

Palavras-chaves: Células-Tronco Embrionárias. Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Proibição de excesso. Proteção insuficiente.

Introdução

Ao longo dos séculos, as descobertas do homem sobre o seu organismo vêm aumentando consideravelmente a expectativa de vida. Há 5 mil anos, por exemplo, um indivíduo era considerado ancião quando atingia 25 anos de idade. Hoje, um indivíduo com 60 anos está na “melhor idade”, apto ao trabalho e com grande expectativa de longevidade. Segundo pesquisas divulgadas pelo IBGE, atualmente, a expectativa de vida dos brasileiros é de 71,3 anos¹

Os avanços da ciência para entender o nosso corpo remontam a tempos imemoriais, intensificando-se de forma significativa ao longo do século XX, o que vem desencadeando um fenômeno nunca visto na história da humanidade: as pessoas estão vivendo mais e com mais saúde.

Mas, os avanços científicos sempre esbarram em paradigmas éticos, filosóficos, religiosos e os da própria ciência.

Nos últimos anos, vem se desenvolvendo uma nova área da Medicina, chamada Medicina Regenerativa e que consiste na utilização de células, fatores de proliferação e diferenciação celulares e biomateriais, que permitem ao próprio organismo reparar tecidos e órgãos lesados.

Neste sentido, as chamadas células-tronco têm se mostrado bastante eficientes no tratamento de várias doenças, possibilitando a recuperação ou, pelo menos, a melhoria na qualidade de vida de diver-

¹ Essa informação foi retirada da tábua completa de mortalidade da população brasileira, estimada pelo IBGE para o ano 2003. Essa tábua “é um modelo demográfico que descreve a incidência da mortalidade ao longo das idades e resume, numericamente, as condições gerais de saúde de uma população. A tábua de mortalidade é importante instrumento de avaliação das políticas públicas no campo da Saúde.

As informações que a tábua de mortalidade fornece são: a) as taxas de mortalidade ou probabilidades de morte entre duas idades exatas – particularmente, a taxa de mortalidade infantil, que é a probabilidade de um recém-nascido falecer antes de completar o primeiro ano de vida ou o número de óbitos de menores de 1 ano de idade para cada 1000 nascidos vivos; b) a esperança de vida às idades exatas, especialmente, a esperança de vida ao nascer que expressa o número médio de anos que se espera viver um recém-nascido que, ao longo da vida, estivesse exposto aos riscos de morte da tábua de mortalidade em questão”. Texto retirado do site do IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.com.br/home/presidencia/noticias/Noticia_visualiza.php?id_noticia=266&id_pagina=1>. Acesso: 06 ago. 2008.

sas pessoas ao redor do mundo, fato este que vem se confirmando desde 1999, quando as células-tronco foram eleitas como *Scientific Breakthrough of the Year* (avanço científico do ano), pela revista *Science* (PEREIRA, 2008).

Segundo o professor Antonio Carlos Paes de Carvalho, da UFRJ, a definição clássica de célula-tronco é: “Uma célula não-especializada com grande potencial de auto-renovação, capaz de originar diferentes tipos celulares no organismo”. Podem ser obtidas do embrião, do feto ou do adulto. As embrionárias são capazes de gerar qualquer um dos tipos celulares presentes nos tecidos do organismo. “Mas sua utilização do ponto de vista clínico ainda está bastante distante, porque precisamos ter um controle sobre a proliferação e a diferenciação delas”, disse Antonio Carlos. “Já as adultas, usadas nas terapias, dão origem a células do mesmo tipo. Pode haver risco de aparecimento de tumores, por isso é essencial monitorar constantemente o desenvolvimento das células-tronco aplicadas nos pacientes”. (DOMINGUEZ, 2007, p.8-11)

O uso de **células-tronco adultas** não apresenta, aparentemente, nenhuma reprovação no campo da ética ou religião, pois são células retiradas do próprio paciente para o seu tratamento terapêutico. Por outro lado, existe uma limitação dessas células no que tange a sua diferenciação, ou seja, elas só conseguem se diferenciar/transformar em alguns tipos limitados.

Já as **células-tronco embrionárias** podem se diferenciar em qualquer tipo celular humano, inclusive em células nervosas. Mas, no campo da religião e da ética, o uso desses tipos embrionários está causando um grande alvoroço na sociedade internacional, pois a retirada das células-tronco do embrião provoca a sua morte. Eis o dilema ético: o embrião é vida humana? Destruir um embrião é o mesmo que matar alguém? É correto destruir um “ser” para curar outro?

No Brasil, o uso do embrião humano foi regulamentado pela Lei de Biossegurança, Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que diz:

Art. 5º

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Após a publicação da Lei de Biossegurança, o Procurador Geral da República impetrou uma ação direta de inconstitucionalidade –ADIN– perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN 3510), alegando que o disposto no Art. 5 da Lei de Biossegurança atentava contra a vida e a dignidade da pessoa humana, contrariando os preceitos constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Em julgamento histórico, ocorrido em 29 de maio de 2008, o plenário do Pretório Excelso julgou IMPROCEDENTE a ADIN 3510, declarando, portanto, a CONSTITUCIONALIDADE do art. 5º da lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), sem ressalvas ou interpretações conforme a Constituição Federal, haja vista que houve o pronunciamento da maioria absoluta, 6 votos, de acordo com o art. 97 da Constituição da República e com a lei 9868/99, sem que, nesses votos **majoritários**,

houvesse quaisquer ressalvas. Acontece que, em alguns votos **minoritários**, os ministros fizeram ressalvas importantíssimas. Por serem provenientes de votos minoritários, as ressalvas feitas não puderam integrar a parte dispositiva do acórdão, mas deixaram verdadeiras diretrizes para a fiel execução e aplicação da lei pelo poder público e para os sujeitos que a utilizarão no seu cotidiano.

