

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

# ESMAPE

esmape

VOLUME 13 • n. 27 • janeiro a junho 2008



*Fernando de Noronha*



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**  
**DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA**

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE, CEP-50010-240

Site: <http://www.esmape.com.br>

Fone: (81) 3224.0086



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO  
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA

## Revista da ESMAPE

*Volume 13 – Número 27  
janeiro/junho – 2008*

Recife

Semestral

© Copyright by ESMape

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.

Solicite-se permuta / Exchange desired / on demande échange

Revisão: autores e Profa. Esp. Eulíene Staudinger

Diagramação: Josefina Firmino de Souza - (81) 370.01

Foto da capa: Arquivo particular de Carolina Freitas, fotógrafo Thiago Cunha

Tiragem: 1500 exemplares

Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco  
Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape  
Av. Imperador Pedro II, 221 - Santo Antônio - 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

Impresso no Brasil <> Printed in Brazil <> 2006



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**  
**DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA**

Curso oficializado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, conforme Resolução no 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Rua Imperador Pedro II, n.º 221, Santo Antônio - Recife - PE. CEP. 50010-240 Site: <http://www.esmape.com.br>

**DIRETORIA**

*Biênio 2008 - 2009*

*Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves*  
*Diretor*

*Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo*  
*Vice-Diretor*

*Juíza Mariana Vargas Cunha de Oliveira Lima*  
*Supervisora*

*Juíz José André Machado Barbosa Pinto*  
*Supervisor Adjunto*

*Juíz André Vicente Pires Rosa*  
*Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e das*  
*Demais Carreiras Jurídicas*

*Juíz Alexandre Freire Pimentel*  
*Coordenador dos Cursos de Pós-graduação e Extensão*

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa  
*Coordenador Adjunto dos Cursos de Pós-graduação e Extensão*

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia  
*Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores*

Juiz Saulo Fabianne de Melo Ferreira  
*Coordenador Adjunto dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores*

Juíza Ana Carolina Avellar Diniz  
*Coordenadora de Eventos Científicos e Culturais*

Juiz José Alberto de Barros Freitas Filho  
*Coordenador de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural e da Assessoria Jurídica Virtual*

Juiz Silvío Romero Beltrão  
*Coordenador de Estudos Internacionais*

Juiz Jandulhy Finizola da Cunha Filho  
*Coordenador de Comunicação Social*

Desembargador Gustavo Augusto Rodrigues de Lima  
*Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência*

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo  
*Coordenador de Direitos Fundamentais*

Juíza Sonia Stamford Magalhães Melo  
*Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso*

Juíza Cintia Daniela Bezerra de Albuquerque  
*Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente*

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
*Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula*

Desembargador Roberto Ferreira Lins  
*Coordenador de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula*



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO  
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA

## CONSELHO EDITORIAL

### Presidente

*Prof. Dr.* JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

### Membros

*Prof. Dra.* ANA PAULA COSTA E SILVA

*Prof. Dr.* ANDRÉAS KRELL

*Prof. Dr.* CLÁUDIO BRANDÃO

*Prof. Dr.* GUSTAVO FERREIRA SANTOS

*Prof. Dr.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

*Prof. Dr.* JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

*Prof. Dr.* LUIZ RODRIGUES WAMBIER

*Prof. Dr.* NELSON SALDANHA

*Prof. Dr.* PAULO OTERO

*Prof. Dra.* SONIA GARCÍA VASQUEZ

### Coordenação Técnica e Editorial

Bela. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

## Corpo Docente

### Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

2008.1

#### **Administração Judiciária**

*Prof. Esp. Eurico de Barros Corrêa Filho*

#### **Direito Administrativo**

*Prof. Mestrando José Carlos Arruda Dantas*

*Prof. Msc. Mariza Crato Pugliesi*

#### **Direito Civil**

*Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira*

*Prof. Esp. Sérgio Paulo Ribeiro da Silva*

*Prof. Esp. Alberto Flávio Barros Patriota*

*Prof. Esp. Leopoldo de Arruda Raposo*

#### **Direito Constitucional**

*Prof. Dr. André Regis de Carvalho*

*Prof. Msc. Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha*

#### **Direito da Criança e do Adolescente**

*Prof. Humberto Costa Vasconcelos Júnior*

*Prof. Esp. Élio Braz Mendes*

#### **Direito do Consumidor**

*Prof. Esp. Rosana Grinberg*

### **Direito Eleitoral**

*Prof. Esp. Paulo Henrique Martins Machado*  
*Prof. Esp. Mauro Alencar de Barros*

### **Direito Empresarial**

*Prof. Esp. Thiago Faria de Godoy Magalhães*  
*Prof. Msc. André Luiz Santa Cruz Ramos*  
*Prof. Msc. Roney José Lemos Rodrigues de Souza*

### **Direito Penal**

*Prof. Esp. Joana Cavalcanti de Lima*  
*Prof. Msc. José Durval de Lemos Lins Filho*  
*Prof. Esp. Laiete Jatobá Neto*  
*Prof. Esp. Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello*  
*Prof. Esp. Luiz Vicente de Medeiros Queiroz Neto*

### **Direito Processual Civil**

*Prof. Esp. Iasmina Rocha*  
*Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira*  
*Prof. Esp. José Raimundo dos Santos Costa*  
*Prof. Msc. José Mário Wanderley Gomes Neto*  
*Prof. Esp. André da Silva Mota*

### **Direito Processual Penal**

*Prof. Msc. Carlos Alberto Berriel Pessanha*  
*Prof. Msc. João Olympio Valença de Mendonça*  
*Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho*  
*Prof. Esp. Sandra de Arruda Beltrão*  
*Prof. Esp. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo*

### **Direito Tributário**

*Prof. Dr. Federal Hélio Silvio Ourem Campos*  
*Prof. Msc. João Hélio de Farias Moraes Coutinho*  
**Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho**

### **Medicina Legal**

*Prof. Esp. Clóvis César de Mendoza*

### **Metodologia da Pesquisa**

*Prof. Msc. Karla Cecília Delgado*

### **Responsabilidade Civil**

*Prof. Dr. Fabiola Santos Albuquerque*  
*Prof. Msc. Catarina Almeida de Oliveira*

### **Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis**

*Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto*

### **Técnica de Elaboração de Decisões Penais**

*Prof. Esp. Blanche Maymone Pontes Matos*  
*Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima*

### **Teoria Geral do Direito**

*Prof. Msc. Emilio D'Almeida Lins*  
*Prof. Msc. José Roberto*

# Cursos de Pós-graduação *Lato Sensu*

2008.1

## Direito Civil e Processual Civil

*Prof. Esp.* Artur Orlando de Albuquerque Lins  
*Prof. Esp.* Artur Stamford da Silva  
*Prof. Msc.* Beclaute Oliveira Silva  
*Profa. Msc.* Denise Teixeira Oliveira  
*Prof. Esp.* Edgar Moury Fernandes Neto  
*Prof. Msc.* Eduardo Serur  
*Prof. Pós-Dr.* João Mauricio Leitão Adeodato  
*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira  
*Prof. Msc.* José Barros Correia Júnior  
*Profa. Msc.* Luciana Pereira Gomes Browne  
*Prof. Msc.* Marcelo Casseb Continentino  
*Prof. Msc.* Marcos Augusto Ehrhardt Júnior  
*Prof. Msc.* Roberto Moreira de Almeida  
*Prof. Msc.* Ronnie Preus Duarte

## Direito de Família e Sucessões

*Prof. Dra.* Fabíola Santos Albuquerque  
*Prof.* Humberto Costa Vasconcelos Júnior  
*Prof. Msc.* Ivanildo Figueiredo  
*Prof. Pós-Dr.* João Mauricio Leitão Adeodato  
*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira  
*Prof. Msc.* Marcos Augusto Ehrhardt Júnior

## Direito Penal e Processual Penal

*Profa. Msc.* Fernanda Moura de Carvalho  
*Prof. Msc.* Flávio Fontes  
*Prof. Esp.* Honório Gomes do Rego Filho  
*Prof. Dr.* Jayme Benvenuto Lima Júnior  
*Prof. Pós-Dr.* João Mauricio Leitão Adeodato  
*Prof. Dr.* Ricardo de Brito  
*Prof. Esp.* Teodomiro Noronha Cardozo

## Direito Público

*Profa. Msc.* Carine Alexandre Delgado  
*Prof. Dr.* Francisco Alves dos Santos Júnior  
*Prof. Msc.* João Hélio Coutinho  
*Prof. Pós-Dr.* João Mauricio Leitão Adeodato  
*Prof. Msc.* Marcelo Casseb Continentino  
*Prof. Msc.* Roberto Moreira de Almeida

## Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal

*Prof. Msc.* Fernando Gomes de Andrade  
*Prof. Msc.* Jackson Francisco de Oliveira  
*Prof. Pós-Dr.* João Mauricio Leitão Adeodato  
*Prof. Msc.* Oscar Vilaça  
*Prof. Dr.* Ricardo de Brito

# Sumário

<i>Editorial</i> .....	21
A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS HORIZONTES NÃO-ESSENCIALISTAS DO DIREITO.....	23
Adeildo Lemos de Sá Cruz	
MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO PROCESSO VIRTUAL.....	57
Aline Modesto Azeiteiro	
AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN E DA VITIMODOGMÁTICA.....	85
Ana Clara Montenegro Fonseca	
GRANDE SERTÃO: VEREDAS E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	117
Andrea Almeida Campos	
A NOVA HERMÊUTICA JURÍDICA E OS HORIZONTES NÃO-ESTRUTURAIS DO DIREITO: Dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta.....	133
Éudes dos Prazeres França	
A (IN)SUBSISTÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO APÓS O ADVENTO DA REPERCUSSÃO GERAL?.....	145
Fernanda Bezerra Moraes	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES.....	173
Francisco Arthur de Sáqueta Muniz	

BREVES NOTAS SOBRE ACÓRDÃO DO TJPE.....	195	CONSENTIMENTO INFORMADO: O DIREITO DO PACIENTE À INFORMAÇÃO, O RESPEITO À SUA AUTONOMIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	377
<i>Frederico Ricardo de Almeida Neves</i>		<i>Maria Fernanda Santos Siqueira</i>	
UMA ANÁLISE DOS MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRA- DOS CONTRA INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR À LUZ DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL: A VALIDADE DO ARTIGO 24 DA LDBEN.....	203	COMENTÁRIOS AOS PARÁGRAFOS DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	411
<i>Jadson Correia de Oliveira</i>		<i>Márcio Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues</i>	
REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO “REGIME” CAUTELAR.....	221	MICHEL VILLEY E O DIREITO NATURAL (OU A MUTABILIDADE DO INDISPONÍVEL).....	435
<i>Jamerson Pereira de Lira</i>		<i>Renato Rabbi-Bulú Cabarillas</i>	
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	249	CRIMINOLOGIA CRÍTICA: Uma análise sobre o surgimento do abolicionismo e minimalismo radi- cal como consequência da crise de legitimidade ou da deslegitimação do sistema penal.....	469
<i>João Paulo Allain Teixeira</i>		<i>Ricardo C. de Carvalho Rodrigues</i>	
ORDENAMENTO JURÍDICO E NORMA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM ANALÍTICO-SISTÊMICA-DOGMÁTICA.....	265	CONTROVERSIA SOBRE LA REGULACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS POLÍTICO-SOCIALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL.....	497
<i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>		<i>Sonia García Vázquez</i>	
criação do cargo de conciliador nas varas cíveis: Um dos avanços do novo enfoque do acesso à Justiça.....	283	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ( <i>Verhältnismäßigkeits-</i> <i>prinzip</i> ) E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO SUBMETIDO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA.....	543
<i>José Mário Wanderley Gomes Neto e Joaquim Cabral de Melo Neto</i>		<i>Tendominho Noronha Cardoso</i>	
O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	311	PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: CRITÉRIO DISTINTIVO E REGIMENS JURÍDICOS.....	549
<i>José Viana Ulisses Filho</i>		<i>Thiago Faria de Godoy Magalhães</i>	
A RESSOCIALIZAÇÃO DIANTE DO APRISIONAMENTO: QUIMERA OU REALIDADE POSSÍVEL?.....	327	O BEM JURÍDICO PROTEGIDO E SUA APLICAÇÃO NO DELITO DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA.....	573
<i>Josericildo Coelho Teodoro</i>		<i>Viníssa Alexandra de Melo Pedrosa</i>	
A IMPOSSIBILIDADE DE PENALIZAÇÃO DIRETA DO ADVOGADO POR PRÁTICA DE ATOS DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: UMA ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO NO CONTEXTO MUNDIAL.....	347		
<i>Lúcio Grassi de Gouveia</i>			

## *Editorial*

Na perspectiva do caminho conducente ao fortalecimento da Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, surgiu a idéia de inscrevê-la no sistema de avaliação de periódicos (QUALIS), mantido pela Coordenação de Aperfeiçoamento e Pessoal de Nível Superior (CAPES). O sistema Qualis relaciona e classifica os veículos utilizados para a divulgação da produção intelectual, o que faz tomando por base o (i) âmbito de circulação (local, nacional e internacional) e a (ii) qualidade dos trabalhos (A,B,C), por área de avaliação.

Seria quase ocioso acentuar que o ingresso no Qualis, de entre outras vantagens, permitiria o despertar de um maior interesse dos grandes articulistas pela publicação dos seus trabalhos no nosso veículo de divulgação. Para a concretização desse tão almejado objetivo, várias alterações já foram introduzidas na *Revista da ESMAPE*, com especial destaque para a nova constituição do Conselho Editorial, assim formado: Presidente - JOÃO MAURÍCIO ADEODATO. Membros: ANA PAULA COSTA E SILVA, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, PAULO OTERO, ANDREAS KRELL, SÔNIA GARCÍA VÁSQUEZ, NELSON SALDANHA, GUSTAVO FERREIRA SANTOS, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e CLÁUDIO BRANDÃO.

O exemplar de número 27, volume 13, de janeiro a junho de 2008, que agora é apresentado ao mundo jurídico, ao tempo em que conta com trabalhos de autores nacionais e estrangeiros, versando sobre temas atuais e complexos, mostra-se plenamente apetrechado para ingressar no sistema Qualis. Espera-se que isso possa acontecer, rapidamente.

*Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves*  
Diretor da Escola Superior da Magistratura de  
Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE

## A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS HORIZONTES NÃO-ESSENCIALISTAS DO DIREITO

*Adeildo Lemos de Sá Cruz*  
Juiz de Direito

### RESUMO

Baseado no fato de que o modelo jurídico atual, através de suas normas, não consegue mais solucionar os problemas emergentes e controlar a convivência social, este trabalho, apoiado pelos estudos de alguns autores exponenciais, analisa aspectos relevantes para a compreensão da crise estabelecida, como: problema da linguagem, gnosiológica e axiológica, dogmática e hermenêutica jurídicas, os quais terminam influenciando as decisões finais do Poder Judiciário. Como conclusão, propõe uma abordagem diferenciada para a solução de conflitos que não se limite à obediência simples aos textos legais, mas que, também observe o conhecimento humano exterior, para promover a justiça esperada.

Palavras-chave: Direito, Poder Judiciário, Hermenêutica, Julgamentos.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O PROBLEMA DA LINGUAGEM. AMBIGUIDADE E VAGUEZA. 2 OS ABISMOS GNOSEOLÓGICO E AXIOLÓGICO. 3 DOGMÁTICA JURÍDICA: DOS CONFLITOS E DOS TEXTOS À DECISÃO CONCRETA. 4 O PROBLEMA HERMENÊUTICO: LEGALISMO, POSITIVISMO E REALISMO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

Crise, em uma visão dialética, representa a culminância das contradições de classes e dos conflitos sociais. Já em uma visão sistêmica, é a palavra que designa o esgotamento de

um modelo teórico-prático aceito e tradicionalmente vigente. Uma situação histórica ou um estado de coisas que não consegue, com eficácia, responder aos problemas emergentes.

O grande sofisma da Dogmática Jurídica é a sua notória dificuldade em reconhecer a reunião do direito em formações sociais determinadas, permanecendo rigidamente preso à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas e, finalmente, sendo omissa às mais recentes investigações interdisciplinares. Atualmente, a Dogmática Jurídica implica em uma saturação ideológica no conhecimento do direito, uma falta de interesse no que se refere à mudança social, em um certo conformismo e em uma inclinação pela adequação de seus conceitos às situações da conjuntura reinante.

A crise no monismo jurídico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas emergentes como não conseguem mais controlar a convivência social. Não tendo mais condições de oferecer soluções, o modelo jurídico dominante apresenta-se como a própria fonte da crise. É a fonte, mas não é a causa.

O esgotamento do modelo jurídico nacional tradicional não é a causa, mas o efeito de um processo mais abrangente, que, tanto reproduz a transformação estrutural pela qual passa o sistema produtivo do capitalismo global, quanto exprime a convulsão cultural valorativa que atravessa as formas de sustentáculo dos diversos setores da vida humana. O exemplo mais candente do progressivo processo de desajuste estrutural das instituições jurídicas é a gradual perda de funcionalidade da própria idéia de Estado de Direito - um dos aspectos angulares da concepção de legitimidade forjada pelo

liberalismo jurídico. Perdendo a força retórica de universalizar o contingente e neutralizar as valorações dos grupos e classes sociais em conflito, a conceituação formal do Estado intervencionista esqueceu em aberto inúmeros problemas que aumentaram o arbitrio da burocracia estatal sem que a dogmática fornecesse os parâmetros de controle.

Em momentos diferentes da história do nosso país, quais sejam: Colônia, Império e República, a cultura jurídica nacional sempre foi marcada pela grande preeminência do direito estatal sobre as diversas figuras de pluralidade já existentes, até mesmo antes da colonização e da incorporação do direito advindo de Portugal.

Nosso direito de cunho estatal sempre sofreu forte influência de codificações estrangeiras, comprometendo-se com a estrutura elitista de poder.

Nosso ordenamento da época colonial, por exemplo, foi imputado de forma autoritária, subjugando as práticas jurídicas de um direito comunitário, nativo e consuetudinário. Tal ordenamento visava atender aos interesses da Coroa Portuguesa e garantir que os impostos aduaneiros fossem pagos.

É notório que o direito estatal, em praticamente toda a sua existência, e especialmente com a República - que consagrou a democracia representativa, a separação de poderes e o federalismo presidencialista, que em nada diminuíram as profundas desigualdades existentes entre as oligarquias e a maioria pobre da população - veio regular os intentos dos proprietários de terra e da burguesia nacional, detentores dos modos de produção.

Pela prática social do autoritarismo modernizante, o Estado define, de modo permanente, o papel da sociedade civil

e exercita, com exclusividade, seu monopólio de produção jurídica.

Nossas instituições jurídicas foram estabelecidas com base em uma cultura liberal-individualista e em uma tradição patrimonialista, estatal e formalista, que terminaram aclamando o molde unitário e restritivo que se arraigou no país, independente de suas circunstâncias histórico-culturais e das reais carências de nossa população.

O modelo jurídico vigente é o paradigma normativo que prevalece tanto nos países industriais desenvolvidos (Estados Unidos e países da Europa Ocidental) quanto nos países em desenvolvimento – expressão eufêmica –, periféricos (caso da América Latina, por exemplo), por causa de uma imposição da cultura jurídica das metrópoles às suas colônias.

“Em que pesem suas ambigüidades e divergências, as chamadas teorias da dependência tiveram o mérito de retirar a ênfase da tricotomia consistente em: países subdesenvolvidos, em desenvolvimento e desenvolvidos, invertendo as teorias da modernização e argumentando que a existência do subdesenvolvimento consiste em uma consequência para a manutenção do centro desenvolvido<sup>17</sup>”.

“Não há indícios de que o subdesenvolvimento seja temporário, um degrau para o Estado de bem-estar ou coisa que o valha. A periferia da “aldeia global” configura um ambiente social e político específico e inusitado<sup>18</sup>”.

<sup>17</sup> HELLWEGE, Johann. Underdevelopment, dependency in modernization theory. In: LAW AND STATE. Tübingen: Institute for Scientific Cooperation/Laupp & Göbel, 1978. v. 17, p. 45-70 apud ADEODATO, João Maurício. Ética e retóricas para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 112.

<sup>18</sup> ADEODATO, op. cit., p. 119.

Contudo, é mister estabelecer uma diferença no âmbito em que o direito trabalha nestas sociedades, pois cada uma possui seus problemas e interesses, e que não foram levados em consideração quando da implantação de um sistema jurídico que se pretendia único; uma verdadeira panacéia a todos os males de todas as sociedades existentes. Mesmo existindo interesses jurídicos comuns a toda a humanidade como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, o combate à ameaça nuclear, os direitos humanos etc., há preocupações que concernem mais a uma determinada sociedade do que a outra.

Por tudo o que foi explicitado e por muitos outros fatores, que não serão objeto do nosso estudo, percebe-se que é sensível a falha do modelo de legitimidade produzido pela sociedade europeia dos séculos XVIII e XIX, quando empregado nas estruturas sócio-políticas dos países em desenvolvimento, da periferia, em fins do século XX. Uma ordem jurídica dogmática e antiquada, que nunca traduziu as verdades e os anseios do todo social.

As condições atuais da ordem político-econômica mundial, marcada por contradições sociais e crises, afetam profundamente o Poder Judiciário, que funciona consoante as necessidades do sistema político vigente.

A crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, que é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade dos novos conflitos coletivos. O Poder Judiciário, tratando-se de um órgão elitista, preso às suas limitadas e antigas funções dogmáticas de resolução dos conflitos individuais e patrimoniais é encoberto por um “pseudoneutralismo”.

As crises que o Judiciário atravessa impõem a indispensabilidade de democratização e descentralização da Justiça e a urgência por novas formas de resolução dos conflitos, assumindo-se uma posição comprometida com a realidade social, para desenvolver procedimentos de acesso e controle da população à administração da Justiça, não só para que os órgãos da jurisdição saibam aplicar fontes alternativas de direito, como para que haja uma aceitação dos canais institucionalizados do Estado, das práticas de negociação e deliberação dos confrontos através de mecanismos informais.

Percebe-se, pois, que os conflitos são componentes fundamentais de toda e qualquer sociedade, vez que se eles não existissem, como se mudaria algo no mundo? Tudo seria estático. Assim, à proporção que a vida social é compreendida como evolução, mudanças e rupturas, os conflitos agem como ferramentas ou fatores que proporcionam a interação entre as pessoas com o desiderato precípuo de mudar algo já posto.

## 1 O PROBLEMA DA LINGUAGEM: AMBIGÜIDADE E VAGUEZA

O vocábulo **modernidade** tem um largo espectro de significação e inserção nas atividades humanas. Porém, no presente estudo, será analisada apenas como forma de organização do direito.

Em direito, modernidade equivale a um grau de complexidade alto e incomum na maioria das civilizações, contudo já alcançada por algumas civilizações do ocidente europeu, em se tratando de organização jurídica. À luz deste ponto de vista, pode-se afirmar que, quanto mais complexas forem as relações jurídicas mais moderno será o direito.

Pelo fato de ser o direito um objeto real, fático, histórico e positivo, exsurge a necessidade de uma ontologia jurídica que determine os elementos que podem ser vistos e sentidos no direito, como a positividade, a alteridade, a heteronomia, a bilateralidade e a coercitividade.

"Salientar o aspecto hermenêutico do direito é importante na concreção da ordem jurídica e na confirmação de que os aspectos do objeto jurídico como coercitividade e bilateralidade, entre outros, radicam sua base epistemológica no conceito de direito como fenômeno: a positividade<sup>18</sup>."

Por meio de uma análise fenomenológica da conduta humana em sociedade, detecta-se a coexistência de, pelo menos, quatro ordens normativas básicas que são: a religião, a moral, os usos sociais e o direito.

Como é cediço, as ordens normativas estão interligadas, umas de forma perfunctória, outras de maneira intrínseca. Por isso, a doutrina jurídica esforça-se na tentativa de separar o direito das demais ordens normativas. Com este fito, vários critérios foram criados pela Filosofia e pela Teoria do Direito, embora não haja acordo pacífico.

A concepção de uma estrutura jurídica organizada a partir de determinadas bases do pensamento filosófico não é inovação dos nossos tempos, entretanto é possível afirmar que as peculiaridades desse modo organizacional hoje conhecidas têm uma atualidade acentuada no contexto das idéias jurídicas.

Destarte, uma sociedade é havida por menos complexa, indiferenciada ou ainda, **alopoiética**, quando suas ordens normativas, éticas, que regimentam a conduta humana, den-

<sup>18</sup> ADEODATO, *op. cit.*, p. 27.

tre elas o direito, a moral, os usos sociais e a religião, estão intrinsecamente relacionadas. Neste tipo de sociedade, não há separação entre o ilícito e o jurídico, o ilícito e a religião, o ilícito e os usos sociais, e entre o ilícito e a moral.

Já na sociedade mais complexa, diferenciada, denominada **autopoietica**, as normas jurídicas definem e tratam o que é juridicamente relevante - o que denota um certo fechamento - ainda que em permanente interação com os demais subsistemas - o que consubstancia uma certa abertura.

O mecanismo de auto-referência está, segundo Luhmann, em todos os subsistemas jurídicos da modernidade, como uma forma de estabelecer quais são os fundamentos da decisão tomada pelos órgãos de poder.

A teoria da autopoiese foi formulada pelos chilenos Humberto Maturama e Francisco Varela, que tinham como objetivo solucionar uma das questões mais intrigantes para o ser humano desde os primórdios: a própria vida. O que caracteriza um sistema vivo, seja ele vegetal ou animal, é a sua capacidade de autonomia. Destarte, cada sistema vivo possuiria uma forma particular, auto-referencial, fechada e circular de produção, no que concerne a constituir as relações entre os elementos que compõem aquele sistema.

Ainda segundo esta teoria, todo organismo vivo seria dotado de uma clausura organizacional, que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes.

A autopoiese do sistema biológico originou uma subitânea multiplicação de estudos nas mais diversas áreas de co-

nhecimento. Essa interdisciplinaridade alcançou também a Sociologia e o Direito, com inúmeras formas de teorização.

Da autopoiese aplicada ao âmbito jurídico, deduz-se que o direito de uma sociedade será tão mais complexo quanto mais claramente o sistema jurídico estiver estanque dos demais subsistemas sociais e "imunizado" às interferências que estes subsistemas causam nas sociedades alopoieticas (indiferenciadas).

Segundo João Mauricio Adeodato são três os principais pressupostos sociais para a modernização do direito:

O primeiro deles é a **pretensão de monopólio** por parte do Estado moderno na elaboração das normas jurídicas. Tendo sido o Estado a primeira instituição da civilização ocidental a assumir por autoridade própria, a competência para açambarcar o direito. O que não quer dizer que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, daí a expressão **pretensão de monopólio**, mas sim, que é direito tudo o que ele produz ou tolera que seja produzido por outras fontes.

Eis uma característica diferenciadora entre o Estado moderno - que detém o monopólio da produção do direito - e as formas de Estado que o antecederam, nas quais havia instituições produtoras de direito tão ou até mais importantes do que o Estado.

O segundo pressuposto, e que resulta do primeiro, é a crescente importância das **fontes estatais** em detrimento das fontes extra-estatais e espontâneas do direito.

É bem verdade que a preocupação de deixar claro quem é o responsável por dizer o direito é antiga. Contudo, foi apenas com o Estado moderno que o processo legislativo -

resultando na lei -, e o costume jurisprudencial - originando essa jurisprudência característica - passaram a preponderar nas fontes estatais do direito.

O terceiro e mais importante pressuposto - de acordo com o autor retro citado - que torna uma sociedade capaz de dogmatizar seu direito, é o que se pode denominar **relativa emancipação** da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, ou seja, uma auto-referência do sistema jurídico, que acarreta uma autonomia ampla do âmbito jurídico em relação aos demais modos de organização da vida social, na escolha dos critérios definidores do que é lícito e do que é ilícito<sup>4</sup>.

Definir o **direito** também é uma tarefa muito difícil - para não dizer impossível - e as grandes responsáveis por tal fato são a vagueza e a ambigüidade da linguagem utilizada. Logo, se pedirmos uma definição para este vocábulo, as formulações serão as mais variadas possíveis e a escolha de uma determinada teoria como "resposta", dependerá dos fins aos quais o aplicador do direito se propõe; o que ele gostaria de justificar. Isto também se deve, em grande parte, à carga emotiva da palavra e porque todo ser humano tem, no mínimo, uma idéia do que é direito.

Mas, nem só de divergências é feito o mundo do direito. Há algumas convergências nas definições, como por exemplo, no concernente à universalidade e ao relativismo histórico do direito. Assim, a imensa maioria dos juristas concorda que a definição de direito deve especificar a qual período e a qual ordenamento jurídico se refere, levando-se em conta a relatividade histórica do fenômeno jurídico.

<sup>4</sup> ADEODATO, *op. cit.*, p. 207-209.

Importante destacar que a palavra **teoria** será usada - no presente estudo - em um sentido amplo, significando um sistema ou conjunto de definições e hipóteses que servirão como uma espécie de moldura na observação da realidade. Ressalte-se também, a consciência de que os conceitos de "falsidade" ou de "verdade" são relativizados à medida que os estudos se aprofundam na escala da abstração.

Donde deduz-se que asseverar a verdade ou a falsidade de uma teoria é quase sempre uma figura de linguagem, vez que a relação entre a experiência e a teoria é - ainda que não ausente - extremamente tênue, sutil. Portanto, os acertos ou erros de uma teoria não podem ser havidos por apodícticos, nem como absolutos ou inexistentes, eles dependerão do contexto e do ponto de vista dos defensores da tal teoria.

Grandes exemplos do que foi dito acima são as teses e a teoria de Kelsen; estas suscitam muitas críticas e muitas perguntas. Algumas delas resultam da incompreensão da obra kelseniana, como por exemplo, a crítica que se faz ao conceito de revolução na obra sua, sob o argumento de que ela elimina o critério da legitimidade democrática e justifica como jurídica toda ação coativa exercida por quem possua o uso da força.

É mister salientar que Kelsen considera muitas normas de direito internacional como sendo superiores em hierarquia aos sistemas nacionais, porque elas submetem algumas ações de cada Estado ao alvedrio de outros, através dos tratados. Mais ainda, para ele, a **generalidade** das normas deve ser eficaz na maioria dos casos.

Há ainda que se falar sobre o fenômeno da revolução - na Teoria Pura do Direito - em relação à questão de qual

seria o momento em que se poderia afirmar que a revolução havia triunfado e o antigo ordenamento jurídico teria perdido a eficácia, Kelsen diz que a resposta para esta questão não depende diretamente das circunstâncias dos fatos e sim, da apreciação e do assentimento de cada cidadão e, principalmente, dos juristas.

O autor sustenta, claramente, que as normas consuetudinárias, assim como as legisladas, pré-existem à decisão judicial que as aplica e têm a sua própria obrigatoriedade, sem prejuízo da relevante função que cumpre o magistrado ao determinar a existência de umas e de outras.

Por fim, na concepção kelseniana, o **desuso** nada mais é do que o efeito derogatório do costume. E ela não menciona a necessidade de uma vontade coletiva derogatória ou de sentido negativo. Também o tempo necessário para se afirmar que uma certa norma caiu em desuso não é determinado. Poder-se-ia afirmar isso, quando os órgãos jurisdicionais nos autorizarem a crer que no futuro, provavelmente, não mais a aplicarão e que os tribunais não estarão mais obrigados a aplicá-la.

## 2 OS ABISMOS GNOSEOLÓGICO E AXIOLÓGICO<sup>5</sup>

Dois pressupostos filosóficos serão discutidos e analisados neste capítulo são eles: o abismo gnoseológico (dificulta o conhecimento do mundo) e o abismo axiológico (dificulta a avaliação do mundo). Estes tentam colocar uma teoria do direito moderno que considere e ajude a compreender algumas diferenças entre as formas de organização do direito, postas pela sociedade e Estados ditos desenvolvidos, e as características das sociedades "periféricas", subdesenvolvidas

<sup>5</sup> O presente capítulo baseou-se no décimo terceiro capítulo do livro *Ética e história para uma teoria da dogmática jurídica* - do professor João Maurício Azevedo - cujo título é *Do Positivismo da Modernidade à crise de Legitimação da Pós-Modernidade*.

de um mundo aparentemente globalizado, em torno de capital e tecnologia. A análise foi feita de tal sorte que procurou controlar a vagueza e a ambigüidade, por se tratar de um conceito de direito.

O **abismo gnoseológico** é explicado por meio de três problemas que o compõem e que precisam ser galgados ou, pelo menos, tratados pela teoria do conhecimento. São as **incompatibilidades recíprocas** entre: a) evento real; b) idéia (ou "pensamento", "conceito"); e c) expressão lingüística (ou "simbólica"). Far-se-á uma breve explicação de cada um dos termos, visto que eles, quando empregados na linguagem filosófica, são dotados de ambigüidade.

O **evento real** deve ser entendido como um acontecimento único e irrepetível que, aparentemente, de maneira independente do sujeito cognoscente, coloca-se presente em sua experiência. Esta também parece ser única e irrepetível. Por isso mesmo, é concebida como incognoscível, ou seja, que não pode ser conhecida pelo fato de ser individual. Uma certa irracionalidade é inerente à individualidade, que é uma das características inexpugnáveis do mundo real e que não se adapta ao aparato cognoscitivo do ser humano que não consegue proceder sem generalizações.

"Assim, o recurso ao universal não é uma força do pensamento, mas uma **enfermidade do discurso**. O drama é que o homem fala sempre em geral enquanto as coisas são singulares<sup>6</sup>".

Uma outra diferenciação que deve ser feita é aquela entre o **ideal** e o **irreal**: todo ideal é irreal, visto que faz parte da realidade; mas nem todo irreal é ideal. Em decorrência disto, é cogente explicitar que o termo "idéia" será utilizado para

<sup>6</sup> Immanuel Kant, apud ADEODATO, op. cit., p. 292.

designar o que existe idealmente e o termo "pensamento" para compreender os objetos irrealis em sua totalidade.

Destarte, idéia é o estímulo que se completa no sujeito no ambiente de seu defrontar-se com os eventos, pois o ser humano é experiência. Ocorre em uma espécie de síntese, uma generalização ideal - logo irreal - combinada com eventos reais. A idéia é o produto de um processo que tenta abstrair aspectos particulares de eventos e detectar neles algo de comum, que possibilite a reunião destes em "classes", ou "setores", resumindo, classificá-los.

Em sua totalidade a idéia é incomunicável, visto que o processo de concebê-la e transmiti-la a outrem passa pela linguagem, a qual já passa a ser um evento da realidade. Deste modo, a idéia será submetida a critérios **relativos** do receptor da mensagem, do ambiente e contexto da comunicação etc.

A idéia é transmitida através da expressão simbólica, que a reintroduz no mundo real. Consoante foi explicado, não há correspondência completa entre a idéia e a realidade; o que parece haver é uma certa compatibilidade. Quanto à expressão lingüística, esta parece ser ainda mais distante da realidade individualizada, por tentar representar e comunicar a idéia.

O autor do texto embaixador do nosso estudo sugere - com a finalidade de ajudar a contornar os problemas causados pelo **abismo gnoseológico** - as seguintes estratégias: a) entender os conceitos descritivos da realidade por meio dos *Idealtypen* de Max Weber. Esses **tipos ideais** são generalizações que, por meio de abstrações controladas, tentam reunir unidades reais, em si mesmas incognoscíveis, em conceitos ideais aproximativos; b) procurar não definir "**o direito**" em si, mas simplesmente descrever algumas características de um

fenômeno social a que parece referir-se esse conceito; c) procurar privilegiar uma sociologia compreensiva de **perspectiva etnometodológica**. De acordo com esta perspectiva, a **realidade** deve ser entendida, sobretudo, como realidade empírica; aquela que ocorre no "mundo exterior" sendo apreendida pelos órgãos dos sentidos e demais portas da percepção.

O segundo pressuposto a ser discutido é o **abismo axiológico**. Este problema também é consequência da individualidade humana, de sua capacidade criativa perante o ambiente e das enormes disparidades entre as pessoas, que são entes reais e com atitudes que também constituem eventos reais. O direito tem papel fundamental na cultura. Esta tem que lidar com as ditas diferenças, tentando organizá-las e reduzi-las.

Como tentativa de solução, do ponto de vista do conhecimento, o autor adota uma perspectiva **científica**, entendida com um mínimo de partidarismo e a partir de uma atitude, na medida do possível, objetiva e neutra. Excluindo-se as conotações reducionistas da expressão "positivista", no campo jurídico, é assim que esta concepção pode ser denominada.

O abismo axiológico - no concernente ao direito - tem sido enfrentado através da **noção de legitimidade**, desde as origens históricas da cultura ocidental. Foi somente na modernidade que a prática e a teoria do direito passaram a reconhecer e afirmar a autodeterminação do direito positivo, evitando, como extrajurídico, o problema da legitimidade. A legitimação não só se confunde com a legalidade enquanto princípio básico, mas também a própria validade das normas jurídicas.

Na famosa dicotomia entre **jusnaturalismo** e **juspositivismo**, que exsurgiu no alvorejar da modernidade, também está refletido o abismo axiológico.

Para que os problemas causados pelo abismo axiológico sejam transpostos, é imprescindível que toda e qualquer valoração prévia a respeito da modernidade ou da atual pós-modernização globalizada seja abstraída. Até porque, a modernidade simplesmente trouxe ao direito, formas próprias de organização. Portanto, não se deve coadunar nenhum tipo de adjetivo, de qualidade à palavra "modernidade".

### 3 DOGMÁTICA JURÍDICA: DOS CONFLITOS E DOS TEXTOS À DECISÃO CONCRETA

Dogmática vem de *dokem* que significa ensinar, doutrinar. A focalização dogmática salienta o ato de opinar e resguardar algumas opiniões. As questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Elas têm, ainda, a preocupação de possibilitar uma decisão e orientar a ação.

O direito dogmático é "fechado" – pois está imune às interferências de qualquer outra ordem normativa – pelo fato de estar adstrito a conceitos fixados. Desta forma, obriga-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas.

A dogmática parte de **dogmas**. Ela não questiona suas premissas, porque elas foram estabelecidas como inquestionáveis, por um ato de vontade ou de poder ou, ainda, por um arbitrio. Vale ressaltar que o fato de um dogma não ser questionável não significa que ele transmite uma verdade, mas sim, que ele **impõe** uma certeza sobre algo que continua claudicante e que exige uma decisão.

O **princípio da inegabilidade dos pontos de partida e a obrigatoriedade de decidir**, ou a proibição do *non liquet* são os dois apanágios mais relevantes do direito dogmático.

É mister esclarecer que o princípio da inegabilidade dos pontos de partida não traz como corolário à dogmática uma "prisão", ou seja, ela depende deste princípio, mas não está reduzida a ele. Apesar de partir de dogmas, a dogmática jurídica não se limita a repeti-los. Ele tem como função interpretá-los, o que lhe permite uma certa manipulação.

No que concerne à segunda característica – a **obrigatoriedade de decidir** – pode-se dizer que ela exurgiu com o moderno Leviatã, no qual o Estado passou a decidir sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância.

O direito dogmaticamente organizado tem incontáveis características – que João Mauricio também chama de **constrangimentos** – mas, apenas cinco são indissociáveis. São elas: em primeiro lugar, **fixar os textos normativos**; em segundo, **dizer o que significam os termos que os compõem**; em terceiro, **argumentar com referência a eles**; em quarto, **decidir com base neles**; em quinto, **fundamentá-los, justificando as decisões concretas**.

Vale ressaltar que em razão do alto grau de diversidade do direito dogmaticamente organizado, não há possibilidade alguma de se falar de uma evolução homogênea deste, em qualquer direção. Até porque, cada país tem suas peculiaridades.

A primeira característica consiste em fixar previamente os pontos de partida para as "regras do jogo". Esses textos são os **dogmas**, que procuram fixar limites. Advém daí, a expressão **dogmática jurídica**. Esta característica apenas fixa os textos normativos por meio da linguagem, o que implica dizer que não cabe a ela fixar as normas.

A segunda característica que é a **obrigatoriedade de interpretar os textos normativos** surge porque o texto não é "portador" da norma, mas sim um meio para interpretações diversas, plausíveis e concorrentes entre si. Cabe, então, ao sistema jurídico determinar o sentido real do texto normativo que passa a ser alegado diante do caso concreto. Importante destacar que são muitas as interpretações possíveis e também as disparidades existentes entre elas, o que pode, diante do ambiente social, comprometer, ou no mínimo questionar a legitimação da decisão.

A terceira é a **obrigatoriedade de só argumentar tomando por base e alegando expressamente estes textos normativos pré-fixados**. Essa característica pode ser resumida e muito bem explicada através do seguinte brocardo: "O que não está nos autos não está no mundo". Subentende-se, portanto, que há independência entre "verdade" jurídica e a "realidade".

A penúltima é a **proibição do *non liquet***, ou seja, a **obrigatoriedade de decidir todo e qualquer conflito** havido por juridicamente relevante pelo sistema. Esta é uma das diferenças básicas entre os textos dogmáticos e os demais.

A quinta e última característica que será discutida é a **obrigatoriedade que o ordenamento jurídico-dogmático tem de fundamentar suas decisões**, o que envolve, além do problema da legalidade, o da legitimidade. É cediço, por exemplo, que a obediência a normas inferiores fundamenta-se nas superiores, mas há situações-limite nas quais o sistema tem que explicitar categoricamente os fundamentos axiológicos para as suas decisões.

Diante dos problemas inerentes a esta quinta característica - e que estão relacionados com o abismo axiológico - inü-

meros filósofos e/ou juristas, dentre eles Habermas, Robert Alexy e Luhmann têm feito as mais arguciosas combinações teóricas para enfrentá-los.