Logo, o presente trabalho não buscará provar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei de Biossegurança, haja vista que já houve controle concentrado de constitucionalidade nesse sentido, mas sim procurará demonstrar que há omissão legislativa no que tange à **fiscalização, produção e manipulação** de embriões destinados à retirada de células-tronco, fazendo-se necessária, portanto, uma melhor regulamentação do tema, ou seja, é mister que, sem prejuízo da liberdade de pesquisa, sejam estabelecidas balizas éticas e jurídicas mais rígidas em relação aos procedimentos necessários à extração de células-tronco, sob pena de grave violação à ordem Constitucional.

1 Considerações iniciais

A edição da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias humanas em procedimentos terapêuticos e de pesquisa, no Brasil, suscitou grandes debates no mundo jurídico nacional, pois pôs em xeque os limites éticos a que devem ser submetidas as pesquisas científicas que, de algum modo, interferem no desenvolvimento natural da vida humana. Como se não bastasse a demora em sua edição, a referida lei tratou de um tema tão complexo em apenas um único artigo (art. 5º), que foi regulamentada pelo Poder Executivo através dos artigos 63 a 67 do Decreto 5.591/2005.

Pois bem, passemos a analisar os dispositivos referentes às células-tronco embrionárias presentes na Lei 11.105/05 e no Decreto 5.591/2005.

Diz o *caput* do art. 5º da Lei de Biossegurança que:

Art. 5º

É permitida, **para fins de pesquisa e terapia**, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos **produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento**, atendidas as seguintes condições: [grifos nossos]

A primeira limitação imposta pelo artigo supracitado é que somente poderão ser utilizadas células-tronco embrionárias, exclusivamente, em pesquisas ou em terapias pois, caso sejam utilizadas para fins diversos, o agente responderá pelo crime previsto no art. 24 da mesma Lei, o qual prevê uma pena privativa de liberdade de 1 a 3 anos e multa para quem utilizar embriões em desacordo com o disposto no art. 5º da Lei de Biossegurança.

Outrossim, somente é permitida a retirada de células-tronco de embriões humanos que tenham sido produzidos por técnicas de fertilização *in vitro*, ou seja, se o embrião for produzido por meios naturais, não poderá ser submetido a nenhum procedimento de retirada de células-tronco. Ressalvamos que se o embrião for produzido por meios naturais, obrigatoriamente ele estará inserido no corpo da mulher e, após a nidação, qualquer interferência no embrião (que neste caso já será nascituro), constituirá o crime de aborto (em qualquer uma de suas modalidades, arts. 124, 125 ou 126, CP). Nesse sentido, César Roberto Bitencourt diz que “O direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado...A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso.” (BITENCOURT, 2007, p. 129).

No final do *caput* do art. 5º, há outra imposição: além de ser produzido por técnicas de fertilização *in vitro*, o embrião deve ser um excedente, ou seja, ele não pode ter sido anteriormente utilizado no procedimento de reprodução assistida, devendo atender as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Segundo o art. 3º, XIII, do Decreto 5.591/2005, **embriões inviáveis** são aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnósticos realizados antes da implantação do embrião no útero, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde. Tais alterações devem interferir no desenvolvimento do embrião, interrompendo o seu progresso por ausência espontânea de clivagem², após período superior a **vinte e quatro horas**, contados da fertilização *in vitro*. A interrupção do desenvolvimento do embrião também pode se dar por alterações morfológicas que comprometam esse processo.

Além das limitações acima descritas, é imprescindível o consentimento dos genitores para que se utilizem os embriões, segundo a disposição do §1º do art. 5º, da Lei de Biossegurança.

§ 1º **Em qualquer caso**, é necessário o **consentimento** dos genitores [grifos nossos]

Lendo-se o parágrafo supramencionado, um dos questionamentos que podem surgir é se haverá **consentimento**, para os fins da Lei de Biossegurança, se apenas um dos genitores autorizar a utilização de embriões e o outro não.

Tanto a Lei, quanto o decreto não preveem expressamente esse tipo de situação que certamente poderá ocorrer, nem muito menos apontam uma solução para tal conflito. Logo, a resolução desse questionamento e sua melhor interpretação se dará através de técnicas de Hermenêutica

2 Segundo o Dicionário Aurélio, para as ciências biológicas, **clivagem** é uma “série de divisões celulares que ocorrem no zigoto”.

Jurídica. Nesse sentido, Carlos Maximiliano afirmou que a Hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, 1947, p. 14)

São **dois** os elementos que integram o **conceito de interpretação**: fixação do sentido e delimitação do seu alcance. André Franco Montoro ensinou que quanto aos processos ou métodos, a interpretação pode ser: (MONTORO, 2006, p. 433-433)

- a) **gramatical ou filológica**: “é aquela que toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical. É, sem dúvida, o primeiro passo a dar na interpretação”
- b) **lógico-sistemática**: “leva em conta o sistema em que se insere o texto e procura estabelecer a concatenação entre este e os demais elementos da própria lei, do respectivo campo do direito ou do ordenamento jurídico geral. Em suas diversas modalidades, o método lógico supõe sempre a unidade e coerência do sistema jurídico.”
- c) **histórica**: “baseia-se na investigação dos antecedentes da norma. Pode referir-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e promulgação. Ou, aos antecedentes históricos e condições que a precederam...No elemento histórico entra também o estudo da legislação comparada para determinar se as legislações estrangeiras tiveram influência direta ou indireta sobre a legislação que se deve interpretar.
- d) **sociológica**: “baseia-se na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidade sociais. Essa adaptação será prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil[...].”

Assim sendo, analisando o §1º do art. 5º da Lei de Biossegurança, sob o prisma técnico de interpretação **gramatical ou filológica**, restaria configurado que somente é possível a utilização de células-tronco para fins de pesquisa e tratamento se, e somente se, ambos os genitores autorizarem, pois o núcleo do sujeito da frase “é necessário o consenti-

mento **dos genitores**” está no plural, indicando, destarte, que a manifestação de vontade deve ser de ambos.

Por seu turno, seguindo uma interpretação **lógico-sistemática** combinada com uma **sociológica**, poderíamos, analisando o código Civil e a Lei de Introdução ao código Civil, aplicar o que dispõe o parágrafo único do art. 1631 do CC:

Art. 1631. [...]

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Entendemos que no caso em tela não seria viável a aplicação da técnica de interpretação **histórica** porque a lei deve, nos termos da Constituição Federal, seguir fins sociais, cabendo ao Poder Judiciário dizer, no caso concreto, a interpretação mais condizente com os princípios do ordenamento jurídico, ou seja, a Lei deve ser aplicada a partir de seu conteúdo normativo, destinado a um fim social e não, a partir de meras intenções do legislador.

A Lei 11.105/05, em seu parágrafo segundo, determina também que as instituições de pesquisas e serviços de saúde que utilizarem as células-tronco para pesquisa ou terapia deverão submeter seus projetos à apreciação dos seus respectivos comitês de ética.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

O Decreto 5.591/2005, em seu art. 63, §2º, estabeleceu que a apreciação e a aprovação do projeto de utilização de células-tronco pelas instituições de pesquisa e de serviços de saúde devem se dar na forma estabelecida em resolução do **Conselho Nacional de Saúde** (CNS), como se podemos visualizar abaixo:

Art. 63 [...]

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, na forma de **resolução do Conselho Nacional de Saúde**. [grifos nossos]

A resolução do CNS a que se refere o artigo supramencionado é a de número 196, publicada em 10 de outubro de 1996. Segundo tal resolução, consideram-se:

II – [...]

II.5 – **Instituição de pesquisa** – organização, pública ou privada, legitimamente constituída e habilitada na qual são realizadas investigações científicas.

II.14 – **Comitês de Ética em Pesquisa-CEP** – colegiados interdisciplinares e independentes, com “munus público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro de padrões éticos. [grifos nossos]

Os Comitês de Ética e Pesquisa (CEP) devem ser constituídos no seio de todas as instituições que realizem experimentos com seres humanos ou com células humanas, como no caso das células-tronco, sendo composto por, no mínimo, 7 (sete) membros, dos quais participarão profissionais da área de saúde, das ciências exatas, sociais e humanas (juristas, teólogos, sociólogos, filósofos etc.) e, pelo menos, um membro da sociedade, representando os usuários da instituição. Caso não seja possível a constituição de um CEP próprio, a instituição de pesquisa pode submeter projetos à apreciação de CEP de outras instituições.

VII.1 – **As instituições** nas quais se realizem pesquisas envolvendo seres humanos **deverão constituir um ou mais de um Comitê de Ética em Pesquisa- CEP**, conforme suas necessidades.

VII.2 – **Na impossibilidade de se constituir CEP**, a instituição ou o pesquisador responsável **deverá submeter o projeto à apreciação do CEP de outra instituição**, preferencialmente dentre os indicados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS).

VII.3 – [...]

VII.4 – **Composição** – O CEP deverá ser constituído **por colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros**. Sua constituição deverá incluir a participação de profissionais da área de saúde, das ciências exatas, sociais e humanas, incluindo, por exemplo, juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas e, pelo menos, um membro da sociedade representando os usuários da instituição. Poderá variar na sua composição, dependendo das especificidades da instituição e das linhas de pesquisa a serem analisadas. [grifos nossos]

Por fim, a Lei de Biossegurança veda, expressamente, a comercialização de material biológico humano, afirmando que tal prática constitui o crime previsto no art. 15 da Lei 9.434/97.

§ 3º É vedada a **comercialização** do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o **crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. [grifos nossos]

Diz o art. 15 da Lei n. 9.434/97 que:

Art. 15. **Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano**:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. **Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação**. [grifos nossos]

É importante ressaltar que a diferença entre a conduta prevista no art. 24 da Lei 11.105/05 e o art. 15, da Lei no 9.434/97 reside na intenção do agente. Esclareceremos mais sobre isso adiante. Para uma melhor visualização, colocaremos abaixo os tipos penais paralelamente dispostos:

Artigo 24 da Lei 11.105/05	Artigo 15 da Lei no 9.434/97
<p>Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.</p>	<p>Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:</p> <p>Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.</p>

Diz art. 24, da Lei 11.105/05 que utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da referida Lei é crime. A conduta do agente deve ser dolosa, uma vez que o núcleo do tipo só permite a concretização do fato típico através de dolo, haja vista que só é admitida punição por culpa se houver expressa disposição legal. Se, por exemplo, um pesquisador dolosamente utilizar um embrião humano, sem autorização dos genitores, para fins de pesquisa ou terapia, responderá pelo crime do referido art. 24.