É mister que se guinde o fato de os positivistas considerarem a questão da fundamentação como um problema extradogmático. Esta simplificação é indevida, embora a questão da legitimidade se constitua em um dos pontos categóricos de abertura e comunicação entre o sistema dogmático e o político, dentre outros.

De toda sorte, a **dogmática**, como método jurídico de solução de conflitos - o **positivismo**, enquanto perquirição teórica e filosófica - e a **democracia**, como regime político, parecem estar intrinsecamente relacionados com a organização e compreensão do direito na modernidade, sem, contudo, olvidar as formas pré-modernas existentes hoje. Donde se deduz o grande desafio da pós-modernidade nos Estados democráticos de direito: fixar limites ao poder constituinte originário, acima do qual, atualmente, não há quaisquer normas prévias.

#### 4 O PROBLEMA HERMENÊUTICO: LEGALISMO, POSITIVISMO E REALISMO

Se pudéssemos fazer uma breve análise da evolução histórica das perspectivas sobre o direito, começaríamos falando de Heráclito e a sua doutrina do eterno fluir (na qual se faz referência a uma "lei natural", lei esta que possuía um cunho tanto moral quanto jurídico); passando por Trásimaco e Cálicles; pelos romanos (que tinham total consciência da existência de um tipo especial de pensamento jurídico: a *ratio juris*); pelos glosadores (que se baseavam no *Corpus Juris Civilis*, valendo-se das chamadas "artes liberais", que são a gramática,

a dialética e a retórica); pelo jusnaturalismo teológico (que foi respaldado no Cristianismo medieval e cujo maior representante é Tomás de Aquino); pelo jusnaturalismo racionalista, chegando à Escola Histórica, baseada na obra de Gustav Hugo e, que tem seu expoente em Savigny.

Teríamos que discorrer também sobre Rudolf von Jhering (que acrescentou a noção de luta na gênese do direito); sobre Herman Kantorowicz (que advogou o "direito livre" como centro da investigação do jurista); sobre Hans Kelsen (que identificou o conceito de direito com o de norma jurídica); sobre Carlos Cossio (que tentou conciliar a "teoria pura" de Kelsen com a ontologia de Edmund Husserl); e por fim, sobre o dinamarquês Alf Ross (membro da terceira escola do positivismo, o **Realismo** e que divide o conceito de direito em duas noções básicas e intimamente ligadas, quais sejam: a validade e a eficácia do direito, independentemente das normas terem sido formuladas pelo Estado).

Entre os juristas e/ou filósofos citados, alguns merecem uma atenção maior, como por exemplo, entre os romanos, Ulpiano e Celso. O primeiro afirma que o direito é o mesmo para todos. Há um direito natural (*ius naturale*), que a natureza ensina a todos os animais, incluindo os seres humanos. Temos ainda, o "direito das gentes" (*ius gentium*) e o direito civil (*ius civile*). A mais famosa definição de direito é atribuída a Celso: "O direito constitui a arte do bem e do justo". Considerar o direito como arte significa introduzir em sua definição a idéia de política.

Savigny rejeita a idéia de que o direito estatal seja a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação. Sustenta que o direito deve evoluir com o tempo, sempre de acordo com as particularidades e contingências de cada cultura nacional.

Hans Kelsen é partidário do positivismo jurídico. Para ele o estudioso do direito não deve interessar-se pelas razões sociais de validade do direito, mas apenas pelos mecanismos jurídicos. Na opinião dele, a tarefa da ciência jurídica é explicar como funciona o ordenamento jurídico. Define o direito como uma ordem de coação.

Vale ressaltar que Alf Ross afirma que Kelsen é um quase-positivista. Na concepção de Ross, a validade em sentido normativo, não cumpre nenhuma função na descrição e explicação da realidade, ela é apenas o instrumento de uma ideologia sustentadora da autoridade estatal. E, quando esta noção é sustentada por um "quase-positivista", é sustentada de maneira incondicional.

E é, por isso, que Ross considera que a teoria pura do direito de Kelsen nada mais é do que uma continuação do pensamento "quase-positivista". Ele afirma que Kelsen jamais superou a idéia de que um sistema jurídico estabelecido como tal possui validade no sentido normativo da palavra.

De acordo com a interpretação feita por Ross - da teoria pura do direito - Kelsen afirmaria que as normas - às quais todas as pessoas devem obedecer - expressariam uma verdadeira obrigação. Ainda segundo ele, a idéia de uma norma verdadeira ou de um dever objetivo é exatamente a idéia com a qual lida a filosofia do direito natural, uma idéia que só tem significado se são aceitos os princípios morais objetivos, apriorísticos, dos quais derivam os verdadeiros deveres.

Consideramos a interpretação feita por Ross da obra e dos pensamentos de Kelsen como errônea. Kelsen foi muito mais profundo e consistente do que Ross tenta retratar. Um autor da importância e com a inteligência de Kelsen jamais cometeria um erro tão primário. O que Ross tenta fazer é di-

minuir a importância de Kelsen no cenário mundial e pode até convencer a alguns leitores que não leram ou que não entenderam a obra de Kelsen.

Por considerar a obra de Kelsen leitura obrigatória a todos os que ingressam no fabuloso mundo jurídico, classificamos Ross como sendo do tipo de teórico do direito que diz: "Não li Kelsen e não gostei!". Mais ainda consideramos as críticas que Ross fez a Kelsen uma tática dele para tentar desviar a atenção do leitor mais desavisado, que não conseguiria perceber as incompatibilidades que existem na teoria e nos argumentos de Ross para com o realismo, já que Ross se considera um realista.

O problema que é tido como o mais importante no campo da filosofia jurídica é aquele a divide em duas áreas de estudo irreconciliáveis e hostis entre si, e que são o direito natural e o positivismo jurídico. Embora haja alguns pontos de vista em comum entre estas teorias, o que reina entre elas é a troca constante de acusações.

Grande parte desta discussão tem sido causada pela falta de clareza em relação ao significado da expressão "positivismo jurídico", que nunca foi definida com precisão, e talvez nunca venha a ser.

Em geral, a expressão "positivismo jurídico" tem sido propagada de maneira vaga, sem nenhuma conotação definida. Normalmente esta expressão é utilizada como sendo um ponto de vista contrário ao direito natural e, por isso mesmo, o seu significado usual não tem aceitação geral.

Em sentido amplo, o "positivismo jurídico" seria um enfoque ou atitude dos problemas da filosofia jurídica e da teoria do direito, baseado nos princípios de uma filosofia empi-

rista e antimetafísica. Devido ao problema da vagueza e ambigüidade das palavras, é apodítico que a expressão "princípios empiristas" pode ser interpretada de inúmeras maneiras.

Formular um conceito genérico de **positivismo jurídico** é uma tarefa tão difícil quanto congruar os diversos conceitos de direito natural. Em princípio, pode-se partir do seguinte postulado: o juspositivista aceita como único direito aquele baseado apenas na experiência e, pois, sem caráter científico. O direito positivo moderno é independente da moral em um sentido bem específico: como há várias "morais" em vigor, ele elege uma moral "triumfante", segundo João Maurício Adeodato.

O positivismo propriamente dito começa de forma singular, com o **Legalismo** da Escola da Exegese francesa. Esta Escola tinha como característica o fato de a vontade da maioria ser o único critério de legitimidade jurídica e a lei ser a única fonte do direito, sobre a qual era proibida a interpretação.

Mas aqui fica a dúvida: "será que a Escola da Exegese está mesmo superada?". Porque, na prática, percebemos que a imensa maioria dos magistrados afirma que o juiz só pode aplicar a lei e nada mais. Com isso, os juizes - de um modo geral - têm se limitado a fundamentar suas decisões apenas mencionando a norma, o texto de lei que aplicaram para decidir o caso que a eles foi submetido.

Porém, não é este tipo de atitude que a sociedade espera de uma pessoa que tem por ofício promover a justiça, pacificando os conflitos.

No Juízo em que atuo, por exemplo, já me depatei com incontáveis casos em que não poderia, por hipótese alguma, limitar-me à aplicação pura e simples da lei porque isso pode-

ria causar danos irreparáveis aos envolvidos. São os famosos "hard cases" de Ronald Dworkin.

Diante da atual realidade do sistema penitenciário brasileiro, o juiz não pode assumir a posição de mero espectador, nem pode se prender a formalismos que podem vir a causar a morte de muitas pessoas.

Não é segredo para ninguém que a situação dos presídios e também dos centros de triagem brasileiros é caótica. Em especial, a situação do Presídio Professor Aníbal Bruno (PPAB) e do Centro de Observação e Triagem Everardo Luna (COTEL), em Pernambuco, que retratam bem a realidade com a qual tenho que trabalhar.

Já me deparei com situações onde autorizei – mesmo sem estar com o laudo psiquiátrico em mãos – a transferência de presos que se encontravam no COTEL e que lá já haviam sido muito maltratados, estando até ameaçados de morte, para o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP).

O juiz não pode nunca olvidar que o nosso sistema penitenciário não promove a tal "ressocialização" que o Estatuto Penal pátrio e a Constituição Federal tanto pregam. No aludido caso, o doente mental – que estava preso pelo furto de um celular – estava em contato direto e permanente com homicidas, estupradores, traficantes etc, que praticaram com este pobre doente mental as maiores atrocidades. Neste e em muitos outros casos, como seria possível a observância a formalismos? Não há dúvidas de que precisamos tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais!

Não podemos nos contentar com silogismos puros, com fórmulas vazias, única e exclusivamente pelo fato de que elas

têm sido usadas e repetidas com frequência em todos os cantos do país. Devemos pensar em pessoas, em coisas, não em palavras ocas, ou, no mínimo, temos que traduzir, constantemente, as nossas palavras aos fatos que elas representam, se almejarmos nos ater à verdade e à realidade.

Voltando à evolução do positivismo, temos a segunda Escola, que é o **Normativismo**, cujos principais expoentes foram Hans Kelsen e Carlos Cossio. Os representantes desta Escola conclamam que o direito tem várias fontes e que apenas o direito positivo estatal é válido.

Chegando à terceira Escola, o **Realismo**, que defendia a eficácia do direito, independentemente das normas terem sido formuladas pelo Estado. Segundo esta Escola e seus principais representantes – Alf Ross e Karl Olivecrona – um Estado será tão mais dogmático quanto mais coincidirem as esferas da validade e da eficácia.

## CONCLUSÃO

Terminaremos o presente estudo fazendo uma breve análise de um texto da professora Katharina Sobota, da Universidade de Jena, cujo título é: *Não mencione a norma!* Texto este que foi traduzido pelo professor João Maurício Adeodato. Trataremos também, ainda que de maneira sucinta, sobre a Teoria da Argumentação de Robert Alexy.

A autora supra citada inicia o texto afirmando: "A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas específicas". A este conjunto de normas, ela chama **fachada normativa**, que seria uma versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo

e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do XX.

O desiderato precípua do movimento positivista era, através de um ordenamento jurídico unívoco, abrangente e completo, regular a conduta humana em sociedade, de tal sorte que ela não ficasse submetida às volições arbitrárias dos juizes. A partir daí, vários foram os tentames de reunir em um só código - que seria completo, racional e para sempre vinculativo - todas as relações jurídicas possíveis. Ocorre que este código "perfeito" apresentou-se como um amontoado de regras que, muitas vezes, já estavam superadas, antes mesmo da publicação do código.

Os **silogismos** - deduções formais tais que, feitas duas proposições, chamadas premissas, delas, por inferência, formula-se uma terceira, chamada conclusão - constituem uma outra fonte da crença na preponderação de normas explícitas. Eles são uma das idéias subjacentes mais fortes dentro do pensamento ocidental e do processo decisório jurídico e, desse modo, ele molda o discurso jurídico.

Ao que nos parece, a grande maioria da magistratura nacional está "presa" aos silogismos, como se as decisões tivessem que ser fórmulas prontas e acabadas, que não precisassem levar em consideração as particularidades do caso concreto.

Segundo a autora - com quem concordamos - o discurso acadêmico é um dos grandes responsáveis por esta cultura de supervalorização dos silogismos, porque ele tende a identificar fenômenos normativos com a efetivação de regras instrumentais. Desta forma, os acadêmicos requestam de seus estudantes que explicitem as normas das quais pretendem derivar sua decisão. Eles solicitam dos jovens juristas que **men-**

**cionem a norma.** O que reflete uma crença nos princípios de racionalidade e transparência e no espírito do iluminismo.

Para os retóricos nem atribuições universais (silogismos) nem regras instrumentais formam a estrutura precípua do discurso jurídico. Ambas não passam de um entre os vários instrumentos "fabricados" para construir o que os retóricos chamam de realidade artificial, porém eficaz, que é o direito. Na opinião deles, a prática jurídica não é dirigida nem pelas premissas maiores nem por normas instrumentais. Preferem o conceito menos preciso de **regularidades**, que são "padrões" e não "regras" ou "estruturas". Estes padrões são construídos por um observador dentro do próprio sistema.

Retórica assumida, a autora considera a requestação feita aos estudantes como sendo contraproducente e afirma que se alguém quiser reforçar a cultura jurídica existente, seria bastante paradoxal optar pela verbalização das normas. O que, segundo ela, só faz confundir os estudantes e perturbar o sistema jurídico.

A hipótese da autora é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz, muitas vezes, explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinquenta a que está aludindo, para tomar a sua decisão.

Destarte, a autora conclui, por meio de uma reflexão final, que o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza. Uma das principais ferramentas para superar o contraste entre certeza e incerteza consiste no uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera da implicação ou da alusão

(esfera esta que é caracterizada por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto). Esta esfera situa-se em algum lugar entre explicitação verbal e o completo silêncio e guarda muito em comum com as "Estruturas Normativas".

A retórica não é dotada de qualquer preconceito contra reconhecer o fato de que a vida humana consiste, em larga medida, de decepção e autodecepção. Como disciplina, a retórica tem uma longa tradição de aceitar contradições, principalmente as contradições da natureza humana. Ela não compartilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço, e ela também não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio.

Por fim, deve-se lembrar que as normas a que a retórica legal alude pertencem a um tipo especial que não deve ser confundido com a espécie de normas discutida pelos lógicos, estabelecida pela física clássica ou promulgada pelos legisladores, seguindo o modelo das ciências.

Quanto ao fato de nenhum professor de direito aconselhar: "não mencionem a norma", há um jargão popular que se pode aplicar a estes professores - que, durante as suas atividades como advogados, juizes, promotores ou pareceristas adaptam-se aos padrões retóricos que são negados por suas construções teóricas - que é o seguinte: "Façam o que eu digo, mas não façam o que eu faço!".

Tomando-se por base a tendência de que é bem mais fácil supor a existência de um sistema normativo coerente, se não é preciso enumerar os elementos do sistema alegado, as

inter-relações paradoxais entre concepções verbalizadas e concepções inarticuladas, parece ser o resultado de uma "ingenuidade" altamente, extremamente funcional que sustenta a organização social, ocultando suas estratégias básicas. E, enquanto os procedimentos de ação legal estiverem providos desse duplo fundamento, as pessoas viverão sob a "tutela" das normas.

No concernente à Teoria da Argumentação de Alexy, queremos chamar a atenção para o fato de que esta teoria vale-se do instrumental da lógica moderna, conseguindo fixar regras para se seguir num discurso jurídico, deixando claro que tais regras não garantem a obtenção do resultado.

Dita teoria trata de justificar nos discursos jurídicos a pretensão de sua correção formal, fazendo distinção entre **justificação interna e justificação externa**.

Por justificação interna entende-se aquela feita por meio de regras universais que as exigidas pelo princípio da universalidade, princípio este que serve de base ao princípio de justiça formal. São concreções do princípio da universalidade as seguintes regras de justificação interna: a) para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se ter, pelo menos, uma norma universal; b) a decisão jurídica deve ser seguida logicamente ao menos de uma norma universal, juntamente com outras proposições; c) sempre que houver uma dúvida, temos que obter uma regra que decida a questão; d) são necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão já não é discutível; e) temos que articular o maior número de passos de desenvolvimento do raciocínio.

Para a justificação externa - que é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna - Alexy distingue os

seguintes tipos de premissas: a) regras de direito positivo; b) enunciados empíricos; c) premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito empírico. Para cada tipo de premissa temos um método de fundamentação.

O fundamento das regras de direito positivo está na sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico.

O fundamento das premissas empíricas compreende uma escala completa de procedimentos que desde os métodos das ciências empíricas até as regras de carga de prova no processo.

A argumentação jurídica presta-se de fundamento para premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito positivo.

Alexy explica que a fundamentação de decisões jurídicas necessita de uma série de premissas que não podem ser deduzidas de nenhuma lei. Há casos em que a norma com a qual se começa a fundamentação não é uma norma de direito positivo. A exigência de dedução deixa clara a criatividade que surge na aplicação do direito, porque as premissas não obtidas do direito positivo emergem em toda a sua extensão. Destaca que este é o aspecto mais importante da justificação interna da decisão.

Justificar premissas não obtidas diretamente do direito positivo compete à justificação externa da decisão.

Quanto à justificação externa da decisão jurídica, o referido autor se reporta a argumentação jurídica, cujas regras e formas de justificação ele classifica em seis grupos, que são: a) **regras e formas de interpretação** (na sua teoria, Alexy agrupa

seis tipos de cânones de interpretação: semântica, genética, comparativa, histórica, teleológica e sistemática); b) **argumentação dogmática** (que é considerada por Alexy como ciência jurídica em sentido restrito que envolve a integração das atividades de: 1-descrição do direito vigente; 2- análise sistemático-conceitual do direito vigente; 3 - elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos); c) **uso de precedentes** (tem por base o **princípio da universalidade**, que é um pressuposto de toda concepção formal de justiça de tratar de igual maneira os iguais. O mais importante no uso de precedentes é que neles se incorporam enunciados dogmáticos e que as decisões judiciais são aceitas pela dogmática, onde pretende a jurisprudência ser dogmática); d) **argumento prático-geral** (é aquela que trata da correção de enunciados normativos com pretensão de correção sem condições limitadoras, que é exatamente o que a distingue da argumentação jurídica, porque esta última tem condições limitadoras, como sujeição às leis; a obrigação de considerar os precedentes, a dogmática elaborada pela ciência jurídica organizada institucionalmente etc); e) **argumentação empírica** (é aquela que se compõe de argumentos em que as proposições descrevem fatos determinados. Não são proposições normativas, mas sim proposições empíricas); f) **formas especiais de argumentos jurídicos** (são as que são usadas como meios para se conhecer o objeto, como analogia, argumento contrário, argumento a *fortiori*, argumento a *absentem*).

Por fim, Alexy elucida que a teoria da justificação externa tem por fito a **análise lógica das formas de argumentação** que se reúnem nos grupos supracitados. Ele obtém todas as regras que considera úteis para a teoria do discurso por inferências lógicas.

## ABSTRACT

Based on the fact that the present juridical model, through it's rules, no longer manages to solve the emergent problems and control the sociability, this work, supported by the studies of some major writers, analyzes relevant aspects for the understanding of the crisis established, such as: problem of the language, gnosiology and axiology, juridical dogmatics and hermeneutics, which end up influencing the final decisions of the Judiciary Power. As a conclusion, proposes a different approach to the solution of conflicts that does not limit itself to the ordinary obedience to legal texts but that, also, observes the outside human knowledge, in order to promote the justice expected.

Key-words: Law, Judiciary Power, Hermeneutics, Judgements.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica - para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito - uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O problema da legitimidade - no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983.
- DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1997.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, dominação, decisão*. São Paulo: Atlas, 2003.

- GUARESCHI, Pedrinho A. *Sociologia crítica: alternativas de mudança*. 50. ed. Porto Alegre: Mundo Jovem, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. *Estudos de filosofia brasileira*. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

# MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO PROCESSO VIRTUAL

*Aline Modesto Araújo*

Advogada. Aluna do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas e Pós-graduanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é mostrar a necessidade de modernizar o Poder Judiciário, utilizando-se do processo virtual, abordando as enormes vantagens advindas com a instituição do processo eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, enfocando as modificações na legislação processual civil, com o advento da Lei nº. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a utilização do processo virtual em todas as esferas jurídicas. Mostrou-se, no transcorrer do estudo, que a respectiva Lei deveria ser o meio eletrônico um instrumento fundamental para o desenvolvimento do processo, em virtude da celeridade que se alcançará na prestação do tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Processo Civil, Informatização, Processo eletrônico, Celeridade processual.

---

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O DIREITO. 3 HISTÓRICO DA CONSOLIDAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 4 RELEVANTES INOVAÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INSERIDAS PELA LEI 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006 COM A IN-

FORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL. 5. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO VIRTUAL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo por relevante o seu dinamismo como ciência, o Direito caminha junto com as evoluções sociais, constantemente, inovadas em virtude dos acontecimentos éticos, culturais, econômicos que surgem na esfera social, refletindo no surgimento de situações jurídicas nunca antes observadas. Destarte, para acompanhar as inovações que surgem na sociedade, é imprescindível a atualização do Direito, adequando sua estrutura através de mecanismos modernos para, então, poder suprir as necessidades sociais, utilizando-se o Estado da celeridade e da eficiência, atribuições essas conferidas por disposições Constitucionais, visando solucionar os conflitos interpessoais os quais lhe foram designados a apreciar.

Como se sabe, o funcionamento atual da máquina judiciária ainda ocorre de forma insatisfatória, seja para o operador do Direito, seja para o jurisdicionado. Mesmo já sendo reconhecidos muitos avanços no âmbito jurídico, muito ainda há de ser feito para superar a legislação obsoleta existente, os procedimentos complexos utilizados, a falta de racionalidade no procedimento de alguns atos processuais, o excesso de formalismo, a burocratização administrativa, a incompetência funcional, dentre outros fatores que podem ser constatados, os quais atrasam, demasiadamente, a prestação jurisdicional.

O presente artigo tem por objetivo expor propostas eficazes para se combater alguns dos inúmeros vícios presentes na jurisdição brasileira, abordando a grande necessidade da informatização da justiça, vez que, sem modernização e ade-

quação tecnológica, o Judiciário não suportará o avanço da demanda social. A substituição do papel pelo meio eletrônico, em especial nos serviços prestados pela Justiça, será abordada como uma das grandes mudanças e inovações, que podem ser implantadas no Judiciário pátrio.

Ademais, o entendimento freqüente por alguns de que a modernização do Judiciário seja uma utopia, impulsionou a autora a demonstrar que tal fato é possível, pois a informatização do procedimento se impõe como medida de justiça. Desse modo, é inadmissível que se mantenha estático diante do desenvolvimento tecnológico, que é de fundamental importância para se alcançar segurança jurídica nas relações estabelecidas na nova ordem social. Daí a necessidade de encontrar soluções tecnológicas adequadas ao sistema de princípios e normas processuais para, incorporando-se à rotina forense, minimizar aspectos formais em proveito do pragmatismo.<sup>1</sup>

## 2 INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O DIREITO

A internet, meio de comunicação interpessoal, reveste-se como meio de informação mais eficaz criado pelo homem e de maior crescimento na história da humanidade. Atualmente o mundo se comunica através desse revolucionário instrumento tecnológico, e é através dele que a médio e longo prazo pretende-se modificar, substancialmente, a antiga estrutura do Poder Judiciário, facilitando a interação entre operadores do direito e cidadãos, bem como, a obtenção de uma prestação jurisdicional mais eficaz e célere. Em sua obra *Direito e Internet*, Marco Aurélio Grego asseverou: "as repercussões geradas se estendem para todos os campos do Direito, não havendo mais segmento da sociedade ou relação jurídica que

<sup>1</sup> SANTOS, Ana Cristina Batista. *Informatização judicial - realidade urgente*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, DF, ano X, n. 236, p. 52, 15 nov. 2006.

não sofra, direta ou indiretamente, reflexos da informática na sua maneira de ser ou agir".<sup>2</sup>

Nos últimos anos, a internet se desenvolveu com uma velocidade impar, por isso, sem sombra de dúvidas, será fundamental a utilização efetiva de todo o seu potencial em prol da melhor atuação dos operadores do direito, pois essa ferramenta é o presente e o futuro da justiça. Nesse contexto, estabelece a Constituição Federal em seu artigo 218 que "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas".<sup>3</sup>

Percebe-se, dessa maneira, que grandes investimentos em tecnologia deverão ser realizados pela administração pública para aperfeiçoar o sistema jurisdicional existente, no intuito de torná-lo um serviço eficiente e moderno para a sociedade, obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para se alcançar o firmado no artigo 37 caput da Carta Magna.

Frisa-se que a revolução cibernética ainda está em seu nascedouro, e de forma direta vem refletindo no direito. A continuidade do modelo processual atrasado, moroso e ineficiente com carimbos, papéis, documentos físicos, etc., deverá desaparecer na nova sistemática processual, tendo em vista a imensidão de vantagens que proporcionará.<sup>4</sup> Assim sendo, as modificações constantes pelas quais vem passando o direito, em decorrência da evolução social, exigirão certamente o esforço freqüente e ininterrupto dos pensadores jurídicos para sua atualização e adequação às necessidades sociais. Inere-se a seguinte análise:

<sup>2</sup> GREGIO, Marco Aurélio. *Direito e internet*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p.01.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>4</sup> MOURA, Evânio; LOIOLA, Vinícius. A modernização dos atos processuais e a evolução do direito cibernético. *Revista da Esmape*, Serape, n.6, p.79-100, 2004.

Ainda que o estudo do Direito eletrônico seja de tal forma tímido com poucos e corajosos doutrinadores tentando estudar os seus conceitos e aplicações, havendo ainda grande discussão acerca dos temas meramente conceituais, não pode ser ele descartado agora nesta fase do direito processual, quando a grande preocupação é com a efetividade da entrega da prestação jurisdicional.<sup>5</sup>

Tomando por parâmetro a prestação jurisdicional de anos passados, percebe-se que muito já foi feito utilizando-se da tecnologia eletrônica; hoje, por exemplo, o sistema PUSH de comunicação processual trouxe relevantes mudanças na esfera judicial. O advogado previamente cadastrado no referido sistema virtual será notificado através de seu correio eletrônico, o que se mostra muito mais eficiente do que a forma tradicional adotada. Através da internet fica o advogado informado acerca do teor da sentença, da interposição de recursos pela parte adversa, da designação de audiências, de prazos a serem cumpridos, enfim, de tudo relacionado ao processo por ele patrocinado, evitando maiores gastos por parte do Estado, energia humana do oficial de justiça e do advogado e, principalmente, impulsionando a marcha processual no intuito de aprimorar a atividade judiciária estatal.

Sobre as inovações virtuais na justiça brasileira, apregoa o jurista Mário Antônio Lobato de Paiva em artigo publicado:

No Brasil muitas utilidades são proporcionadas pelas home pages mantidas pelos órgãos judiciais brasileiros. Nelas é possível protocolar, desde que respeitadas as normas técnicas estabelecidas pelo Tribunal correspondente, uma petição economizando tempo e recursos. Os processos podem ser consultados pelo número por qualquer usuário, permitindo o conhecimento do andamento processual, bem como das decisões correspondentes. Podem também ser

<sup>5</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Atos processuais por meio eletrônico*. Disponível em <http://www.foresse.com.br>. Acesso em: 29 mar. 2008.

obtidos nesses sites informações sobre seus juizes, sobre o histórico do Tribunal, notícias e *email's* para contato com a administração ou até mesmo, diretamente com os juizes, encurtando assim distâncias. As decisões dentre os vários tribunais podem ser confrontadas servindo de subsídio para recursos e arguição de divergência jurisprudencial. Essas facilidades proporcionadas pelos órgãos judicantes visam e efetivam uma maior presteza na atividade, bem como a aproximação da Justiça até as localidades mais distantes e de difícil acesso, tornando a prestação jurisdicional mais célere e eficaz.<sup>6</sup>

Importante salientar que através da internet houve também uma grande diminuição do atendimento ao público. Na sua própria residência, a parte ou qualquer pessoa interessada tem conhecimento do andamento processual, proporcionando a redução significativa dos trabalhos prestados pelos servidores da justiça, pois, em virtude de tal redução, ocorreu a intensificação na realização de outras tarefas relevantes, refletindo assim na maior rapidez no prosseguimento dos atos processuais.

Uma outra ferramenta de grande valor, incluída face às diversas inovações tecnológicas, diz respeito à videoconferência, que consiste num meio de realização de audiência (instrução ou interrogatório), em que réu e testemunhas são ouvidos e vistos em tempo real pelo próprio juiz, sem necessidade de deslocamento daqueles ao fórum, através de uma webcam, isto é, uma câmera de vídeo conectada ao computador, um sistema que tende a ser cada vez mais efetivo no Judiciário, porque seu custo é baixo.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A difusão de informações judiciais na internet e seus efeitos na esfera trabalhista. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4672>. Acesso em: 21 mar. 2008.

<sup>7</sup> MOURA; LOIOLA, *op. cit.*, 79-100.

Em estudo sobre a implantação, no Judiciário, de meios mais eficientes para sua modernização preconizam Evânio Moura e Vinicius Loiola:

A modernização informática poderá mudar radicalmente os procedimentos da audiência. Através da filmadora poder-se-á gravar seu conteúdo por meio de sons e imagens, evitando-se a extrema morosidade quando da transcrição do ocorrido no método tradicional. Merece ser ressaltado que a gravação será vedada se o processo ocorrer em segredo de justiça. Antes de prolatar a sentença, o juiz poderá assisti-la várias vezes e chegar a uma conclusão mais serena da audiência de instrução e do interrogatório do réu. Poderá rever o depoimento das partes e sentir todas as reações praticadas por estas no decorrer da instrução processual. Ao contrário do tele - interrogatório, nesta gravação existe a presença física do juiz, o que retira qualquer nulidade eventualmente argüida no processo. Assim, juntamente com a primeira impressão que teve através do importantíssimo contato físico com as partes, o juiz de forma complementar irá novamente sentir réu e testemunha através da tela, formando assim uma combinação mais segura para seu livre convencimento do que se fosse prolatar a sentença com base apenas nos autos físicos e com a sua vaga lembrança dos detalhes que circundaram a realização das longínquas audiências. Além disso, ao invés do volumoso conjunto de papéis denominados autos processuais, será perfeitamente possível, em breve espaço de tempo, armazenar todo o conteúdo do feito judicial em um CD-ROM de indiscutível praticidade, portabilidade, capacidade de armazenamento e durabilidade. Porém, não se deve falar apenas em celeridade e eficiência esquecendo-se de dois sustentáculos imprescindíveis para implantação deste revolucionário sistema e que formam a quadra básica desta novel tecnologia que deve particularmente ser adaptada à máquina judiciária: a segurança e a autenticidade da informação.<sup>8</sup>

Assim sendo, proporcionando a maior agilidade na Justiça, constata-se que a informatização do processo judicial possibilitará uma maior publicidade e fiscalização do trabalho

<sup>8</sup> MOURA; LOIOLA, *op. cit.*, p. 79-100.

dos magistrados e serventuários, pois oferecerá uma maior transparência do trâmite processual e das decisões, cujo conteúdo estará acessível ao público, via rede mundial de computadores, prestando obediência ao direito fundamental à publicidade, segundo o qual os atos processuais devem ser públicos, tendo o cidadão o controle sobre os serviços da justiça, sofrendo apenas pequenas restrições para preservar o interesse público ou a preservação da intimidade, sempre fundamentado no princípio da proporcionalidade.<sup>9</sup>

Portanto, é imperioso frisar que a informatização do processo não é apenas uma nova forma através da qual os tribunais devem gerir o protocolo, o fluxo e o destino de seus documentos, mas um instrumento com o qual todos os profissionais envolvidos com o processo terão que lidar. Para tanto, é preciso que na implantação do sistema sejam considerados os interesses desses, especialmente dos advogados e dos membros do Ministério Público, garantindo-lhes meios adequados e seguros. Do mesmo modo, cabe também à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) um papel importante nessa transição, defendendo os interesses da classe, realizando a reciclagem dos advogados e oportunizando meios efetivos para que eles possam adequar-se e usar o sistema informatizado.

### 3 HISTÓRICO DA CONSOLIDAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro foi estruturado em uma época em que o documento cartular (folha de papel) constituía o único meio de prova dos atos jurídicos no qual a lei exige forma escrita como requisito formal.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. v. 1, p. 80.

<sup>10</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 8 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43-44.

Na esfera processual, o primeiro passo objetivando a informatização foi concedido pela Lei 9.800/1999, na segunda metade da década de 90 do século passado, em 26 de maio de 1999. Referida lei, conhecida como "Lei do Fax", admitiu a utilização de sistemas de transmissão de dados para a prática de atos processuais, seja por fax ou similar. Todavia, tal norma teve seu alcance deveras limitado, uma vez que não obrigava que os órgãos judiciários dispusessem de meios para a recepção do material e não dispensava a apresentação dos originais. Ademais, a apresentação de originais incompletos ou com trechos dissonantes da peça transmitida por fax autoriza a aplicação de multa por litigância de má-fé.<sup>11</sup> Apesar do termo "similar", constante do *caput* do artigo, até o advento da Lei 11.419/2006, prevalecia na jurisprudência entendimento no sentido de que não era permitida a interposição de recursos por meio de correio eletrônico<sup>12</sup>, isto é, as petições não poderiam ser encaminhadas ao Poder Judiciário por meio eletrônico<sup>13</sup>.

Posteriormente foi editada a Medida Provisória (MP) n.º 2.200, em 28 de junho de 2001, versando acerca da certificação digital no Brasil, com o estabelecimento da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), considerando em seu artigo 12: "consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória"<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1582.

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ter 4.307-AgRg. Rel. Min. Menezes Dirceu, j. 15.03.06, não conheceu, v.u. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 abr. 2006. p. 341.

<sup>13</sup> NEGRÃO, GOUVEA, op. cit., p. 1581.

<sup>14</sup> BRASIL. Medida Provisória n.º 2002 de 29 de agosto de 2001. Estabelece Administrativo, Informática, Internet. Institui a infra-estrutura de chaves públicas brasileiras - ICP-Brasil, transfere o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em Anápolis, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília -DF, 24 ago. 2001, seção 1, p.13.

Verifica-se, no dispositivo supra, a preocupação do legislador para que a validação dos atos processuais em forma eletrônica, realizados perante os tribunais, fosse feita por meio da estrutura de certificação digital da ICP-Brasil.<sup>18</sup> Mas não obstante a previsão legal, os tribunais não tiveram a mínima preocupação com a uniformização da informatização do mero acompanhamento processual, de modo que cada Estado da Federação, bem como os diversos órgãos que integram a Justiça Federal, adota equipamentos distintos.<sup>19</sup>

Em seguida, foi editada a Lei 11.341, de 7 de agosto de 2006, cuja única inovação foi alterar o parágrafo único do artigo 541 para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial.

Ainda no ano de 2006, foi publicada a Lei 11.382, que criou os institutos da penhora *on-line* (Art. 655-A, CPC) e do leilão *on-line* (Art. 689-A, CPC), alterando vários outros dispositivos do Código de Processo Civil.<sup>20</sup>

Contudo, foi a partir da edição da lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que o legislador definiu as linhas mestras que guiarão os tribunais na implantação do sistema informatizado. Tal lei se divide em quatro capítulos e trata, separadamente, dos seguintes temas: da informatização do processo judicial, da comunicação eletrônica dos atos processuais e do processo eletrônico. O uso de meio eletrônico na comunicação de atos e transmissão de peças processuais será aplicado aos processos civil, penal e trabalhista em todos os graus de jurisdição.

<sup>18</sup> REINALDO FILHO, *op. cit.*

<sup>19</sup> DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 8 ed., Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2007, p. 4540.

<sup>20</sup> VENDRAMINI, Larissa. Lei de informatização - Publicidade das decisões tornou a Justiça mais acessível. *Revista consultor jurídico*, 26 fev. 2007. Disponível em: <https://conjur.estaduas.com.br/static/text/53136>. Acesso em: 19 de mar. 2008.

Ademais, não obstante essas mudanças, há algum tempo os tribunais de todo o país já disponibilizam ao público, em site próprio, informações sobre o andamento de processos, jurisprudência e inteiro teor de despachos, sentenças e acórdãos. A maioria das Cortes oferecem também acesso ao sistema "push", que se constitui serviço gratuito, via e-mail, de informações processuais.<sup>21</sup>

#### 4 RELEVANTES INOVAÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INSERIDAS PELA LEI 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006 COM A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

A Lei n.º 11.419/2006, em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe enormes inovações a serem introduzidas pelo Poder Judiciário, incluindo o parágrafo único no artigo 154 do Código de Processo Civil com a seguinte redação:

Art. 154 - Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Cumprе ressaltar que em relação à forma desses atos, o Código de Processo Civil já utilizava o princípio da instrumentalidade das formas, implicando a não necessidade de obediência de forma específica dos atos processuais, exceto se a lei assim exigir, se puder atingir o fim a que se destinam.

<sup>21</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 52.

Preconiza em estudo processual o Professor José Frederico Marques: "Complementando o princípio da legalidade das formas, surge, assim, o denominado princípio da instrumentalidade das formas, na apreciação do ato processual; a verificação de ter o ato atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais."<sup>22</sup>

Ao ser acrescentado o parágrafo único ao artigo 154 do Código de Processo Civil, não houve transgressão ao princípio da instrumentalidade, pelo contrário, foi aplicado na sua essência, dando suporte aos estudiosos do direito que já sustentavam a capacidade de os atos processuais formalizados eletronicamente atingirem suas finalidades. Cumpre destacar que tal posicionamento não é recente, em julgados da década de 40 já se verifica quando se comenta sobre o Código de Processo Civil, recém-publicado àquela época.<sup>23</sup>

Quando o princípio da legalidade e da instrumentalidade coexistirem harmonicamente, sem quebra da Justiça, nunca poderá a norma processual atingir e aniquilar o bem jurídico emanado da lei. A função da lei adjetiva é pacificadora e não pode ser fonte de novos distúrbios no equilíbrio jurídico-social. Por isso que, quanto mais progride a ciência jurídica na busca de seus fins, menos importância dá à nulidade. O atual Código de Processo Civil, neste particular, muito melhorou a legislação anterior.<sup>24</sup>

A referida lei tratou de disciplinar a informatização do processo judicial em sua plenitude pelos órgãos judiciários, proporcionando seu total acesso pela internet. Preocupado o legislador com a prática de atos judiciais por meio eletrônico,

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>23</sup> MARCIEL, Rafael Fernandes. *A lei 11.280/06 e o processo civil virtual*. Disponível em: <[http://www.mundomarcial.com.br/m\\_art\\_view.php?ltx\\_ag=11](http://www.mundomarcial.com.br/m_art_view.php?ltx_ag=11)>. Acesso em: 19 abr. 2008.

<sup>24</sup> Idem.

criou-se a Lei nº. 11.419/06, regulamentando fases, atos ou aspectos específicos do trâmite processual, adotando como princípio a validade de todas as atividades necessárias à implantação de um processo totalmente eletrônico. Firma a referida Lei que qualquer ato processual realizado por meio eletrônico receberá a presunção legal de validade.<sup>25</sup>

Essa nova tecnologia veio promover múltiplas vantagens ao serviço do Poder Judiciário, dentre as quais se destacam a eliminação do uso de papel e a criação de meios administrativos capazes de gerar celeridade do procedimento judicial com baixo custo operacional. O computador deixará de ser apenas uma ferramenta utilizada para operar programas aplicativos, passando a ser um instrumento de manifestação de vontade. Esta é uma enorme diferença.<sup>26</sup>

A primeira e a mais relevante das inovações a ser citada da respectiva Lei foi a de permitir o uso do meio eletrônico, na tramitação dos processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais no âmbito civil, penal e trabalhista, assim como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, focando sua abrangência a todas as instâncias judiciárias e processos de qualquer natureza. Vale salientar que, até então, excetuados os casos previstos na Lei 9.800/1999, só havia autorização legislativa para a prática de atos processuais virtuais na Justiça Federal.

Prosseguindo, a Lei 11.419/2006 definiu o que seria meio eletrônico e transmissão eletrônica e criou uma nova modalidade de assinatura, igualmente capaz de conceder validade jurídica a documentos, obtida mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário. Antes da edição da Lei explanada, os documentos só gozavam de validade jurídica se fossem assinados digitalmente. Agora, a digitalização dos procedimentos será

<sup>25</sup> REINALDO FILHO, *op.cit.*

<sup>26</sup> MADALENA, Pedro. *Processo judicial virtual. Automação máxima*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10656>>. Acesso em: 31 mar. 2008.

feita desde o envio de petições, seu armazenamento, até o final do processo, tendo por sua vez os órgãos do Poder Judiciário de manter equipamentos de digitalização e de acesso à internet à disposição dos jurisdicionados, para tornar possível a efetivação de peças processuais, bem como o acompanhamento digital do andamento do processo eletrônico.

A possibilidade de utilização dos meios digitais para a comunicação dos atos processuais foi outra novidade, conferindo maior celeridade ao processo, pois foi facultada a criação do Diário da Justiça eletrônico, facilitando ao advogado todo o controle dos prazos processuais. Fator também relevante a ressaltar foi ser conferido às intimações por meio eletrônico, até mesmo da Fazenda Pública, com o devido cadastro prévio no tribunal competente. O que como se observa será bastante eficiente, porque diminuirão as atribuições dos oficiais de justiça, dando maior celeridade ao cumprimento dos mandados. As citações de todas as partes do processo também poderão ser realizadas virtualmente, desde que a integra dos autos seja acessível ao citando; no entanto, foi afastada a citação virtual no âmbito penal. Quanto às comunicações por cartas precatórias, rogatórias e de ordem passou a ser permitido com a legislação em vigor sua efetivação por meio eletrônico, reduzindo significativamente o lapso temporal para a sua efetivação.