Todavia, se o mesmo pesquisador, querendo obter vantagem na transação, resolver vender os embriões, responderá pelo crime previsto no art. 15, da Lei 9434/97, ou seja, também não é possível a realização de fato típico através de uma conduta culposa, pois os verbos comprar, vender, promover, intermediar e facilitar exigem, para configurarem o crime, a vontade livre e consciente de praticá-los. Ocorrendo culpa, a conduta será atípica, inexistindo, portanto, crime.

2 Limites constitucionais à produção e à manipulação de embriões à luz do Princípio da Proporcionalidade

A origem do Princípio da Proporcionalidade deu-se com o surgimento do Estado de Direito no continente europeu, a partir evolução dos direitos e garantias individuais, ou seja, surgiu durante a passagem do Estado Absolutista, em que o soberano tinha poderes ilimitados, para o Estado de direito, no qual o poder do monarca era limitado por um ordenamento jurídico predisposto e proporcionalmente submetedor de vontades à conformidade da Lei, que submetia tanto os súditos quanto o próprio monarca. (BARROS, 1996, p. 34 e ss).

Segundo J.J. G. Canotilho, o Princípio da Proporcionalidade nasceu como princípio geral do direito de polícia no âmbito do Direito Administrativo e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade, criando mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder. (CANOTILHO, 2002, p.259)

A atual formulação do Princípio da Proporcionalidade no âmbito constitucional, especialmente no seio dos direitos fundamentais, coube ao Direito Alemão, o qual, após a Segunda Guerra Mundial, firmou o entendimento, em paulatinas e reintegradas decisões, de que o legislador não tinha poderes ilimitados para a formulação de leis, principalmente as tendentes a restringir direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p.261)

Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que promulgação da Lei Fundamental de Bonn³ foi o evento inaugural do Princípio da Proporcionalidade em âmbito constitucional, colocando o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica. (BONAVIDES, 1997, p.360)

3 "A Assembléia Constituinte alemã promulgou a Constituição a 23 de maio de 1949. Com a divulgação da Lei Fundamental, mais tarde modelo para muitos países, a República Federal da Alemanha passou a existir oficialmente." <<http://constitucional1.blogspot.com/2008/08/lei-fundamental-de-bonn.html>>. Acessado em 10 de Nov. 2008.

É importante ressaltar que a diferença entre a conduta prevista no art. 24 da Lei 11.105/05 e o art. 15, da Lei no 9.434/97 reside na intenção do agente. Esclareceremos mais sobre isso adiante. Para uma melhor visualização, colocaremos abaixo os tipos penais paralelamente dispostos:

Artigo 24 da Lei 11.105/05	Artigo 15 da Lei no 9.434/97
Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:	Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.	Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
	Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

Diz art. 24, da Lei 11.105/05 que utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da referida Lei é crime. A conduta do agente deve ser dolosa, uma vez que o núcleo do tipo só permite a concretização do fato típico através de dolo, haja vista que só é admitida punição por culpa se houver expressa disposição legal. Se, por exemplo, um pesquisador dolosamente utilizar um embrião humano, sem autorização dos genitores, para fins de pesquisa ou terapia, responderá pelo crime do referido art. 24.

Todavia, se o mesmo pesquisador, querendo obter vantagem na transação, resolver vender os embriões, responderá pelo crime previsto no art. 15, da Lei 9434/97, ou seja, também não é possível a realização de fato típico através de uma conduta culposa, pois os verbos comprar, vender, promover, intermediar e facilitar exigem, para configurarem o crime, a vontade livre e consciente de praticá-los. Ocorrendo culpa, a conduta será atípica, inexistindo, portanto, crime.

2 Limites constitucionais à produção e à manipulação de embriões à luz do Princípio da Proporcionalidade

A origem do Princípio da Proporcionalidade deu-se com o surgimento do Estado de Direito no continente europeu, a partir evolução dos direitos e garantias individuais, ou seja, surgiu durante a passagem do Estado Absolutista, em que o soberano tinha poderes ilimitados, para o Estado de direito, no qual o poder do monarca era limitado por um ordenamento jurídico predisposto e proporcionalmente submetedor de vontades à conformidade da Lei, que submetia tanto os súditos quanto o próprio monarca. (BARROS, 1996, p. 34 e ss).

Segundo J.J. G. Canotilho, o Princípio da Proporcionalidade nasceu como princípio geral do direito de polícia no âmbito do Direito Administrativo e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade, criando mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder. (CANOTILHO, 2002, p.259)

A atual formulação do Princípio da Proporcionalidade no âmbito constitucional, especialmente no seio dos direitos fundamentais, coube ao Direito Alemão, o qual, após a Segunda Guerra Mundial, firmou o entendimento, em paulatinas e reintegradas decisões, de que o legislador não tinha poderes ilimitados para a formulação de leis, principalmente as tendentes a restringir direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p.261)

Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que promulgação da Lei Fundamental de Bonn³ foi o evento inaugural do Princípio da Proporcionalidade em âmbito constitucional, colocando o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica. (BONAVIDES, 1997, p.360)

3 "A Assembléia Constituinte alemã promulgou a Constituição a 23 de maio de 1949. Com a divulgação da Lei Fundamental, mais tarde modelo para muitos países, a República Federal da Alemanha passou a existir oficialmente." <<http://constitucional1.blogspot.com/2008/08/lei-fundamental-de-bonn.html>>. Acessado em 10 de Nov. 2008.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal, em 1988, foi um marco na história recente do direito constitucional, inaugurando uma nova era em que os direitos e garantias individuais, coletivos e difusos são previstos e tutelados pela *Carta Maior* contra os abusos de terceiros e do próprio Estado. É bem verdade que o texto constitucional não prevê expressamente o Princípio da Proporcionalidade, mas, como bem sabemos, os princípios jurídicos fundamentais podem estar expressa ou implicitamente dispostos na Constituição, haja vista que são princípios estruturantes do Estado. Por essa razão, em decorrência da sua natureza, o referido princípio, apesar de não estar expresso no texto constitucional, pode ser invocado e aplicado diretamente contra aqueles que o violarem.