A Lei 11.419/2006 também trouxe prescrições acerca da contagem dos prazos e do período em que podem ser praticados os atos processuais. Tradicionalmente e consoante o Código de Processo Civil, esses devem realizar-se das 6 às 20 horas. No entanto, de acordo com a nova lei, os atos consideram-se realizados no dia e hora de seu envio ao sistema do Poder Judiciário, sendo tempestivos desde que transmitidos até as 24 horas do seu último dia.

Outro ponto muito importante de mudança apresentada pela Lei 11.419/2006 é a possibilidade de a distribuição e a juntada de petições poderem ser feitas diretamente pelo advogado, sem a intervenção do cartório ou da secretaria e serem considerados tempestivos desde que efetivados até as 24 horas do último dia. Assim, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por algum motivo técnico, o prazo ficará automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema. Embora não se exija da parte a prova da indisponibilidade, é recomendável que, por cautela, ela a documente.<sup>27</sup>

Essa disposição é de extrema importância prática, configurando-se como essencial para promover a segurança no processo eletrônico.<sup>28</sup>

Cumpra salientar que ao tratar da validade jurídica dos documentos eletrônicos, a lei 11.419/2006 derroga tacitamente o artigo 2º da Lei 9.800/99 no qual dispõe: "A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais serem entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término."<sup>29</sup> Hoje os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos, com a devida certificação digital, serão considerados originais para todos os efeitos legais, assim como os extratos digitais e documentos digitalizados produzidos pelas partes, salvo quando lhes for impugnada a autenticidade nos termos do artigo 225 do Código Civil, e

<sup>27</sup> NEGRÃO; GOUVEA, *op. cit.*, p. 1858.

<sup>28</sup> VENDRAMINI, Larissa. Lei da informatização - publicidade das decisões tornou a Justiça mais acessível. *Revista consultor jurídico*, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/bxjs/55136,1>> Acesso em: 19 mar. 2008.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei n.º 9.800 de 26 de maio de 1999. Dispõe sobre a permissão das partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em: <[http://www.trf02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/9800\\_99.htm](http://www.trf02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/9800_99.htm)> Acesso em: 02 abri. 2008.

inciso IV do artigo 365 do Código de Processo Civil. Sabe-se, porém, que arquivos e aparelhos eletrônicos são suscetíveis de pane, seja por parte física ou lógica, vírus, etc. Preocupado com essa possibilidade, o legislador obrigou ao detentor dos originais dos documentos a guarda do material por certo período.<sup>30</sup> Ainda com relação à digitalização de documentos, é importante frisar que nem tudo pode ser transferido para o computador com boa qualidade. Nesse caso, o documento deverá ser apresentado ao cartório ou secretaria no prazo de 10 dias contados do envio de petição eletrônica.<sup>31</sup>

A Lei 11.419/2006 em seu artigo 12 possibilita por sua vez a conservação dos autos do processo unicamente por meio eletrônico. No entanto, os autos deverão ser protegidos por meios de segurança de acesso e seu armazenamento deverá garantir a preservação e integridade dos dados.<sup>32</sup> Consta-se ser imprescindível o investimento dos tribunais na segurança de toda documentação, pois, constantemente, se é surpreendido com notícias de invasões a sistemas eletrônicos, supostamente invioláveis, por *hackers*.

Na parte referente às disposições gerais, chama a atenção, primeiramente, o *caput* do artigo 14 que trata da obrigação de se utilizar o denominado *software livre* que, segundo a definição criada pela *Free Software Foundation*, é qualquer programa de

computador que pode ser usado, copiado, estudado, modificado e redistribuído sem nenhuma restrição.<sup>33</sup> Tal preceito fundamenta-se em diversos fatores, tais como, redução de gastos com licenças periódicas, maior estabilidade, resolução de problemas pelos próprios servidores públicos devidamente capacitados para tanto e, especialmente, possibilidade de padronização do sistema entre os tribunais, de forma a facilitar a integração entre os órgãos<sup>34</sup>. No que diz respeito ao parágrafo único do artigo 14<sup>35</sup>, vislumbra-se a previsão de necessária identificação, pelos sistemas a serem desenvolvidos pelo Poder Judiciário, de casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada; essa passará a ser verificada imediatamente pelo próprio sistema virtual, vetando o prosseguimento de ação já em curso. A transparência é tamanha que permite que a decisão judicial seja intervinda pelo próprio computador.<sup>36</sup>

Podese citar também como pontos relevantes a obrigação de informar o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, exceto se tal exigência comprometer o direito de acesso à justiça e a possibilidade de que os livros cartorários e demais repositórios judiciais possam ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

<sup>31</sup> LOPES, Leopoldo. Processo e procedimentos judicial virtual - comentários à Lei 11.419/06 e suas importantes inovações. *Direito eletrônico*. Disponível em: <<http://direitoeletronico.wordpress.com/2007/03/10/processo-e-procedimento-judicial-virtual-%E2%80%93-comentarios-a-lei-1141906-e-suas-importantes-inovacoes/>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 22 de mar. 2008.

<sup>33</sup> WIKIPÉDIA. Enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Especial%3ASearch&search=Software%20livre%2C&sim0=1>>. Acesso em: 03 abr. 2008.

<sup>34</sup> LOPES, op. cit.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

<sup>36</sup> PAIVA, Mário. Informática: o futuro da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, a. XI, n. 244, p. 30, 15 de março de 2007.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

Ademais, os próprios órgãos judiciários, aos quais compete regulamentarem a Lei sobre o processo virtual, consideram-na uma excelente medida, vez que afastará o processo legislativo revestido de uma burocracia intrínseca a sua essência.<sup>10</sup>

Por fim, vem o artigo 19 da presente Lei em estudo convalidar os atos praticados por meio eletrônico antes da data da sua publicação, mas apenas explicitando ser somente aqueles que tenham atingido sua finalidade, sem qualquer prejuízo das partes. E o artigo 20 vem firmar as alterações no Código de Processo Civil, com o intuito de adaptar suas disposições às novidades trazidas com a informatização do processo.

## 5 QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO VIRTUAL

A Lei 11.419/2006 trouxe, indubitavelmente, inúmeras vantagens para o processo jurisdicional brasileiro. A partir da lei foram efetivadas alterações concretas que permaneciam apenas na legislação programática e na obra dos doutrinadores. A primeira grande vantagem consiste em conferir maior celeridade ao processo e modernizar a justiça brasileira.

A Justiça Virtual, além de trocar o papel pelo armazenamento dos autos em meio digital, evita uma série de derivações causadoras de morosidade na justiça. É o caso da carga dos autos pelos advogados ou do extravio de documentos e dos próprios autos, que reclamam um processo especial para restauração. A nova sistemática acaba com os arquivos, onde moram os autos, democratiza o acesso à justiça e facilita a consulta de informações. Outro triunfo da lei é oferecer maior

<sup>10</sup> PAIVA, op. cit. p. 30.

transparência às decisões, mediante acesso público, via internet, aos processos.<sup>11</sup>

Os trâmites processuais também foram facilitados, por meio da geração, transmissão e armazenamento de atos processuais. Em relação a cartas precatórias, rogatórias e de ordem, se essas forem feitas por meio eletrônico, haverá uma gritante redução do tempo em relação ao modo tradicional, em que, frequentemente passam anos para serem cumpridas.

Para os profissionais que lidam com o processo, especialmente os advogados, a lei possibilita um aproveitamento maior do tempo. Como os atos considerar-se-ão realizados no dia e hora do seu envio ao Poder Judiciário, esse profissional terá até as 24 horas do último dia para protocolar as petições. Também o controle dos prazos processuais será mais simples, uma vez que pode ser feito através do Diário da Justiça eletrônico.

Por sua vez, os pontos fracos do sistema eletrônico estão relacionados, sobretudo, na dificuldade de implantação, adaptação e exequibilidade do processo virtual. Não obstante todo esse esforço legislativo, a relação causa-efeito entre estabelecer mecanismos aptos para acelerar o procedimento e obter um processo célere, justo e eficaz não é tão direta e evidente. Não se pode esquecer que não é suficiente apenas empreender uma tentativa cega de conferir celeridade ao procedimento. Aliás, esse é o grande erro de todas as reformas promovidas, que não atingem o cerne da morosidade judicial.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> CARDOSO, Antônio Pessoa. Justiça Virtual. *Revista Jurídica Consules*, Brasília, DF, n. X, n. 217, p. 55, 31 de jan. 2006.

<sup>12</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Duração Razoável e Informatização do Processo Judicial*. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/maio\\_junho2007/N:8\\_016\\_Lucon.p.368-384.pdf](http://www.panoptica.org/maio_junho2007/N:8_016_Lucon.p.368-384.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

Restam dúvidas se os tribunais tornarão os sistemas seguros, se os protocolos virtuais serão adequados, se as petições eletrônicas manter-se-ão íntegras. Porém, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a experiência já vem sendo utilizada com surpreendentes celeridade, transparência e segurança.

Outro problema se dá pela realidade social brasileira, porquanto grande parte da população não possui acesso à internet ou mesmo computador, ficando, assim, à margem do sistema. Desse modo, faz-se mister que o Estado esteja preparado para manter equipamentos de digitalização e de acesso à internet à disposição dos jurisdicionados, de forma a tornar possível a efetivação das peças processuais, bem como o acompanhamento digital do andamento do feito.

Por fim, sabe-se também que um dos grandes problemas a serem enfrentados está em torno da proteção do direito à intimidade e à privacidade do cidadão, principalmente quando se fala na sua divulgação por meio virtual.

O direito à intimidade é o direito do indivíduo de não deixar que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Tem por característica a não exposição dos elementos da vida íntima. Na Constituição nacional é tratado como previsão de que "são invioláveis a intimidade e a vida privada". A intimidade, pensamento íntimo das pessoas, e vida privada, direitos de excluir de terceiros que não se deseja tornar público, compreende os pensamentos, emoções, sentimentos, conversas, aparência, comportamento e horários. O direito a intimidade e a vida privada são garantidos por lei nas constituições de quase todos os países do globo terrestre. A violação da privacidade em ambiente internet ocorre quando informações pessoais do usuário e a publicidade de sua vida íntima passam a ser do conhecimento de pessoas não autorizadas.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> FREIRE, Alexandre. O eterno legado do direito à intimidade. Disponível em: [http://www.magicweb.com.br/afreire/artigo\\_mar2005.htm](http://www.magicweb.com.br/afreire/artigo_mar2005.htm). Acesso em: 03 de abril de 2008.

Nesse diapasão, a solução para tais direitos serem respeitados, com a inclusão virtual no Judiciário, seria o acesso restrito a *home page* apenas aos advogados, que exercem função essencial à administração da justiça nos termos da Constituição Federal, e às partes no processo, evitando-se, assim, a ocorrência de práticas abusivas, de difícil comprovação em juízo. O acesso, entretanto, só seria possível mediante número do feito e documento de identificação pessoal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de adaptar-se à "era da informática e digitalização" alcançou também o mundo jurídico. Embora estruturado em uma época em que o documento cartular constituía o único meio de prova dos atos jurídicos para os quais a lei exigia forma escrita como requisito formal, para não sucumbir à demanda social e se manter atual e eficiente, o Poder Judiciário procura a substituição do papel pelo meio eletrônico.

Sabedor de que a morosidade é o maior fator de insatisfação com o Judiciário brasileiro, o Estado, através da informatização do processo, ataca frontalmente um de suas mais importantes causas: a burocracia. Além disso, o Poder Judiciário busca, através do processo eletrônico, garantir a todos, no âmbito judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", conforme preconiza o inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal.<sup>42</sup> Ademais, a informatização do processo judicial permitirá uma maior publicidade e fiscalização do trabalho dos magistrados e serventuários, uma vez que haverá uma maior transparência do trâmite processual e das decisões, cujo conteúdo estará acessível ao público, via rede mundial de computadores, excetuando-se apenas aqueles

<sup>42</sup> MORAIS, op. cit.

processos nos quais se procura preservar o interesse público ou a intimidade do indivíduo.

O presente artigo teve por objetivo explicitar as modificações na legislação processual civil pátria em relação ao processo eletrônico, bem como a repercussão dessas inovações no ordenamento jurídico, as vantagens e desvantagens do sistema informatizado e a necessária adequação dos dispositivos alterados em face dos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da inafastabilidade da jurisdição, da publicidade dos atos jurisdicionais e do direito à privacidade do indivíduo. Não deixa a legislação em vigor qualquer tipo de dúvida diante de uma tendência inevitável: o aproveitamento do avanço tecnológico como caminho para possibilitar ao Estado uma entrega adequada, célere e efetiva da prestação jurisdicional.

#### ABSTRACT

The objective this work been show the need to modernise the Judiciary using the virtual process, addressing the enormous advantages stemming with the institution of the electronic process in the Brazilian legal system, focusing on the changes in civil procedural law with the advent of Law no. 11419, December 19, 2006 which regulates the use of virtual process in all spheres legal, transcorrer in the study showing that the Act be the electronic unveils a fundamental instrument for the development and optimization of the process because of the speed that be achieved in the provision of judicial protection.

Key-words: Civil Process. Computerisation. Eletronic Process. Speed Process.

## 7 REFERÊNCIAS

ALBERTON, Carla Marlise da Silva. O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo. *Páginas de Direito*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060418oprincipio.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. *Jus navigandi*, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=771>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

ATHENIENSE, Alexandre. Informatização exige cautela para evitar apartheid. Os desafios da informatização processual na Justiça brasileira após a Lei nº 11.419/2006. *Jus navigandi*, Teresina, a.o. 11, n. 1536, 15 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10417>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BOTELHO, Fernando Neto. *O processo eletrônico escrutinado*. Aliceramos.com. Disponível em: <<http://www.aliceramos.com/view.asp?materia=1332>>. Acesso em: 21 mar. 2008.

BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006: Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em 22 de mar. 2008.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Justiça virtual. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, a. X, n. 217, p. 55, 31, jan. 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 06 ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. v. 1.

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

DONIZETTI, Elpidio. *A última onda reformadora do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges; COSTA, Marcos da. Problemas no caminho do processo digital. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, DF, a. XI, n. 250, p. 48 - 49, p. 49, 15 jun. 2007.

FERRARI, Katharina Maria Marcondes. O princípio da razoável duração do processo e os prazos para a emissão dos pronunciamentos do juiz. *Jus navigandi*, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://estudandoodireito.blogspot.com/2006/08/o-princo-dos-pronuncimentos-do-juiz.html>>. Acesso em: 21 mar. 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. Mecanismo polêmico, mas eficaz. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, DF, a. IX, n. 202, p. 25, 15 jun. 2005.

FREIRE, Alexandre. O eterno legado do direito à intimidade. Disponível em: <[http://www.magicweb.com.br/afreire/artigo\\_mar2005.htm](http://www.magicweb.com.br/afreire/artigo_mar2005.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2008.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. A potencial maximização da transparência do judiciário no processo civil telemático. O duelo entre a publicidade processual e o direito de privacidade na Lei nº. 11.419/2006. *Jus navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1276, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9334>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

LEMOS, Alexandre Bonfanti de. A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos. A reforma do poder judiciário - uma abordagem sobre a emenda constitucional 45/2004. Campinas: Millenium, 2006.

LOPES, Leopoldo. Processo e procedimento judicial virtual - Comentários à Lei 11.419/06 e suas importantes inovações. *Direito eletrônico*. Disponível em: <<http://direitoeletronico.wordpress.com/2007/03/10/processo-e-judicial-virtual>

<[http://www.panoptica.org/maio\\_junto2007/N.8\\_016\\_Lucon.p.368-384.pdf](http://www.panoptica.org/maio_junto2007/N.8_016_Lucon.p.368-384.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Duração razoável e informatização do processo judicial**. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/maio\\_junto2007/N.8\\_016\\_Lucon.p.368-384.pdf](http://www.panoptica.org/maio_junto2007/N.8_016_Lucon.p.368-384.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

MADALENA, Pedro. **Processo judicial virtual: automação máxima**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10656>>. Acesso em: 31 de mar. 2008.

MARCIEL, Rafael Fernandes. **A lei 11.280/06 e o processo civil virtual**. Disponível em: <[http://www.murilomaciel.com.br/m\\_art\\_view.php?Idx\\_ag=11](http://www.murilomaciel.com.br/m_art_view.php?Idx_ag=11)>. Acesso em: 19 abri. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1858.

PAIVA, Mário. Informática: o futuro da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, a. XI, n. 244, p. 30, 15 mar. 2007.

SANTOS, Ana Cristina Batista. Informatização judicial. Realidade urgente. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, DF, a. X, n. 236, p. 52, 15 nov. 2006.

REINALDO FILHO, Demócrito. A informatização do processo judicial. Da Lei do fax à Lei 11.419/2006: uma breve retrospectiva legislativa. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310107.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

RIOS, Danilo. Processo Judicial Eletrônico. **Aviso urgente**, 11 nov. 2007. Disponível em: <[http://www.avisourgente.com.br/ste\\_pagina.asp?ID=684&usuario=&senha=&TP=1](http://www.avisourgente.com.br/ste_pagina.asp?ID=684&usuario=&senha=&TP=1)>. Acesso em: 20 mar. 2008.

VENDRAMINI, Larissa. Lei da informatização: publicidade das decisões tornou a Justiça mais acessível. *Revista Consultor Jurídico*, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53136,1>>. Acesso em: 19 de mar. 2008.

## AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN E DA VITIMODOGMÁTICA

Ana Clara Montenegro Fonseca

Advogada, Mestranda em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Gama Filho - UGF. Professora de Graduação das Faculdades Integradas Barros Melo e da Faculdade Integrada do Recife - FIR.

### RESUMO

Autocolocação da vítima em risco é uma criação jurisprudencial alemã que pressupõe um conceito de vítima interativa com o autor e a meio social. A própria vítima coloca-se em uma situação de perigo ou permite que outrem o faça, contribuindo para a etiologia do crime e refletindo na valoração da responsabilidade penal do suposto autor. Essa colaboração vitimal, na perspectiva da imputação objetiva de Claus Roxin, espelha uma excludente da tipicidade e não é alcançada pela finalidade protetora da norma. Entendimento semelhante encontra-se também na corrente radical da tendência vitimodogmática, que busca inserir a colaboração da vítima na interpretação da sistemática do delito. Já a posição vitimodogmática moderada considera a mesma como justificante supralegal, aplicável a casos pontuais. De se ver, que a referida autocolocação permite a introdução nos estudos penais da figura da vítima, relegada ao esquecimento desde o monopólio do ius puniendi pelo Estado, e compatibiliza-se com as ideais ultima ratio, fator negativo à incidência da potestade penal.

Palavras-chave: Vítima. Imputação objetiva. Vitimodogmática.

Observação: O texto foi revisado, com alterações autorizadas pela autora.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: LINHAS GERAIS SOBRE A AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO. 2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DE CLAUS ROXIN. 2.1 Autocolocação da vítima em risco: critério negativo de imputação. 3 AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO NA PERSPECTIVA VITIMODOGMÁTICA. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO: LINHAS GERAIS SOBRE A AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO

A autocolocação da vítima em risco (*lato sensu*)<sup>1</sup> integra o fim de proteção da norma de cuidado<sup>2</sup>, um dos critérios normativos norteadores da teoria da imputação objetiva, segundo a perspectiva de Claus Roxin. Trata-se de um elemento que evidencia a realização de um risco não permitido, inapto, pois, a ensejar a incidência da potestade penal. Para tanto, o resultado penalmente relevante deve encontrar-se na esfera de tutela jurídico-penal, o que não ocorre nas aludidas autocolocações.

O fundamento da exclusão da tipicidade, e, por conseguinte, da própria imputação penal, decorre do poder de autodeterminação da vítima (princípio da auto-responsabilidade) que consciente, livre e voluntariamente, arriscou seu bem jurídico ou permitiu (consentimento) para que um terceiro o fizesse.

Em simples palavras, a autocolocação da vítima em risco refere-se à uma conduta alheia aos tipos de lesão frente a qual

se quer tutelar o bem jurídico. Reporta-se a grupos específicos de casos que excepcionam o âmbito protetor da norma, não se sendo alcançados pela sua finalidade<sup>3</sup>, tais como: a autocolocação em risco (*stricto sensu*) e a heterocolocação consentida<sup>4</sup>.

Em verdade, afirma-se que é o poder de decidir livre e conscientemente, considerando-se o consenso do autor e a individualidade do bem jurídico posto em perigo, que inviabilizam a punição ao suposto agente do crime. A criação do risco ocorre por atitudes próprias da vítima, a qual poderia evitar resultados negativos para si, omitindo-se da prática desses perigos.

De se ver que a autocolocação dirige-se a uma aplicação tópica. Subsume-se a casos concretos pontuais, em que se parte de uma postura moderna de direito penal, a qual insere a vítima na análise do crime. A aceção de vítima requerida pelo instituto afasta-se, portanto, da anacrônica concepção de sujeito passivo, imbuído de inércia e candura. Emerge a vítima colaboradora na gênese do risco para si (colocando-se em perigo ou permitindo que outrem o faça), interagindo com o autor e o meio social.

A mudança paradigmática no conceito de vítima é promovida pelo "movimento vitimológico"<sup>5</sup>, o qual a valora

<sup>1</sup> O termo em alemão é *reichweite des tatbestands*.

<sup>2</sup> Ilustra a situação o julgado do Tribunal alemão negando a existência de homicídio em caso de traficante que entrega droga para vítima responsável (BGHSt 32, p.262): "Autocolocações em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquela que instiga, possibilita ou auxilia tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões" (Op. cit., nota 2, p.108).

<sup>3</sup> Ocorrido em meados de 1930 com o desenvolvimento da Vitimologia, Benjamin Mendelssohn e Han Von Hentig passam a investigar as tipologias vitimais e evidenciam que a vítima "pode constituir fator desencadeante na etiologia do crime e assumir em certos casos uma postura que integre o delinco". NEUMAN (1984, apud NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Vitimologia: lineamentos à luz do art. 59, caput, do Código Penal Brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/diagnostico/texto.asp?id=5061>. Acesso em: 6 jan. 2006.

<sup>1</sup> Trata-se do instituto da autocolocação em risco como aquele que abarca tanto os casos de colocação própria em perigo da vítima (autocolocação), assim como daqueles em que ela consente para que outrem o faça (heterocolocação consentida).

<sup>2</sup> Em alemão, a palavra é *gefährdungsbereich*, a qual literalmente seria "dispositivo de evitação do perigo" (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 11).

cientificamente, constatando as diversas tipologias vitimais. Na atualidade, vislumbra-se ao lado das vítimas ideais, que não criam o risco para etiologia do crime, as interativas ou relacionais, que desencadeiam o processo de autovitimização.

Desse modo, apesar de a vítima ser entendida genericamente como a titular do bem jurídico prejudicado, reveste-se, não raras vezes, tal qual as ovelhas que atraem os lobos nos campos<sup>6</sup>, de caráter instigador à própria vitimização. Portanto, conforme aduz Bittencourt<sup>7</sup> mais adequado é concebê-la como a "pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso" (sem grifos no original).

Lançado esse primeiro avanço, outros estudos científicos, ao lado da referida teoria da imputação objetiva, sobre a colaboração da vítima de crimes persistem nas pautas jurídicas. Iniciam-se pesquisas de cunho dogmático a respeito da contribuição da vítima para a origem do delito. Eis que surge a chamada vitimodogmática.

A tendência vitimodogmática, por seu turno, busca averiguar em que condições a contribuição da vítima importa no sistema de imputação do resultado ofensivo ao desviante. Tenciona edificar proposições teóricas que ponham em evidência, quiçá tornem manejável na prática, a parcela contributiva da vítima para a sistematização do crime. Com isso, produz efeitos negativos à atribuição total do resultado ao presumido autor. Logo, possui evidente naipe redutor da incidência penal nos problemas que envolvem a participação da vítima, ajustando-

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Edmundo. Novos ramos da vitimologia: o crime precipitado pela vítima. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.9, n.107, p. 17, out. 2001. Parafraseando a intenção do referido autor tem-se que a inércia pode inexistir na conduta da vítima, pois há casos em que ela interatua com o agente e o meio, originando o chamado crime precipitado.

<sup>7</sup> BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Vítima - Vitimologia*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v.77, p. 480.

se aos ideais político-criminais da *ultima ratio* (intervenção mínima e fragmentariedade). No que tange à essa abordagem dogmática sobre a vítima, elucidativos são os dizeres de Jesús María Silva Sánchez<sup>8</sup>, o qual identifica duas posições centrais na doutrina alemã, in verbis:

a moderada, defendida por Jakobs e Hassemer, que entende que o comportamento da vítima deve ser considerado na fixação da pena, mas tal consideração não pode extrapolar os limites da tipicidade e não ser por expressa previsão legal; há de outro lado uma mais radical, defendida por Bernd, sustentando que um enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o *ius puniendi* do Estado pode conduzir, em certos casos, a uma total isenção de responsabilidade do autor. Este é o princípio da auto-responsabilidade da vítima que conduz ao princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua utilização como *ultima ratio*. A vítima tem um dever de proteger a si própria com atitudes defensivas exigíveis, usuais e possíveis. Se ela, devendo se proteger não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída, e o autor fica isento de pena.

Verifica-se que a própria autocolocação da vítima em risco passa a ser tratada em âmbitos paralelos, a saber: pela imputação objetiva, como obstáculo à completude do tipo objetivo (da tipicidade) e pela vitimodogmática, como pretensão elementar dogmática que ora apresenta-se sob a forma de princípio da auto-responsabilidade vitimal, apto a excluir a tipicidade, ora como causa supra-legal de exclusão da ilicitude.

Cumprе esclarecer, que a da teoria da imputação inclina-se à mudança metodológica da própria análise do crime. Afasta-se do ontologismo finalista da própria teoria da ação. Sustenta que os tipos penais delimitam-se por critérios nor-

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La "vítima-dogmática" en el derecho extranjero. *Victimologia*. Cursos de Verano em San Sebastian, VIII. Dirigido por Antonio Bertrán e José de la Cuesta. Servicio Editorial universidad del País Vasco, p. 108-112.

mativos, dentre estes a autocolocação. Já a vitimodogmática não tem como pressuposto essa virada no método de investigação e limitação do tipo de injusto. Vislumbra-se apenas a possibilidade de abertura da dogmática contemporânea às influências da vítima, sem tocar no conteúdo empírico inerente ao crime.

Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva revitaliza o mérito de se estudar não apenas a atuação do delinquente, mas também da vítima, a qual pode constituir critério negativo para a imputação do evento danoso ao presumido autor. Limitadamente, evidencia-se que a vítima influi no entendimento do crime, e, por consequência, no exame da imputação do curso lesivo ao seu verdadeiro causador, configurando-se, paralelamente à figura do autor, aspecto precioso na relação de causalidade jurídica entre ação e resultado.

A proposição do instituto em tela pela dogmática jurídico-penal moderna, cuja aceitação é freqüente na esfera jurisprudencial e doutrinária alienígenas (mormente de cepa alemã), encontra óbices no território nacional. A resistência reflete uma postura arraigada às tradições dogmáticas que vislumbra a imputação objetiva como recurso supérfluo e desnecessário, ao deslinde das questões de atribuição da responsabilidade penal, resolúveis pelas teorias<sup>9</sup> já vigentes no ordenamento jurídico<sup>10</sup>.

Em que pese melhor juízo, a imputação afigura-se como instrumento de cabedal relevo, inclusive para diversos estudiosos brasileiros. Porém, mesmo para estes, a teoria ainda sofre negativas em virtude do sistema jurídico-penal nacional,

<sup>9</sup> A citação remete-se às teorias da equivalência de condições, da causalidade adequada e da adequação social.

<sup>10</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.9, n.107, p. 7-9, out. 2001.

o fechado (normativo-formal)<sup>11</sup>. Este se distancia da realidade social, pouco servindo para mitigar a crescente e assustadora criminalidade brasileira. Por isso, os adeptos da teoria propõem um sistema aberto<sup>12</sup>, embasado em uma dogmática jurídico-penal relacionada com a política criminal.

De-se ressaltar que a imputação aludida, embora não prevista expressamente na codificação pátria e enfrente essas pseudo-incompatibilidades, não tem sua aplicação efetivamente vedada pelo ordenamento, contando com progressiva adesão de alguns penalistas pátrios. Estes interpretando o art.13 do Código Penal, que trata da relação de causalidade, à luz de seus critérios, vislumbram eficazes meios à sua aplicabilidade aos conflitos jurídicos no território pátrio<sup>13</sup>.

Inobstante os fatores controversos da teoria sobredita, ela tem sido recepcionada por inúmeros doutrinadores na Alemanha, Espanha, Portugal, Argentina, Colômbia, Chile, Brasil etc.<sup>14</sup>, influenciando na teoria do delito e gerando as correntes funcionalistas assim denominadas por defenderem que a dogmática e a técnica jurídica devem ceder espaço para os fins superiores do direito penal e sua função de regular os comportamentos sociais, promovendo verdadeiramente a justiça<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Trata-se de um sistema que tem como limite os sentidos da própria lei, dedutíveis por meio de uma lógica estritamente formal, não atendendo às questões de criminalidade contemporâneas (A esse respeito, *Op. cit.*, i.v. nota 10).

<sup>12</sup> Adotando-se o sistema aberto, atinge-se a uma tipificação mais precisa e adequada, uma vez que este permite o acréscimo de fatores outros na análise da imputação do fato ao presumido agente (Cf. *Ibid.*, *loc. cit.*).

<sup>13</sup> Cf. ZANONI, Fernando Henrique. Aspectos dogmáticos (da) (te)óricos da imputação objetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8021> Acesso em: 10 mar. 2006. p. 2-3.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p.124, nota 2.

<sup>15</sup> REMERSAL in in apud CARVALHO, Alexandre Victor. *Vítima e Dogmática*. In: SÉGUIN, Elida. *Vitimologia no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.10.

É de parecer, refutando, inclusive, um de seus argumentos contrários, que a imputação objetiva possui amplitude científica, se comparada com a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), da causalidade adequada e da adequação social. Apresenta institutos de solução apropriados à precisa definição do juízo de imputação, tais como: a criação do risco permitido, o incremento ou diminuição do risco, o princípio da confiança, a proibição de regresso, os cursos causais hipotéticos e a influência da vítima (com autocolocações em risco, heterocolocações, através de provocações e do consentimento).

Podese dizer que a teoria da imputação objetiva pretende formular mecanismos normativos, que descrevam em que consiste uma conduta típica, e, que sejam aptos a delimitarem a responsabilização objetivamente de seu autor, levando em conta, o comportamento vitimal.

Destarte, oferece-se uma nova maneira de se interpretar o nexa causal, por meio da qual o resultado juridicamente relevante só será imputado ao agente quando este for criador de um risco não permitido no ordenamento<sup>16</sup>. Aparta-se dos meios causais irregulares de imputação e da visão simplista e unilateral do direito penal, pois insere a colaboração da vítima para a ocorrência do resultado lesivo, como elemento prejudicial à referida imputação.

Dito de outra forma, a imputação objetiva é a renovada e prévia análise sobre o tipo objetivo que permite o exame da postura da vítima em nível tipicidade através do critério normativo do alcance do fim de proteção da norma. Semelhante ao escopo da vitimodogmática, a qual se propõe a estudar a conduta da vítima na origem do crime, também como elemen-

<sup>16</sup> Op. cit., nota 2, p.136.

to restritivo de aplicação da responsabilidade penal, porém através de sua inserção na dogmática penal, sem alterações na estrutura da ação.

Sendo assim, as discussões ora encetadas limitar-se-ão ao exame do instituto, via teoria da imputação objetiva roxiniana. Pretende-se reafirmar a importância da teoria por suscitar a discussão sobre o comportamento da vítima, desiderato esse da nascente vitimodogmática.

Pelo exposto, propõe-se o abandono da perspectiva penal reducionista e da clássica postura acerca da relação criminosa, para se atingir uma alteração construtiva do assunto. Dessa forma, as idéias explicitadas em seqüência prescindem de radicalismo científico-jurídico. Contrariamente, invoca-se um olhar voltado às transformações sociais em curso, propenso à aquisição de percepções críticas e valorativas de novas vertentes resolutivas de conflitos da seara jurídico-penal.

## 2 IMPUTAÇÃO OBJETIVA POR CLAUS ROXIN

No estudo da teoria da imputação objetiva, sustentado pelo alemão Claus Roxin, o critério selecionado alude à política criminal<sup>17</sup>. Dessa maneira, o referido autor entende que os fenômenos jurídicos vão além de um simples processo causal, dirigido ou não. Importa a dimensão do sentido do processo determinado social e juridicamente. O conteúdo da tipicidade não é a ação, mas os fins da política criminal do ordenamento jurídico, de alcance da eficaz mitigação dos problemas sociais<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> O enfoque de Claus Roxin tem a pretensão de integrar a dogmática com a política criminal, configurando princípios superiores da dogmática penal na teoria penal, de modo a aclarar e ordenar conceitualmente os postulados penais, para que estes possam atender às orientações de política criminal (RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p.177).

<sup>18</sup> Roxin empreenderá análise do delito e seus elementos à luz de critérios político-criminais, sem os quais a solução de problemas jurídicos não tem valor. Considera o

Inicialmente, Claus Roxin elaborou proposta extensiva apenas para os delitos culposos, tratando da teoria do incremento do risco<sup>19</sup> para determinados grupos de casos. Entretanto, no começo da década de setenta, Roxin formula uma série de critérios normativos de imputação para os delitos de resultado, dolosos e culposos, a fim de atingir uma teoria desmembrada do dogma causal<sup>20</sup>. Dessa forma, empenha-se na elaboração de critérios determinantes da atribuição do resultado típico a uma ação exterior praticada pelo agente e com relevância jurídico-penal, cujo ponto comum e reitor entre eles é o princípio do risco.

Esses critérios normativo-negativos excluem, uma vez verificados, a atribuição penal frente à não-valorização do comportamento como juridicamente relevante para o resultado ou a não compreensão deste resultado no fim de proteção da norma. Nesta última descrição, localiza-se a chamada auto-colocação da vítima em risco, atitude na qual o bem jurídico não requer tutela penal. O tipo penal não abarca a proteção da vítima contra suas condutas arriscadas.

autor que para a tipicidade o critério básico é o de determinação da lei penal (associa o tipo ao princípio do *nullum crimen, relative* aos fins do encarceramento jurídico), para a antijuridicidade e o da solução social dos conflitos e para a culpabilidade é a noção de prevenção geral, não intimidadora, sendo voltada à integração positiva da sociedade, mirando à ressocialização visualizada pela necessidade e adequação jurídico-penal da sanção ao caso concreto (Vide ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito* elementos del delito en base (...) a la política criminal. Trad. Bustos Ramírez e Hernán Hornosotabal Malarée. Barcelona: PPU, 1992. p. 46 e ss.).

<sup>19</sup> Essa teoria postula a comparação com uma situação hipotética, observando o risco permitido e a conduta realizada pelo autor. Se a atuação do autor incrementasse o risco de lesão em relação à hipoteticamente permitida, ter-se-ia um fato culposos consumado, se não incrementasse inexisteria imputação do resultado. Por simples coerência tinha-se: se o autor criou um risco não permitido, a ele seria imputado o resultado (ROXIN, Claus. *Derecho Penal* Parte general. Trad. Diego Manuel Latorre Pena Miguel Díaz y García Conillado e Javier Vicente Remosal. Madrid: Civitas, 1977. T.I. p. 367).

<sup>20</sup> Sobre os critérios de imputação objetiva, a exemplo, da criação do risco permitido, proibição de regresso etc., ver ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002. p. 259 e ss.

## 2.1 Autocolocação da vítima em risco: critério negativo de imputação

No que tange especificamente ao critério de proteção da norma, assevera-se que este se relaciona com o âmbito limitador do risco permitido, ou seja, de criação do risco juridicamente relevante. A extensão punitiva do tipo deve abranger o gênero de risco criado pelo agente ao bem jurídico, o resultado e as circunstâncias dele advindas para ocorrer sua adequada imputação. O resultado, portanto, deve lesar o objeto que se encontra dentro da esfera de proteção da norma incriminadora.

Desse modo, Roxin aduz que além da realização do risco não permitido e do seu resultado subsequente, é necessário que este resultado englobe a finalidade de proteção da norma. Também, sublinha que essa norma só abrange danos diretos, não respondendo o autor por conseqüências secundárias – danos indiretos ou resultados à margem da extensão de incriminação da figura típica<sup>21</sup>.

Nesse raciocínio, ilustra o mesmo autor com o seguinte caso: um policial sabe que sua namorada tem intenções de suicidar-se. Ele deixa, por descuido, uma arma no banco de seu carro e sua namorada aproveita a oportunidade para disparar contra si mesma, suicidando-se. O esquecimento do policial gerou um perigo proibido para a vida de terceiros e esse se realizou. Porém, o resultado morte não poderia ser atribuído ao policial, porque a norma que proíbe matar não alcança a produção do resultado morte em suicídios de capazes<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Em termos práticos, ilustra-se o critério com o seguinte caso: sujeito levemente ferido no trânsito é internado num hospital, onde uma enfermeira, desconhecendo uma condição especial sua, ministra-lhe remédio que causa sua morte. O motorista não responderá pela morte, só pelas lesões leves que causou (LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 174).

<sup>22</sup> ROXIN (1989 apud PRAIO, Luiz Rego e CARVALHO, Érika Mendes. *Teoria da*

Inferese das idéias roxinianas que a partir do momento em que a vítima, podendo não se arriscar, o faz ou consente validamente, a conduta de disposição de seu bem jurídico está à margem da norma penal. Esta não tem o condão de proteger a vítima de autolesões ou de riscos criados pela mesma titular do bem. Seu âmbito de tutela visa impedir lesões de terceiros, contrários aos interesses da vítima, não quando ela consente para o previsível dano. Eis também o escopo da tendência vitimodogmática, embora esta, por vezes, pretenda tão só equacionar a punição do autor, deixando a tipicidade intocável.

Sobre a problemática, defende Juarez Tavares que a referida "decisão auto-responsável, provocando e consentindo no perigo de lesão, só exclui, porém, a imputação se o resultado advier exclusivamente do risco por ela assumido e não de outras falhas"<sup>21</sup> do agente. O autor faz a ressalva de casos que evidenciem claro auxílio, instigação ou induzimento ao fato criminoso, nos quais caberia a referida punição pela própria tipicidade das condutas.

De toda sorte, o alcance do tipo penal, ou seja, sua finalidade de proteção, refere-se ao âmbito de realização do risco juridicamente relevante. Deve-se, pois, observar se o tipo alcança os resultados característicos verificados no fato produzido. Impõe-se atentar se o tipo visava evitar o dano causado pelo autor, o que, em regra, aplica-se aos crimes culposos.

Outrossim, Roxin expõe três grupos nos quais fracassa a imputação pela ausência de alcance do tipo nos delitos dolosos, a saber: imputação de um resultado a um âmbito de responsabilidade alheio; colaboração a uma autocolocação dolosa

<sup>20</sup> Imputação do Resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.111.

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. *A Teoria do Injusto Penal*. 3.ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.294.

em perigo; e heterocolocação em perigo consentida<sup>24</sup>. Sendo o cerne deste estudo as duas últimas hipóteses que envolvem a vítima com fator influente no crime.

Em princípio, assevera-se que um verdadeiro estudo da autocolocação exige o reconhecimento prévio da evolução do conceito de vítima de crimes, concernente à noção de vítima intencional. Esta, em determinados casos, cria o risco para si mesma, colocando-se em uma situação que a leva ao resultado lesivo, ou permite que alguém o crie (heterocolocação consentida). Portanto, necessário se faz que a vítima propicie sua autovitimização.

Conseqüentemente, repudia-se a concepção de sujeito passivo como sinônimo de vítima, posto que a potencialidade desta no relacionamento com o criminoso e o meio social influem nomeadamente na gênese do crime. Assim, torna-se equívoca a genérica associação da mesma a um ser inerte, imbuído de forçosa e constante pureza.

Insuficiente também se afigura a simples consideração da conduta dinâmica da vítima face ao fato delitivo, sem que se apresentem os mecanismos jurídicos que sustentam juridicamente tal fato. Nessa linha, a atuação das vítimas de crimes dá-se pela sua conduta livre, voluntária e arriscada para a consecução do resultado lesivo que não obrigatoriamente foi desejado pelas partes, as quais, a princípio, apenas concordam na colocação em risco.

A autocolocação da vítima em risco, engenho jurisprudencial alemão, corresponde a um desdobramento da teoria da imputação objetiva. Sua origem remonta ao final da década de oitenta, quando aplicada em três ocasiões restritas, a saber: compartilhamento de agulha por toxicômanos, falecendo um deles pelo contágio

<sup>24</sup> *Op.cit.*, p. 20-23, nota 13.

de SIDA; participação em suicídio; e transmissão de SIDA por via sexual, quando o parceiro consente na conjunção, mesmo previamente advertido dos riscos pela pessoa infectada<sup>25</sup>.

Quanto à aceitação do instituto, perdura uma segregação de posicionamentos: de um lado, aqueles que não admitem a criação jurisprudencial germânica de forma autônoma, de outro, os que elaboram sua aplicação sistêmica na estrutura dogmática tradicional. Contudo, sua conformação constitui jurisprudência pacífica, enquanto meio resolutivo de casos concretos nos Tribunais germânicos<sup>26</sup>.