O Princípio da Proporcionalidade é utilizado, amplamente, pelo **Supremo Tribunal Federal** em suas decisões. Colacionamos abaixo alguns desses julgados, a título de exemplo.

Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo **princípio da proporcionalidade**, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.

(STF – RE AgR 365.368, 22/05/07, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) (grifos nossos)

Tributação e ofensa ao **princípio da proporcionalidade**. O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no **princípio da proporcionalidade**, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O **princípio da proporcio-**

nalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

(STF – ADI 2.551-MC-QO, 02/04/03, Rel. Min. CELSO DE MELLO). [grifos nossos]

O Princípio da Proporcionalidade legitima a idéia de que o Estado se obriga a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do próprio Poder Público e também contra as agressões propiciadas por terceiros, haja vista que “os direitos fundamentais são, a um tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.” (MENDES, 2002, p. 2). Logo, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, pois permitem ao particular impor o seu interesse⁴ perante o próprio Estado e são, também, elementos fundamentais da ordem constitucional porque são imprescindíveis a um Estado Democrático de Direito.

Como demonstraremos logo mais abaixo, a redação do art. 5º da Lei 11.105/2005 e a sua regulamentação pelo Decreto 5.591/2005 atentam contra o Princípio da Proporcionalidade, não no sentido de **proibição de excesso**, mas sim no sentido de **proibição de proteção insuficiente** por parte do Estado a direitos fundamentais, o que, destarte, pode ocasionar, se não forem tomadas as devidas providências, uma verdadeira violação aos princípios basilares do direito constitucional nacional.

Gilmar Ferreira Mendes⁵, citando uma expressão de Canaris, afirmou que há uma violação por parte do Estado quando este, ou **não proíbe um excesso** de restrição a direitos fundamentais (*Übermassverbot*) ou **não proíbe uma proteção insuficiente** desses direitos (*Unter-massverbot*).

BIBLIOTECA
ESMAPE

4 Em relação ao *direito subjetivo*, adotamos a *teoria do interesse* (Ihering).

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002, p.11.

Nesse sentido, Mendes cita a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, classificando o **dever de proteção** em: (MENDES, 2002, p. 11).

- a) **Dever de proibição** (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) **Dever de segurança** (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- c) **Dever de evitar riscos** (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. [grifos nossos]

Logo, à luz do Princípio da Proporcionalidade, o Estado incorre em inconstitucionalidade quando não proíbe uma intervenção nos direitos fundamentais dos administrados ou quando não providencia uma proteção suficiente e capaz de tutelar de forma mais adequada esses direitos. (CANARIS, 2003, p. 161)

Analisando a Lei 11.105/2005 e o Decreto 5.591/2005, percebemos que, em relação à produção e à manipulação de embriões humanos, ambas as espécies normativas violam o Princípio da Proporcionalidade no sentido de haver proteção insuficiente em relação a direitos fundamentais, colocando em risco a sociedade como um todo, pois:

- a) Não impedem que embriões humanos sejam produzidos, exclusivamente, para a retirada de células-tronco.
- b) Não impõem quaisquer limitações em relação à quantidade de embriões que podem ser produzidos através de técnicas de fertilização *in vitro*, inclusive, não impedindo que os próprios pesquisadores forneçam seus gametas para que sejam utilizados nas pesquisas.
- c) Deixa, exclusivamente, a cargo de comitês de ética das próprias instituições de pesquisa e de serviços de saúde a aprovação dos projetos;

quando, na verdade, a relevância de um tema tão importante quanto as pesquisas com embriões humanos exigiriam que tais projetos fossem submetidos à fiscalização e à aprovação de órgãos públicos especializados.

A redação dada ao art. 5º da Lei 11.105/05 não impede que seja produzida em laboratório uma grande quantidade de embriões, quando da utilização das técnicas de reprodução assistida em mulheres inférteis, gerando-se, nesse processo, uma quantidade desmedida de embriões excedentes, os quais, ou seriam descartados ou congelados, indefinidamente, ou utilizados em pesquisas científicas. Outrossim, a referida Lei não obstrui a produção de embriões que tenham sido gerados com a finalidade exclusiva de pesquisa, o que poderá ocasionar fatos esdrúxulos, que coloquem em xeque a saúde pública, a segurança e outros direitos estruturantes do Estado brasileiro. O Decreto 5.591/2005 também é omissivo e nele não há qualquer impedimento para que esses fatos ocorram.