Em se tratando dos refratários à sua autonomia<sup>27</sup>, os seus argumentos recaem na inferência de que o instituto provoca confusão ao raciocínio jurídico na resolução de problemas técnicos, notavelmente em casos que envolvem drogas de se concluir que o admitem em ocasiões distintas passíveis de solução pela aplicação mais flexível de institutos jurídico-penais clássicos. Nesse sentido, Bonet expõe dois casos em que opositores da autocolocação manifestam sua contrariedade.

O primeiro versa sobre consumo de droga adulterada com cafeína, resultando a morte de um dos viciados, no qual a Corte alemã não puniu por homicídio culposo o companheiro do toxicômano, aduzindo que "a vítima conhecia o perigo de produção de um resultado de autolesão ou morte".

Acerca da situação os oponentes afirmam: não caber a autocolocação por se tratar de simples atipicidade da participação culposa, sobretudo, porque o fato principal é também

culposo; não se castigar, porque não houve participação, por exemplo, de um suicídio de maneira que estivesse tipicamente reconhecida no preceito a morte a pedido; inexistente posição de garante entre os toxicômanos; e autocolocação em perigo não é conceito geral superior à autolesão, porque aquela alcança a possibilidade de concreção do resultado que deve levar em conta o exame da parte subjetiva da conduta vitimal, o que o Tribunal não fez.

Aduzem, ainda, que tal hipótese não se encaixa em nenhum tipo objetivo<sup>28</sup>, faltando-lhe qualquer tipo de dolo e culpa que o fundamente juridicamente. Enfatizam que o Tribunal não sustenta bem o argumento da autocolocação sobre o conhecimento de ambos os drogados sobre o risco, o que não significa que tenha existido conduta auto-responsável, mas sim que, em sentido clássico, tinham ambos o mesmo domínio do fato. Sendo assim, nega-se a autoria mediata e a autoria culposa<sup>29</sup>.

Em verdade, os refratários buscam tangenciar a presença da autodeterminação na situação supra, quando esta resta evidente na conduta daquele que se submete a dividir com outrem o instrumento a si prejudicial. Não é o caso de se negar autoria alguma, posto que não há como negar o inexistente. Ocorre que a vítima autocolocou-se em risco, decidindo autonomamente sobre o uso maléfico do entorpecente, sem que um terceiro a forçasse à tal prática.

O outro caso trata de quatro viciados em heroína que consumiam droga em conjunto, morrendo um deles por injeção de mais droga, pouco antes do julgamento. O Tribunal germânico decidiu não imputar tráfico de drogas com morte ao caso, senão

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 137, nota 2.

<sup>26</sup> BONET (1999), apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 104-109.

<sup>27</sup> Acerca dessa concepção autônoma do instituto pode-se dizer que seria seu reconhecimento como princípio vitimodogmático a ser considerado na sistemática do delicto, como propõe a vertente vitimodogmática radical.

<sup>28</sup> Ressalta-se que na Alemanha não se pune participação a suicídio.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 104, nota 26.

tráfico com base no desconhecimento desses fatores causais determinantes (nova injeção) pelos companheiros. Afirma o pretório que só a vítima tinha domínio do risco ao qual se sujeitou<sup>61</sup>.

Opositores alegam não caber autocolocação porque o que há são falhas da lei alemã em matéria de drogas. Esta confunde bens jurídicos de caráter individual e coletivo. O problema seria teleológico e conduziria a uma reflexão sobre o fim das normas que castigam o consumo e o tráfico de drogas como meio de proteção à saúde pública ou a vida. Propõem o uso de institutos tradicionais<sup>62</sup>, como a autoria mediata ou a existência de uma posição de garante do terceiro para chegar às mesmas soluções de impunidade de certas participações consentidas da vítima, mas que se imputam a um terceiro.

Uma vez mais a corrente contrária margeia o enfrentamento da questão principal: o comportamento da vítima como fator diferenciador da responsabilidade penal, fulcrada na própria autonomia e consentimento do titular do bem. Não se trata simplesmente da isenção de pena para um suposto participante, mas da sua inviabilidade diante da validade do consentimento expressado pela vítima ou de suas atitudes arriscadas. Refere-se mesmo a uma questão de adequação e merecimento da tutela penal em casos de disposições conscientes do titular do bem.

Desse consentimento referido é que se serve a teoria da imputação objetiva quando nas ocorrências de autocolocação em risco e de heterocolocação. Entendese que o comportamento da vítima, consentindo (interagindo com o agente e o meio), representa uma posição diante do crime que enseja a perda da relevância juridicopenal do fato. Logo, havendo consenso entre o autor e a vítima na

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.105.

<sup>62</sup> *Ibid.*

ESMAFE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 20080213

Local P-01

Ch. 00002050 C

criação do risco, em regra, configura-se uma causa excludente de responsabilidade penal, via exclusão da tipicidade.

Nessa linha, Roxin leciona que é inimputável a participação em autocolocação em perigo, quando a vítima tem completa visão do risco. Assegura o autor que tal hipótese não abrange o alcance do tipo, já que o efeito protetivo da norma limita-se à auto-responsabilidade da vítima, o que coincide com o escopo da vitimodogmática: necessidade de se considerar a atuação da vítima na análise do crime, por conseguinte, quando da aferição da atribuição penal<sup>63</sup>.

Do raciocínio *supra* resulta clarificado que o consentimento adquire caráter de abandono do interesse de proteção do bem jurídico por parte de seu titular, o que, para a vitimodogmática (vertente radical), resulta na dispensabilidade da tutela penal. Porém, tal compreensão provoca divergência doutrinária quanto ao tema da disponibilidade de bens *versus* à necessidade e merecimento da tutela penal. Curial é considerar a permissão de disponibilidade do bem em questão sem perder de vista a vedação do ordenamento à liberdade irrestrita de renúncia de interesses que toca à utilidade social<sup>64</sup>.

Evidentemente, o referido consentimento para ser válido pressupõe forma inequívoca da manifestação volitiva do titular do bem jurídico, ausência de vício de vontade (erro, fraude, coação), capacidade natural de compreensão e discernimento do consentiente<sup>64</sup>, conhecimento do consenso da vítima pelo autor, bem como que exista a permissão da disponibilidade do

<sup>63</sup> A esse respeito, *Op.cit.*, p. 21-23, nota 13.

<sup>64</sup> Portanto, a renúncia refere-se bens jurídicos individuais disponíveis, pois não se pode consentir em interesses difusos.

<sup>65</sup> Consiste no ser humano (inclusive o representante legal, das pessoas jurídicas) com dezoito anos ou mais e esteja em pleno uso de suas aptidões mentais, ou seja, a vítima deve ter consciência dos desdobramentos de sua decisão, para validar o consentimento (*Op.cit.*, p. 99, nota 26).

bem jurídico, conforme os costumes e a ordem pública<sup>35</sup>. Deve ser aceito tácita ou expressamente, desde que constitua inconfundível autorização do agente a praticar fato criminoso<sup>36</sup>.

Não obstante a majoritária inclinação dos teóricos da imputação em considerarem o consentimento no campo tipicidade do fato (reforçando a vertente vitimodogmática minoritária que o vislumbra como fato gerador de atipicidade), alguns consideram-no no âmbito da antijuridicidade (compatível com decisão vitimodogmática majoritária, que o vê como causa supra-legal de exclusão da ilicitude)<sup>37</sup>.

A participação em autocolocação em perigo distingue-se do consentimento e da provocação pelo nível de vontade da vítima dirigida ao resultado. Na primeira, a vítima se coloca pelas atitudes próprias na situação de perigo, sem que, em regra, haja direção de vontade ao resultado; no consentimento, a vítima conhece e, geralmente, demonstra querer o resultado lesivo, deixando para o autor o encargo da lesão ao bem jurídico; e na derradeira, o resultado lesivo para o próprio bem é almejado visando com o dano causado prejudicar o autor de forma justificada<sup>38</sup>.

Nesse diapasão, Roxin categoriza condutas vitimais em: autocolocação em perigo dolosa, em que autor e vítima compartilhavam atividades arriscadas e esta é que sofre a lesão (auxílio ao suicídio e consumo conjunto de drogas com resultado morte); e colocação em perigo alheia consentida,

<sup>35</sup> Neste ponto, Bernd Schunemann considera que mesmo bens como a vida podem ser alvo de renúncia.

<sup>36</sup> Sobre consentimento ver *Op.cit.*, p. 22, nota 13.

<sup>37</sup> Os efeitos do consentimento dependem do delito, pois se nestes a falta de consentimento constitui elemento da própria definição legal, deverá ser tido como causa de exclusão do tipo, mas se o desígnio da vítima não é elemento descrito na norma, funcionará como causa supra-legal de exclusão da ilicitude, configurando o consentimento em sentido estrito (TOLEDO *apud Op.cit.*, p. 93, nota 26).

<sup>38</sup> Nessa trilha, *Op.cit.*, p. 136, nota 26.

na qual a vítima deseja ou demanda a terceiro que a coloque em perigo ou que exponha seu bem jurídico a esse risco (caso daquele que não impede o suicida ou do que mantém relações sexuais com um portador do vírus da AIDS sem precauções, tendo sido advertido pelo parceiro)<sup>39</sup>.

Com isso, o autor demonstra que nas ocasiões em que a vítima domina voluntária, livre e conscientemente, o risco por autocolocação (efetua comportamentos geradores de risco a si mesmo ou se coloca a um risco já ocorrente) ou consente para terceiro criar (desde que a vítima fique livremente por vontade diante da situação de perigo)<sup>40</sup> não comportam a imputação do ato delitivo ao autor por não se adequar ao fim pretendido pela norma, inexistindo tipicidade<sup>41</sup>. Enfim, o agente não responde pelo resultado causado quando as vítimas se põem em situação de risco, criando o próprio perigo que elas poderiam ter evitado, se tivessem se omitido da prática de determinadas condutas. Não se confira a tipicidade necessária à punição.

<sup>39</sup> Alessandra Greco (*Ibid.*, p. 119) não vê razão em diferenciar a criação do risco para si e o consentimento para que outrem crie o risco, já que aduz que em ambos se espera a exclusão da imputação, pois a vítima age espontânea e livremente na criação do risco para si próprio.

<sup>40</sup> Em relação a essa conduta, Roxin a liga aos delitos de trânsito. Contudo, não vislumbra nesse consentimento uma boa forma resolutiva dos conflitos, pois alega que nesses casos não se consente quanto ao resultado propriamente, mas somente em relação à colocação em risco. Diz que não serve como parâmetro para determinação de perigo geral permitido, porém apenas para elaboração de critérios normativos de imputação (*CE Op.cit.*, p. 136, nota 7).

<sup>41</sup> *Op.cit.*, p. 21, nota 15. À guisa de exemplificação, tem-se: "A" desafia "B" a atravessar um lago de gelo fino e quebradiço. "B", consciente e voluntariamente, aceita o desafio e, ao tentar atravessar, morre afogado devido ao rompimento do gelo. "A" não deve ser responsabilizado pelo homicídio. Da mesma forma, se "A" policial o qual sabe que a sua namorada tem a intenção de se suicidar, e, por descuido, deixa arma no banco de seu carro", não deverá ser penalizado pela morte da mesma. Ou ainda, não é imputável o resultado a "A" traficante que forneceu droga a "B", que morreu de overdose pela droga comprada. Isso porque o risco não tolerado e punível é o tráfico de drogas, e não pela morte. Logo, pelos tribunais alemães não cabe punição por homicídio culposo do traficante, pela adoção do princípio da autocolocação da vítima em perigo.

### 3 AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO NA PERSPECTIVA VITIMODOGMÁTICA

Além da inserção da autocolocação como elemento da imputação objetiva por Roxin, destaca-se o enfoque vitimodogmático atribuído, dentre outros, por Bernd Schünemann.

Defensores da autocolocação sob o prisma vitimodogmático alegam que através “movimento vitimológico” as disciplinas jurídicas chegaram a reflexões incontestáveis<sup>42</sup> acerca do papel interativo da vítima e seus reflexos na dogmática penal. Surge a tendência de sua admissão na teoria do delito, pontualmente, com vistas ao aperfeiçoamento da dogmática penal e à adequada distribuição da justiça: menor sobrecarga para o autor, via exclusão da tipicidade ou ilicitude.

Schünemann<sup>43</sup> (linha radical) propõe a inserção de princípios vitimológicos de re-interpretação da participação da vítima no crime, tais como: vítima relacional e precipitação vitimal. Com isso, incita-se o exame da necessidade de tutela penal e do nível de proteção do bem jurídico que recai no titular do bem. Supõe uma especial interpretação do princípio da subsidiariedade, como parte da *ultima ratio*, e em favor da descriminalização moderada, pela qual se cede parte da faculdade protetora do direito penal ao indivíduo. Cria-se, em ocasiões restritas, deveres de autotutela, excluindo, possivelmente, atribuições excessivas dos atos delitivos ao autor ou eximindo-lhe de pena.

<sup>42</sup> Passa-se a refletir, em cima da consideração da vítima relacional e da precipitação vitimal, acerca da disponibilidade dos bens jurídicos, da abrangência da figura do consentimento em situações não só de risco mas de aquiescência com o próprio resultado lesivo e da própria função protetora do direito penal (de suas normas) em si.

<sup>43</sup> Op.cit., p. 113, nota 26.

Aduz o mesmo autor a vitimodogmático não traz culpabilização à vítima, já que considerar seu comportamento como critério de medição de pena é absolutamente diverso de tomar os resultados da precipitação vitimal como fator co-responsabilidade vitimal, criando critérios supralegais de atipicidade. A *ultima ratio* implicará na não-intervenção penal diante de meios menos gravosos de proteção ao bem, dentre esses, deveres de autotutela. Portanto, trata-se de dar ao princípio da subsidiariedade o viés do princípio da auto-responsabilidade da vítima, criação vitimodogmática que justifica a atipicidade da conduta<sup>44</sup>.

Referida intelecção é de difícil concreção, vez que a tarefa legislativa de construir, a todo tempo, mantos protetores ao redor do bem jurídico pressupõe acompanhamento contínuo da evolução dos graus de ataques e perigo aos bens, os quais se reproduzem em uma velocidade maior que a possibilidade de determinação do tipo e da quantidade de perigo diante da qual o titular do bem deve revidar<sup>45</sup>.

Já a posição vitimodogmática moderada, sustentada por Hillenkamp, Arzt, Günther Jakobs, Raimund Hassemer e Kratzch (linha majoritária)<sup>46</sup>, restringe-se a conceber a conduta da vítima relevante ao universo de fixação judicial da pena. Circunscreve-se às fronteiras da antijuridicidade, uma vez que se torna defeso a extrapolação dos limites da previsão legal.

Javier de Vicente Remesal<sup>47</sup> acentua que a posição dominante restringe os efeitos do comportamento da vítima

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid., p. 115.

<sup>46</sup> Sobre o exposto, Op.cit., p.41, nota 5 e GANLY, Gerardo José. *La victimodogmática como limitadora del ius puniendi*, p. 5. Disponível em: <http://eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/autorGarly.htm>. Acesso em: 08 fev. 2006.

<sup>47</sup> REMESAL (s.n. apud CARVALHO, Alexandre Victor. *Vítima e Dogmática*. In: SEGUIN, Érika. *Vitimologia no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3).

à atenuação da responsabilidade penal do autor. Tal visão evidencia-se no enunciado jurídico pelo qual, nos crimes culposos, as culpas do autor e vítima não se compensam, mas concorrem. Entretanto, segundo Remesal, as grandes críticas recaem sobre a posição extrema, incidindo fundamentalmente sobre o seu caráter metodológico e de político-criminais.

Hillenkamp nega a vitimodogmática radical no âmbito da interpretação do tipo, concebendo-a como fator de determinação da pena, apartado em três objeções, a saber: a consideração de "tudo ou nada" no âmbito do tipo, que priva a vítima de toda a proteção penal e assinala lacunas de liberdade à custa da mesma, nem via princípio da subsidiariedade nem por outra forma justificar-se-ia normativamente; a restrição do tipo sem amparo legal implica flagrante "*contra legem*" dos tipos penais, o que se afigura metodologicamente insustentável; e as pretensões político-criminais, imbuídas nessa concepção de autoproteção da vítima, são indesejáveis do ponto de vista jurídico-político à sociedade, pois se criaria uma atmosfera de insegurança social e desconfiança no ordenamento jurídico<sup>48</sup>.

Schünemann, contra-argumentando, afirma que "desde a perspectiva da tese radical se pode defender tanto o método mediante o qual se leva à prática dita consideração como as conseqüências político-criminais da mesma. Frente às objeções metodológicas, observa que o método não é, no essencial, objetável, porque as restrições teleológicas que agregam alguns tipos<sup>49</sup> não implicam a atipicidade de fatos enquadrados no núcleo conceitual dos termos legais; ao contrário, afetam só o campo conceitual dos mesmos; zona esta cujo alcance é dis-

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 4, nota 47.

<sup>49</sup> No que tange à interpretação dos tipos e restrição do seu alcance, comentários mais aprofundados serão tecidos em capítulo próprio, ao se tratar da teoria da imputação objetiva.

cutível desde perspectivas gramaticais. Ainda entende que as conseqüências político-criminais poderiam defender-se porque a função de proteção dos indivíduos e pacificação social não é algo que somente corresponda ao Direito Penal, mas a todo o ordenamento jurídico. A não-intervenção do Direito Penal em um caso concreto não implica necessariamente que a vítima reste privada de toda proteção jurídica; o normal é que a maioria dos conflitos sociais se regulem e resolvam à margem do Direito Penal de forma que o mesmo reste preservado para os fatos mais graves, cuja intervenção é necessária e proporcional<sup>50</sup>.

Inobstante o antagonismo evidenciado, que reforça a dialeticidade do direito, é de se firmar, a priori, quanto à adoção das idéias moderadas. Acredita-se que o alargamento do princípio vitimodogmático, obrigando à vítima a um constante dever de autoproteção é um contra-senso a própria cessão ao Estado do desempenho dessa tarefa protetora. Além disso, pode-se criar um ambiente instável e retrógrado sob o a perspectiva do direito penal e de suas políticas. Desse modo, critica-se também a pretensão da teoria da imputação objetiva de elaboração do princípio da auto-responsabilidade, que se equipara ao escopo da vitimodogmática radical.

Do contrário, tornam-se admissíveis preceitos vitimodogmáticos (quando a conduta da vítima favorece para o crime) para a atenuação a responsabilidade do ofensor. Afora essa hipótese, apresenta-se pouco plausível a fundamentação teórica e prática da extensão do princípio vitimodogmático à toda sistemática do crime. Eis que inexistente razoabilidade ínfima na intelecção de que o constituinte pretendeu deixar a teoria da pena à mercê da conduta vitimal e, menos ainda, que o princípio da subsidiariedade delimita-se às dimensões do princípio da auto-responsabilidade. Isso porque aquele não

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 4, nota 47.

implica na renúncia à interferência estatal em razão da vítima não ter se protegido, mas alude a não intervenção quando há outros meios menos gravosos para solucionar os conflitos.

Ora, cederam-se parcelas de liberdade ao Estado na expectativa de se obter proteção e não de se ver diante de absolutos espaços de impunidade à custa da própria vítima. Portanto, alinha-se à realização da real justiça com a consideração equilibrada da postura da vítima, sem ferir os limites garantistas do direito. Trata-se de concebê-la como critério justificante aplicável a situações específicas do crime (consentimento, autocolocação em perigo etc.), impedindo sobrecarga ao autor. O que não implica numa "inversão de papéis", senão em justa e adequada distribuição da responsabilidade penal.

Ademais, apesar de se corroborar a falta de danosidade social que algumas autolesões e colocações em riscos consentidas propiciadas pela vítima ensejam ao contexto social, defende-se a continuidade do reconhecimento da conduta como típica, permitindo, por outra ponta, que esta se livre do condão da ilicitude.

Interpreta-se a disponibilidade do bem e mesmo dos supostos deveres de autotutela, no campo tão somente da antijuridicidade, como possível causa supralegal de justificação (da conduta de autocolocação, provocação ou quando presente o consentimento). Objetiva-se reduzir a pena do autor, posto que o resultado deu-se com a contribuição do próprio titular do bem. Já nos crimes em que a conduta vitima, como é o caso do consentimento, configurar elementar do tipo, admite-se, estritamente nesses casos, a atipicidade do ato.

Em suma, independentemente de a vítima ter ou não direito de precipitar o evento, afirma-se que o direito penal deve permanecer assegurando a tutela de seus bens, garantindo um

ambiente pacífico e salutar à sociedade. Porém, sem olvidar o designio de "dar a cada cidadão aquilo que lhe é devido, segundo critério de equidade e razoabilidade", aproximando-se ao máximo do ideal de justiça. Em sentido bastante próximo, Gerardo José Ganly expõe:

Otros autores, han cuestionado que sea defendible extender a la esfera de libertad del autor a costa de la víctima, o que sea adecuado descargar la responsabilidad penal por el delito doloso por la cooperación que haya prestado la víctima. Así, GUNTHER citado por TAMARIT, dice que "la tesis según la cual el derecho penal se retira en la medida en que la víctima se puede proteger a sí misma eficazmente, colisiona con la reconocida función de pacificación del Derecho Penal".

A riqueza dos aportes vitimodogmáticos encontra-se menos em se desvendar as condutas culposas ou dolosas das vítimas, que as levem a uma autovitimização, do que em realizar uma análise do conflito de forma mais profícua e adequada aos fatos, reconhecendo a parcela de colaboração de cada ator da cena lesiva. Sua essência é a oportunidade de se problematizar o caso concreto, permitindo uma flexibilização do sistema penal ao se aproximar da realidade fática, evitando que iniquidades se perpetuem em nome de uma "sagrada" e irretocável dogmática.

De se notar que o reforço ao princípio da *ultima ratio* inevitavelmente se materializa, seja nas concepções discriminantes da linha radical, seja nas justificantes, da moderada. Logo, autocolocação converte-se em elemento de razoabilidade ou limitação da aplicação do direito penal.

<sup>66</sup> Tradução: "Outros autores questionam se é defensável estender a esfera da liberdade do autor à custa da vítima, ou se é adequado desobrigar a responsabilidade penal pelo crime doloso pela cooperação que tenha a vítima proporcionado. Assim, GUNTHER citado por TAMARIT, diz que "a tese segundo a qual o direito penal desaparece à medida em que a vítima pode, por si só, defender-se eficazmente se contrapõe à reconhecida função de pacificação do Direito Penal" (Op. cit., p. 2, nota 46).

#### 4 CONCLUSÃO

A vítima não pode ser mais tratada como mero objeto aleatório, fungível e irrelevante no *iter criminis*. Sua efetiva contribuição deve ser valorada, porém não pode ser estimada de maneira categórica a ponto de criar um padrão a ser inserido na sistemática do delito. Deve-se entendê-la como variável, e, por isso, em casos pontuais se imiscuir no sistema, retificando-o ou o aperfeiçoando, via causa supra-legal de exclusão da antijuridicidade. Esse é o dogmatismo que se espera da sistemática penal pátria.

A invenção do princípio da auto-responsabilidade pela vitimodogmática pura ou pela teoria da imputação objetiva não pode prevalecer sobre o desiderato penal de proteção às vítimas. Do contrário, a atenção aos contributivos vitimais em casos específicos, que se introduzem no sistema, no intento de torná-lo mais próximo da realidade fática parece ser um caminho viável do ponto de vista da segurança jurídica e da justiça material. Ressaltando-se, que mesmo em problemas específicos, a conduta da vítima não enseja a fixação de estereótipos de deveres de tutela para si direito penal material.

Expôs-se que embora a vítima apresente-se coberta de passividade e candura no senso comum e mesmo no universo jurídico, o estudo aventado requer uma mudança do arquétipo dessa vítima estática para vítima interacionista. Eis um ponto pacífico de fato: ao lado das vítimas ideais (inocentes), há vítimas com grau de influência da gênese do crime, que voluntariamente o provocam, deixando sua clara parcela de colaboração para a ocorrência do mesmo.

A atenção à autocolocação pela vitimodogmática se propõe a modificar o quadro de despersonalização da rivalidade entre os contendores, convertendo o mero conceito abstrato de vítima

relegada à posição marginal, em regra, de testemunha criminal. Tal desindividualização do delito confere resultados jurídicos injustos, atribuindo ao autor a responsabilidade pelo crime, como se ele tivesse sido seu único gerador. Seu mérito encontra-se em evidenciar uma imagem dinâmica e realista da vítima. Revisa-se os estereótipos clássicos, produtos de exame simbólico, formalista e estático da criminologia tradicional, do dogmatismo meramente lógico-descritivo, doravante, desmistificado.

Essa evolução ocorreu também em decorrência do surgimento da teoria da imputação, com a ênfase ao controle efetivo da situação do risco (do processo causal). A partir disso, a atribuição do tipo objetivo necessita-se de um efetivo resultado de lesão/exposição a perigo do bem jurídico ao autor, como obra dele<sup>32</sup>; sobretudo, após a análise, de se esse resultado encontra-se no alcance do tipo, isto é, dentre a esfera de proteção da norma penal.

De modo adverso, o resultado não poderá ser imputado ao agente se: provém de um risco permitido ou de uma ação do agente no sentido de diminuir o risco não permitido; o risco não-permitido não se realiza no resultado concreto; e o resultado está fora da esfera de proteção normativa, situações nas quais há a interferência vitimal.

Com Roxin, evidenciou-se que a vítima em diversas ocasiões, utilizando sua autodeterminação, dispõe de seus bens, arriscando-os ou os colocando a mercê de um terceiro, assumindo o risco de se prejudicar. O que não deve ser ignorado para a aferição da medida punitiva atribuída ao suposto autor. Portanto, para que ocorra a imputação objetiva o autor, além da causalidade natural, deve-se verificar a criação de um

<sup>32</sup> Em sentido aproximado, SANTOS, Juarez Quirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 57-59.

risco jurídico penalmente relevante, imputável no resultado e alcançado pelo fim de proteção do tipo penal.

Se tal postura, antecipando todo o exame jurídico para o tipo objetivo, consegue alcançar o sentido social típico de uma conduta, e estabelecer com perfeição (que em matéria jurídica por se só já é discutível) a extensão dos tipos penais correspondente a um juízo seguro, ainda não se pode precisar. Todavia, à margem da defesa desse método normativo, pretendeu-se demonstrar quão rico é o universo que circunda os comportamentos das vítimas no crime e como ele pode repercutir nas estruturas do crime, na atribuição do resultado jurídico e de sua pena.

Por fim, pretendeu-se refletir acerca da necessidade de o Estado, alçado à categoria de garantidor da ordem pública e competente para impor sanção penal com proporcionalidade, devolver ao conflito o olhar a vítima, sua face inter-pessoal, complementando sua análise junto ao delinqüente, curando a visão míope e lacunosa do fenômeno averiguado. Afinal, a instituição do irretocável direito penal material não pode pretender magicamente ignorar toda a problemática que envolve os comportamentos das vítimas de crimes. Por isso, acredita-se que a situação conveniente à dogmática penal abrange a um só tempo a continuidade do pensamento sistemático e a recepção de tendências político-criminais modernas.

#### ABSTRACT

The victim's self-endangering is a creation of German's Justice that presupposes a concept of interactive victim with the author and the social environment. The victim puts himself in a dangerous situation or allows somebody else to do so, contributing to the etiology of the crime and affecting the evaluation of the supposed author's criminal liability. That victim's collaboration, in the perspective of Claus Roxin's objective imputation, reflects on excluding of the typical behavior and it is not included in the protecting purpose of the law. A similar concept is also

found in the radical group's victim-dogmatic trend that tries to insert the victim's collaboration in the interpretation of the crime's systematic. On the other hand, the moderate victim-dogmatic position considers it as justification cause, applicable to specific cases. It can be observed that aforementioned self-endangering allows the introduction in the penal studies of the victim's role, disregarded since the State became responsible for the *ius puniendi*, and is compatible with the ideals of *ultima ratio*, which avoids the penal intervention.

Key-words: Victims. Objective imputation. Victim-dogmatic.

## 5 REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Vítima - Vitimologia*. In: **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.77.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.9, n.107, p. 7-9, out. 2001.
- CARVALHO, Alexandre Victor. *Vítima e Dogmática*. In: SÉGUIN, Élide. **Vitimologia no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GANLY, Gerardo José. *La victimodogmática como limitadora del ius puniendi*. p. 5. Disponível em: <<http://eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/autorGarly.htm>.> Acesso em: 08 fev. 2006.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Vitimologia: lineamentos à luz do art. 59, caput, do Código Penal Brasileiro. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5061>>. Acesso em: 6 jan. 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. Novos rumos da vitimologia: o crime precipitado pela vítima. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.9, n.107, p. 17, out. 2001.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. **Teoria da Imputação do Resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte general**. Trad. Diego Manuel Luzón Pena Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1977. T.I.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luis Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y estructura del delito: elementos del delito em base a la política criminal**. Trad. Bustos Ramirez e Hernán Hormozabal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La "victimo-dogmática" em el derecho extranjero. **Victimologia**. Cursos de Verano em San Sebastian, VIII. Dirigido por Antonio Beristain e José de la Cuesta. Servicio Editorial universidad del Pais Vasco.

TAVARES, Juarez. **A Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.294.

ZANONI, Fernando Henrique. Aspectos dogmáticos da(s) teoria(s) da imputação objetiva. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8021>> Acesso em: 10 mar. 2006.

## GRANDE SERTÃO: VEREDAS E OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

*Andrea Almeida Campos*

Advogada, Professora de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Membro da União Brasileira de Escritores - UBE. Curso Literatura Comparada na Universidade de Barcelona - Espanha. Publicou três livros de poesia (um traduzido para o espanhol a ser lançado na Argentina) e um de ensaios em Portugal.

### RESUMO

É com a massa das letras que são forjadas as leis, quer escritas, quer orais. O logos como instrumento de comunicação dos axiomas, da vivência e da inteligência de um povo, revela-nos a inseparabilidade do dogma jurídico da arte da escrita, ou seja, da estética literária. Ambos estão amalgamados, por mais que em nome de uma racionalidade pura, apolínea, estas duas ilhas do saber tenham sido separadas durante o séc. XX. Lembrando-nos que Apolo, além de deus da razão, também era o deus da poesia. E por mais que resistamos à essa dinâmica dialógica em nome de um tecnicismo dogmático, o que pode o nosso escárnio diante da sabedoria dos antigos a contemplar-nos do alto do Parnassos há milênios? As normas são frutos da elaboração humana, dar-lhes o impressão da arte e encontrá-las na arte é revesti-las de sua humanidade intrínseca. Este artigo tenta colaborar com esta junção tendo por base teórica o linha epistemológica denominada de "Direito e Literatura" que teve por um de seus fundadores o jurista americano, John Henry Wigmore. Utilizando-se o método construído por esse autor, chamado de "direito na literatura", procura-se estabelecer um diálogo entre a obra de João Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas*, e os *Princípios Contratuais Cíveis*, pinçando das páginas desse romance de ficção os princípios nos quais se fundam os contratos cíveis na ordem jurídica pátria.

*Palavras-chave:* Direito, Literatura, Princípios Contratuais, Contratos Cíveis.

## SUMÁRIO

1 RIOBALDO TATARANA E ARNALDO DIADORIM PELAS VEREDAS DOS PACTOS, REFERÊNCIAS.

## 1 RIOBALDO TATARANA E ARNALDO DIADORIM PELAS VEREDAS DOS PACTOS

Grande Sertão: Veredas<sup>1</sup>. Veredas do inconsciente, veredas inconsúteis desbravando e enredando *colitas*, a vontade aprazível, conflituosa, *altera pars* brotada no chão fértil do humano intangível. Necessidade e interesse, pulsões autônomas rumo à alteridade. Livres. O anseio do encontro do qual germine o vínculo. Vontades que se enlaçam no mundo incorpóreo e que se traduzem em pacto<sup>2</sup> no mundo fenomenológico<sup>3</sup>. Consenso. Amor vem de amor<sup>4</sup> e só da fonte pactuada se quer beber, relativiza-se a avença<sup>5</sup>.

Riobaldo e Diadorim. Dois jagunços que se encontram em um sertão que é neblina, que é tiro, sangue e vingança. Diadorim ferve por dentro em ódio paroxístico. Quer vingar a morte do pai, Joca Ramiro, morto com a carga de bala de

três revólveres, com o *dolus necandi* de dois Judas nas costas, os jagunços Hermógenes e Ricardão – *que, por todo o mal, que se faz, um dia se repaga, o exato*<sup>6</sup>. Ao seu intento aderem outros bandos que acabam por se repartir. O pacto de cooperação<sup>7</sup>, de vontades paralelas é feito com Riobaldo cujo objeto é uma obrigação de fazer: o aniquilamento do maldito que descerrou a dor absoluta<sup>8</sup>. Cumprido o ajuste por Riobaldo, de Diadorim haverá recompensa: Um segredo desvelado. Comutatividade:

(...) Diadorim se chegou, com uma avença. (...) Diadorim, todo formosura.  
– “Riobaldo, escuta: vamos na estreita deste passo...” – ele disse; e de medo não tremia, que era de amor – hoje sei.  
– “...Riobaldo, o cumprir de nossa vingança vem perto... Daí, quando tudo estiver repago e feito, um segredo, uma coisa, vou contar a você.”<sup>9</sup>

Enquanto isso, naturalmente, *perto do rego – bicame de telha fazenda, onde o agrão dá flor*<sup>10</sup>, brota o sinalagma entre os dois jagunços, a doce reciprocidade de obrigações retroalimentada, o *pacta sunt servanda*<sup>11</sup>, assim fraseada por Diadorim: “Menos voz, também,

<sup>1</sup> ROSA, ob. cit., p. 22.

<sup>2</sup> Este contrato atípico foi introduzido na doutrina jurídica pátria por San Tiago Dantas.

<sup>3</sup> A análise aqui, ora feita, se faz sobre uma obra de ficção. Despiciendo salientar que contrair a morte de alguém é crime, ou seja, o contrato é civilmente inválido por carecer de um de seus pressupostos: a liceidade do objeto.

<sup>4</sup> ROSA, ob. cit., p. 510.

<sup>5</sup> “Os primeiros impulsos do sentimento do direito lesado consistem inevitavelmente numa violenta reação contra a injustiça causada, isto é, na defesa privada e na vingança. Todo direito, pois, tem sua origem na defesa privada e na vingança – espécie de justiça selvagem, como lhe chama Bacon de Verulam. Mas esta origem (...) é apenas o caso que precede a fundação do Estado, corresponde ao período em que o direito e a força ainda não se separaram (...)” (IHERING, op. cit., 1934). Esta observação de Ihering que tem por objeto a ausência do Estado em um estado de natureza hobbesiano, em uma sociedade primitiva, tão bem se aplica às condições humanas e sociais encontradas nos sertões do norte de Minas Gerais e sul da Bahia nos meados do séc. XX onde transcorre o romance de Guimarães Rosa.

<sup>6</sup> ROSA, ob. cit., p. 29.

<sup>7</sup> Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos.

<sup>1</sup> ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

<sup>2</sup> *Pactum* provém de *pax*, *paz* ou de *paci*, tratar em conjunto, acordar-se. Representava uma composição. IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

<sup>3</sup> “Em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gerava obrigações: contrato (*contractus*) e pacto (*pactum*, consentio) eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não”. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. Ver PRÉVOST, Jacques. *Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile*. Paris: [S.n.], 1939.

<sup>4</sup> IHERING, op. cit., 1934. Princípio da Autonomia da Vontade e Princípio do Consensualismo: “A idéia que circula em todo o direito privado é a da autonomia do indivíduo.”

<sup>5</sup> ROSA, ob. cit., p. 24.

<sup>6</sup> Princípio da Relatividade dos Contratos: O contrato apenas obriga aqueles que o celebram.

*punindo por meu pai Joca Ramiro, que é meu dever, do que por nuno de servir você, Riobaldo, no querer e cumprir...*<sup>14</sup>. Riobaldo conta a sua história e o seu enlevo: *Diadorim e eu, nós dois. A gente dava passeios. Com assim, a gente se diferenciava dos outros – porque jagunço não é muito de conversa continuada nem de amizades estreitas: a bem eles se misturam e se desmisturam, de acaso, mas cada um é feito um por si*<sup>15</sup>.

Mas, deveras, sob as luas do sertão teria sido feito um outro pacto, um contrato de compra e venda, sinalagmático, comutativo, ameaça crespá para que o avençado entre Riobaldo e Diadorim não se cumprisse: *“O Hermógenes tem pautax...” Provei. Introduzi. Com ele ninguém podia? O Hermógenes – demônio.(...) O pacto! Se diz (...). Se assina o pacto. Se assina com sangue de pessoa. O pagar é a alma. Muito mais depois.(...) Viver é muito perigoso*<sup>16</sup>. Hermógenes teria vendido a sua alma ao “Coxo”, ao “Cujo” e em troca lhe seria dada a imortalidade. Restaria, portanto, impossibilitado, o objeto do pactuado entre os dois amigos.

Não importa. Riobaldo cria na justiça do que fora convencionalizado com Diadorim. Apesar de ser um sonho seu de que um dia não se precisasse mais matar gente, era preciso eliminar os dois Judas, traidores e assassinos e todos os seus esforços seriam envidados para a consecução do pactuado. Lealdade e confiança. Riobaldo era movido pela boa-fé<sup>17</sup>: *Abraçei Diadorim, como as asas de todos os pássaros. Pelo nome de seu pai, Joca Ramiro, eu agora matava e morria, se bem*<sup>18</sup>.

Apesar de sua afirmação peremptória *Eu quase que nada sei. Mas desconfio de muita coisa*<sup>19</sup>, Riobaldo Tatarana confia

firmemente em Reinaldo Diadorim, pois a ele escolheu para confiar, o elo entre ambos se dá sobre o tabuleiro intranspassável da confiança. Mesmo que envolvidos no cerrado de um sertão traiçoeiro: *Umás duas ou três balas se cravavam na borraina da minha sela, perfuravam de arrancar quase muita a paina do encheio. (...) E outra de fuzil, em ricochete decerto, esquentou minha coxa, sem me ferir, o senhor veja: bala faz o que quer – se enfiou imprensada, entre em mim e a aba da jereba! Tempos loucos... Burumbum!, a affectio e a fiducia sobre os quais se baseia o vínculo com Diadorim, dá-lhe sossego e dá-lhe amparo... Concebi que vinham, me matavam. Nem fazia mal, me importei não. (...) Eu queria morrer pensando em meu amigo Diadorim*<sup>20</sup>.

Mas, mesmo entre vazios e emboscadas, o sertão não carece de ética, e só onde reside o *ethos*, poderá dar-se o contrato que repousará sobre os mores de um grupo social, grupo esse, que mesmo que de jagunços, constroem seus códigos e esperam que os pactos sejam respeitados e cumpridos: *“Crime, que sei, é fazer traição; ser ladrão de cavalos ou de gado... não cumprir a palavra...”* – *“Sempre eu cumpro a palavra dada!”* gritou de lá Zé Bebelo<sup>21</sup>. Segurança jurídica. O cumprimento dos ajustes assegura a todos de uma comunidade de que as regras são e serão observadas, confere previsibilidade às ações humanas interpessoais, quer escritas, quer faladas e dota de honra e prestígio social aqueles que se comportam a fim de satisfazerem fielmente o que contrataram<sup>22</sup>. Riobaldo alça o descumprimento da palavra empenhada à categoria de ilícito penal. No entanto, para Riobaldo, *a natureza da gente é muito segundas-sábados. Tem dia e tem noite, versáveis, em amizade de amor*. O pacto entre Riobaldo e Diadorim foi feito sob uma condição de forte afeição e amizade entre eles. No entanto,

<sup>14</sup> ROSA, *ob. cit.*, p. 534.

<sup>15</sup> ROSA, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>16</sup> ROSA, *ob. cit.*, p. 48 e 49.

<sup>17</sup> Princípio da Boa-Fé nos Contratos.

<sup>18</sup> ROSA, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 266.

<sup>22</sup> Princípio da Força Obrigatória dos Contratos.

imprevisivelmente, por uma vez, Diadorim foi lbe desinflando<sup>21</sup>. Nele, Riobaldo, não mais firmava o pensar.

E sentia que traía o amigo, mas que, mudada a situação originária, o acordo entre os dois deveria ser revisto ou extinto de vez: *E eu não tardei no meu querer: lá eu não podia mais ficar. Onde eu tinha vindo para ali, e por que causa, e, sem paga de preço, me sujeitava àquilo? Eu ia-me embora. Tinha de ir embora. Estava arriscando a minha vida, estragando minha mocidade. Sem rumo. Só Diadorim. Quem era assim para mim Diadorim?<sup>24</sup>(...) e risquei de mim Diadorim<sup>25</sup>.*

A força obrigatória dos pactos pode esmaecer ao esbarrar no imprevisível, mas não no imprevisível que é o da vida, e deixar de amar alguém, como chegou a pensar Riobaldo em relação a Diadorim, é um previsível da vida, mas tão apenas quando ocorre algum fato de força maior ou caso fortuito: *rebus sic stantibus*<sup>26</sup>. Se as coisas não mais se conservam da forma como estavam ao ser erigido o contrato, cessa a sua força vinculante<sup>27</sup>: *Cada dia é um dia. (...) Travessia perigosa, mas é a da vida. Sertão que se alteia e se abaixa. Mas que as curvas dos campos estendem sempre para mais longe. Ali envelhece vento. E os brabos bichos, do fundo dele...<sup>28</sup>. (...) Cada dia é um dia<sup>29</sup>.*

Mas cada dia de Riobaldo era dia de Diadorim: *Pensei em Diadorim. O que eu tinha de querer era que nós dois sássemos sobrados com vida, desses todos combates, acabasse a guerra, nós*

<sup>21</sup> ROSA, ob. cit. p. 180.