Ressaltamos que em 1999, a pedido de Bill Clinton, então presidente dos Estados Unidos da América, a *National Bioethics Advisory (NBA)*⁶ encarregou-se de definir os limites éticos no tocante ao uso de células-tronco embrionárias naquele país, quando da utilização de verbas federais, a qual estabeleceu dentre uma de suas diretrizes a proibição de utilização de células-tronco embrionárias humanas que tivessem sido produzidas, exclusivamente, para fins de pesquisa. (HOLLAND, 2006, p. 85)

A Espanha tinha uma legislação tão vaga quanto a do Brasil, o que originou sérios problemas éticos e sanitários naquele país, pois a quantidade de embriões congelados chegou a 30 mil, segundo o Professor de Medicina da Universidade de Valladolid, Javier Vega Gutiérrez.⁷ Em 2003, o governo espanhol editou uma lei que retirou a vaguidade do tema; reduziu-se o número de embriões gerados para implantação

6 Comitê Nacional de Bioética dos Estados Unidos da América do Norte.

7 Disponível em: <www.bioeticaweb.com/Noticias/Veja_embriones_sobrantes.htm>. Acesso: 10 set. 2008.

em mulheres inférteis, e, conseqüentemente, a quantidade de embriões criopreservados⁸.

Pode-se levantar a questão de que já existe uma Resolução do **Conselho Federal de Medicina** (Resolução 1.358/92), que disciplina normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, a qual determina que:

I – [...]

5 – **É proibido** (sic) a fecundação de ovócitos humanos, **com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.** [grifos nossos]

Todavia, como o próprio artigo 1º da referida resolução diz, esta só se aplica aos médicos:

Art. 1º – Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido **pelos médicos.** [grifos nossos]

Ocorre que a Lei de Biossegurança deixou a cargo de vários profissionais da área da saúde a incumbência das pesquisas com células-tronco, e não somente aos médicos. Logo, biólogos, biomédicos etc não se submetem às normas do **CFM**.

Além disso, no Brasil, a Lei e o Decreto que tratam de células-tronco embrionárias não vedam que os pesquisadores utilizem seus próprios gametas para gerarem embriões e o pior, tal manobra é perfeitamente possível devido “às brechas” da legislação. Por exemplo, digamos que um pesquisador e uma pesquisadora forneçam seus respectivos gametas para fins de pesquisa (já vimos que, devido à omissão legislativa brasileira, é possível tal fornecimento para criação de embriões que não sejam só para fins reprodutivos). Após os embriões serem congelados

8 Disponível em: < http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/21804BDD-5841-4D67-906F-0C92938B3C75/0/P044_RelatorioPMA.pdf>. Acesso: 10 set. 2008.

por um prazo de 3 anos, a Lei permite a sua utilização para produção de células-tronco, ou seja, a Lei tolera que tal prática antiética se dê de forma perfeitamente “legal.”

O problema exposto acima poderia ser resolvido em grande parte se a fiscalização e os projetos de pesquisa fossem submetidos ao crivo do Poder Público, através de um comitê de bioética de âmbito nacional, mas, mais uma vez, a Lei foi descuidada, remetendo um tema tão importante a uma Resolução do **Conselho Nacional de Saúde**, o qual regulamentou “geniosamente” o assunto, deixando a cargo dos comitês de ética **das próprias instituições** de pesquisa e de serviços de saúde a aprovação dos projetos pesquisas e, o que causa mais perplexidade, **se caso essas instituições não tiverem comitês próprios, poderão se valer de comitês de outras instituições** (ou seja, para análise dos projetos, poderão “pegar emprestadas” comissões externas).

Portanto, da forma como o tema está disciplinado pela Lei 11.105/2005 e o Decreto 5.591/2005, há uma verdadeira afronta ao Princípio constitucional da Proporcionalidade, pois ambos os estatutos **protegem insuficientemente** a sociedade do abuso e arbítrios de terceiros em relação aos direitos e garantias individuais e coletivos, atentando-se, inclusive, contra o princípio da dignidade humana.

3 Conclusão

Em face do exposto, concluímos que é imprescindível que a produção e manipulação de embriões destinados à retirada de células-tronco sejam, rigorosamente, fiscalizadas pelo Poder Público, fazendo-se necessária uma melhor regulamentação da Lei 11.105/2005, através de alterações no Decreto regulamentador ou na própria Lei, a fim de adaptá-los, sem prejuízo da liberdade de pesquisa, a balizas éticas e jurídicas mais seguras em relação aos procedimentos necessários à extração de células-tronco, buscando-se, portanto, impedir a utilização arbitrária dessas técnicas.

Como sugestão, poderiam ser inseridas na Lei ou no Decreto normas expressas que permitissem somente a geração de embriões para **fins reprodutivos**, estabelecendo-se uma quantidade limitada de embriões a serem produzidas por casal em cada ciclo reprodutivo, o que causaria uma redução responsável de embriões excedentes, impedindo-se, destarte, que embriões humanos fossem produzidos **exclusivamente para a retirada de células-tronco**. Desta forma, os embriões humanos ajudariam no desenvolvimento das pesquisas com células-tronco sem que causassem maiores riscos à saúde pública e sem infringência dos princípios e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que são resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra vedação importante a ser estabelecida seria a de que não poderiam ser utilizados nas pesquisas os embriões gerados a partir de gametas dos próprios pesquisadores pois, se essas práticas não forem impedidas expressamente, haverá sérias possibilidades de que atitudes antiéticas de alguns profissionais atentem contra os direitos fundamentais do Estado de direito, e pior, com o “consentimento” da própria Lei, o que seria um absurdo.

Por fim, para uma fiscalização mais imparcial e segura, o Comitê de Ética e Pesquisa responsável pela aprovação dos projetos de pesquisa com células-tronco embrionárias deveria ser **público**, formado no âmbito externo de cada instituição de pesquisa, e não **privado**, como atualmente é. Ressaltamos que a própria Constituição Federal, no art. 225, §1º, II, *in fine*, determina que incumbe ao Poder Público fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Pensamos, portanto, que após os ajustes supramencionados não haveria mais uma afronta ao Princípio da Proporcionalidade no sentido de **proteção insuficiente** do Estado, no que tange aos direitos fundamentais inerentes ao tema, tais como o direito à vida e à dignidade humana.