<sup>22</sup> Idem, p. 181.

<sup>23</sup> Idem, p. 231.

<sup>24</sup> "Contractus qui habent mutuum successionem et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur". Clausula elaborada pelos pós-glosadores.

<sup>25</sup> Princípio da Imprevisão. Ver WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*. Turim: Unione Tipografica, 1902-1904.

<sup>26</sup> ROSA, ob. cit. p. 542.

<sup>27</sup> Idem, p. 398.

*dois largávamos a jagunçada, iamso embora, para os altos Gerais<sup>30</sup> tão ditos, viver em grande persistência<sup>31</sup>. (...) Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura<sup>32</sup>.*

Sentindo-se assim Riobaldo, o pacto firmado com Diadorim foi mantido. Prevalencia a sua irretroatibilidade<sup>33</sup>. Ainda assim, Riobaldo, em certas ocasiões, tenta convencer o amigo a mudar o conteúdo do avençado, lutariam juntos, guerreariam juntos, fariam prevalecer a justiça, mas sem vingança que "não é promessa a Deus, nem sermão de sacramento", ao que foi rebatido por Diadorim "Riobaldo, você teme?". Dessa forma, Diadorim defendia a intangibilidade<sup>34</sup> do ajustado.

O bando a que pertenciam Riobaldo e Diadorim era comandado por Medeiro Vaz. As avenças feitas entre os jagunços desse bando, que contava sessenta homens, deveriam estar de acordo com a lei de seu chefe. Medeiro Vaz era fazendeiro de posses que havia deixado tudo após

as guerras e os desmandos dos jagunços - tudo era morte e roubo, e desrespeito carnal das mulheres casadas e donzelas (...) por suas mãos pôs fogo na distinta casa-de-fazenda, fazendão sido de pai, avô, bisavô (...) reuniu chusma de gente corajada, rapaziagem dos campos, e saiu por esse rumo em roda, para impor a justiça<sup>35</sup>.

O bando de Medeiro Vaz era, então, respeitado e querido pelos habitantes dos vilarejos por a ninguém fazer o mal que não fosse merecido:

<sup>30</sup> Alusão ao Estado de Minas Gerais.

<sup>31</sup> ROSA, ob. cit. p. 208.

<sup>32</sup> Idem, ob. cit. p. 311.

<sup>33</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Forense, 1975. Princípio da Irretroatibilidade: Contratado o vínculo, nenhuma das partes pode desfazê-lo a seu arbitrio.

<sup>34</sup> Princípio da Intangibilidade: O contrato não admite modificação do seu conteúdo que não resulte de mútuo consenso - *privatum jactu mutari non potest* (GOMES, op. cit., 1975).

<sup>35</sup> ROSA, ob. cit., p. 44.

...a vantagem nossa era que todos os moradores pertenciam do nosso lado. Medeiro Vaz não maltratava ninguém sem necessidade justa, não tomava nada à força, nem consentia em desatinos de seus homens. Esbarrávamos em lugar, as pessoas vinham, davam o que podiam, em comidas, outros presentes<sup>35</sup>.

Já o jagunço Hermógenes o que era dito ter feito pacto com o "Cujo", e o seu bando, para atingirem os seus intentos, roubavam, defloravam demais, determinavam sebaça em qualquer povoal atôa, renitiam feito peste. Os contratos acordados dentro do bando de Medeiro Vaz encontravam o seu limite no interesse da coletividade. Matava-se e morria-se entre os jagunços, desde que os demais homens, mulheres e crianças que de nada tinham que ver com aquilo, fossem não apenas preservados, mas também protegidos. Pois, se fosse avença para matar, que se matassem apenas aqueles que estavam matando e atraíndo as pessoas.

Essa função não tinham os ajustes feitos dentro do bando de Hermógenes, que impactavam as comunidades, violando mulheres e crianças, matando homens inocentes. Os pactos dos jagunços de Medeiro Vaz atendiam à uma função social, os dos jagunços de Hermógenes e dos cardões, dizimavam qualquer sociedade<sup>37</sup>. Essa ética dos jagunços comandados por Medeiro Vaz foi mantida ao assumir a chefia do bando o pretendente a político, Zé Bebelo, e, posteriormente, o próprio Riobaldo que, ao ser, mesmo que depois de muita reticência, coroado chefe dos jagunços, recebeu o codinome de Urutú-Branco, e segundo ele mesmo *Chefe não era para arrecadar vantagens, mas para emendar o defeituoso*<sup>38</sup>.

Mas, por dentre os sertões dos desejos de Riobaldo havia um outro contrato a ser celebrado, um ajuste de corpos e de almas que caminhavam enlaçadas no dormir e no acordar, mas que se não podiam acordar em casamento entre si. Riobaldo amava com loucura Diadorim, se ele fosse mulher, mesmo que o desprezasse, ele afirma que se encorajaria e a tomaria em seus braços. Mas ele não o era. O pacto de sponsais carecia de pressupostos de validade: a legitimidade das partes e o objeto lícito e possível.

A volição profunda não seria, jamais, suficiente para arremedar o que, por lei, é nulidade absoluta. E o que é o impossível! O que não pode ser, o que não pode acontecer, o que se não pode praticar. E Riobaldo sofria e sofria, debatia-se consigo mesmo já que era em Diadorim que desejava realizar a extasia da carne e em quem já havia alcançado a plenitude da alma:

E veja: eu vinha tanto tempo me relutando, contra o querer gostar de Diadorim mais do que, a claro, de um amigo se pertence gostar (...)<sup>39</sup>. Que vontade era de por meus dedos, de leve, o leve, nos meigos olhos dele, ocultando, para não ter de tolerar de ver assim o chamado, até que ponto esses olhos, sempre havendo, aquela beleza verde, me adoecido, tão impossível<sup>40</sup>. (...) Diadorim passando por debaixo de um arco-íris. Ah, eu pudesse mesmo gostar dele - os gostares...<sup>41</sup>. (...) bastava ele me olhar com os olhos verdes tão em sonhos, e, por mesmo de minha vergonha, escondido de mim mesmo eu gostava do cheiro dele, do existir dele, do morno que a mão dele passava para a minha mão<sup>42</sup>. Mas eu carecia de mulher ministrada, da vaca e do leite. De Diadorim eu devia de conservar um nojo (...) Eu estremecia, sem tremer<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> Idem, p. 36.

<sup>36</sup> ROSA, ob. cit., p. 46.

<sup>37</sup> Idem, p. 59.

<sup>38</sup> Idem, p. 489.

<sup>39</sup> Idem, p. 316.

<sup>35</sup> Idem, ob. cit., p. 36.

<sup>36</sup> Princípio da Função Social dos Contratos.

<sup>37</sup> ROSA, ob. cit., p. 494.

Diante dessa impossibilidade, Riobaldo desviava a sua libido para outros objetos, desconcentrando-a de Diadorim. Investia a sua carga erótica e idílica de forma hermética e compartimentalizada em duas mulheres, Otacília e Nhorinhá. Em Otacília, o idílio, em Nhorinhá, o etos carnal: *Otacília, ela queria viver ou morrer comigo – que a gente se casasse. Saudade se susteve curta. Desde uns versos: “Buriti, minha palmeira, lá na vereda de lá: casinha da banda esquerda, olhos de onda do mar...” Mas os olhos verdes sendo os de Diadorim. (...)*

Nhorinhá, a “prostituída” que *Recebeu meu carinho no cetim do pêlo – alegria que foi, feito casamento, sponsal*<sup>44</sup>. Na sua confusão e desentendimento de si mesmo, pacto de casamento não foi feito com nenhuma delas, ao menos enquanto a vida o conjugasse a Diadorim. Com ambas, haveria os elementos constitutivos do contrato, seus pressupostos básicos. No entanto, careceriam as avenças de um pressuposto essencial não previsto em lei, mas observado por Riobaldo: amor.

Restava, então, a Riobaldo, esforçar-se por cumprir o seu trato com Diadorim: exterminar o Hermógenes e seguir vida adiante. Em sua boa-fé na execução do ajustado, Riobaldo conversa com o jagunço Lacrau sobre a procedência de ser o Hermógenes positivo pactário com “O-que-nunca-se-ri” do qual obtém resposta afirmativa. Hermógenes havia, de fato, assinado a alma em pagamento à “Coisa-Mã” de quem recebia imensa proteção. Riobaldo, já então chefe dos jagunços, o Urutú-Branco, toma para si o destino *de dar cabo do Filho do Pactário*<sup>45</sup>.

Para tanto, resolve, ele mesmo, ir ao encontro do “Cujo” em uma encruzilhada, depois da meia-noite, nas Veredas

<sup>44</sup> Idem, p. 33.

<sup>45</sup> Idem, p. 409.

Mortas. Riobaldo grita para que o “Danado” lhe apareça, pois também quer com ele fazer um pacto, vender sua alma, palma e desalma e, em troca, acabar com o Hermógenes. No entanto, o “Coxo” não apareceu e nem respondeu a Riobaldo, que em um primeiro instante concebeu que ele não existisse, que fosse um falso imaginado, mas depois concluiu que ele teria lhe ouvido e que teria fechado o pacto:

*Ao que fui, na encruzilhada, à meia-noite, nas Veredas Mortas. Atravessei meus fantasmas? (...) O que era para haver, se houvesse, mas que não houve: esse negócio. Se pois o Cujo nem não me apareceu, quando esperet, chamei por ele? Vendi minha alma algum? Vendi minha alma a quem não existe? Não será o pior?... Ah, não; não declaro*<sup>46</sup>.

Os dias se multiplicaram tal como redemoinhos, abarcando tempo, sol e noite e gente. Até que chegou o dia do assalto final. O bando de Hermógenes atacava com fúria e destemor, com sede de sangue, animosamente. Diadorim avançou por sobre Hermógenes. Lutaram corpo a corpo, faca a faca. Riobaldo assistia ao longe. As carnes de Hermógenes e de Diadorim eram cortadas em fatias. Até que Riobaldo viu Diadorim cravar e sangrar o Hermógenes, fazendo cuspir do corpo dele um jato de sangue.

Mas, de repente, não mais viu Diadorim... *Diadorim! Naquilo, eu então pude, no corte da dor: me mexi, mordi minha mão, de redoer, com ira de tudo... Subi os abismos... De mais longe, agora davam uns tiros, esses tiros vinham de profundas profundezas. Trespassei. Eu estou depois das tempestades*<sup>47</sup>. Hermógenes estava morto, assim como morto também estava Diadorim. A guerra fora vencida pelo bando de Riobaldo. *Diadorim tinha morrido – mil-vezes-mente: para sempre de mim; e eu sabia, e não queria saber,*

<sup>46</sup> ROSA, ob. cit., p. 483.

<sup>47</sup> Idem, p. 595.

meus olhos marejaram<sup>48</sup>. *Mors omnia solvit*<sup>49</sup>. Extintos estavam todos os pactos.

*O que era isso, que a desordem da vida podia sempre mais do que a gente?*<sup>50</sup> *Viver é negócio muito perigoso...*<sup>51</sup>. Mesmo na comutatividade, haverá sempre uma âlea à espreita, mas mesmo na âlea será contratada a esperança, *emptio spei*: *Claráguas, fontes, sombreado e sol*<sup>52</sup>.

O corpo de Diadorim foi levado a uma Mulher para ser lavado e vestido a seu rogo: – *Que trouxessem o corpo daquele rapaz moço, vistoso, o dos olhos muito verdes...*<sup>53</sup>. Essa Mulher era a mulher do Hermógenes. Todos saíram, Riobaldo ficou. A mulher, de propósito, não mostrou a Riobaldo o corpo. E ao estar Diadorim, “nu de tudo”, ela disse: *A Deus dada. Pobrezi- nha...*<sup>54</sup>. Ao que ouviu, dilacerado, Riobaldo:

...Que Diadorim era o corpo de uma mulher, moça perfeita...Estarei. A dor não pode mais do que a surpresa.(...) Uivei, Diadorim! Diadorim era uma mulher. Diadorim era mulher como o sol não acende a água do rio Urucúia, como eu solucei meu desespero. (...) E eu não sabia por que nome chamar, eu exclamei me doendo: “Meu amor!...”. (...) Recai no marcar do sofrer. (...) Daí, fomos, e em sepultura deixamos, no cemitério do Faredão enterrada, em campo do sertão.

*Ela tinha amor em mim*<sup>55</sup>. Diadorim era parte legitimada para o matrimônio, o objeto do contrato seria lícito e pos-

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Beocardo latino que significa “A morte acaba tudo”.

<sup>50</sup> Idem, p. 354.

<sup>51</sup> Idem, p. 10.

<sup>52</sup> ROSA, ob. cit., p. 27.

<sup>53</sup> Idem, p. 598.

<sup>54</sup> Idem, p. 599.

<sup>55</sup> Idem, p. 599 e 600.

sível. A avença que não foi e poderia ter sido, *Viver é muito perigoso...*<sup>56</sup>. Riobaldo caiu, gravemente, doente.

Meses se passaram. Riobaldo, já de pé e refeito foi visitar o seu mentor e conselheiro, o Compadre meu Quelelém, e o indagou – *O senhor acha que a minha alma eu vendi, pactário?!*<sup>57</sup> Então ele sorriu, o pronto sincero, e me vale me respondeu: *Tem cisma não. Pensa para diante. Comprar ou vender, às vezes, são as ações que são as quase iguais...*<sup>58</sup>. Paritariedade, comutatividade.

*Digo ao senhor: Tudo é pacto*<sup>59</sup>. E o tempo da vereda da humana vida é exíguo para que se cumpra o pacto dos afetos. Diante dessa verdade inelutável, o próprio direito se cala e os seus princípios baixam os olhos enveredando-se nas veredas verdes dos sertões de Riobaldos e Diadorins.

*Viver é muito perigoso; e não é não*<sup>60</sup>.

Quem era Diadorim? Por que, por tanto tempo, impossibilitou-se para o amor? Se viva continuasse, despedir-se-ia de seu segredo? – *Posso me esconder de mim?...*<sup>61</sup>. Diadorim era. E o que ela era foi mais forte do que o que ela se esforçava por aparentar ser. Transpassava a sua persona e exalava-se para além do corpo, criando um mundo de vínculos e de sentimentos a despeito dela mesma. Uma outra resposta talvez seria a de que Diadorim era em si toda a possibilidade do *homem humano*<sup>62</sup> em sua humanidade possibilitada e, cumprida a avença, ela possibilitar-se-ia.

E, por princípio, quando o pacto é de amor, o impossível é *nonada*<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Idem, p. 25.

<sup>57</sup> Idem, p. 607.

<sup>58</sup> Idem, p. 312.

<sup>59</sup> ROSA, ob. cit., p. 312.

<sup>60</sup> Idem, p. 423.

<sup>61</sup> ROSA, ob. cit., p. 608: “Existe é homem humano”.

<sup>62</sup> Neologismo criado por João Guimarães Rosa que significa “nada” e é citado várias vezes no decorrer da obra.

## ABSTRACT

As bread is made from dough, laws are made of words, no matter if they are written or spoken. Words as a means to communicate axioms, experiences and a certain people's knowledge, show us the inseparability between juridical dogma and literature, the art of writing or literary aesthetic. Both are mixed, even though, during the twentieth century, in the name of an apollonian rationalism, they have been hermetically separated. It is never too late to remember that Apollo besides being the god of rationality, was also the god of poetry. And as long as we do not accept this dialogical dynamic in the name of a dogmatic technicism, what is the use of despising the ancients' knowledge as they are staring at us from the Parnassus for thousands of years? Rules are made by human beings. Giving them an art impression or finding them in arts is just part of their human essence. This paper tries to show this link based on a scholarship dubbed as "Law and Literature", a theoretic reference which one of the main heads was the American jurist John Henry Wigmore. Using Wigmore's methodology called "law in literature" it seeks to establish a dialogue between the novel written by the well known Brazilian writer João Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas* and the Civil Facts Principles according to Brazilian Law.

Key-words: Law. Literature. Civil Facts Principles. Civil Contracts.

## REFERÊNCIAS:

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Forense, 1975.

IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

PRÉVOST, Jacques. *Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile*. Paris: [S.n.], 1939.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Turim: Unione Tipografico, 1902-1904.

# A NOVA HERMÊUTICA JURÍDICA E OS HORIZONTES NÃO-ESTRUTURAIS DO DIREITO: Dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta

*Euclides dos Prazeres França*  
Juiz de Direito

## RESUMO

O trabalho aborda a questão do argumento desenvolvido na decisão de um processo para justificar a aplicação das normas jurídicas na solução de um conflito. Neste sentido, procura estabelecer a diferença entre os argumentos científico e dogmático utilizados na interpretação dos textos legais, para uma adequada hermenêutica em busca da efetividade da prestação jurisdicional nas demandas judiciais. Um caso empírico é apresentado como paradigma de um conflito judicial com objetivo de demonstrar a dificuldade da efetividade da justiça quando da aplicação das leis, enfrentando a questão da avaliação judicial das provas no que se refere a "verdade" dos fatos produzidos no conflito entre as partes que demandam judicialmente.

Palavras-chaves: Norma Jurídica. Conflito judicial. Hermenêutica jurídica.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO. 1 O ARGUMENTO CIENTÍFICO E O ARGUMENTO DOGMÁTICO. 1.1 O argumento científico. 1.2 O argumento dogmático. 1.3 Os textos para a decisão concreta. 2 CONFLITO JUDICIAL. UM CASO EMPÍRICO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

## APRESENTAÇÃO

O curso "O papel constitucional do juiz e a busca da efetividade da justiça" patrocinado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE, se constitui para os magistrados pernambucanos além de uma oportunidade de capacitação o cumprimento de requisito constitucional de exigência para aferição de merecimento para promoção como critério objetivo de avaliação.

É certo que o "O juiz deve estar cada vez mais preparado, intelectual e moralmente, para o atendimento, de forma satisfatória, dos anseios dos jurisdicionados, sendo capaz de assegurar, com larga margem de segurança, uma resolução mais pronta e expedita dos problemas submetidos à apreciação do Poder Judiciário" (afirmação contida no texto de apresentação do curso pelo Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves - Diretor da ESMAPE).

Dai que os diversos cursos oferecidos aos magistrados, de livre escolha, bem como os temas abordados indicam um leque de opções de possibilidades de atualização acadêmica, proporcionando ao magistrado a escolha mais adequada a sua área de conhecimento e de atuação jurisdicional.

Nesta linha de raciocínio o tema escolhido: "Dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta" resulta da preocupação do autor (cursista) com a efetividade da prestação jurisdicional.

Os conflitos sociais formalmente materializados em processos judiciais, a rigor, apresentam duas controvérsias: uma fática e outra jurídica. A controvérsia fática deságua no

fundamento da prova trazida aos autos. Enquanto a controvérsia jurídica haverá de ser resolvida com base nas leis e na jurisprudência.

Contudo, uma dura realidade se apresenta para o julgador. As provas trazidas aos autos como uma "verdade" das partes são distorcidas na sua avaliação e interpretação judicial. De outra sorte, as leis e a jurisprudência se mostram insuficientes para solução do conflito entre as partes, sem que se possa argumentar o não direito dos autores.

Esta "insuficiência" da lei e da jurisprudência para solução dos conflitos sociais trazidos para apreciação do Estado Juiz, sem dúvida, se constitui numa ausência de resposta (decisões judiciais) "exata" que corresponda a expectativa dos jurisdicionados.

Este o desafio do Poder Judiciário e especialmente do magistrado na interpretação dos fatos sociais conflitantes e, mais ainda, dos instrumentos legais postos a sua disposição para dirimir dogmaticamente tais conflitos. Em outras palavras como se tem comumente repetido "as normas jurídicas estatais não bastam à tomada de decisões judiciais".

O tema abordado, compreendido entre os subitens do tema principal (*A nova hermenêutica e os horizontes não-essencialistas do direito*) apresenta dificuldade no seu desenvolvimento, em especial pela limitação imposta de espaço (entre dez e vinte laudas), por ser pressuposto do tema principal, pelo que pode aparentar ser lacônico, porém não omissivo em relação ao objetivo de simplesmente dissertar sobre a aplicação do ordenamento jurídico como imposição da positividade do Direito e do monopólio estatal na produção de normas técnicas de condutas.

## 1 O ARGUMENTO CIENTÍFICO E O ARGUMENTO DOGMÁTICO

### 1.1 O argumento científico

A ciência confere superioridade e uma pretensa neutralidade e objetividade às teorias, e buscam explicar uma realidade. Mesmo que o argumento científico esteja sempre susceptível de refutação. A refutação da teoria (e do próprio argumento científico) é condição para evolução da ciência.

O cientista se vale do argumento científico para fundamentar sua tese. Definido o argumento como o "raciocínio mediante o qual se pretende provar ou refutar uma tese, convencendo alguém da veracidade ou falsidade da mesma". Porém suas teses não implicam em conclusões generalizadas e dotadas de objetividade para explicação e justificação de fatos. Assim, utiliza procedimentos matemáticos e empíricos como garantia de neutralidade e objetividade, além da observação dos fatos e da experiência.

Segundo Streck (1999, p.51) se refere ao sentido comum teórico como o "conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito" que é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais.

Diferentemente das Religiões que propõem dogmas que não mudam ao longo do tempo e são aceitos, sem refutação, amparados na fé (adesão e anuência pessoal) como compromisso de crença espiritual, os dogmas jurídicos se compreendem na aplicação estreita do Direito vigente produzido pelo ordenamento jurídico.

Os métodos de observação dos fatos e da experiência utilizados pelo conhecimento científico são insuficientes para as soluções dos conflitos sociais elevados a categoria de judiciais, conquanto se fundamentem em teses doutrinárias.

Para Andrade (1992, p.23) o ordenamento jurídico se legitima na essência da "Ciência Jurídica no entendimento do objeto pelo sujeito, tendo o conhecimento como resultado da experiência" e se reportando a Michel Miaille enfatiza que "o estudo científico do Direito é o estudo do Direito experimental contestável".

### 1.2 O argumento dogmático

A abordagem do caso jurídico (conflito social) tem como ponto inicial a fixação de conjunto de afirmações com justificativa, na perspectiva das partes, em normas técnicas de condutas sociais (leis). Estas afirmações se constituem em premissas de direito que vão em busca de uma conclusão (decisão judicial) para um caso concreto, tomando como fundamento uma norma jurídica.

Não se afasta a possibilidade que esta decisão seja axiologicamente refutada, tido como "injusta" por um dos interessados na solução jurídica do caso. Mas diante desta possibilidade de injustiça, um possível "dilema pessoal" do julgador ou uma aporia do ponto de vista da filosofia do direito não pode justificar o não reconhecimento do "melhor" direito para uma das partes.

A necessidade de argumentar se constitui um requisito do direito dogmático "todo aquele que argumenta dogmaticamente precisa referir-se a uma norma jurídica". De outra sorte a "obrigatoriedade de decidir" também se constitui um

pré-requisito do monopólio do direito estatal (ADECATO, 1996, p.12).

Contudo, o argumento dogmático, mesmo se considerando como originário de escola exegética que proporcionasse segurança as arbitrariedades de um sistema estatal absolutista só permitindo a reprodução de valores do direito positivo<sup>1</sup> não pode estar limitado a interpretação literal da norma.

Assim partindo da afirmação de que o Direito Positivo não se reduz ao Direito Dogmático e reconhecido distanciamento entre o texto (significante) e a norma (complexidade), a sobrecarga do direito (autopoise) vai influenciar, permitir e justificar a criação e aplicação do direito pelo julgador como condição de validade do ordenamento jurídico<sup>2</sup>.

### 1.3 Os textos para a decisão concreta

Por tudo até agora visto é certo que o argumento utiliza textos que sugerem a decisão judicial e esta se torna norma concreta quando definitiva (transito em julgado), sem mais a possibilidade de revisão judicial.

As normas que integram o ordenamento jurídico são promessas atuais para controle de expectativas de conduta futura. Assim, os textos postos a disposição do julgador são as fontes do direito, diante da complexidade da conduta humana, que se caracteriza como a expressão lingüística de promessa para solução do caso concreto.

<sup>1</sup> GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função Criadora do Juiz*. Brasília: Livraria e Ed. Jurídica, 1996, p.65/69.

<sup>2</sup> Normas colhidas na sala de aula durante a exposição do tema pelo Prof. João Maurício Adecato.

Este processo está compreendido na legitimidade do Estado como monopólio na "produção de normas, a ascensão da lei e a positivação do direito"<sup>3</sup>. Mas o que "se consubstancia em lei tende a evoluir em uma sociedade (vista como um todo) menos rapidamente do que os fatos sociais - já em virtude de sua cristalização escriturístico-formal mesma"<sup>4</sup>.

No mesmo sentido Duguit já admitia que o regime de legalidade do Estado resultava no fato de que "seus funcionários administrativos, seus juizes e legisladores devem aplicar a lei e agir dentro dos limites por ela estabelecidos" (DUGUIT, 1996, p.59).

Nesta condição mesmo diante do monopólio estatal na produção das normas jurídicas a complexidade da sociedade sempre vai impor lacunas no ordenamento. O juridicamente relevante (o ser lícito ou ilícito) e a hipótese contemplada na norma, necessariamente, não implicarão no fato espécie (sanção). Basta que se registre as questões "toleradas" pelo Estado e de comum aceitação na sociedade.

Contudo mesmo diante do monopólio (pseudo) estatal sobre a produção do ordenamento jurídico admite-se que "o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direito que com ele se articulam de modos diversos"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> ADECATO, João Maurício. *Filosofia do Direito - Uma Crítica à Verdade*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.49.

<sup>4</sup> SOUTO, Claudio. *Tempo do direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.77.

<sup>5</sup> SANTOS, 1980, p.64 referido pelo próprio SANTOS, Boaventura de Souza. *O Social e o político na pósmodernidade*. São Paulo: Cortez, 2000, p.175-176.

É exatamente a complexidade da sociedade e a incapacidade de previsão da norma (hipótese) diante da "fato espécie" que possibilita a atividade de criação do juiz no processo de hermenêutica.

Isto porque, a submissão ao sistema jurídico positivo sem melhor justificação como ocorre, por exemplo, com a aplicação das súmulas vinculantes a casos repetidos provoca uma estagnação impedindo a evolução do direito no mesmo sentido da evolução da conduta social.

O senso comum de justiça diante do conflito que gera a ação judicial não reproduz necessariamente uma pretensão segurança de justiça que o dogmatismo jurídico pretende oferecer a sociedade, isto porque, o conflito social não se caracteriza pela investigação doutrinária, pelo questionamento, mas sim na imediatidade; na emoção; na subjetividade. São as circunstâncias e valores sociais (ações de família) que muitas vezes dão origem ao conflito social.

Para Bobbio (1996, p.45) define como fontes do direito "aqueles fatos ou ato dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas". Assim, a regras de conduta são as fontes primárias, e no processo de heterointegração se inserem no ordenamento jurídico, por meio de um processo hermenêutico.

Isto que, enquanto as sociedades mais primitivas fundamentam suas regras de conduta em autopoiese (num amalgama de crenças), as sociedade complexas são identificadas com a busca de solução de conflito sem a contaminação expressa de princípios de ordem moral.

## 2 CONFLITO JUDICIAL. UM CASO EMPÍRICO

Um casal proprietário e possuidor de uma casa cede a posse da casa para que uma filha, mãe solteira, passe a morar com seu filho. Esta filha inicia um relacionamento amoroso e passa a morar com seu companheiro. Esta relação não agrada aos pais que pedem a casa de volta. A filha se nega a desocupar a casa, pois não tem outro lugar para morar. Os pais alegam que desejam a casa de voltar para que uma outra filha, sem emprego, passe a ocupa-la.

O conflito poderá ser resolvido dogmaticamente com a aplicação das normas que regem as Ações Possessórias previstas no Código Civil (artigo 1.210 do Código Civil). Mas em outra alternativa, também poderia o julgado, em razão da peculiaridade do conflito (um conflito familiar) se socorrer da prescrição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código de Civil, com a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

O conflito estabelecido pode se traduzir numa Ação Judicial de Reintegração de Posse. Mas, por certo, as ações possessórias não foram concebidas para solução de conflitos familiares. A defesa da posse era destinada ao esbulho ou turbação praticada por terceiros, tendo como objeto a defesa do direito de posse.

De uma forma ou de outra a decisão judicial poderá ser questionado pelas partes, uma ou outro questionando a "justiça" da decisão: aos pais seria negado o direito de propriedade (no que se refere ao "dispor" do seu imóvel) ou a uma filha seria negado o direito de moradia (uma forma de prestação de alimentos). Assim, para as partes o sistema positivo do direito (o juiz) teria sido "injusto" na aplicação da lei, para um ou para outro.

Contudo, trazida à apreciação judicial, não pode o Estado Juiz se negar ou se omitir a decidir (*non liquet*). Mesmo diante do dilema de assegurar o direito dos pais e desfavor da uma filha, ou em outro sentido, permitir a ocupação da casa pela filha e prejuízo do direito dos pais?

Por certo decisão de que a casa permaneça ocupada ou venha a ser desocupada "pode", na perspectiva das partes ser "justa" ou "injusta" numa visão de valorização, desde que os pais ou filha do casal venham a ser, um ou outro, beneficiados com a decisão.

Mas quanto ao juiz, quais as fontes do direito (textos) que utilizará para decidir?

#### 4 CONCLUSÃO

No seu livro "Pela mão de Alice" o professor Boaventura Santos, como contribuição da sociologia jurídica à administração da justiça, propõe que "as novas gerações de juizes e magistrados deverão ser equiparadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular".<sup>6</sup>

É possível que o magistrado na forma proposta pelo professor Santos tenha a oportunidade de melhor interpretar e criar o direito em sintonia com as constantes mutações das condutas sociais.

As chamadas meta regras de conduta se constituem fontes para hermenêutica jurídica diante dos relatos descritivos do Direito Positivo. Este procedimento pode superar a crise do direito (brasileiro) não enfrentado pelos doutrinadores.

<sup>6</sup> SANTOS, obra citada, p.180.

Não deve o magistrado ser teleguiados por "jurisprudências" casuísticas que a rigor não são paradigmas de "casos outros" e ditar prioristicamente decisões judiciais.

Se os conceitos não se encaixam com a realidade, como afirma Max Weber a dogmática jurídica mesmo sendo consequência do monopólio do direito, impõe uma sobrecarga do Poder Judiciário que resulta no distanciamento entre o texto e a norma (complexidade). Esta é a dificuldade do julgador no seu dia a dia.

#### ABSTRACT

This work seeks to approach the arguments developed in the decision of a lawsuit to justify application of the laws (rules) to find a solution to a judicial conflict. In this direction, this work try to set the differences between scientific and dogmatic arguments up in the interpretation of the legal texts, as well as a adjusted hermeneutic in search of the effectiveness of the judgment in the judicial demands. A case that empirical is presented as paradigm of a judicial conflict with objective to demonstrate the difficulty of the effectiveness of the justice when of the application of the laws, facing the question of the court appraisal of the evidences with respect to "truth" of the facts produced in the conflict between the parts that demand judicially.

Key-words: Legal norm. Judicial conflict. Legal Hermeneutics.

#### REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio. *Filosofia do Direito - Uma Crítica à Verdade*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *O Problema da legitimidade*. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compilado por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi-Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Livraria e Ed. Jurídica, 1996.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. 2.ed.. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O Social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

## A (IN)SUBSISTÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO APÓS O ADVENTO DA REPERCUSSÃO GERAL?

Fernanda Bezerra Moraes  
Pós-graduada em Direito Público pela  
Universidade Potiguar - UNP, Advogada.

### RESUMO

A competência recursal do Supremo vem sendo alterada, destacando-se mais recentemente a repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que consiste na existência de questão constitucional de relevância social, política, jurídica ou econômica, que ultrapasse o interesse da parte. Instituto este que, apesar de apresentar conceito diverso do prequestionamento, possui finalidade semelhante: a de servir de obstáculo de acesso à Corte Maior. Entretanto, por se revelar de modo mais consentâneo com os princípios constitucionais, o seu advento tem, a nosso ver, o condão de acarretar a inutilidade da subsistência do prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Prequestionamento. Repercussão geral. Subsistência. Flexibilização.

### SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PREQUESTIONAMENTO. 2.1 Evolução do prequestionamento nas Constituições Federais Brasileiras. 2.2 Conceito. 2.3 Natureza jurídica. 2.4 Objeto. 2.5 Finalidade. 2.6 Formas de prequestionamento. 2.7 Flexibilização. 3 REPERCUSSÃO GERAL. 3.1 Justificação para a sua existência. 3.2 Conceito. 3.3 Objeto. 3.4 Natureza jurídica. 3.5 Finalidade. 4 DA SUBSISTÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO APÓS A REPERCUSSÃO GERAL. ANÁLISE. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

Concomitantemente à criação do Supremo Tribunal Federal, foi desenvolvido o recurso extraordinário, que à época já trazia em seu arcabouço o requisito de admissibilidade específico conhecido por prequestionamento, o qual representa um obstáculo de acesso à Colenda Corte, na medida em que se afigura como sendo a existência de decisão recorrida versando sobre questão constitucional ou federal.

No entanto, tendo sido deflagrada a chamada "crise do Supremo", diversas foram as tentativas de se criar instrumentos aptos a amenizar tal situação.

Neste diapasão, seguindo essa tendência de redução de demandas dirigidas ao STF, surge a repercussão geral, mais um requisito de admissibilidade específico para o recurso extraordinário *stricto sensu* e que, em linhas gerais, pode ser traduzida como sendo a presença de questão constitucional relevante e de transcendência ao interesse da parte.

Diante de todas essas considerações, urge o debate quanto à manutenção do prequestionamento frente o advento da repercussão geral, cuja finalidade em muito se assemelha ao daquele, afora o fato de ser a repercussão geral mais coerente com os direitos e princípios constitucionais.

Por fim, o objetivo deste artigo é delinear para o recurso extraordinário *stricto sensu* uma estrutura formal mais adequada aos ditames da Constituição Federal de 1988, de modo a conceder-lhe maior eficiência. Atentese, todavia, para o intuito de se suscitar a querela acerca da matéria, de forma a incitar posterior aprofundamento na mesma, buscando elucidar alguns pontos, sem, no entanto, exaurir por completo o tema.

## 2 PREQUESTIONAMENTO

### 2.1 Evolução do prequestionamento nas Constituições Federais Brasileiras

A origem do prequestionamento mistura-se com o surgimento do recurso extraordinário, já que aquele é, ao menos para boa parte da doutrina e da totalidade da jurisprudência, um dos requisitos de admissibilidade deste.

A introdução do recurso extraordinário em nosso Direito se deu em 1890 por meio do Decreto n. 848. Trata-se de um instrumento importado do direito norte-americano, mais precisamente da Lei judiciária norte-americana denominada de *Judiciary Act*, editada em 24 de setembro de 1789, cujo texto trazia o *writ of error* (recurso para Suprema Corte norte-americana)<sup>1</sup>.

Contudo, o legislador brasileiro, ao adotar o referido recurso, nos moldes em que o mesmo é utilizado no direito norte-americano, fez com que o Supremo Tribunal Federal tivesse uma atribuição muito maior que a do seu correspondente no direito alienígena, uma vez que no Brasil a competência legislativa da União é mais ampla que a competência legislativa federal nos Estados Unidos, causando, assim, lentidão e ineficiência na prestação da tutela jurisdicional<sup>2</sup>.

Ante as considerações feitas, passemos agora a relatar como se deu a implementação do prequestionamento no ordenamento jurídico brasileiro.

O constituinte de 1891, dando seqüência ao que já consta-

<sup>1</sup> Cf. MEDINA, José Miguel García. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 80.

<sup>2</sup> Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 91.

va da legislação infraconstitucional, fez inserir na Carta Magna o referido requisito, passando, pois, a exigir a manifestação prévia quanto à questão federal e/ou constitucional. Assim também o fizeram, as Cartas Magnas de 1934 e de 1937<sup>1</sup>.

A Constituição de 1946, diferentemente das demais, não fazia alusão ao questionamento e muito menos ao prequestionamento no tocante à contrariedade de dispositivo da Constituição e de letra de lei federal e de tratado, conservando-o tão-somente para os casos de validade de lei federal em face da Constituição<sup>2</sup>.

A Constituição de 1967, alterada posteriormente pela emenda constitucional n. 1 de 1969, retirou definitivamente da legislação brasileira a expressão "questionar", o que se verifica até hoje na lei fundamental de 1988. Assim sendo, alguns doutrinadores passaram a defender a desnecessidade da exigência deste requisito de admissibilidade do recurso extraordinário<sup>3</sup>.

Entretanto, boa parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda entende ser exigível este "questionamento" ou "prequestionamento" em razão da natureza excepcional dos recursos extraordinários, que estaria implicitamente contida na Carta Maior de 1988, somente sendo flexibilizada em determinadas matérias<sup>4</sup>.

Por fim, fica evidente que não estamos diante de matéria nova em nossa realidade jurídica, vez que encontramos vestígios dela em vários momentos históricos do país, seja expressa seja implicitamente, como quer defender a maioria.

<sup>1</sup> Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 85 - 88.

<sup>2</sup> Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 88/89/211; Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 285.

<sup>3</sup> Cf. MEDINA, 1999, p. 207; Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 285.

<sup>4</sup> Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 207.

## 2.2 Conceito

Antes de tudo, vale destacar, que desde a Constituição de 1946 o prequestionamento passou a ter a sua conceituação fundamentada nos diversos e contraditórios posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do STF e do STJ, fazendo com que essa figura passasse a apresentar uma definição controversa.

Dessa forma, podemos sintetizar o estudo conceitual do prequestionamento adotando a divisão em grupos feita por José Miguel Garcia Medina<sup>5</sup>.

Existem aqueles que estabelecem como elemento configurador do prequestionamento a discussão anterior à decisão recorrida, isto é, a parte deveria se manifestar acerca da questão tida por violada antes de se verificar a decisão recorrida. Existindo, ao que parece, um limite temporal para que o seu direito de alegar a violação ocorrida não fosse tido por prejudicado e, conseqüentemente, o conhecimento do recurso excepcional interposto.

Seguindo essa linha, José Miguel Garcia Medina<sup>6</sup> e Roberto Carlos Martins Pires<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cf. *Idem*, *Ibidem*, p. 191/192.

<sup>6</sup> "Não se pode dizer, por isso, a nosso ver, que o prequestionamento ocorre na decisão recorrida, pois o prequestionamento há que ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida. No máximo, na hipótese de a decisão recorrida, independentemente de provocação das partes, provocar o surgimento da questão (federal ou constitucional), e sobre ela decidir, poder-se-ia dizer que teria havido ocorrência equivalente àquela decorrente do prequestionamento provocado pela parte, já que a questão (ponto controverso), pode surgir tanto em decorrência da controvérsia erigida pelas partes litigantes (ou seja, em virtude do prequestionamento) quanto em função de manifestação do próprio juiz." (MEDINA, 1999, p. 196,197,213,214).

<sup>7</sup> "Em que pese atulizadas opiniões em contrário, nosso posicionamento é no sentido de que não há obrigatoriedade constitucional ou legal de prequestionamento, pois o que a Constituição Federal prevê é que a causa tenha sido decidida e não suscitada. Assim, se torna irrelevante o fato de as partes terem ou não prequestionado qualquer

Já para outra linha de pensamento o prequestionamento outra coisa não é senão a discussão prévia em relação à matéria de direito federal ou constitucional, acompanhada de expressa previsão na decisão recorrida.

Esse é o entendimento adotado por Alexandre Freitas Câmara<sup>12</sup> e por Humberto Theodoro Jr.<sup>13</sup>.

Contudo, a corrente majoritária na jurisprudência entende que o prequestionamento consiste na previsão da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, independentemente disto se dar ou não por manifestação da parte. Sendo assim, seria o prequestionamento ato atribuído ao tribunal recorrido.

Neste sentido, têm se posicionado os autores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>14</sup>, bem como Vicente Greco Filho<sup>15</sup>.

matéria: se a decisão violou, por si só, o preceito constitucional ou federal, caberá respectivamente o Recurso Extraordinário ou o Recurso Especial." (PIRES, Roberto Carlos Martins. O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 344, p. 119, fev. 2007).

<sup>12</sup> "Por prequestionamento quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (federal ou constitucional) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário. (...) Este requisito de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra "causas decididas". Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão a que, para que possa ser apreciada no recurso excepcional." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2, p. 138).

<sup>13</sup> "Quanto à questão constitucional não pode ela ser suscitada originalmente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 571).

<sup>14</sup> "Não há dúvida de que, enfrentada a questão pelo tribunal recorrido, há o prequestionamento e, pois, o recurso é cabível." (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, v.3, p. 225).

<sup>15</sup> "Somente é admissível o recurso especial se a matéria foi expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, foi prequestionada." (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 355).

Perfilhamos esse posicionamento por entender que a Constituição de 1988 ao exigir expressamente a "causa decidida" como requisito para o conhecimento dos recursos extraordinários, o fez com o intuito de evidenciar a mera necessidade de se ter por decidida a questão federal ou constitucional pelo tribunal, e não com a finalidade de se dar ênfase ao trabalho da parte em fazer controvertida a matéria. Muito embora, o termo prequestionamento tenha em sua semântica a idéia de prévio debate.

Diante de tais premissas, fica clara a falta de harmonização da doutrinária no se refere à denominação do prequestionamento, cuja existência parece estar, por este e por outros motivos adiante analisados, na iminência do fim.

### 2.3 Natureza Jurídica

Os recursos excepcionais, como qualquer outro apelo, exigem requisitos para o seu conhecimento. Contudo, essas espécies de impugnação impõem os requisitos gerais, mas também específicos, tais como: o prequestionamento.

Para saber se o prequestionamento continua ou não sendo requisito específico de admissibilidade dos recursos excepcionais, faz-se necessária a análise de sua constitucionalidade perante as diversas correntes que se formaram ao longo do tempo.

A posição adotada por Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>16</sup>, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini<sup>17</sup> sustenta a existência do prequestiona-

<sup>16</sup> MANCUSO, 2006, p. 292.

<sup>17</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 634.

mento diante das excepcionais regras de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, visto que tais recursos são espécies de impugnação que possuem o único intuito de levar ao reexame questões, respectivamente, constitucional e federal, não lhes sendo atribuída a função de corrigir iniquidades<sup>19</sup>.

Karpov Gomes Silva<sup>17</sup> e Guilherme Caldas da Cunha<sup>18</sup>, entre outros, afirmam que a inconstitucionalidade do prequestionamento funda-se no fato de não haver previsão do mesmo no texto constitucional e em nenhuma legislação infraconstitucional, não restando dúvida, portanto, da opção feita pelo legislador ao não mencioná-lo. Sendo assim, qualquer tentativa em usá-lo como mais uma exigência feita ao conhecimento dos referidos recursos seria uma afronta à constituição vigente.

Já para José Miguel Garcia Medina<sup>19</sup> tal figura fundamenta-se no princípio devolutivo, não havendo, portanto, ofensa à constituição, vez que o chamado efeito devolutivo está presente em todo e qualquer recurso e, como não poderia deixar de acontecer, também consta dos recursos excepcionais.

Por outro lado, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>20</sup> defendem que o prequestionamento, apesar de ser uma manifestação do tribunal pelo qual se ver atendida a exigência constitucional da "causa decidida", estaria muito mais para uma fase de verificação das hipóteses de cabimento

<sup>19</sup> Cf. MANCUSO, 2006, p. 121/122.

<sup>17</sup> SILVA, Karpov Gomes. *Pquestionamento: Uma Análise Crítica da Limitação aos Recursos Extraordinários em Face da Nova Perspectiva de Acesso à Justiça Consagrada Pelo Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/judice/jud11/Prequestionamento.htm>> acesso em 22/11/2007. Acesso em: 30 nov. 2007 às 11h 19 min.

<sup>18</sup> MEDINA apud CUNHA, Guilherme Caldas da, 1999, p. 199.

<sup>19</sup> Idem, *Ibidem*, p. 310.

<sup>20</sup> DIDIER JR., CUNHA, 2007, p. 222.

dos recursos extraordinários do que para um real requisito de admissibilidade específico.

Por fim, há autores como Alexandre Freitas Câmara<sup>21</sup> e Cassio Scarpinella Bueno<sup>22</sup>, que entendem estar tal requisito presente implicitamente na expressão "causa decidida" contida nos dispositivos constitucionais referentes aos recursos extraordinários. Atendendo, dessa forma, à maioria dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ.

Nestes termos, entendemos que apesar do vocábulo prequestionamento não vir expresso em nenhuma das constituições federais brasileiras, é de verificar que em todas elas presente está a necessidade da questão federal ou constitucional vir decidida pelo Tribunal recorrido para se ver conhecido o recurso excepcional. Logo, parece-nos que a real base constitucional para o prequestionamento é a expressão "causa decidida" e, portanto, seria ele um verdadeiro requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. E, para dar mais solidez ao que estamos a professar é que apresentamos um julgado que representa bem nossa diretriz, qual seja:

O recurso extraordinário é cabível contra decisão judicial em sentido material, isto é, contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário no exercício de sua função propriamente jurisdicional. Dai o pressuposto constitucional de cabimento do apelo extremo, expresso na palavra causa (inciso III do art. 102 da Lei Maior). (RE 454.421-AgR, Rel. Min. Carlos Brito, julgamento em 23-5-06, *Diário da Justiça*, Brasília, 08 set. 2006). (grifo nosso).

<sup>21</sup> CÂMARA, 2006, p. 138.

<sup>22</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>>. Acesso em: 30 nov. 2007 às 8h40min.

## 2.4 Objeto

Conforme os apontamentos feitos anteriormente, podemos afirmar que o objeto do prequestionamento é a questão federal ou constitucional, que vem a ser enfrentada pelo Tribunal *a quo*.

## 2.5 Finalidade

A razão de ser do prequestionamento, seja ele entendido como decorrência do efeito devolutivo seja como ato próprio do tribunal *a quo*, está na tentativa de se estabelecer mais um empecilho ao ingresso na Corte Suprema e no Superior Tribunal de Justiça, já que consistente, a nosso ver, numa das condições/requisitos específicos para o conhecimento dos recursos extraordinário e especial impede a ocorrência de "argumentos novos"<sup>21</sup>. Sendo assim, como bem atesta Hugo de Brito Machado<sup>22</sup>, diante da ausência do prequestionamento, restaria, por via reflexa, afetado o cabimento dos aludidos recursos, bem como os demais requisitos gerais para o conhecimento dos mesmos.

## 2.6 Formas de prequestionamento

Existem quatro formas de se prequestionar a matéria. Em verdade, todas criadas a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

São conferidas as denominações de explícita, implícita, ficta e numérica a essas maneiras de prequestionamento.

<sup>21</sup> Nesse sentido, Vicente Greco Filho: "O prequestionamento refere-se à matéria objeto do recurso e, também, ao fundamento da interposição. Não é possível, portanto, a apresentação de matéria ou fundamentos novos, por mais relevantes que sejam, que não tenham sido objeto de exame expresso na decisão recorrida do tribunal *a quo*." (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 335).

<sup>22</sup> Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário - Repercussão Geral das Questões Constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, p. 44, jan. 2006. MEDINA, 1999, p. 196,197,213,214.

Entretanto, é de se verificar, como o fez Roberto Carlos Martins Pires<sup>23</sup>, que na jurisprudência do STF e do STJ não há harmonia quer em relação às definições das formas de prequestionamento quer quanto às maneiras que são adotadas para se ter configurado o prequestionamento.

Em linhas gerais, podemos delinear o assunto da seguinte forma:

O Supremo, quanto às maneiras que são adotadas para se ter configurado o prequestionamento, entende "não ser necessário o prequestionamento numérico, impõe o explícito, rejeita o implícito" e exige o ficto diante da mera oposição dos embargos<sup>24</sup>.

Já quanto às definições dadas às formas de prequestionamento, a Colenda Corte, pelo que se extrai dos arestos acima mencionados, vem afirmando o seguinte:

Prequestionamento numérico é aquele que se traduz na alusão feita expressamente pela decisão *a quo* quanto à questão constitucional.

Prequestionamento expresso, por seu turno, ocorre quando o acórdão recorrido efetivamente tratar da matéria constitucional posta em discussão.

Já o implícito é verificado quando não há análise da questão pelo tribunal de origem.

O ficto consiste na mera oposição de embargos de declaração a fim de se ver esclarecido ponto referente à matéria constitucional tida por infringida.

<sup>23</sup> PIRES, 2007, p. 126.

<sup>24</sup> Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 585604 - 1º T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Julgado em: 05/09/2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 set. 2006; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 580503 - 2º T. - Rel. Min. Ellen Gracie - Julgado em: 28/03/2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 mar. 2006; STF - AI-AgR 449932 - 1º T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Julgado em: 09/10/2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 out. 2007.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no que concerne aos conceitos, adota caminho diverso do apresentado pelo STF, como é de se constatar da interpretação que se faz de seus precedentes.

O prequestionamento explícito é colocado como sinônimo do numérico. E, portanto, exige para sua configuração a exposição do dispositivo de lei federal que foi entendido como violado<sup>27</sup>.

O prequestionamento ficto não se afigura com a mera oposição dos embargos, sendo necessário seu exame pelo tribunal recorrido, cuja inexistência enseja a interposição de novo recurso especial dessa vez com fundamento de violação do art. 535 do CPC<sup>28</sup>.

Tem-se demonstrado o prequestionamento implícito, como retromencionado, com a análise efetiva da matéria federal pela decisão guerreada<sup>29</sup>.

Diante das premissas, fica clara a intenção do STJ em admitir como válidos tanto o prequestionamento explícito ou numérico quanto o implícito.

Em que pese abalizadas jurisprudências do STJ, achamos por bem adotar a linha seguida pelo STF, uma vez que ao não impor o prequestionamento numérico e permitir a mera oposição dos embargos para se ver prequestionada a matéria,

<sup>27</sup> Vide: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 696440 - 5ª T. - Rel. Min. Laurita Var - julgado em: 14.06.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 ago. 2007, p. 606.

<sup>28</sup> Vide: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 754634 - 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux - julgado em: 12.06.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 ago. 2007, p. 333; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 880988 - 2ª T. - Rel. Min. Eliana Calmon - julgado em: 23.10.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 08 nov. 2007, p. 215; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. - AgRg no Ag 880988 - 2ª T. - rel. Min. Eliana Calmon - julgado em: 23.10.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 08 nov. 2007, p. 215.

<sup>29</sup> Vide: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Al-AgR 449932 - 1ª T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - julgado em: 09.10.2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 out. 2007.

parece ser a que mais se aproxima dos ditames do amplo acesso ao judiciário, da economia processual e da celeridade.

## 2.7 Flexibilização

Os Tribunais Superiores, notadamente o Pretório Excelso, vem seguindo cada vez mais a tendência de tornar o recurso extraordinário um instrumento objetivo de controle da constitucionalidade das normas, bem como de amenizar, em consequência, o formalismo rígido que impera em nosso sistema recursal constitucional quando presente análise anterior do STF sobre a matéria invocada no apelo. Prova disso são as recentes decisões de alguns de seus ministros no sentido de privilegiar o conteúdo da matéria em detrimento das exigências que lhe são impostas e que lhe obstam o conhecimento, eg. o prequestionamento.

Assim, é de se observar abaixo trechos do voto da eminente ministra Ellen Gracie em precedente representativo dessa nova concepção:

*(...)Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as estações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre: a de interpretar o texto da Constituição Federal.*

*Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas. (...) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, Diário da Justiça de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou*

Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo.

*Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra - em questões de direito - proferida por esta Casa. (...) Isso porque estaríamos diante de uma situação anti-econômica, em que entre dois funcionários que trabalham lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles estar vencedor na sua demanda, em virtude de falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE da municipalidade, enquanto que ao outro, em cujo processo estava atendido tal requisito de admissibilidade do apelo extremo, aplicou-se a orientação do Supremo Tribunal Federal e rejeitou-se a sua pretensão. Esta Corte não pode admitir tal disparidade de tratamento de situações idênticas.*

(STF-AI-AgR 375011-2-T. - rel. Min. Ellen Gracie - julgado em: 05.10.2004 - DJ 28.10.2004 - Informativo n. 365) (grifos nossos)

Fica claro o intuito da ministra Ellen Gracie de desprestigiar regras que venham a atentar contra a uniformidade da orientação jurisprudencial, cuja existência encontra respaldo na função precípua da Corte Maior, qual seja a de guardião da Constituição e, portanto, de "intérprete último" da mesma. Isso porque, num exame final, prima o referido voto pela defesa do princípio da igualdade desdobrado na segurança jurídica das relações.

Essa cadeia de fundamentações, a nosso ver, leva ao objetivo maior de proteção ao Estado Democrático de Direito nos seus direitos e princípios peculiares.

Corroborar com esse posicionamento, o ministro Sepúlveda Pertence ao asseverar:

EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, **ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário**, (BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE 298694/SP- Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Tribunal Pleno - julgado em: 06.08.2003. Diário da Justiça, Brasília, 23 abr. 2004.) (grifos e negrito nossos)

No referido julgado, o ilustre ministro também demonstrou a flexibilização do prequestionamento quando, contrariando o antigo e corriqueiro posicionamento do Supremo, afirmou estar assegurado o conhecimento do recurso extraordinário interposto pela alínea "a" do art.102 da CF mesmo diante de argumentação constitucional diferente da ventilada no acórdão recorrido, não se encontrando, conseqüentemente, a Suprema Corte condicionada à tese jurídica delineada na decisão guerreada. Dessa forma, deu-se novamente ênfase à função inter-

pretativa que exerce o Supremo, sob o aspecto de se privilegiar posicionamentos anteriores sobre o mesmo tema.

Professando também pela relativa dispensa do mesmo requisito em prol de uma racionalização no processamento do recurso extraordinário, o ministro Gilmar Ferreira Mendes quando do destaque feito em seu voto à possível extensão de efeitos do recurso extraordinário aos casos a ele similares, senão vejamos:

O Tribunal, por maioria, deferiu medida liminar para emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto pelo INSS contra acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina que, por violação ao § 4º do art. 201 da CF, que garante a preservação do valor real dos benefícios previdenciários, declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais que reajustaram os benefícios (arts. 12 e 13 da Lei 9.711/98; art. 4º, §§ 2º e 3º da Lei 9.971/2000; art. 17 da MP 2.187-13/2001, art. 1º do Decreto 3.826/2001). Considerou-se caracterizada a plausibilidade jurídica dos argumentos em favor da legitimidade das normas em questão, tendo em conta, ainda, o número expressivo de casos existentes e um possível efeito multiplicador da referida decisão. Vencido o Min. Marco Aurélio, que indeferiu o pedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE (MC) 376.852-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno - julgado em: 27.3.2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 jun. 2003. Informativo n. 302) (grifos nossos)

É de se destacar, que alguns autores como Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>10</sup> e José Miguel Garcia Medina<sup>11</sup> vêm admitindo a flexibilização do prequestionamento também nos casos de questão de ordem pública, embora isso não seja pacífico na doutrina.

<sup>10</sup> MANCUSO, 2006, p. 289.

<sup>11</sup> MEDINA, 1999, p. 222.

Já nos Tribunais Superiores, o assunto, a rigor, é tratado, predominantemente, no sentido de não se ver dispensado tal requisito de admissibilidade. Muito embora, jurisprudências recentes do STJ terem demonstrado o inverso<sup>12</sup>,

Entendemos que, presente uma questão de ordem pública, cuja existência é determinada na própria legislação como conhecível em qualquer momento ou grau de jurisdição, não se poderia cogitar pela exigência do prequestionamento, pois, se imposta fosse essa condição, estaríamos privilegiando um mero formalismo em detrimento de matéria de grande relevância para a adequada e efetiva solução da lide.

Por fim, é de concluir haver atualmente uma constante tentativa de, em havendo posicionamento reiterado do tribunal, se excluir ou, no menos, dispensar (flexibilizar) a existência de regras que, sob o fundamento de amenizar a lentidão do judiciário, terminam por representar um verdadeiro obstáculo do acesso ao judiciário e ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados a todo e qualquer cidadão.

### 3 REPERCUSSÃO GERAL

#### 3.1 Justificação para a sua existência

O recurso extraordinário, nos moldes em que foi criado, era dotado de vasto campo de atuação, pois poderia ser interposto quer a matéria versasse sobre questão federal quer a mesma tratasse de questão constitucional. Assim é que, como alegam alguns, diante do aumento da população e de uma ampla competência legislativa da União, esse meio de impugnação tornou-se porta de entrada para uma enxurrada

<sup>12</sup> Vide STJ - REsp-62.3025 / SP - rel. Min. Castro Meira - 2ª T. - julgado em: 26.09.2006 - DJ 05.10.2006 - p. 292.

de demandas a serem solucionadas pelo Supremo, cuja estrutura não comportava tal encargo. A essa situação foi dado o nome de "crise do Supremo".

Ante essa tensão, surge o Superior Tribunal de Justiça (STJ) munido de um recurso chamado de especial a fim de dividir a tarefa jurisdicional com o STF. Além disso, foram desenvolvidos diversos mecanismos de "barreiras", tais como: a arguição de relevância, óbices regimentais, aumento do número de ministros, criação dos Juizados Especiais, a possibilidade de recusa de atuação pelo Advogado-Geral da União. E, mas recentemente, a súmula vinculante e a repercussão geral<sup>33</sup>.

Com efeito, constatemos que, antes do advento da repercussão geral, trazida pela Emenda Constitucional n. 45/04, já existia no ordenamento jurídico a chamada arguição de relevância, presente na constituição de 1967 e na emenda constitucional de 1969, não sendo, entretanto, mantida pela Carta Política de 1988.

Contudo, apesar de alguns autores sustentarem o retorno da arguição de relevância na figura da repercussão geral, é de fazermos as devidas diferenciações entre as duas figuras.

A arguição de relevância era o instrumento através do qual haveria por viabilizado o conhecimento de recurso extraordinário não previsto no rol de hipóteses de cabimento de tal apelo perante o STF, desde que provada estivesse a relevância da matéria posta em discussão<sup>34</sup>. Ademais, tal questão deveria ser apreciada em sessão secreta, não sendo, para tanto, necessária motivação<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cf. MANCUSO, 2006, p. 73,74,79-102.

<sup>34</sup> Cf. MANCUSO 2006, p. 186,187.

<sup>35</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

Por outro lado, a repercussão geral tem por fim impedir que causas que não possuam relevância e transcendência sejam conhecidas pelo Supremo via recurso extraordinário, devendo o exame desse requisito ser realizado em sessão pública e mediante fundamentação<sup>36</sup>.

### 3.2 Conceito

A repercussão geral exige que a controvérsia seja necessariamente relevante no plano econômico, político, social ou jurídico, bem como ultrapasse as fronteiras do interesse subjetivo das partes litigantes, a fim de harmonizar o Direito. Outrossim, haverá repercussão geral quando a fundamentação do apelo girar em torno de decisão que viola súmula ou jurisprudência dominante do STF<sup>37</sup>.

Enfatizemos, ainda, que o conceito da repercussão geral se mostra indeterminado, pois, como já visto, é composto por elementos abstratos que lhe permitem nunca ser retrógrado perante as constantes inovações sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Ademais, apresenta o "plus" da transcendência, por meio da qual será atribuído um maior caráter objetivo à realização de tal requisito.

Não se deve afirmar, entretanto, que por estarmos diante de um conceito vago restaria por discricionário o processo de enquadramento da questão relevante por parte do Tribunal, já que, por se tratar de uma definição jurídica, esse juízo valorativo deveria antes passar pelo crivo do Direito positivo<sup>38</sup>.

Por tudo isso, precisamos aguardar as orientações jurisprudenciais do STF para só então delinear os exatos contornos do que se pode entender por repercussão geral.

<sup>36</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 31.

<sup>37</sup> Cf. *Idem*, *ibidem*, 2007, p. 33,38.

<sup>38</sup> Cf. MARINONI, MITIDIER, 2007, p. 35.

### 3.3 Objeto

Como se infere do próprio conceito da repercussão geral, temos por seu objeto a questão constitucional relevante do ponto de vista social, político, econômico e jurídico somada à transcendência do interesse, bem como a súmula ou jurisprudência dominante no Supremo tida por violada.

Devemos salientar, entretanto, que a análise desta relevância e transcendência está restrita ao recurso extraordinário *stricto sensu*, já que a repercussão geral só tem previsão expressa quanto a tal apelo.

### 3.4 Natureza Jurídica

A repercussão geral está prevista expressamente tanto no texto da Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, III, 3º, quanto no Código de Processo Civil, no art. 543-A, "caput" e § 2º, como sendo mais um requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário *stricto sensu*.

### 3.5 Finalidade

A repercussão geral foi criada com o fim maior de servir de instrumento de "filragem" frente ao acúmulo de processos em tramite na Suprema Corte.

Contudo, não se pode olvidar dos demais efeitos que esse requisito ocasiona no sistema constitucional, tais como: a economia, a celeridade, a segurança jurídica e a igualdade, afóra a uniformização que ele proporciona às diversas orientações jurisprudenciais.

Há economia processual na medida em que verificada a inexistência da repercussão geral no recurso modelo, os

recursos sobrestados serão automaticamente considerados não admitidos<sup>30</sup>, levando, assim, a uma nitida diminuição no uso da máquina estatal. Ademais, mesmo diante da existência da repercussão geral, os recursos sobrestados não serão remetidos imediatamente ao STF, posto que antes "serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratarse" (Art. 543-B, § 3º do CPC). E, em sendo "mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, **liminarmente**, o acórdão contrário à orientação firmada" (Art. 543-B, § 4º do CPC) (regrito nosso), ou seja, de pronto pode a Colenda Corte tornar nula ou sem efeito a decisão ou mesmo corrigi-la.

De outra sorte, existe celeridade processual porque, com a aplicação do procedimento de análise da repercussão geral, impede-se o acúmulo desmedido e desnecessário de processos na Suprema Corte.

A igualdade está presente quando se evita decisões conflitantes sobre o mesmo tema. E, conseqüentemente, estará resguardada a segurança jurídica por parte dos jurisdicionados.

Assim, é que podemos concluir pela importância do referido instituto para a garantia de uma verdadeira Corte constitucional.

## 4 DA SUBSISTÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO APÓS A REPERCUSSÃO GERAL. ANÁLISE

A Carta Política de 1988 foi elaborada com o fim maior de tutelar os direitos fundamentais nela contidos e por isso recebeu a alcunha de constituição cidadã, como brilhantemente

<sup>30</sup> Art. 543-B, § 2º do CPC

afirma em seu discurso o saudoso Ulysses Guimarães<sup>60</sup>:

Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.

Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social.

Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada.

Por conseguinte, qualquer instrumento formal que impeça a aplicação concreta dos direitos e princípios assegurados pela mesma, de modo direto ou reflexo, estará atentando contra ela.

É por tudo isso, que o recurso extraordinário, como já visto, vem passando por um processo de "redimensionamento", o qual confere a esse apelo um caráter mais racional no controle da constitucionalidade das normas, fazendo com que seja dada preferência à efetiva prestação jurisdicional em detrimento de mecanismos formais de contenção de demandas.

O prequestionamento, que é um dos requisitos de admissibilidade específico do mencionado recurso, vem sendo descartado em determinadas situações em que se tem por primordial resguardar o poder das normas constitucionais e, pois, a interpretação que lhes é conferida pelo Supremo. Assim é que falamos, na flexibilização.

Ante todo esse processo de transformação do recurso extraordinário *stricto sensu*, surge a chamada repercussão geral, mais um requisito de admissibilidade específico para o já

<sup>60</sup> Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em: <<[http://www.fgqpmulb.org.br/c\\_cidada.htm](http://www.fgqpmulb.org.br/c_cidada.htm)>>. Acesso em 13 dez. 2007 às 8h54min.

restrito recurso extraordinário.

A repercussão geral, a nosso ver, afigura-se como mais um passo à persecução racional da prestação jurisdicional perante o STF, vez que traduz o ideal de um Tribunal Constitucional propriamente dito, ou seja, de um Tribunal que, na prática, não funcione como apaziguador de litígios referentes ao mero interesse particular.

Como já referido alhures, o prequestionamento possui a finalidade precípua de servir de obstáculo à apreciação de uma infinidade de apelos pela Suprema Corte, pelo simples fato de a questão constitucional não ter sido enfrentada pelo Tribunal de origem, fazendo com que os recursos que não tenham preenchido tal requisito se sujeitem ao não conhecimento pelo Supremo, ainda que versem sobre as mesmas questões deduzidas nos recursos prequestionados ou mesmo que tratem de questões relevantes.

Essa situação, portanto, a nosso ver, leva ao desrespeito aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, afora o desprestígio que acarreta aos precedentes jurisdicionais. Em contrapartida, o advento da repercussão geral traduz, como já verificado, a efetivação de todas essas diretrizes constitucionais, apesar de configurar, da mesma forma que o prequestionamento, uma condição específica de admissibilidade do recurso extraordinário propriamente dito, bem como trazer, assim como o referido requisito prévio, o fim de reduzir o número já acentuado de demandas junto ao STF.

Assim, apesar de abalizadas posições majoritárias em sentido inverso, achamos por bem defender a ideia da exclusão do prequestionamento do ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que se refere ao recurso extraordinário, posto que com a criação da repercussão geral a finalidade que o mantinha vivo na praxe jurídica resta vazia.

Corroborando com nosso pensar, Hugo de Brito Machado assevera:

Todos os meios utilizados para o estreitamento da via de acesso ao julgamento de mérito do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal foram substituídos, a nosso ver, pelo requisito específico da repercussão geral da questão constitucional, cuja presença em cada caso somente poderá ser negada pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal... A exigência de requisitos inerentes ao formalismo procedimental muitas vezes conduz a decisão flagrantemente lesiva ao princípio da isonomia, lesão que resta evitada com o uso do meio adequado, vale dizer, com o uso da avaliação da repercussão geral como critério para admissão do recurso extraordinário.<sup>41</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A repercussão geral e o prequestionamento são, ao menos para a maioria da jurisprudência, requisitos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário *stricto sensu* e possuem a mesma finalidade de servir de obstáculo de acesso ao Supremo. Entretanto, possuem diferenças que tornam mais acertado, a nosso ver, o uso do primeiro em detrimento do último, vez que aquele demonstra ser mais coerente com o ordenamento jurídico do que este.

O prequestionamento vem, há um bom tempo, sofrendo com o mal da imprecisão quer na sua conceituação quer na sua natureza jurídica, vez que diversas são as correntes que se formaram desde a constituição de 1946 até a vigente Carta Política, fazendo com que a existência de tal requisito restasse aos poucos enfraquecida.

Ademais, o prequestionamento por se apresentar como uma exigência que atenta contra alguns princípios constitu-

<sup>41</sup> MACHADO, 2006, p. 43, 51.

cionais de suma importância tem sido levado à flexibilização em diversas decisões recentes da Suprema Corte Brasileira. O que, em contrapartida, não ocorre com a repercussão geral, que privilegia os princípios da igualdade, da celeridade, da economia processual e da segurança jurídica.

Dessa forma, entendemos o prequestionamento como desnecessário e inadequado aos fins perseguidos em qualquer Estado Democrático de Direito, cuja cúpula do judiciário deve, por assim dizer, estar representada por um Tribunal verdadeiramente uniformizador e protetor das normas constitucionais e, conseqüentemente, detentor de uma superioridade perante os demais tribunais quanto às decisões por ele proferidas.

### ABSTRACT

The recursal ability of the Supreme one comes being modified, being distinguished more recently the general, requisite repercussion of acceptability of the appeal to the Brazilian Supreme Court that consists of the existence of social excellent constitutional question, politics, legally or economically, that it exceeds the interest of the part. Institute this that, although to present diverse concept of the prequestioning, possesses similar purpose to the one of the same, which is to serve of obstacle of access to the Cut Biggest. However, for if disclosing in more adequate way to the principles constitutional, its advent has, ours to see, the power to cause the uselessness of the subsistence of the prequestioning the Brazilian legal system.

Key-words: Prequestioning. Geral repercussion. Subsistence. Easing.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3024>>> Acesso: 30 nov. 2007 às 8h40min.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. v.2.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DISCURSO pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em: <<[http://www.fugpmb.org.br/c\\_cidada.htm](http://www.fugpmb.org.br/c_cidada.htm)>>. Acesso em: 13 dez. 2007 às 8h54min.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário - Repercussão Geral das Questões Constitucionais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 34, p. 44, jan. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIRES, Roberto Carlos Martins. **O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica**. Revista de Processo, São Paulo, n. 144, p. 119, fev. 2007.

SILVA, Karpov Gomes. **Pquestionamento: Uma Análise**

**Crítica da Limitação aos Recursos Extraordinários em Face da Nova Perspectiva de Acesso à Justiça Consagrada Pelo Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/Prequestionamento.htm> acesso em 27/11/2007>>. Acesso em: 30 nov. 2007 às 11h 19 min.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

VADE MECUM Universitário de Direito. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

*Francisco Arthur de Siqueira Muniz*  
 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq. Monitor de Introdução ao Estudo do Direito I nos períodos 2007.1 e 2007.2

### RESUMO

A atividade notarial e de registro é relevante serviço público. Serventias extrajudiciais não possuem personalidade jurídica. A incidência da responsabilidade civil é sobre o oficial titular. Responde objetivamente o Estado pelos atos que causarem danos a terceiros. A responsabilidade do titular do cartório não oficializado é subjetiva. A análise da ontologia do seu mister o caracteriza como um típico servidor público. Inaplicável o CDC pela natureza do serviço prestado. É imprescindível uma interpretação sistemática da Constituição e das leis que regem o regime de responsabilidades dos tabelães e registradores. Responsabilizar objetivamente os notários e registradores é contrariar o texto constitucional.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Notários. Registradores

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 A ONTOLOGIA DO MISTER DOS TITULARES DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS 1.1 Oficial de cartório não oficializado: as singularidades e características deste servidor público. 1.2 A evolução da legislação sobre a responsabilidade civil da atividade notarial: o desnudamento da necessidade de comprovação de culpa ou dolo para caracterizar o dever de indenizar. 2 DA INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. 3 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A necessidade de se atribuir segurança, publicidade e autenticidade aos negócios jurídicos traz aos misteres notariais e de registro a característica de relevante serviço público, sendo de fundamental importância para a conservação dos atos praticados no mundo jurídico na memória da sociedade.

No Brasil, reservou-se o ingresso à atividade através de concurso público, que atribui à determinada pessoa uma unidade de serviço registral ou notarial, da qual se torna a titular do cartório. Por delegação do Poder Público são desempenhadas, pois, suas atividades funcionais, de onde surgem suas prerrogativas e responsabilidades.

Predomina o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as serventias extrajudiciais não possuem personalidade jurídica, sendo atribuída, portanto, a responsabilidade civil pessoal do titular do cartório por prejuízos causados por atos da serventia, quando não acionado o Estado com base na responsabilidade objetiva lastreada pela teoria do risco administrativo<sup>1</sup>. Esta responsabilização pessoal do titular do cartório evita problemas na sucessão da titularidade de um serviço notarial ou registral, pois não seria razoável atribuir responsabilidade ao titular-sucessor por atos danosos a ter-

<sup>1</sup> Entre outros, conungam com a idêta de responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de notários e registradores: VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro Da Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV, p. 291; ALVES, Wilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 414; CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 172; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 291; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 610; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 200

ceiros durante um intervalo de tempo anterior ao início da administração do serviço a si delegado.<sup>2</sup>

As características singulares das atividades notariais e de registro são evidentes ao se examinar a evolução normativa da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a falta de consenso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, acerca dos critérios de aferição dos atos que ensejem a responsabilidade civil dos tabeliães. O dissenso decorre da omissão da lei reguladora sobre a natureza da responsabilidade civil pessoal do notário ou tabelião, pelo que aqui defendemos uma interpretação sistemática, de onde infere-se que, para configurar-se o dever de ressarcir em face do dano perpetrado pelo tabelião ou registrador, deverá, como pressuposto lógico para a incidência do dever indenizatório, restar comprovada a culpa ou dolo.

É através da seara da responsabilidade civil subjetiva que responde o titular do cartório não-oficializado, como se pretende demonstrar através da argumentação desenvolvida no presente artigo, que não tem o condão de esgotar o tema, mas apenas de delimitar a responsabilidade pessoal dos notários e registradores, através de uma reflexão hermenêutica das leis que norteiam atividade, em conjunto com as características básicas do ofício desenvolvido pelos tabeliães titulares.

<sup>2</sup> O entendimento aqui esposado está em consonância com farta jurisprudência do STJ, como se verifica nos seguintes julgados: REsp 545.613/MG, DJ 29.06.2007 p. 630; REsp 852.770/SP, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 maio 2007 p. 263; REsp 443.467/PR, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jul. 2005. p. 510.

## 1 A ONTOLOGIA DO MISTER DOS TITULARES DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

Respeitar a natureza das atividades notariais e de registro é fundamental para um posicionamento doutrinário sobre a responsabilidade civil dos tabeliães, uma vez que, a partir dos atributos ontologicamente ligados à atividade dos titulares das serventias extrajudiciais, pode-se enquadrar o mister desenvolvido em um determinado regime jurídico de responsabilidades. A ontologia é uma perquirição sobre o ser, busca fixar uma idéia de essência. Logo, perquirir acerca da ontologia no direito significa a busca da análise de seu conteúdo, e, a partir dos resultados obtidos, faz-se a observação da influência dessas características minudenciadas no fenômeno jurídico.<sup>1</sup>

Trata-se, portanto, de uma contribuição da corrente holística para o Direito: a sintetização de um ente juridicamente singular, como o titular de cartório não oficializado, em totalidades organizadas por denominações mais abrangentes, como o conceito de "agente público", que constitui uma unidade para nova síntese com uma objetividade específica: *in casu*, o desnudamento de uma responsabilidade subjetiva dos notários e registradores<sup>2</sup>. Costa Benício traz, em seu livro, a lição de Karl Larenz na obra "Metodologia da ciência do Direito" que, com muita propriedade, afirma:

Segundo observa Karl Larenz (1997, p. 158), referindo-se à jurisprudência tedesca, "a natureza das coisas desempenha um papel especial na jurisprudência do Tribunal Constitucional federal. É, por um lado, de todo em todo, o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação

<sup>1</sup> Sobre as acepções do termo "ontologia": REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 30 e 44-45.

<sup>2</sup> Sobre o conceito da filosofia holística, vide: ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198-199.

aceite face ao princípio da igualdade (...). Por outro lado, serve também ao tribunal para o preenchimento de 'lacunas' da lei constitucional (...) quando as deduções a partir da natureza das coisas são 'conceitualmente necessárias' e quando 'requerem necessariamente uma determinada solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas'.<sup>3</sup>

É diante de toda a controvérsia acerca do enquadramento da atividade dos titulares dos cartórios extrajudiciais que se verifica a importância de se discorrer sobre a evolução das normas que regem o ofício e os traços deste agente público tão singular. A ontologia do mister dos tabeliães titulares de cartórios não oficializados se mostra, portanto, como de suma importância para um efetivo enquadramento da natureza da sua responsabilidade civil em consonância com os preceitos da Carta Magna e das leis específicas com poderes regulamentadores das normas constitucionais.

### 1.1 Oficial de cartório não oficializado: as singularidades e características deste servidor público

Os serviços notariais e de registro são funções públicas típicas, sendo o oficial registrador um substituto do Estado que exerce uma atividade a si delegada, submetido ao controle do Poder Público no que se refere à fiscalização, disciplina e punição dos atos por ele praticados. Mediante concurso público de provas e títulos é que os notários e registradores ocupam os cargos criados por lei e são classificados como serventuários da justiça. Em decorrência deste tipo de ingresso, gozam do direito a férias e a licenças, contribuem para o Instituto de Previdência do Estado, além de adquirirem direito à aposentadoria sob a regência do Estatuto dos Funcionários Públicos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> BENÍCIO, Hercules Alexandre de Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263.

<sup>4</sup> GONÇALVES, *op.cit.*, p. 291.

Apesar de a remuneração das atividades das serventias não oficializadas não serem pagas pelo Estado, e sim pelos utentes interessados em seus serviços, a fixação destes emolumentos é de competência do Poder Público, sendo pacífico o entendimento de que os valores determinados possuem natureza tributária de taxa<sup>7</sup> remuneratória de serviço público. Ao ser dotado de fé pública e poder conferi-la a atos e documentos, certificar a legitimidade de situações, possibilitar o exercício de direitos subjetivos privados etc. o notário e o oficial de registro exercitam serviços públicos específicos, permitindo identificar o vínculo tributário entre contribuinte e entidade estatal, além de serem divisíveis, uma vez que pode ser individualizada sua utilização pelas pessoas vinculadas ao dever de custeá-los. Ademais, certos atos solenes somente são levados a efeito no mundo jurídico através da utilização e do pagamento dos emolumentos, o que transparece o caráter compulsório do serviço.<sup>8</sup>

A despeito do "caráter privado" do exercício dos serviços delegados, mediante a análise das características da atividade notarial e registral não pairam dúvidas quanto a classificação dos serventuários da justiça no rol dos servidores públicos, sendo funcionários públicos em sentido lato, no que acompanhamos a melhor doutrina sobre o tema<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Entendimentos reiterados do STF no sentido de que as custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais possuem natureza de tributo formam o entrelaçamento psicofísico, como se depreende dos seguintes arestos: ADInMC 1.444/PR (Diário da Justiça da União, Brasília, 29 ago.1997; Rj 1.094/SP (RTJ141/37), ADI 1709/MT, DJ de 31.03.2000; ADInMC 1.378/ES (Diário da Justiça da União, Brasília, 30 maio 1997; ADInMC 1.926/PE (Diário da Justiça da União, Brasília, 30 set.1999).

<sup>8</sup> BENICHO, *op.cit.*, p. 114.

<sup>9</sup> A afirmação de ser o oficial titular de cartório um servidor público é lastreada, entre outros, no entendimento de: DINIZ, *op. cit.*, p. 290; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 291; STOCO, *op. cit.*, p. 610; NALINI, José Renato. A responsabilidade civil do notário. RJTSP, 110/19.

Nesse sentido já afirmou o Supremo Tribunal Federal:

A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito das serventias extrajudiciais não oficializadas constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estabilidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada 'em caráter privado, por delegação do Poder Público' (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas 'a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos' (Lei 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos...<sup>10</sup>

Em diversos julgados recentes do STJ também se encontra respaldo à opinião que defendemos, pelo que colacionamos o seguinte trecho de um julgado de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

Se alguma dúvida houve no passado, pelo fato de referir-se a Constituição a funcionário público, sob a égide do novo preceito maior, o que aqui se invoca apenas como esforço de argumentação, a expressão foi substituída por 'agente' de espectro bem mais abrangente, o que não deixa de escapar a figura do tabelião ou notário, agente de serviço público. Assim, não vejo como excluir o estado da responsabilidade civil.<sup>11</sup>

Uma vez que "a doutrina tende à parificação do cartorário à condição de servidor público",<sup>12</sup> corolário lógico é que a atividade

<sup>10</sup> MC no ADIn 1.378/ES (Diário da Justiça da União, Brasília, 30 maio 1997).

<sup>11</sup> Resp 489.511-SP (Diário da Justiça da União, Brasília, 04 out. 2004).

<sup>12</sup> CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

de seja abarcada pela responsabilidade civil subjetiva, como sói acontecer quando a este é imputado uma responsabilidade por ato danoso seu ou de seus prepostos no exercício do seu mister.

### 1.2 A evolução da legislação sobre a responsabilidade civil da atividade notarial: o desnudamento da necessidade de comprovação de culpa ou dolo para caracterizar o dever de indenizar

O direito estrangeiro possui relevantes contribuições a oferecer à doutrina brasileira sobre a evolução normativa e a definição das responsabilidades dos oficiais cartorários, uma vez que o notariado brasileiro é da ramificação latina<sup>13</sup>, de onde também derivam os profissionais dotados de fé pública dos sistemas alemão, espanhol, francês, italiano e português<sup>14</sup>. Comprovar dolo ou culpa nos atos dos notários para caracterização da responsabilidade de indenizar é pressuposto lógico solidificado pela doutrina estrangeira. Segundo Caio Mário da Silva Pereira,

Na doutrina francesa a natureza contratual ou delitual da responsabilidade dos notários 'depende de saber se a culpa foi ou não cometida pelo oficial ministerial na execução do contrato celebrado com seu cliente'. (MAZEAUD E MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, v. I, n. 513).<sup>15</sup>

Na mesma linha de raciocínio do direito francês, o Brasil positivou a Lei 6.015/73 que, em seus artigos 28<sup>16</sup> e 157<sup>17</sup> (que

<sup>13</sup> NALINI, *op.cit.*

<sup>14</sup> BENICIO, *op.cit.*, p. 58

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 168.

<sup>16</sup> Art. 28: Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

<sup>17</sup> Art. 157: O oficial, salvo quando agir de má-fé, devidamente comprovada, não será responsável pelos danos decorrentes da anulação do registro, ou da averbação, por

trata dos oficiais registradores), traz a responsabilidade subjetiva por prejuízos que causarem aos interessados no registro. A Lei 8935/94 que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal não explicita, no entanto, a natureza do regime de responsabilidades a que estão subordinados os notários e oficiais de registro.

Com o advento da Lei 9.492/97, em seu art. 38<sup>18</sup> (a qual trata dos oficiais de protestos), se estabelece de forma cristalina a responsabilidade subjetiva dos sujeitos exercentes de atividades delegadas de natureza análoga à dos notários, razão pela qual não se configura prudente uma interpretação literal do artigo 22<sup>19</sup> da Lei 8935/94, motivo da necessidade de se realizar uma interpretação sistemática do referido artigo em conjunto com o artigo 37, parágrafo 6º, tornando a necessidade de comprovação de dolo ou culpa dos oficiais ou de seus prepostos para a incidência do dever de indenizar.

Seria até mesmo teratológico afirmar uma responsabilidade objetiva dos oficiais de cartórios extrajudiciais, uma vez que tanto o Estado quanto o tabelião seriam abarcados pelo mesmo regime de responsabilidade civil, contrariando o próprio ordenamento constitucional que expressa que o agente estatal só pode ser responsabilizado diretamente pelos prejuízos causados a terceiros quando comprovado o ato falho incorrido em culpa ou dolo e o nexo causal, além do dano, uma vez classificada a responsabilidade notarial como de cunho aquiliano,<sup>20</sup> pois

vício intrínseco ou extrínseco do documento, título ou papel, mas, tão somente, pelos atos ou vícios no processo de registro.