Prohibition of excess and insufficient protection: Constitutional limits to production and handling of embryos

Abstract

In Brazil, the use of human embryos for research with stem cells was regulated by the Biosecurity Act, Law 11.105 of March 24, 2005, which had questioned its constitutionality through a Direct Action for Unconstitutionality (ADI 3510), that, however, was rejected by the plenary of the Supreme Federal Court in a historic trial. Despite the declaration of constitutionality of Law 11.105/2005, this article demonstrates that there have been omission with regard to legislative oversight, production and manipulation of embryos for the removal of stem

cells, making it is necessary, therefore, to better regulate of the subject Which, without prejudicing the freedom to research, Balise establishes ethical and legal safeguards in relation to procedures for extraction of stem cells, so as to avoid violating the Constitutional Principle of Proportionality in concept of insufficient protection.

Key words: Embryonic Stem Cells. Constitutional Principle of Proportionality. Prohibition of Excess. Insufficient Protection.

Referências

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CESARINO, Leticia. **Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. *Mana* v. 13, n. 2, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493132007000200003&lng=ES&nrml=iso&tlng=ES. Acesso: 09 set.2008.

COCHARD, Larry R. **Atlas de Embriologia Humana de Netter**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

DOMINGUEZ, Bruno Camarinha; LOPES, Cláudia Rabelo. Falta consenso, sobra esperança. **RADIS** Rio de Janeiro, n. 47, jul. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie (Coords.). **As células-tronco embrionárias humanas em debate**. São Paulo: Loyola, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARTINS, Celso Luiz. **Medicina Legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>. Acesso: 03 set.2008.

PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.13, n.1, jan./fev.2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232008000100002&lng=pt&nrml=iso. Acesso: 04 abr.2008.

SILVA, Wyllamar Jacinto Oliveira. Breves comentários jurídicos acerca do início e do fim da vida humana e os seus principais estágios de desenvolvimento segundo o direito brasileiro. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 13, n.28, p.607-632, jul./dez.2008.

Referência deste artigo

SILVA, Wyllamar Jacinto Oliveira. Proibição de excesso e proteção insuficiente: limites constitucionais à produção e manipulação de embriões. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 30, p. 409-432, jul./dez. 2009.

* Artigo recebido em: 3 mar. 2010. Aprovado em: 23 jun. 2010.

A

Abandono afetivo	247-278
Aborto	351-378
ADIN	211-234
Agravo de instrumento – omissão judicial	17-52
Análise retórica.....	303-322
Anencefalia.....	351-378
Aplicação do direito	159-178
Argumentação judicial.....	303-322
Atos Jurisdicionais.....	179-210

B

Bancos	323-350
--------------	---------

C

Células-Tronco Embrionárias.....	409-432
Círculo hermenêutico	105-126
Conselho Nacional de Justiça – CNJ	211-234
Conselhos Nacionais	379-408
Consumidor.....	323-350
Controle Abstrato	211-234
Cultura do Medo.....	279-302

D

Descriminalização	351-378
Direito bancário	323-350
Direito do consumidor	323-350

Direito fundamental.....	127-158
Direito privado	303-322
Direito.....	159-178
Direitos Humanos.....	279-302
Duração razoável do processo.....	127-158

E

Ética.....	159-178
------------	---------

F

Família	247-278
---------------	---------

I

Inafastabilidade da jurisdição.....	235-246
Interpretação do direito.....	159-178

J

Jurisprudência	75-104
Justiça.....	159-178

M

Mandado de Segurança.....	235-246
Mídia	279-302
Ministério Público	379-408

N

Natimorto.....	351-378
----------------	---------

P

Poder Judiciário	75-104
Poder regulamentar	379-408
Pré-compreensão	105-126
Princípio Constitucional da	
Proporcionalidade.....	409-432
Princípio da cooperação	53-74
Processo Civil	53-74
Processo penal.....	127-158
Proibição de excesso	409-432
Proteção insuficiente	409-432