<sup>18</sup> Art. 38: Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

<sup>19</sup> Art. 22: Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 169-170.

se todos os servidores públicos ou agentes públicos típicos, por equiparação, ou particulares exercendo atividade pública delegada pelo Estado só respondem em face da culpa aquiliana, como será possível impor a responsabilidade objetiva a apenas um segmento da atividade administrativa do Estado, ou seja, os notários e registradores? Se tal ocorresse, resulta evidente, palmar e indiscutível a inadmissível discriminação da lei infraconstitucional, com ofensa ao princípio da isonomia.<sup>14</sup>

A situação presente em nada diverge daquela verificada sob a égide da anterior Carta Política, época na qual os titulares de ofícios de Justiça e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (e, portanto, também os tabeliães), eram servidores públicos e por seus atos praticados nessa qualidade respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, apesar de a norma constitucional não impedir que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil de 1916<sup>15</sup>. É o que confirma Wilson Rodrigues Alves quando assevera que,

se os prepostos, substitutos e escreventes causam danos a terceiros culposa ou dolosamente pode o lesado ainda assim optar pela *res iudicium deducta* frente ao Estado, com fundamento no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Se, aliter, aciona o notário, a responsabilidade civil dele não é objetiva, e cabe litisdenúnciação para o exercício da pretensão regressiva, de acordo com o Código de 1973, art. 70, III, e com a Lei nº 9492, art. 38, *in fine*.<sup>16</sup> (Grifos nossos)

Reiterados precedentes solidificam o entendimento aqui defendido, quanto à responsabilidade subjetiva dos tabeliães. Em aresto paradigmático relatado pelo Min. Teori Albino

<sup>14</sup> STOCO, *op. cit.*, p. 609.

<sup>15</sup> RE 99214/RJ Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 20 maio 1983.

<sup>16</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 414.

Zavascki deixou-se claramente patenteado a responsabilidade subjetiva do notário, ao afirmar que:

Já na vigência da Constituição de 1969, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmava que "os titulares de ofícios de Justiça e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (e, portanto, também os tabeliães), eram servidores públicos e por seus atos praticados nessa qualidade respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, embora esse dispositivo constitucional não impedisse que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil" (RE 116.662/PR, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998). Tal orientação foi reiterada após a promulgação da Carta de 1988 (por todos, do AgRg RE 209.354/PR, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ de 16.04.1999).<sup>18</sup>

Mesmo entendimento teve o *decisum* de relatoria da Ministra Eliana Calmon, onde restou assentado que "embora seja o preposto estatal também legitimado para responder pelo dano, sendo diferentes as suas responsabilidades, a do Estado objetiva e a do preposto subjetiva..."<sup>19</sup>

Afigura-se indubitável que a interpretação sistemática dos arts. 37, § 6º da Constituição Federal e do art. 22 da Lei 8.935/1994 conduz a uma só conclusão: aquele que auferir danos em decorrência de atos notariais pode optar entre agir contra o Estado com base na responsabilidade objetiva, ou, alternativamente, agir diretamente contra o notário, quando haverá de comprovar a respectiva culpa (responsabilidade subjetiva).<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Resp. 481.939/GO. Diário da Justiça da União, Brasília, de 21 mar. 2005.

<sup>19</sup> Resp. 489.511-SP. Diário da Justiça da União, Brasília, 04 out. 2004.

<sup>20</sup> BENICIO, *op. cit.*, p. 257.

## 2 DA INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Conforme dito alhures, o oficial titular de cartório desenvolve uma atividade delegada através de concurso público de provas e títulos e sob fiscalização do Poder Judiciário. Recebe emolumentos pré-fixados mediante lei, sobre os quais a jurisprudência é pacífica quando os considera de natureza tributária. Em decorrência do *munus* público exercido, através da delegação dos serviços notariais e de registro incidem regras específicas para a regulamentação dos serviços notariais e de registro, que se desenvolvem sob a égide dos princípios administrativos da hierarquia e legalidade, sem espaço para a discricionariedade. É, portanto, ontologicamente caracterizado no rol dos servidores públicos e teve o regime jurídico de responsabilidades descrito no art. 37 § 6º da Constituição Federal e do art. 22 da Lei 8.935/1994. Nesse contexto, não se pode falar em uma aplicação de responsabilidade civil objetiva dos notários pela incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078/90 rege as relações consumeristas, que são aquelas praticadas entre um fornecedor e um consumidor dentro de um mercado de consumo. Mesmo uma análise perfunctória dos três elementos que caracterizam uma relação de consumo faz transparecer a impossibilidade de se aplicar o CDC às relações entre os cartórios extrajudiciais e os utentes. Quem recorre aos serviços notariais ou de registro não é consumidor (art. 2º do CDC), mas contribuinte, que remunera o serviço mediante pagamento de tributo<sup>27</sup>. Os cartórios de Notas e de Registros não podem ser considerados fornecedores

<sup>27</sup> Este é o entendimento do STF, na ADIn 1.378/ES. Diário da Justiça da União, Brasília, 30 maio 1997.

(art. 3º do CDC), pois sua atividade não é oferecida no mercado de consumo, muito menos é regida pelas leis do mercado: Um cartório não pode simplesmente passar cobrar um valor diferente do estabelecido em lei simplesmente pelo aumento da demanda sobre determinado serviço, por exemplo.

José Geraldo de Brito Filomeno, um dos idealizadores do Código de Defesa do Consumidor, é taxativo ao excluir as atividades remuneradas por taxas, do âmbito de atuação da lei:

E efetivamente fala o §2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em 'serviço', como sendo 'qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista'. Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria', especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária<sup>28</sup>.

Não há que se cogitar em aplicação de uma lei específica para as relações privadas pelo simples fato de a Constituição ter afirmado no artigo 236 que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por delegação uma vez que "A delegação não desnatura a função pública da atividade, e a prestação desse serviço decorre da fé pública instituída pelo Estado, jamais poderá caracterizar uma relação de consumo"<sup>29</sup>. Do voto lavrado pelo Ministro Castro Filho em sede de Recurso Especial, se percebe claramente até que ponto poderiam chegar os efeitos da aplicação do CDC quando hipertrofiado o plano de atuação da legislação consumerista:

Em linhas gerais, serviços públicos típicos ou próprios são aqueles remunerados por tributos, enquanto, serviços públicos atípicos ou impróprios são retribuídos por tarifa

<sup>28</sup> GRINCOVER, Adil Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 41

<sup>29</sup> REsp 625.144/SP. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 29 maio 2006, p. 232

ou preço público, podendo estar sujeitos, conforme o caso, aos ditames do CDC. Do contrário, teríamos que admitir, a União respondendo por "fato do serviço", com base no CDC, pela má prestação de serviços judiciários, legislativos ou executivos.<sup>30</sup>

Outra consequência danosa da aplicação do CDC às relações notariais e de registro seria a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do "consumidor", uma vez que a fé pública que caracteriza a atividade dos tabeliães não se coaduna com este instituto processual. Não se pode olvidar que o art. 101 afirma que, na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, a ação pode ser proposta no domicílio do autor. Aplicar a legislação consumerista também traria, pois, a possibilidade de um tabelião pernambucano ter que responder no Acre por uma escritura que lavrou para um cidadão domiciliado na cidade de Rio Branco e de passagem pelo Recife, quando este "consumidor" alegasse ter sido lesado por erros decorrentes do serviço prestado.

Nos filiamos, portanto, pela inaplicabilidade do CDC às relações cartorárias, uma vez que não há responsabilidade objetiva dos oficiais titulares das serventias extrajudiciais, diferentemente do que está regrado pela lei 8.078/90, além das demais implicações advindas pelo Código do Consumidor aqui explicitadas. Walter Ceneviva segue a mesma linha de raciocínio e conclui:

apesar do amplo espectro abarcado pela lei do consumo, o entendimento defendido é o de não se aplicar aos registradores. Sendo embora delegados do Poder Público e prestadores de serviço, sua relação não os vincula ao "mercado de consumo" ao qual se destinam os serviços definidos pelo Código do Consumidor (art. 3º, § 2º). Mercado de consumo é o complexo de negócios realizados

<sup>30</sup> REsp 625.144/SP, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 29 maio 2006, p. 232.

no País com vistas ao fornecimento de produtos e serviços adquiridos voluntariamente por quem os considere úteis ou necessários. O serviço registrário, sendo em maior parte compulsório e sempre de predominante interesse geral, de toda sociedade, não se confunde com as condições próprias do contrato de consumo e a natureza do mercado que lhe corresponde.<sup>31</sup>

Não nos parece razoável imaginar, portanto, que haja uma natureza contratual da responsabilidade advinda das atividades cartorárias. Não há um acordo de vontades gerando um contrato quando alguém se dirige a um cartório para reconhecer firma ou autenticar um documento. Igualmente não há quando alguém se dirige a um tabelião para lavrar um testamento ou escritura. As ações aqui descritas são apenas as atribuições funcionais dos notários, praticadas pessoalmente ou através dos seus prepostos, no exercício do cargo em que foi investido.<sup>32</sup>

Assim como não incide a responsabilidade objetiva do tabelião por atos de seus empregados e prepostos, por ser matéria de direito público e a responsabilidade dos notários e registradores decorre da Carta Magna - que se sobrepõe à legislação infraconstitucional - e de lei específica com poder regulamentador da norma constitucional (Lei 8.935/94)<sup>33</sup>, também não incidirá a responsabilidade objetiva nas atividades dos cartórios extrajudiciais pelo artigo 14<sup>34</sup> do CDC, uma vez que a legislação consumerista em nada se enquadra no mister desenvolvido pelos oficiais das serventias extrajudiciais.

<sup>31</sup> CENEVIVA, op. cit., p. 60.

<sup>32</sup> PEREIRA, op. cit., 1996, p. 169.

<sup>33</sup> STOCO, op. cit., p. 608.

<sup>34</sup> Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

### 3 CONCLUSÕES

É diante da celeuma doutrinária acerca da responsabilidade civil dos titulares de cartórios extrajudiciais que se denota a importância do tema. Não obstante as posições doutrinárias em contrário<sup>15</sup>, aqui nos filiamos pela necessidade de comprovação de dolo ou culpa nos atos dos titulares das serventias não oficializadas e de seus prepostos para a imputação do dever de indenização aos delegados pelo Estado dos serviços notariais e de registro, sendo inadmissível presumir dolo de pessoa que ocupa função de autoridade revestida pela fé pública<sup>16</sup>.

Para a delimitação de determinado regime de responsabilidades, é fundamental analisar a ontologia do mister dos tabeliães e registradores. É através da análise das características da atividade, em conjunto com a observação do processo evolutivo das normas que regem o ofício que observamos a incidência da responsabilidade subjetiva dos titulares das serventias não oficializadas, que respondem também subjetivamente pelos atos de seus prepostos, posto que a necessidade de comprovação de culpa *lato sensu* é corolário da análise do artigo 37, §6º, de onde emana o regime de responsabilidade civil dos servidores públicos, enquadrados aqui os titulares das serventias de registro e notariais. Deve-se, de pronto, também excluir a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações cartorárias, uma vez que a ontologia das atividades desenvolvidas desnuda esta impossibilidade.

A aplicação do art. 37, §6º não pode ser afastada pela falta de disposição expressa do regime de responsabilidades no artigo 22 da Lei 8.935/94, uma vez que a Carta Política de 1988 não

veio a agravar a histórica posição constitucional dos notários e registradores, ratificada pela Lei 9.492/97 em seu artigo 38, que expressa claramente a responsabilidade civil subjetiva dos oficiais de protesto, ministério análogo ao dos tabeliães e oficiais registradores. Interpretar as leis como parte de um todo é mister para a completude e coerência do ordenamento jurídico, uma vez que o sentido da norma não pode derivar do isolamento textual sob pena de deturpação do verdadeiro dever-ser pretendido. Não se deve olvidar que a fórmula legal se situa num ordenamento que é imprescindível para compreendê-la<sup>17</sup>, posto que "Nenhuma norma está isolada: deve cada uma adaptar-se ao sistema, modificando-se a si própria e modificando outras".<sup>18</sup>

Demonstra-se, portanto, a importância de uma interpretação sistemática das leis que regem as atividades notariais e registrais, posto que isolar o artigo 22 da Lei 8.935/94 e interpretá-lo exegeticamente pode levar a conclusões errôneas sobre a responsabilidade dos notários e registradores, que alterem o "Espírito da Lei" historicamente consagrado desde a constituição de 1946<sup>19</sup> e, mais especificamente, na Lei 6.015/73.

#### ABSTRACT

The notarial and register activity is a relevant public service. Notary's office do not possess legal entitie. The State is objectively responsible for acts that cause damages. The responsibility of the titular of a notary's office is subjective. The analysis of the ontology of his duty characterizes him as a typical public server. Consumer's Defense Code can not be applied because of the nature of the provided service. It is needful a systematical interpretation of the Constitution and laws that rule the responsibility regimen of notaries and registers. To objectively entrust notaries and registers means to contradict the constitutional text.

Key-words: Civil responsibility. Notaries. Registers.

<sup>15</sup> Entre os que ainda defendem a responsabilidade objetiva do notário pelos atos realizados nas serventias extrajudiciais: CAHALL, *op. cit.*, p. 264 e NALINI, José Renato. *Registro de Imóveis e Notas: Responsabilidade Civil e Disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

<sup>16</sup> DINIZ, *op. cit.*, p. 288

<sup>17</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 418

<sup>18</sup> *Manuale delle Pandette*, 1900, p. 34 *apud* STOCO, *op. cit.*, p. 608

<sup>19</sup> CRETELLA JR., José CreteLLa. *O Estado e a Obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 341

## REFERÊNCIAS

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

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETILLA JR., José Cretella. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Da Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio

de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NALINI, José Renato. *Registro de Imóveis e Notas: Responsabilidade Civil e Disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade civil do notário*. **RJTJSP**, 130/19.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

## Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Rp 1.094/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em: 08.08.1984. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 set.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1094&classe=Rp>>. Acesso em: 25 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RE 99214/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em: 22.03.1983. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 maio 1983. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=99214&classe=RE>>. Acesso em: 25 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno,

ADInMC 1.378/ES, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em: 30.11.1995, DJU de 30.05.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1378&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 25.05.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 1709/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em: 10.02.2000. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1709&classe=ADI>>. Acesso em: 25 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADInMC 1.926/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 19.04.1999. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1926&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADInMC 1.444/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em: 12.02.2003. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1444&classe=ADI>>. Acesso em: 25.05.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, Resp 489.511-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em: 22.6.2004. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 04 out.2004. disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0148025-0&dt\\_publicacao=04/10/2004](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0148025-0&dt_publicacao=04/10/2004)>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, REsp, 481.939-GO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em: 03.03.2005. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 21 mar.2005. disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0166408-4&dt\\_publicacao=21/03/2005](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0166408-4&dt_publicacao=21/03/2005)>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 4ª Turma, REsp 545.613/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em: 08.05.2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 jun. 2007. disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300666292&dt\\_publicacao=29/06/2007](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300666292&dt_publicacao=29/06/2007)>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, REsp 852.770/SP, rel. Min. Humberto Martins, julgado em: 03.05.2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 maio 2007, p. 263. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600921445&dt\\_publicacao=15/05/2007](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600921445&dt_publicacao=15/05/2007)>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 3ª Turma, REsp 443.467/PR, rel. Min. Castro Filho, julgado em: 05.05.2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2005, p. 510. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0079639-8&dt\\_publicacao=01/07/2005](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=2002/0079639-8&dt_publicacao=01/07/2005)>. Acesso em: 25 maio 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 3ª Turma, REsp 625.144/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 14.03.2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 maio 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302389572&dt\\_publicacao=29/05/2006](https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302389572&dt_publicacao=29/05/2006)>. Acesso em: 25 maio 2008

## BREVES NOTAS SOBRE ACÓRDÃO DO TJPE

*Frederico Ricardo de Almeida Neves*  
Desembargador do Tribunal de Justiça do  
Estado de Pernambuco. Mestre em Ciências  
Jurídicas pela Faculdade de Direito da  
Universidade Clássica de Lisboa. Professor  
da Universidade Católica de Pernambuco.  
Diretor da Escola Superior da Magistratura  
de Pernambuco. Desembargador Cláudio  
Américo de Miranda - ESMAPE.

### RESUMO

Este artigo comenta acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, chamando a depor as regras contidas nos artigos 515, § 3º, do Código de Processo Civil, e 187, do Código Civil de 2002, reconheceu que o exercício retardado de um direito – ainda que respeitado o lapso temporal prescricional –, pode confundir com a tutela da confiança, em ordem a permitir a caracterização do instituto do abuso do direito, na forma de supressão.

*Palavras-Chave:* Civil. Processual Civil. Boa-Fé. Tutela da Confiança. Exercício retardado de Direito. Abuso de Direito. Supressão/ Surrectio.

Perante a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, tramitou o recurso de apelação nº 104.455-6, interposto contra sentença do Juízo da 25ª Vara Cível da Capital, que decretou a extinção do processo, sem exame do mérito, por ausência de documento hábil ao manejo da pretensão monitoria.

O ato judicial que se comenta está assim sumariado:

EMENTA – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. SUPPRESSIO. EXERCÍCIO TARDIO DE UM DIREITO QUE CONTUNDE COM A BOA-FÉ. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 187 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO FORMAL AFASTADA. ENFRENTAMENTO DO MÉRITO PELO ÓRGÃO AD QUEM (§ 3º DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). EMBARGOS MONITÓRIOS ACOLHIDOS. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1) A abstenção do exercício de um direito durante certo tempo pode tornar inadmissível o exercício retardado, quando exceder os limites da boa-fé. No caso presente, não constitui demasia insistir, o recorrente estava legitimado a alienar as três linhas telefônicas cedidas pelos apelados para, com o produto apurado, solver a obrigação. Assim não procedeu: somente depois de passados sete anos é que resolveu ajuizar a ação monitória, quando o débito dos apelados mostrava-se significativamente elevado, e os bens cedidos para a satisfação do crédito do apelante totalmente desvalorizados no mercado especializado. 2) Constitui abuso de direito, na forma de *suppressio*, esperar o banco credor sete anos para ajuizar demanda judicial com vista ao recebimento de crédito atualizado, isso quando o exercício tardio do direito, independentemente de culpa, é capaz de causar agravamento desmesurado da obrigação, em ordem a prejudicar a parte que, em razão dos elementos circunstanciais do caso concreto, desenvolveu a crença legítima de que a situação jurídica não mais seria exercida pelo titular do direito. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 104.455-3, em que figura como apelante o BANCO NACIONAL S/A, e como apelados PANORAMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e RANILSON JOSÉ DO NASCIMENTO, acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na conformidade da Ata de Julgamento, à unanimidade de votos, em: (a) dar provimento ao apelo para o fim de afastar a causa que motivou o decreto de extinção do processo, sem exame do mérito; e, na seqüência, de acordo com o permissivo do § 3º do artigo

515 do Código de Processo Civil (b) julgar procedentes os embargos monitórios, ante o exercício retardado do direito do banco apelante, caracterizador do instituto do abuso de direito que encontra consagração no artigo 187, do Novo Código Civil, mantidos os ônus sucumbenciais.

Afastada a questão formal que motivou o pronunciamento judicial terminativo do grau inferior de jurisdição, foi chamado a depor o comando contido no artigo 515, § 3º, do CPC, que autoriza o julgamento definitivo da causa, pelo órgão "ad quem", quando o feito estiver maduro para a decisão meritória.

À partida, importa identificar o seguinte quadro fático: os apelados firmaram com o banco apelante instrumento de confissão de dívida, esta proveniente de movimentação em conta corrente, sendo certo que, para o pagamento respectivo, três linhas telefônicas pertencentes aos devedores seriam adquiridas, ou comercializadas pelo banco-credor, para, com o produto apurado, amortizar ou liquidar a dívida existente.

O órgão colegiado julgador firmou o entendimento de que os apelados não deram uma simples garantia para a hipótese de incumprimento da obrigação reconhecida; mas, mais: disponibilizaram, desde o dia 02 de agosto de 1995, todos os instrumentos e títulos acionários necessários à aquisição ou à alienação, pelo banco apelante, das linhas telefônicas cedidas para o fim colimado.

Pois bem: o banco credor, nada obstante, permaneceu em estado letárgico, durante sete anos, sem exercer o seu direito de transferir as linhas telefônicas para satisfação do seu crédito. Somente em 19 de dezembro de 2002, resolveu ajuizar a demanda monitória com vista ao recebimento da prestação pecuniária.

Retenha-se, por importante, que o recorrente, ao admitir que o produto apurado na transferência das linhas telefônicas seria utilizado para a amortização ou quitação da dívida, fez inculcar no espírito dos devedores, em bom rigor, a firme convicção de que a obrigação restara definitivamente extinta. Tal conclusão mais se evidencia, quando se tem em conta a inação do banco credor no que diz respeito ao exercício do seu direito. De fato, firmado o "Anexo de Caução de Direito ao Uso e Gozo de Linhas Telefônicas" em 02 de agosto de 1995 (v. fls. 23/25), a ação visando o recebimento da dívida atualizada somente foi aforada, como já acentuado anteriormente, em 19 de dezembro de 2002, sete anos depois, portanto.

A inatividade do banco apelante, pelo período acima referido, para além de semear insegurança, contundiu com a tutela da confiança, em ordem a permitir a caracterização do instituto do abuso de direito, este assentado e sedimentado na boa-fé objetiva.

O ordenamento jurídico pátrio encontra-se apetrechado para solucionar casos do tipo, já que o artigo 187 do Novo Código Civil de 2002 prevê o cometimento de ato ilícito pelo "...titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"

O Tribunal de Justiça, bem se percebe, flagrou caso claro de *suppressio*, entendida esta locução, na conformidade da lição professada por Antônio Menezes Cordeiro<sup>1</sup>, como o instituto que, agrupando uma das modalidades típicas do abuso de direito, designa "a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado

<sup>1</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1977. Coleção Teses, p. 797.

lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé".

O lapso temporal de sete anos que transcorreu entre a celebração do ajuste e a propositura da ação judicial representou, em razão das circunstâncias que nortearam o caso, exercício retardado de um direito, conducente a uma flagrante e injustificada desvantagem para os apelados. O que é dizer, em boa verdade, que o decurso do tempo de inatividade do credor permitiu simultânea e concomitantemente: (a) o crescimento significativo do débito atualizado e (b) a iniludível desvalorização das linhas telefônicas convencionais cedidas pelos apelados para a satisfação do crédito do apelante.

O exercício retardado do direito pelo banco apelante, acarretou, não há como negar, uma situação de evidente desequilíbrio entre as partes litigantes, inaceitável num ordenamento jurídico que prestigia o princípio da boa-fé. Afirmar-se que, em situações tais, pode o credor optar pela cobrança da dívida, quando quiser, desde que respeitado o lapso temporal prescricional, é admitir a vulneração inocultável ao princípio da boa-fé, sob a forma da *suppressio*, e à segurança jurídica.

Aqui, não é de prescrição que se cogita. A prescrição, na lição professada por Pontes de Miranda<sup>2</sup>, é a objeção que alguém tem, contra quem não exerceu, durante certo lapso de tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação, ou, noutros termos, o não exercício de um direito, pelo titular, durante certo tempo, expressamente previsto na lei, autoriza o devedor a bloquear a pretensão do credor ou recusar o cumprimento da obrigação, invocando a prescrição, isso porque

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 6, p. 100.

se fosse permitido ao titular do direito vir exercê-lo sem limite de tempo, criaria-se uma enorme insegurança no tráfego jurídico. Qualquer pessoa poderia ver-se na situação difícilíssima de se ter de defender de uma dívida alegadamente vencida há dezenas de anos, ou mesmos gerações atrás.<sup>3</sup>

O que se pretende com a *suppressio* é sancionar a inércia do titular que, se omitindo durante um certo tempo, de exercitar o seu direito, provoca, ao exercitá-lo abusiva e tardiamente – ainda que dentro do prazo prescricional –, inegável debilitação da confiança, com prejuízos inaceitáveis para a parte contrária.

O não exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ele. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento da confiança traduzira o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inação. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objetiva.<sup>4</sup>

Não constitui demasia insistir na assertiva de que o banco apelante recebeu três linhas telefónicas para, com o apurado a ser obtido com as vendas das mesmas, satisfazer ou amortizar seu crédito. Durante anos – precisamente sete anos –, nada fez, quedando-se inerte, em estado de evidente inatividade, o que permitiu registrarem-se alterações nos valores (quer da dívida, quer dos bens cedidos) e, com isso, dificuldades acrescidas para a solução do problema.

<sup>3</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 380.

<sup>4</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: parte geral I*. Coimbra: Almedina, 2005, Tomo IV, p. 313.

Num tal cenário, indaga-se: pode, agora, passado todo esse tempo, com o aumento considerável da dívida e a notória desvalorização dos bens dados em garantia, pretender cobrar o crédito atualizado sem incorrer em *suppressio*? A resposta é negativa, uma vez que as circunstâncias ambientais que nortearam o caso concreto justificavam plenamente a confiança dos apelados de que a posição jurídica do credor não mais seria exercitada.

A indesmentível realidade dos autos atestou a presença dos elementos configuradores da *suppressio*, a saber: (i) um determinado período de tempo sem exercício do direito, sem que haja necessidade de demonstração de culpa por parte do titular não exercente; e (ii) indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido, ainda seguindo a lição do referido mestre lusitano.

A abstenção do exercício de um direito durante certo tempo pode tornar inadmissível o exercício extemporâneo, por exceder os limites impostos pela boa-fé. No caso presente, não é exagero insistir, o recorrente estava legitimado a alienar as três linhas telefónicas cedidas pelos apelados para, com o produto apurado, solver a obrigação. Assim não procedeu: preferiu aguardar o decurso de sete anos para resolver ajuizar a ação monitória, quando o débito dos apelados já se mostrava elevadíssimo e os bens cedidos totalmente desvalorizados.

Disso tiram-se dois importantes corolários: (a) o de fazer desaparecer o direito do credor não exercente (*suppressio*); e (b) o de fazer surgir um direito antes inexistente do devedor de se indisciplinar quanto ao exercício tardio, por abuso de direito (*surrectio*), sendo certo que a base legal desta solução encontra consagração no aludido artigo 187 do Novo Código Civil brasileiro de 2002.

Constitui abuso de direito, na forma de *suppressio*, esperar o banco credor sete anos para ajuizar demanda judicial com vista ao recebimento de crédito atualizado, isso quando o exercício tardio do direito é capaz de causar agravamento desmesurado da prestação, em ordem a prejudicar a parte que, em razão dos elementos circundantes do caso concreto, desenvolveu a crença legítima de que a situação jurídica não mais seria exercida pelo titular do direito.

À luz de tais considerações, a conclusão a que chegou o órgão colegiado pernambucano, com destaque para as atuações dos Desembargadores José Carlos Patriota Malta e Antônio Fernando de Araújo Martins, foi no sentido de declarar extinto o direito do banco apelante, por haver o seu exercício retardado gerado situação de abusivo desequilíbrio entre as partes.

#### ABSTRACT

This article discusses a precedent from the Pernambuco's State Court of Appeal (TJPE), which, applying the legal rules contained in articles 515, §3º, from the Civil Procedural Code and 187 from de Civil Code of 2002, acknowledged that the delayed exercise of a right – although respected the legal time to exercise the right of action – may clash with "tutela de confiança" legal doctrine, in order to allow the characterization of a legal abuse, in *suppressio* mode.

Key-words: Civil Law. Civil Procedure Law. Good Faith. Delayed exercise of a right. legal abuse. *Suppressio / Surrectio*.

## UMA ANÁLISE DOS MANDADOS DE SEGURANÇA IMPETRADOS CONTRA INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR À LUZ DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL: A VALIDADE DO ARTIGO 24 DA LDBEN

Judson Correia de Oliveira

Advogado na área do Direito Educacional. Aluno do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas e pós-graduando em Direito Público, ambas pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE, Professor da Faculdade Sete de Setembro - FASETE, em Paulo Afonso-BA.

#### RESUMO

Realiza breve apreciação da Lei 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDBEN, no tocante ao prazo para impetração dos Mandados de Segurança em face de instituições de Ensino Superior - IES, para os quais deverá ser observado o prazo do artigo 24 da LDBEN e não o do artigo 18 da Lei 1.533/51.

Conclui que, sendo a LDBEN lei específica e posterior, e em virtude do súmula 632 do Supremo validar lei que institua prazo decadencial para a impetração de Mandado de Segurança, não há inconstitucionalidade no artigo 24 do supracitado diploma legal.

Palavras-chave: Direito educacional. LDBEN. Súmula 632 do STF.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DA ATUAL SITUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO NO BRASIL. 2 DOS DIVERSOS TIPOS DE IES EXISTENTES NA LDBEN. 3 OS NOVOS REQUISITOS CRIADOS PARA OS MANDADOS DE SEGURANÇA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 24 DA LDBEN. 3.1 A importância das medidas liminares nos mandados de segurança. 3.2 Medidas liminares e antecipação dos efeitos da tutela. 3.3 Procedimentos a serem observados quando da impetração do writ em face de ies. 3.4 O prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança à luz do artigo 24, inciso vi da ldben. 4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 24 DA LDBEN EM CONSONÂNCIA À SÚMULA 632 DO STF. 5 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido após a análise de uma situação fática emblemática, na qual a falta de conhecimento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN foi motivo determinante para a decisão do juiz, posto que esta foi fulcrada, tão somente, em regras gerais de direito processual civil e na legislação atinente aos mandados de segurança.

Expliquese: uma aluna impetrou um writ em face de suposto ato ilegal ou abusivo do Diretor Acadêmico de determinada instituição de ensino superior, no entanto, apresentou sua ação com esteio no prazo do artigo 18 da Lei 1.533/51, não observando os ditames do artigo 24 da LDBEN que trata da frequência mínima obrigatória para que um aluno possa ser aprovado. Dessa forma, pôde-se perceber que, ao tempo em que se permite que o pedido de segurança seja feito em até 120 dias, o artigo 24 da LDBEN acaba por reduzir tal prazo, vez que, de acordo com o artigo 24 da supracitada lei, 25% de ausências em sala de aula, num semestre com 100 dias letivos, resulta em, aproximadamente, 45 dias.

E mais, além do juiz ter concedido medida liminar à requerente, que já estava reprovada por faltas, o presentante do

Ministério Público Federal também deu seu parecer favorável à concessão do pleito. Isto é, como seria possível permitir que a aluna pudesse gozar antecipadamente dos efeitos do pleito final, visto que tal pretensão já estava prescrita desde a impetração do writ!

Em virtude dessas questões pontuais e que exigem o estudo da legislação específica à matéria, quais sejam, a LDBEN e as resoluções do MEC, e devido a falta de literatura especializada na área, mostra-se o presente artigo como de importante leitura, para que se possa conhecer alguns critérios básicos a respeito da impetração de mandados de segurança contra instituições de ensino superior.

## 1 DA ATUAL SITUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO NO BRASIL

Serão tecidas, agora, breves considerações acerca do ensino escolar e superior no Brasil, tão somente no intuito de direcionar o leitor ao tema principal deste trabalho.

Hodiernamente, no Brasil os fatores econômicos têm influenciado negativamente a educação nacional, posto que, além da dificuldade de pagar bons colégios para seus filhos as instituições de ensino, por sua vez, se vêem em situação complicada, uma vez que a LDBEN, de maneira correta, evita que sejam tomadas quaisquer tipos de sanções administrativas contra o aluno, da mesma sorte que o Código Civil estabelece uma multa ao mês de no máximo, 2% sobre o valor devido. Então, enquanto os bancos e administradoras de cartões de crédito cobram juros absurdos, as instituições de ensino estão atreladas ao valor fixado no Código Civil, o que acarreta pela preferência do pagamento de outras dívidas no lugar das oriundas do ensino.

Um outro aspecto é que, antes do advento da Lei 9.870/99 que atualmente disciplina as mensalidades escolares, havia o entendimento de que as instituições de ensino deveriam, obrigatoriamente, renovar a matrícula de seus alunos inadimplentes. Ou seja, ao arrepio da autonomia da vontade, elemento essencial à validade dos contratos, os donos de colégios e faculdades se viam compelidos a contratar com devedores contumazes.

Porém, de forma correta, tal entendimento mudou, inclusive tendo o STJ se pronunciado sobre a matéria dizendo que "o art. 5º da Lei 9.870/99, ao assegurar o direito da rematrícula aos alunos que matriculados em determinada instituição de ensino, exclui os inadimplentes"<sup>1</sup>.

## 2 DOS DIVERSOS TIPOS DE IES EXISTENTES NA LDBEN

É importante, neste momento, que se faça a devida distinção entre faculdades, universidades, centros acadêmicos, dentre outros modelos de IES. Assim sendo, o Parecer CES/CNE nº 1366/2001, que originou a Resolução CES/CNE nº 10/2002, assim traçou o perfil de cada uma<sup>2</sup>:

Universidades são caracterizadas como instituições de excelência, que articulam ensino, pesquisa e extensão de maneira indissociável. Como condições para cumprir esses objetivos devem apresentar elevada porcentagem de docen-

tes com titulação acadêmica e efetiva produção intelectual institucionalizada, nos termos da Resolução CES/CNE 2/97 e do que dispõe a LDB, além da prática investigativa que se associa ao ensino de graduação de alta qualidade, observados também os dispositivos legais referentes ao percentual mínimo de professores em regime de tempo integral, entendido como a obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho, na mesma instituição, nele reservado o tempo de pelo menos vinte horas semanais destinado a estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação. As universidades devem, ainda, desenvolver atividades de extensão relevantes para o contexto social no qual se inserem.

Centros universitários deverão comprovar elevada qualidade no ensino, o que deve incluir não só uma infra-estrutura adequada, mas titulação acadêmica do corpo docente ou relevante experiência profissional na respectiva área. Deverão comprovar, também, a inserção de práticas investigativas na própria atividade didática, de forma a estimular a capacidade de resolver problemas e o estudo autônomo por parte dos estudantes, assim como o constante aperfeiçoamento e atualização do corpo docente. Estágios supervisionados, prestação de serviços à comunidade, levantamentos bibliográficos e elaboração autônoma ou em grupos de trabalhos teóricos ou descritivos sobre temas específicos, com orientação docente, são todas práticas necessárias a um ensino de alta qualidade.

Dos demais estabelecimentos, orientados basicamente para o ensino e para a formação de profissionais para o mercado de trabalho, não se exigirão produção científica, existência de cursos de pós-graduação, nem percentuais mínimos de titulação acadêmica do corpo docente. A presença de atividades práticas e estágios, de professores com experiência profissional entretanto, deverão constar da avaliação, assim como as condições de infra-estrutura e de regime de trabalho do corpo docente.

Então, pela leitura da LDBEN, percebe-se que, enquanto as Universidades possuem um amplo grau de autonomia, podendo até criar, organizar e extinguir cursos e programas de educação superior previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Administrativo. Ensino Superior. Instituição Particular. Inadimplência. Impossibilidade de renovação de matrícula. REsp 364295/São Paulo. Recorrente: Sociedade Civil de Educação Braz Cubas e outro. Recorrido: Luciana Blassio Belluomini Mello. Relator: Ministro Castro Meira. 27/04/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCONS/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Recurso+Especial+364295&&I=ACOR&p=110&t=&I=10&i=3>>. Acesso em: 03 abr. 2008.

<sup>2</sup> FRAUNCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo Monteiro. *LDB anotada e comentada*. Brasília: ILAPE, 2007. p.57.

Nacional, as faculdades estão sob constante supervisão do Ministério da Educação. Por conta disso, quando do momento do pedido de credenciamento da instituição junto ao MEC, deverá ser enviado, inclusive, o regimento interno da faculdade.

Tais ponderações são de salutar importância posto que não cabe a IES estabelecer a quantidade de dias letivos de um semestre, mas sim, baseada na norma geral insculpida na LDBEN, adequar seus programas e currículos aos prazos lá constantes. De tal sorte, não há que se falar em ato arbitrário ou lesivo do Diretor da instituição quando não permite que um aluno se matricule de forma extemporânea.

E mais, pela leitura do artigo 48, §1º, que diz que "os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação", percebe-se que, além do MEC, ainda haverá uma nova revisão da vida acadêmica do aluno por conta da universidade que registrará o seu diploma.

Isto posto, caso fosse concedida liminar ou a própria segurança para que se reintegrasse um aluno à IES apenas no final do semestre letivo e que tal decisão fosse mantida pelo tribunal, ao amparo da LDBEN, o maior prejudicado seria o próprio aluno, a partir do momento que não teria o seu diploma registrado pela Universidade a quem sua faculdade está vinculada, uma vez que esta não homologaria um documento para um discente que não respeitou o limite mínimo de frequência.

### 3 OS NOVOS REQUISITOS CRIADOS PARA OS MANDADOS DE SEGURANÇA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 24 DA LDBEN

A respeito da matéria estudada, é curial que sejam feitas algumas observações. A primeira delas diz respeito à autoridade coatora, mais especificamente ao seu dever de prestar as informações pedidas pelo juiz, isto porque tal autoridade deverá prestá-las pessoalmente, ou seja, não poderá constituir advogado para que o represente em juízo, entretanto, nada impede que a peça seja redigida pelo advogado, atendendo as formalidades legais, de acordo com as informações passadas pela autoridade.

Exatamente por conta dessa exigência das informações serem prestadas de forma pessoal é que, na sua ineficácia, isso não implica na concessão da segurança, é necessária a convicção do juiz baseada nos próprios requisitos do *mandamus*<sup>1</sup>.

Por outro lado, quando tratar-se de recursos, será exigida a subscrição do advogado, até porque a petição recursal exige certas formalidades que apenas um advogado sabe como cumpri-las. Da mesma forma, a autoridade coatora, neste momento, não terá legitimidade para a interposição do recurso, mas sim, a pessoa jurídica a quem ela é vinculada. Assim trata do tema Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>:

A Administração só se faz presente em mandado de segurança até a prestação das informações, pela autoridade contra quem é impetrada a ordem. Daí por diante, o processo pode - e deve - ser acompanhado por procurador habilitado nos autos, mas as ordens de execução de segurança serão sempre dirigidas à própria autoridade coatora e por ela cumpridas direta e imediatamente, sob pena de incidir no crime de

<sup>1</sup> BOULOS, Uadi Lammog. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 356.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.88.

desobediência. (CP, art. 330).

Isto quer dizer que, nos recursos, ao contrário das informações que são prestadas de forma pessoal, até porque dizem respeito a um ato praticado, de forma abusiva, ilegal ou arbitrária, pela autoridade e não pela pessoa jurídica, a legitimidade é da pessoa jurídica, uma vez que ela é quem suportará os efeitos da decisão.

### 3.1 A importância das medidas liminares nos mandados de segurança

Importante é fazer, neste momento, uma breve explicação sobre a terminologia "liminar". Para o professor Leonardo Cunha, seria "qualquer medida, enfim, que seja deferida, inicialmente, preliminarmente, liminarmente, no início do processo, sem que haja prévio contraditório, constitui uma medida liminar"<sup>5</sup>. Ou seja, a medida liminar é uma análise da presença de alguns requisitos que, *per se*, já dão urgência à análise do pedido.

Neste mesmo diapasão, a existência do binômio da fumaça do bom direito e do perigo da demora são questões essenciais a serem analisadas pelo julgador quando da concessão ou não da liminar satisfativa.

Diante das explicações supra, percebe-se a diferença entre medida liminar e medida cautelar, hodiernamente bastante confundida. A medida cautelar possui caráter protetivo, assecuratório de que, ao final do processo, o pleito principal será concedido a parte correta. Por sua vez, a medida liminar faz com que o pleito final já comece a ser usufruído pela parte que a requereu, uma vez atendido ao binômio narrado no parágrafo anterior.

<sup>5</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dirética, 2003. p.136.

Especificamente em sede de mandado de segurança, numa decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu-se que a vedação à concessão de medidas liminares "obstrui o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo"<sup>6</sup>.

### 3.2 Medidas liminares e antecipação dos efeitos da tutela

As medidas liminares concedidas em mandados de segurança, a bem da verdade visam, sobretudo, salvaguardar o direito líquido e certo do impetrante, ou seja, trata-se de medida acautelatória, fundamentando o juiz sua decisão com base numa cognição sumária. Por sua vez, a antecipação dos efeitos da tutela procura garantir que o requerente usufrua, pelo menos parcial e temporariamente, do seu pleito antes da sentença.

Mais especificamente, liminar concedida em *writ* impetrado contra instituição de ensino superior, possui natureza de medida satisfativa, posto que, uma vez que a tutela, ainda que fundada em cognição sumária (*fumus boni iuris*), der ao autor o resultado prático que ele só iria auferir quando do término do processo, não é possível dizer que essa tutela esteja apenas resguardando o resultado útil do processo<sup>7</sup>.

Assim sendo, adotando-se o entendimento de que a tutela antecipatória confere a fruição, pelo requerente, da pretensão buscada ao final do processo de conhecimento, enquanto que na tutela cautelar há apenas a concessão de medidas que

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Constitucional. Medidas cautelares e liminares. suspensão. Relator: Ministro Carlos Velloso. 20 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.com.br/artigos&ver=238.14177>>. Acesso em: 08 mar. 2008.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 205.

curam assegurar a existência do provimento final, percebe-se que seria impossível, por exemplo, como medida cautelar o juiz determinar que seja reservada a vaga do requerente, e não determinar sua volta aos bancos da IES quando do início do semestre, posto que, tal medida cautelar, na verdade, não acautelou o provimento final do pleito, pois ninguém pede apenas para ter sua vaga resguardada, o aluno quer, além da vaga, condições de, ao final do ano ou semestre letivo, obter aprovação.<sup>6</sup>

Então, inquire-se que, as medidas liminares concedidas em mandados de segurança que visem permitir que o aluno retorno aos corredores da instituição de ensino possui uma natureza híbrida, num primeiro momento, acauteladora, mas, necessitando, também, ser satisfativa, que no caso em comento, afigura-se como condição essencial à aprovação do aluno, além do desempenho acadêmico satisfatório.