R

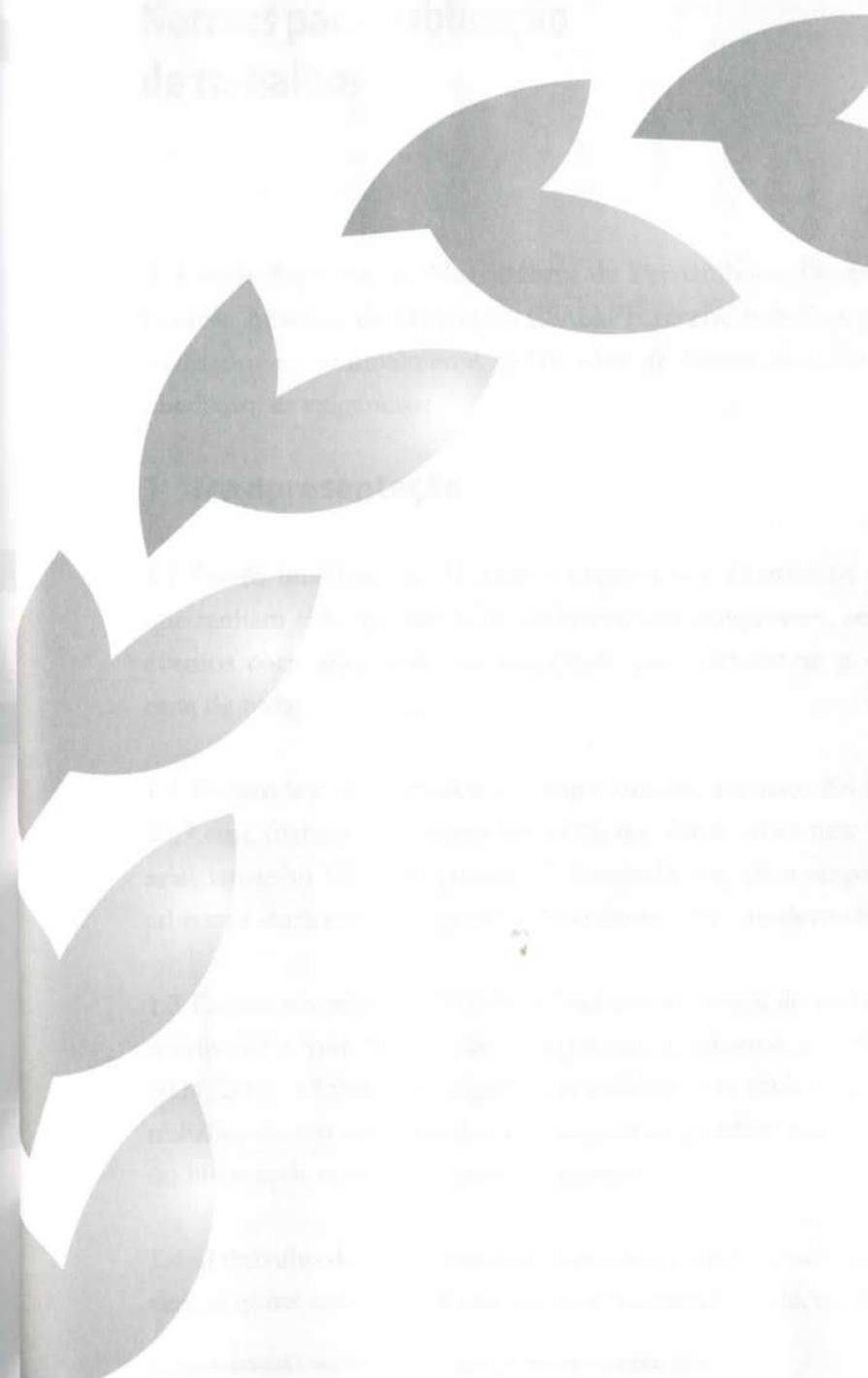
Resoluções	211-234
Responsabilidade Civil 179-210, 247-278, 323-350	
Restrições de liminares.....	235-246
Risco Permitido	179-210
Risco Proibido	179-210

S

Segurança Pública e Privada	279-302
Supremo Tribunal Federal.....	75-104

T

Tradição, pergunta e dialética	105-126
--------------------------------------	---------



Normas para publicação de trabalhos

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 25 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

I. Título e subtítulo (se houver)

II. Nome e titulação acadêmica

III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

IV. Introdução

V. Desenvolvimento

VI. Conclusão

VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa

VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (keywords), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; **FRANCO**, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: **SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO**, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

Notas

– Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12. ed. Não use: 12^o edição ou 12^o ed.

– Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

– Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996-.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939-.

b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, páginação inicial – páginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede

da ESMape para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMape, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 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 expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
“Desembargador Cláudio Américo de Miranda” – ESMape

Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca

Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE

CEP 50.010-240

biblioteca@esmape.com.br

Esmape-Biblioteca
340.05
P001
Empréstimo

Esta revista foi composta com a fonte Garamond corpo 12/15 e Myriad Pro.
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m²
e para a capa supremo 300 g/m²
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.
Julho, 2010.

Curso de Preparação à Magistratura e demais
Carreiras Jurídicas com opção de
pós-graduação

Atendendo as exigências do mercado de trabalho, o Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas prepara bacharéis e acadêmicos do Curso de Direito que estão nos dois últimos períodos ou no último ano letivo, para o ingresso à magistratura, zelando pelo seu bom desempenho nos demais concursos públicos. O curso é válido como atividade jurídica pela Constituição Federal, Emenda nº 45/2004, c/c a Resolução nº 11, de 31/01/2006, do Conselho Nacional de Justiça.

Através do Programa de Pós-Graduação em Direito Público *lato sensu* da ESMape, o curso oferece ainda ao aluno, em caráter complementar e facultativo, a opção de obter o título de especialista em Direito Público, com habilitação para a docência superior. Com uma carga horária de 810 horas-aula, dividida em três semestres, o curso é ministrado de segunda à sexta-feira das 19 às 22 horas.

Cursos de Pós-Graduação e Extensão

Capacitar profissionais para o exercício da atividade docente tem sido o principal objetivo dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da Esmape, além de fomentar a pesquisa científica, a produção intelectual e contribuir para o aperfeiçoamento profissional.

Com carga horária de 360 horas-aula, distribuídas em 18 meses ininterruptos, as aulas são ministradas uma vez por semana, horário das 8 às 12 horas, nas especializações:

- Direito Penal e Processual Penal
- Direito Civil e Processual Civil
- Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário)
- Direito Privado (Civil e Empresarial)
- Direito de Família e Sucessões
- Licitações e Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal

e, Cursos para Aperfeiçoamento de Magistrados e servidores.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA
Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837
www.esmape.com.br

ISSN 1415-112X



9 771415 112008