### 3.3 Procedimentos a serem observados quando da impetração do writ em face de ies

É praxe, na atuação forense, que os juízes esperem as autoridades coatoras se manifestarem acerca do ato impugnado por meio de suas informações, todavia, é nesse momento que as liminares assumem uma postura ainda mais importante, pois se concedidas para determinar o retorno do aluno a sala de aula, terão características acauteladoras e satisfativas, visto que, irá impedir que o aluno tenha seu provimento final prejudicado pela demora do judiciário ou pelo excesso de prazo, da mesma forma que, uma vez que o fim maior da segurança é o de recolocar o aluno em sala, será o mesmo atendido, mesmo que de forma provisória.

No entanto, é sabido que a concessão de medidas liminares

<sup>6</sup> MARINONI, ARENHART, *op. cit.*, p. 208.

sem a oitiva da outra parte se afiguram como excepcionalidade, mal vista por alguns juizes e que, no caso em comento, deveriam ser aplicadas de outra forma. Não basta que se utilize apenas do poder geral de cautela para que fique garantida a vaga do aluno na IES, deve-se assegurar que ele voltará a frequentar os bancos acadêmicos para que possa preencher os requisitos mínimos legais no intuito da obtenção de seu diploma.

Em consonância à existência do artigo 24, incisos I e VI da LDBEN o advogado também necessita de uma maior cautela quando da impetração do Mandado de Segurança, seja para não apresentá-lo extemporaneamente, seja para alertar o julgador acerca desse prazo para fazer com que haja uma mitigação desse entendimento da espera pelas informações da autoridade coatora. Reitere-se, essa é uma prática forense, apenas por questões de segurança jurídica, todavia, a própria lei 1.533/51 já fala sobre a possibilidade da execução provisória da segurança.

### 3.4 O prazo de 120 dias para a impetração do Mandado de Segurança à luz do artigo 24, inciso VI da LDBEN

Como este trabalho destina-se a analisar as novas regras criadas pela LDBEN no tocante a concessão de um writ, deve-se aludir à postura, hodiernamente, adotada pelos julgadores, posto que, via de regra, eles têm esperado a autoridade coatora apresentar suas informações, mas, não obstante a isso, no uso do seu poder geral de cautela, têm também determinado a reserva da vaga ao aluno impetrante até que se resolva a questão.

Assim sendo, é curial que se ressalte que o artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN (Lei 9.394/96), estabeleceu um novo critério a ser observado quando da concessão da segurança ou da liminar em Mandado de Segurança, qual seja, o requisito do aluno poder cumprir os

75% mínimos de frequência exigidos pelo supracitado artigo.

Explique-se: a LDBEN estabelece que o aluno deve estar presente em, ao menos, 75% das aulas ministrados no semestre ou no ano letivo. De tal sorte, mesmo sendo concedida a segurança, dentro do prazo legal de 120 dias estabelecido no artigo 18 da Lei 5.333/51, pode a mesma ser inócua, uma vez que, ainda que o aluno retorne aos corredores da instituição de ensino, não terá seu semestre ou ano letivo cursado de maneira satisfatória. Então, a bem da verdade, o que se denota da análise desse artigo da LDBEN é que foi criado um prazo mais exiguo para a concessão da segurança.

Após as necessárias explicações feitas acima, surge a questão, seria constitucional que se estabelecesse um prazo menor para a concessão de segurança, mesmo que de forma não expressa, ao contrário do que diz o artigo 18 da Lei 5.333/51 e a súmula 632 do STF? Existe um permissivo constitucional de 120 dias para a impetração do Mandado de Segurança, no entanto, existe uma regra infraconstitucional, porém específica, que ao determinar a percentagem mínima de presença do aluno em sala de aula acaba por ditar um novo prazo a ser observado pelos julgadores.

#### 4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 24 DA LDBEN EM CONSONÂNCIA À SÚMULA 632 DO STF

É consagrado que o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança possui respaldo legal, tendo sido, inclusive sumulado pelo Pretório Excelso. Mas vale a ressalva feita pelo doutrinador Uadi Lammego quando diz que<sup>40</sup>:

<sup>40</sup> BRASIL. Súmula nº 632. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoSúmula&pagina=súmula\\_601\\_700](http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoSúmula&pagina=súmula_601_700)>. Acesso em: 03 mar. 2008.

<sup>41</sup> BOUTLOS, op. cit., p. 369.

[...] segundo alguns, não existe limitação temporal relativa ao ajuizamento do mandado de segurança. Advogam a tese de que a Constituição de 1988 não impõe qualquer restrição, e as leis processuais precisam instituir vias instrumentais expedidas, ao invés de impedir o uso delas.

Neste momento é importante reiterar as regras insculpidas no artigo 24, incisos I e VI da LDBEN, que, conforme fora explicitada anteriormente, narram que o aluno deve frequentar, no mínimo, 75% das aulas ministradas. De tal sorte, podemos dizer que essa norma acaba por limitar o prazo de 120 dias previsto na súmula 632 do STF, conforme se verá pela explicação a seguir.

A título de exemplo, levemos em consideração uma Instituição de Ensino Superior que adota o sistema semestral de ensino, desta forma, cada semestre possuirá 100 dias letivos, já que um ano letivo deve possuir 200 dias letivos. Desta feita, o prazo de 120 dias para a impetração do *mandamus*, se levado em consideração pelo impetrante, acabaria por permitir que o paciente, uma vez concedida a segurança, entrasse nos corredores da IES praticamente ao final do semestre letivo.

Para agravar ainda mais a situação, imaginemos o caso do impetrante dar entrada no writ no último dia do prazo e, em seguida, o juiz pedir para a autoridade coatora prestar informações, e esta, por sua vez, como possui o prazo legal de 10 dias para fazê-lo, também se manifeste apenas no último dia do seu prazo. Somente após todo esse trâmite legal é que, caberá ao juiz decidir. E levando-se em consideração a atual morosidade da justiça brasileira, já se teria transcorrido mais do que os 100 dias letivos de um semestre.

Em virtude disso, deve o juiz observar, até mesmo como

forma de preliminar ao mérito, se, caso venha a atender tal pleito, a parte conseguirá ingressar nos bancos escolares antes do prazo fixado na LDBEN.

Surge então a dúvida sobre a constitucionalidade do supracitado artigo da LDBEN. E para respondê-la deve-se atentar a letra da súmula 632 do STF, que giza ser "constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança", que, no tempo de sua edição veio para responder a dúvida sobre possibilidade de limitação do prazo do exercício do mandado de segurança insculpida no artigo 18 da Lei 1.533/51.

Da leitura da súmula percebe-se que a mesma se refere a lei em sentido genérico, não fazendo nenhuma remissão expressa à lei que trata do mandado de segurança. Por sua vez, a Lei 9.394/96 é específica quando o assunto é a educação nacional. Desta sorte, em vistas de não haver vedação constitucional, como também por existir tal súmula com características permissivas para a existência de uma lei que minore esse prazo de 120 dias, está respondida a questão acerca da constitucionalidade do artigo 24, incisos I e VI da LDBEN.

## 5 CONCLUSÕES

De acordo com os estudos realizados no presente trabalho, pôde-se verificar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ou somente, LDBEN, quando em seu artigo 24 disciplinou a quantidade de dias letivos que o aluno obrigatoriamente deveria freqüentar durante um semestre letivo, acabou por produzir efeitos na seara processual civil.

Todavia, tal artigo se mostra constitucional por dois motivos

em especial: o primeiro é que a súmula 632 do Supremo fala sobre a constitucionalidade da lei que fixe prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, mas não fez referência expressa e taxativa ao artigo 18 da Lei 1.533/51, que fixa tal prazo em 120 dias. O segundo também é constitucional, e está jungido no direito individual à educação, pois, a partir do momento que a Carta Magna, em seu artigo 207 garante a autonomia das universidades, constata-se que, atendendo-se ao regramento geral insculpido na lei 9.394/96, pode a instituição de ensino superior se auto-gerir, cabendo a ela resolver a melhor forma de cumprir o as regras da LDBEN.

Então, a bem da verdade, o que ocorre é que, a LDBEN fixa parâmetros mínimos a serem respeitados no intuito de tentar uniformizar os currículos acadêmicos nacionais, no entanto, cada IES pode aprofundar ou melhorar seus padrões curriculares. É isso que permite que as instituições de ensino adequem seus currículos para permitir que alunos de diversas religiões, como por exemplo os adventistas do sétimo dia, não sejam prejudicados. Bem como é essa autonomia que, também, possibilita a criação dos regimentos internos de cada instituição.

Desta feita, em atenção à autonomia conferida as IES pela Constituição da República, bem como em total consonância com a súmula 632 do Supremo, não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 24 da LDBEN. Cabendo aos juízes e tribunais, quando da prática forense, se adequarem às situações fáticas criadas em virtude do advento dessa lei específica, criada para disciplinar a educação.

## ABSTRACT

Performs brief assessment of Law 9.394/96, the Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDBEN, regarding the deadline to oppose writs against High Education Institutions - HEI, for which the deadline shall be observed the article 24 of LDBEN and not the article 18 of Law 1.533/51.

It concludes that as the LDBEN specific and recent law, and because of the summary 632 from Supreme validates law that establishes deadline term to oppose writs, there is no unconstitutionality of article 24 of that law.

Key-words: Educational Rights, LDBEN, Summary 632 from STF.

## REFERÊNCIAS

BOULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2008.

BRASIL. **Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1533.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2008.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2008.

BRASIL. **Súmula nº 632**. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acesso em: 03 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Administrativo. Ensino Superior. Instituição Particular. Inadimplência. Impossibilidade de renovação de matrícula. REsp 364295/São Paulo. Recorrente: Sociedade Civil de Educação Braz Cubas e outro. Recorrido: Luciana Blassio Belluomini Mello. Relator: Ministro Castro Meira. 27/04/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Recurso+Especial++364295&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 03 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, Constitucional. Medidas cautelares e liminares: Suspensão. Relator: Ministro Carlos Velloso. 20/06/1997. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=238.14177>>. Acesso em: 08 mar. 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2003.

FRAUNCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo Monteiro. **LDB anotada e comentada**. Brasília: ILAPE, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2003.

## REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO “REGIME” CAUTELAR

*Jamerson Pereira de Lira*

Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Maurício de Nassari em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE. Ex-aluno do Curso de Preparação à Magistratura da Esmape. Capitão da Polícia Militar de Pernambuco.

### RESUMO

A Lei 10.792, de 01/12/2003 modificou o artigo 52 da Lei de execução penal, criando o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste numa sanção disciplinar. Mais adiante, nos parágrafos do citado artigo, o referido regime disciplinar é previsto para situações factuais (alta risco e fundadas suspeitas), que não consistem em falta grave, perdendo, a priori, sua característica de sanção disciplinar, tornando a feição de um regime de cumprimento de pena. Assim sendo, temos um só instituto figurando, concomitantemente, como sanção disciplinar e como regime de cumprimento de pena, o que requer um esclarecimento doutrinário e jurisprudencial, com vistas a analisar a constitucionalidade e natureza jurídica do RDD.

*Palavras-chave:* Execução penal, Regime disciplinar diferenciado (RDD).

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 3 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE X DISCIPLINA CARCERÁRIA. 3.1 Da disciplina carcerária 3.1.1 Da falta grave 3.1.2 Das faltas graves oriundas de crime doloso. 3.1.3 Perturbação da ordem carcerária 3.2 Sanções disciplinares. 3.2.1 Inclusão no regime disciplinar diferenciado. 3.3 Regime disciplinar diferenciado cautelar. 4 SEGURANÇA JURÍDICA DO PRESO X SEGURANÇA SOCIAL. 4.1 Direito Penal Máximo X Direito Penal Mínimo 4.2 Da Fundada suspeita e do alto risco. 5 CONSTITUCIONALIDADE DO RDD "CAUTELAR". 5.1 NATUREZA JURÍDICA DO RDD. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

A natureza do homem o impele ao convívio em sociedade. Como bem relata Jean Jacques Rousseau, em sua obra "Do Contrato Social", os homens se organizam em coletividade, a fim de obterem melhores condições de vida. Dissò resulta que deverá prevalecer a "vontade geral", com vistas ao "bem comum". Nesse sentido, para o referido autor "a lei, como ato da vontade geral e expressão da soberania, é de vital importância, pois determina todo o destino do Estado".<sup>1</sup>

Ocorre que parcela da sociedade, por razões de ordem político-social ou até mesmo de foro íntimo, não raras vezes, viola o que fora estabelecido como pacto de vontade geral, o que os torna "marginais", ou seja, aqueles que vivem à margem da lei. Tal situação se aplica plenamente ao Brasil, onde há o ordenamento jurídico, que visa a regular condutas, estabelecendo sanções ao seu descumprimento; tudo em prol do já mencionado "bem comum".

A herança das penas cruéis, de banimento e clausura até hoje apresenta os seus reflexos, posto que a sociedade, numa visão de senso comum, e até mesmo parcela dos mais esclarecidos, com sua visão embotada pelo desejo de encontrar uma

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 13-14

resposta rápida para determinados problemas, enxergam no cárcere o lenitivo para todos os problemas que afligem a sociedade, particularmente, as condutas anti-sociais que causam clamor público. Ledo engano.

A busca desenfreada em combater a criminalidade excluindo as leis e criando cada vez mais tipos penais, elevando algumas condutas à categoria de crime hediondo, acabou por criar uma Quimera<sup>2</sup>, que é a calamitosa situação em que se encontra o sistema prisional, o qual, nos últimos anos, teve a sua população aumentada de forma descomunal. Tudo isso por conta da equivocada ideia de que o mero afastamento do criminoso das vistas dos "cidadãos de bem" seria a solução do problema.

Na realidade, uma outra sociedade, com valores e "leis" próprias, se desenvolve paralelamente ao modelo em que vivemos. Acontece que, num dado momento, esta "sociedade paralela" passará a interferir, a incomodar e a ameaçar aqueles que gozam de liberdade.

O que ocorre de fato é que as barras das grades já não mais detêm os criminosos, que cada vez mais se aperfeiçoam no sentido de tentar burlar a opressão que lhes é imposta pela máquina estatal. Há registros de que, mesmo presos, diversos delinqüentes continuam administrando a sua indústria criminosa, comandando o tráfico,

<sup>2</sup> De acordo com a versão mais difundida da lenda, a quimera era um monstroso produto da união entre Equidna - metade mulher, metade serpente - e o gigantesco Tifon. Outras lendas a fazem filha da hidra de Lerna e do leão de Neméia, que foram mortos por Hércules. Habitualmente era descrita com cabeça de leão, torso de cabra e parte posterior de dragão ou serpente. Criada pelo rei de Cária, mais tarde assolaria este reino e o de Licia com o fogo que vomitava incessantemente, até que o herói Belerofonte, montado no cavalo alado Píggas, conseguiu matá-la. A representação plástica mais freqüente da quimera era a de um leão com uma cabeça de cabra em sua espadua. Essa foi também a mais comum na arte cristã medieval, que fez dela um símbolo do mal. Com o passar do tempo, chamou-se genericamente quimera a todo monstro fantástico empregado na decoração arquitectónica. Em linguagem popular, o termo quimera alude a qualquer composição fantástica, absurda ou monstruosa, constituída de elementos disparatados ou incongruentes.

arquitetando seqüestros, determinando roubos, extermínios, etc. Tudo isso contando com o auxílio da tecnologia e com a conivência de pessoas que deveriam trabalhar em prol da justiça. Dessa forma, tais elementos demonstraram que o sistema prisional é ineficiente para detê-los, posto que continuam em sua atividade delituosa.

Tal realidade, pelo clamor público causado, impeliu o Estado a procurar uma forma de dar uma resposta à sociedade. Lamentavelmente, a solução encontrada foi insistir na idéia do isolamento, do endurecimento da lei e da execução das sanções. Nesse contexto, foi criado um regime de cumprimento de pena mais rigoroso que o fechado, isolando o preso da sociedade, com o intuito de frustrar a sua empresa criminosa, seria esse o "Belerofonte"<sup>3</sup> que destruiria o horrendo monstro criado pela própria sociedade.

Neste trabalho vamos abordar todas as características e circunstâncias que envolvem essa inovação na Lei de Execução Penal, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 52 da Lei 7.210/84 acrescentados pela Lei 10.792/03, que prevê o regime disciplinar diferenciado.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A origem do "crime organizado" no Brasil data do final dos anos 70 e início dos anos 80, época em que uma parcela da sociedade civil, movida por ideais revolucionários e insatisfeita com o regime militar, pegou em armas a fim de se manifestar contra o sistema vigente. Para tanto, os assaltos a banco se tornaram freqüentes – com a finalidade de "levantar fundos" que seriam investidos na revolução. Em decorrência disso, o governo regulamentou, por intermédio do artigo 27

<sup>3</sup> Ibidem.

do decreto-lei 898 de 1969, a inclusão desse tipo de crime na Lei de Segurança Nacional (LSN), passando, desde então, a serem julgados pelos Tribunais Militares.

Dessa forma, o governo militar procurava colocar no mesmo patamar o bandido comum e o "preso político", os quais, numa infeliz atitude, foram reunidos no "caldeirão do inferno"<sup>4</sup>.

Os presos políticos conseguiram, paulatinamente, contaminar os "comuns" com um conceito coletivista, até então inexistente ali. A eles também foi passada uma noção de organização para as ações "criminosas". Livros como Guerra de Guerrilhas (Che Guevara) e Manual do Guerrilheiro Urbano (Marighela) – traduzidos para vários idiomas no mundo inteiro – passaram nas mãos dos bandidos.

Com a anistia, os "bandidos das idéias" conquistaram a liberdade, e com eles foram-se os ideais políticos, ficando com os "bandidos comuns" só o coletivismo, a capacitação para melhor articular as ações e a cor que representa os ideais socialistas defendidos pelos ativistas, que é o vermelho.<sup>5</sup>

Dessa mistura explosiva surgiu – no Estado do Rio de Janeiro – a maior irmandade do crime de que se tem notícia: o "Comando Vermelho". Outrossim, no mesmo período histórico, surgiram ainda outras irmandades paralelas, que divergiam de opiniões; contudo, possuíam a mesma idéia de organização e coletividade.

São Paulo é o novo cenário da expansão do Crime Organizado. O PCC que se intitula o "partido do crime", é a força hegemônica. Cresce numa velocidade alucinante.

<sup>4</sup> Antiga denominação dada ao Instituto Penal Cândido Mendes, mais conhecido como Presídio da Ilha Grande – Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> AMORIM, Carlos. CV-PCC: A irmandade do crime. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 92-96.

Aparentemente, controla 30 mil detentos em todo o estado. É uma grife quase irresistível para o jovem sequestrado pelo crime. Ser do "partido" é uma espécie de credencial que atesta a qualidade do criminoso.<sup>6</sup>

Na esteira do que ocorrera no Rio de Janeiro, o Estado de São Paulo também fora "lastimado" pela formação de organizações criminosas nos moldes do Comando Vermelho, dentre as quais a de maior envergadura se auto denomina Primeiro Comando da Capital (PCC), que teve todos os holofotes projetados sobre si a partir da Mega-rebelião ocorrida em fevereiro de 2001 e, recentemente, em razão dos múltiplos atentados a vários seguimentos dos órgãos de segurança pública.

O Sistema Penitenciário paulista já vinha, ao longo do tempo, identificando lideranças criminosas no âmbito dos estabelecimentos prisionais e buscava uma saída para tentar controlar tal situação.

Após uma rebelião que destruiu quase que completamente a Casa de Custódia de Taubaté, a maior parte dos responsáveis foi transferida para outras unidades sob o pretexto de se fazer a reforma das dependências do Estabelecimento.

Ocorre que, ao final da reforma, nem todos os presos retornaram para o seu lugar de origem. A Secretaria de Administração Prisional, numa tentativa de mostrar a sua força, transferiu dez líderes criminosos, pulverizando-os em outros estabelecimentos do Estado.<sup>7</sup>

Em fevereiro de 2001, em represália à atitude estatal, mais precisamente aos dezoito dias do mês de fevereiro, foi

deflagrada a maior rebelião de que se tem registro. A mega-rebelião contou com a participação de vinte e cinco unidades prisionais e quatro cadeias públicas.<sup>8</sup>

Tal acontecimento deu projeção à maior organização criminosa do Estado de São Paulo, que tanta inquietação trouxe à população e, principalmente aos órgãos responsáveis pela segurança pública: o Primeiro Comando da Capital - PCC.

Diante da ocorrência retromencionada, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, como resposta ao surgimento de rebeliões e sob a alegação da existência de quadrilhas organizadas no interior dos estabelecimentos prisionais, instalou presídios de segurança máxima, aumentou o poder dos diretores de penitenciárias e editou a Resolução SAP n. 26, de 04.05.2001, que instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD). Esse regime prevê sanção disciplinar, consistente no isolamento em cela própria, por cento e oitenta dias na primeira inclusão e trezentos e sessenta dias nas demais, com direito a banho de sol de uma hora, e duas horas semanais destinadas a visita, aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico (art.1º).

Posteriormente, a Resolução paulista foi convertida em projeto de lei, contudo, não fora votada pelo Congresso Nacional. No entanto, no mês de março de 2003 a morte de dois Juizes de Execução Penal, em São Paulo e Espírito Santo, respectivamente, fomentou, no âmbito do Legislativo Federal, o ressurgimento do Projeto de Lei nº 7.053, que fora enviado pela Presidência da República no ano de 2001<sup>9</sup>. Toda

<sup>6</sup> Idem, p. 34.

<sup>7</sup> FURUKAWA, Nagashi. Regime disciplinar diferenciado. Disponível em: <www.mj.gov.br/depem>. Acesso em: 10 mar. 2005.

<sup>8</sup> FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD. São Paulo: IBCCRIM, 2005. passim.

<sup>9</sup> NUNES, Adelson. O regime disciplinar na prisão. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12 maio 2005.

essa manobra legislativa, de certa forma casuística, fez surgir, em 1º de dezembro de 2003, a Lei 10.792, que alterou a Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, criando, através das modificações na LEP, o regime disciplinar diferenciado.

Passados quase cinco anos da mega-rebelião no Estado de São Paulo, o PCC voltou às primeiras páginas dos jornais nacionais e internacionais, quando, no ano de 2006, deflagrou uma série de atentados contra agentes penitenciários, delegacias, e demais órgãos e agentes da segurança pública, promovendo um verdadeiro caos social e trazendo à baila, novamente, a discussão sobre o RDD.

### 3 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE X DISCIPLINA CARCERÁRIA

Prevê o ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras sanções à prática de delitos, a privação de liberdade. À luz do Código Penal pátrio, há a previsão de uma escala de complexidade entre os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade. Assim sendo, são três os regimes prisionais: o fechado, o semi-aberto e o aberto.

No regime fechado, o cumprimento da pena se dá no interior de penitenciária e o condenado fica sujeito a trabalho diurno e a isolamento durante o repouso noturno. A Lei de Execuções estabelece as condições mínimas da penitenciária. Infelizmente, no Brasil não há um bom suporte para implementar essas condições, que são fadadas a não saírem do papel.

Vale dizer que a lei contempla como estabelecimento adequado ao regime fechado as penitenciárias, conforme o art. 40 do Código Penal. O regime fechado consiste em limitação

das atividades e grande vigilância. Entende-se que tal regime é destinado a presos de grande periculosidade.

No regime semi-aberto, que não deixa de ser "semi-fechado", a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar. A idéia de prisão semi-aberta apareceu na Suíça, com a construção da prisão de Witzwill, que ficava localizada na zona rural, abrigando os sentenciados que trabalhavam como colonos de uma fazenda, com pouca vigilância e muita confiança nos apenados. Ocorre que a grande maioria dos criminosos provém dos grandes centros urbanos, o que levou o legislador a optar pela diversidade de estabelecimentos semi-abertos, incluindo os industriais e similares. É permitido o trabalho externo que, contudo, é excepcional.<sup>8</sup>

No regime aberto, é realçada a autodisciplina e a responsabilidade do condenado, já que cumpre sua pena sem qualquer vigilância, devendo trabalhar (externamente, como regra) durante o dia e se recolher à noite. A origem mais remota da prisão aberta se deu em Nova Iorque, quando, em 1868, se fez a primeira experiência, através da "probation system". Depois, ingressou no Direito Britânico (1907), Belga (1915), Sueco (1918), Australiano (1920) e Francês (1951).<sup>9</sup> Os artigos. 93/95 da Lei de Execuções Penais cuidam do estabelecimento adequado para o regime aberto, chamado Casa de Albergado. Mais uma disposição que, lamentavelmente, a vontade política brasileira relegou ao papel. O regime aberto é o último estágio antes da reinserção total do indivíduo ao meio social.

O objeto do nosso estudo repousa substancialmente sobre o regime fechado, uma vez que os problemas já aventados

<sup>8</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.276.

<sup>9</sup> PACHECO, Wagner Brito. *A prisão albergue no Estado do Pará*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. *passim*.

encontram sua maior incidência durante a execução de tal regime.

Nada obsta, destarte, que os presos provisórios ou sob o regime aberto ou semi-aberto sejam submetidos ao RDD.

### 3.1 Da disciplina carcerária

O sistema prisional acaba por constituir uma sociedade sui generis cujos integrantes são sujeitos de direitos e obrigações. Dessa forma, como em toda e qualquer sociedade, necessita de normas e controle. Assim sendo, a LEP estabelece que, no âmbito da prisão, o detento é obrigado a cumprir as regras jurídicas que põem limite ao seu comportamento carcerário, sob pena de cometimento de transgressão disciplinar.

Vislumbrado um possível cometimento de uma falta disciplinar, cabe a instauração de procedimento administrativo para apurar a sua existência ou não; é claro, com estrita obediência ao princípio da ampla defesa. O preso deverá tomar conhecimento da abertura do procedimento e ter a oportunidade de se defender.

#### 3.1.1 Da falta grave

Seguindo uma ordem axiológica, a partir da gravidade da conduta, as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves.

As faltas médias e leves estão confiadas ao poder discricionário do legislador local. Nesses casos, incumbe-lhe estabelecer tais faltas levando em conta as peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, a natureza do bem jurídico ofendido e outras nuances que se coadunam com as características do ambiente.

Já as faltas graves estão previstas no artigo 50 da Lei 7.210/84, em *numerus clausus*, ou seja, foge à discricionariedade do legislador local o seu estabelecimento, posto que já se encontram previstas em Lei Federal, de forma taxativa.

Constituem falta grave<sup>17</sup>, portanto, a incitação ou participação em movimento para subverter a ordem ou a disciplina; a fuga; a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; a provocação de acidente de trabalho; o descumprimento, no regime aberto, das condições impostas; e a inobservância dos deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da Lei 7.210/84.

Logo, com fulcro no artigo 39 da Lei de Execução Penal<sup>18</sup>, cabe ao detento, no âmbito prisional, manter comportamento carcerário disciplinado, cumprindo fielmente a sentença que lhe fora imposta, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, urbanidade e respeito no trato com os demais prisioneiros, conduta oposta a movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas, submissão a eventuais sanções disciplinares impostas, indenização à vítima ou aos seus sucessores e ao Estado (quando possível), manutenção de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento e conservação dos objetos de uso pessoal.

#### 3.1.2 Das faltas graves oriundas de crime doloso

A inovação trazida à lei de Execução Penal, por intermédio da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, vislumbra que uma das condições para o ingresso do preso no RDD é o

<sup>17</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), Art. 50.

<sup>18</sup> *Ibidem*, art. 39.

cometimento de falta grave, proveniente da prática de crime doloso.

Dessa forma, quis o legislador estabelecer critério de maior gravidade para submeter o preso ao RDD. Posto isto, os indivíduos submetidos ao sistema prisional que tenham cometido ação típica, antijurídica e culpável, e que tenham desejado o resultado ou assumido o risco de produzi-lo é que cometerão o tipo de falta grave ensejadora da penalidade prevista no artigo 53 da LEP, qual seja, a inclusão no regime disciplinar diferenciado.

### 3.1.3 Perturbação da ordem carcerária

Outro pré-requisito para ensejar a inclusão do preso no RDD é que o fato praticado, afóra constituir-se em falta grave, "ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas". Faz-se mister que a ordem carcerária seja perturbada, que seja fomentada a inquietação interna que possa levar a rebeliões e, quiçá, a mortes.

O eminente jurista Renato Flávio Marcão afirma com propriedade que deve haver a conjugação da presente hipótese com a anterior para que se dê azo à inclusão do infrator no RDD.<sup>14</sup> "Não basta, como se vê, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal agir decorra subversão da ordem ou disciplina internas."

É cediço o estado calamitoso em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, de forma que o legislador foi animado a reprimir com mais veemência qualquer tipo de ato que pudesse desestabilizar a "ordem do sistema". Parece até ironia, pois a própria estrutura carcerária - superlotada e que tem grandes

dificuldades de levar a efeito a idéia da ressocialização - é que provoca a desestabilização. Mas, enfim, foi essa a alternativa encontrada pelo legislador.

### 3.2 Sanções disciplinares

As sanções disciplinares estão previstas no artigo 53 da LEP<sup>15</sup> e são exaustivas, ou seja, não há possibilidade de serem aplicadas sanções diferentes das que estão contidas no texto legal em razão dos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei. Ademais, cumpre ressaltar que tais sanções só serão aplicadas por ato motivado.

Figuram, pois, no artigo 53 da LEP, dentre as sanções disciplinares a advertência verbal, a repreensão, a suspensão ou restrição de direitos, o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo e a inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Assim sendo, as quatro primeiras sanções previstas no artigo em comento serão da competência do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar, sob pena de nulidade do feito e responsabilização por constrangimento ilegal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como comunicação ao Juiz das medidas aplicadas, nos casos de falta grave.

Ademais, cumpre esclarecer que a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é da competência do Judiciário, mediante prévio e fundamentado despacho, que dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo Diretor do estabelecimento, ou de outra autoridade administrativa, devendo, também, ser submetido à apreciação do *parquet*.

<sup>14</sup> MARCÃO, Renato Flávio. Curso de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Art. 53 [modificada pela Lei nº 10.792, de 17.12.2003].

Malgrado a falta de previsão legal, há posicionamento doutrinário no sentido de aceitar a interposição de recurso das decisões proferidas pelo Diretor do estabelecimento ou pelo Conselho Disciplinar, desde que admitida na legislação local ou nos regulamentos dos presídios.<sup>16</sup>

### 3.2.1 Inclusão no regime disciplinar diferenciado

Como dito anteriormente em linhas gerais, o RDD é um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por um maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.<sup>17</sup>

É de fundamental importância frisar que, à luz do artigo 52 da LEP<sup>18</sup> é necessário que o preso cometa falta grave, decorrente de crime doloso e que tal ação redunde na subversão da ordem e disciplina internas, para, então, poder ser incluído no regime disciplinar diferenciado.

Destarte, tem o aludido "regime" as seguintes características: duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sendo que a sanção pode ser repetida em caso de nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de 2 (duas) horas; e direito de saída da cela para banho de sol por 2 (duas) horas diárias;

<sup>16</sup> MARCÃO, op. cit. p. 45

<sup>17</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 149

<sup>18</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Art. 52.

### 3.3 Regime disciplinar diferenciado cautelar

Como é sabido no mundo jurídico, uma medida cautelar visa a proteger um bem jurídico tutelado pelo direito e que está sob ameaça de ser violado. Figuram, pois, como pressupostos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Em outras palavras, é necessário que haja o vestígio, a mera possibilidade; enfim, a fumaça do direito. Da mesma forma, faz-se mister que a demora do provimento jurisdicional seja fatal a esse bem jurídico ameaçado; dessa forma, além da fumaça do bom direito, é fundamental que esteja presente também o perigo da demora.

Com lastro nos pressupostos da ação cautelar retromencionados o legislador, tal qual o fez com as prisões cautelares, instituiu o regime disciplinar diferenciado cautelar, fulcrado no alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou na fundada suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Assim sendo, encontramos, nos parágrafos do artigo em estudo tal "regime" - objeto maior de nosso estudo. Quis o legislador, alicerçado no "direito penal máximo", responder ao clamor público, prevendo através dos parágrafos 1º e 2º do artigo 52 da LEP, situações das quais pode ser questionada a constitucionalidade.<sup>19</sup>

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Art. 52, § 1º e § 2º.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Deve-se ter em mente que qualquer medida constrictiva da liberdade de todo e qualquer cidadão deverá ser feita de forma parcimoniosa, como última alternativa. Nesse sentido é fundamental que os critérios para suprimir a liberdade de quem já nem a tem em sua plenitude, sejam muito bem definidos.

Dessa forma, o preso que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como nas hipóteses em que sobre ele recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, poderá ser incluso no regime disciplinar diferenciado.

#### 4 SEGURANÇA JURÍDICA DO PRESO X SEGURANÇA SOCIAL

O legislador pátrio, lamentavelmente, age na grande maioria das vezes impelido pela comoção social, pelo clamor público. Assim sendo, a partir desse aspecto particular da pena e do sistema prisional, surge um grande embate entre a segurança social e a segurança jurídica do preso. De um lado está o interesse de aumentar as restrições à pessoa do preso em prol da sociedade e, do outro, a segurança jurídica à qual tem direito o preso.

É bem verdade que o preso condenado está sob a égide do sistema penitenciário, conforme propugna a teoria mista da pena – adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro – com o

objetivo de fazer com que o apenado “pague” pelo que fez, e, principalmente, reeduque-se, ressocialize-se e prepare-se para retornar ao convívio social.

Entrementes, podemos constatar que tal previsão revelase de difícil efetividade. Diante disso, parte da doutrina e da população encontra a solução no endurecimento das penas<sup>20</sup>, fechando os olhos para o fato de que os presos são sujeitos de direito e que, embora estejam com alguns de seus direitos cerceados, não perderam a condição de seres humanos, merecedores de tratamento digno, apesar dos crimes que tenham cometido. Tudo isso em prol da segurança da sociedade, ou melhor, da “sensação” de segurança. Sob o pretexto de proteger a sociedade não se pode solapar a segurança jurídica do preso. A esse respeito, alguns Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário trazem em seu teor, quase em uníssono, que deve ser preservada a integridade pessoal do indivíduo, sendo vedadas as punições degradantes, desumanas e cruéis.<sup>21-22-23</sup>

Aquele que está privado de sua liberdade, em que pese ser ou não condenado, estando submerido a regras pouco claras e de extrema subjetividade, não goza de qualquer tipo de segurança jurídica, posto que a qualquer momento e sob qualquer pretexto, pode-se ventilar o seu alto risco para a ordem carcerária ou mesmo a fundada suspeita de ser ele integrante de organização criminosa. Ora, o atual estado democrático de direito não pode, nos tempos hodiernos, aceitar que um ser

<sup>20</sup> MATTA, Carlos Eduardo Fonseca. É preciso endurecer as punições. São Paulo, *Super Interessante*, 2002. Especial Segurança, p. 48-49.

<sup>21</sup> CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 22. nov. 1969.

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de Dezembro de 1948. S.L.J. [s.n.], [s.d.].

<sup>23</sup> REGRAS mínimas da ONU para o tratamento dos reclusos. Resolução n.2.858, de 20 de dezembro de 1971.

humano, sujeito de direitos, conviva à mercê da interpretação de um outro homem, que pela sua natureza humana, está passível ao erro, o que poderia submeter alguém a condições de cumprimento de pena demasiadamente rígidas, sem que, necessariamente, a elas fizesse jus.

#### 4.1 Direito Penal Máximo x Direito Penal Mínimo

O fenômeno da violência que inquieta o nosso país é visto sob diversos prismas onde todos, sem exceção, têm sua opinião a respeito. O senso comum, ao qual se filia considerável parcela da sociedade, em razão de todo um retrospecto histórico de repressão aos delitos praticados, enxerga no recrudescimento da lei penal e do sistema de aplicação das sanções a solução para o problema. Para eles o simples fato de retirar o "elemento nocivo" do convívio social, conferindo-lhe longas e sacrificantes penas, já é o bastante para acalmar a agitação social causada por esses delinquentes. São esses os simpatizantes e defensores do direito penal máximo, da "lei e da ordem".<sup>24</sup>

Em sentido diametralmente oposto, uma outra parcela da sociedade, sob o argumento de que o endurecimento das penas só faz inchar o sistema prisional, que já se encontra extremamente debilitado, fazendo com que presos supostamente de maior probabilidade de recuperação, venham a se tornar ainda mais anti-sociais, uma vez submetido a um sistema penitenciário que ainda está muito distante de conseguir materializar o sonho da ressocialização.

Assim sendo, essa celeuma persistirá por muito tempo até que se encontre a afinação ideal. Certo é o fato de que o simples endurecimento da pena como forma de expiação,

<sup>24</sup> GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 7, n. 11, jan./jun. 2002.

inspirado nos ensinamentos de Foucault<sup>25</sup> em que a expiação é o fim maior da pena, sem dúvida contribuirá com o aumento da superpopulação carcerária, num sistema que não tem a mínima condição de cumprir o que é previsto na Lei de Execução Penal. Por outro lado, a idéia da intervenção mínima causará um pandemônio, mormente para aqueles que vêm nas grades das celas a solução imediata para se livrarem desses iminentes problemas.

Deve-se ter em mente, destarte, que é temerária a inclinação radical para qualquer um dos polos. É fato consumado que as relações sociais necessitam de normas de conduta, tal qual prega a teoria Kelseniana do fato, valor e norma.<sup>26</sup> Portanto, a norma deve regular procedimentos, e o seu não acatamento sofrerá o controle social através da aplicação de sanções.

Outrossim, não se pode analisar o fenômeno da segurança pública tão-somente sob o prisma jurídico. Há que se considerar que uma série de fatores sócio-político-econômicos têm seus reflexos sobre a criminalidade.

Entendemos, portanto, que deve haver uma conjugação de esforços no sentido de que não se cobre do direito penal a solução para as mazelas que acometem a sociedade. Jamais o êxito será obtido através do combate às conseqüências de um problema, *in casu*, a insegurança e a violência. É necessário que se vá ao cerne, que se busque e que se combata as verdadeiras causas da criminalidade. Ilustrativamente falando não se consegue derrubar uma árvore apenas arrancando-lhe as folhas, que continuarão crescendo num ciclo constante; deve-se, pois, atacar as raízes, os alicerces que lhe sustentam e lhe nutrem.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. 13. ed. Trad. de Lúcia M. Pondé. Petrópolis: Vozes, 1996. *passim*.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51-52.

Para tanto, imperioso se faz que sejam realizados investimentos a longo prazo. Tais investimentos devem consistir na geração de empregos, na melhoria das condições de vida e, sobretudo, numa boa educação.

Contudo, foi sob o prisma do direito penal máximo que se lastreou o regime disciplinar diferenciado, combatendo a criminalidade com o recrudescimento da Lei.

#### 4.2 Da fundada suspeita e do alto risco

A falta de precisão do legislador pode levar o preso a uma situação de extrema insegurança jurídica, posto que uma mera conjectura de um diretor de estabelecimento prisional, acompanhado por um despacho de uma autoridade judiciária que nele acredite sem realizar maiores perscrutações, pode levar o preso, injustamente, para o cumprimento de sua prisão, quer seja por sentença ou provisória, sob o RDD. Ou seja, a lei criou uma situação de instabilidade, onde abusos podem ser cometidos, conforme constatamos nas palavras de Renato Marcão em seu Curso de Execução Penal<sup>27</sup>:

Na prática, a regra sugere grave risco, e deverá ser fonte de abusos constantes. Já é possível antever os males diversos excessos que serão cometidos, isso em razão da vasta e perigosa possibilidade de interpretar a regra em busca do que venha a ser possível considerar fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O insigne jurista continua em sua ilação, desta feita, referindo-se à variável que é a natureza humana, a qual pode levar pessoas que, por dever de ofício, deveriam agir com imparcialidade, a serem movidas por sentimentos

<sup>27</sup> MARCÃO, op. cit., p. 38-39

pessoais ou valores morais que influenciarão na tomada de decisões e, conseqüentemente, no destino de um outro ser humano:<sup>28</sup>

Por certo, e infelizmente, não faltarão Juizes e Promotores de Justiça; aqueles que por sorte constituem exceção, porém perigosa parcela, que logo se desarticularão a enxergar onde não existe nem nunca existiu; na escuridão de suas visões limitadas, medíocres e, não raras vezes criminosas, diante de todos os bem intencionados e em relação a determinados infelizes, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Tais autoridades por certo "brilharão os olhos" ofuscados pela particular inteligência e devoção à Justiça que nem mesmo elas acreditam ter, diante da possibilidade de mais um arbitrio gerador de profundo drama humano, e com razoável paz de espírito irão sustentar tratar-se de "interpretação da lei", subsunção do fato, etc.

#### 5 CONSTITUCIONALIDADE DO RDD "CAUTELAR"

Chegamos, enfim, ao cerne do nosso estudo, que repousa sobre a análise da constitucionalidade dos parágrafos do artigo 52 da LEP que prevêem o RDD cautelar calcados na **fundada suspeita** de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando; e no **alto risco** para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Entendemos, destarte, que o legislador, balizado pelo princípio da individualização da pena e dos pressupostos das medidas cautelares ( o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), olvidou-se de trazer uma definição acerca do que seria a fundada suspeita e o alto risco, deixando tão importante tarefa a cargo do livre convencimento do julgador.

<sup>28</sup> MARCÃO, op. cit., p. 39

É cediço que todos os homens, independentemente da função que ocupem, trazem consigo todo um arcabouço cultural e moral que lhes proporciona um ponto de vista bastante peculiar, valorando as coisas de modo distinto. Nesse diapasão, o que seria uma fundada suspeita para um julgador, poderia não o ser para outro, da mesma forma que o entendimento acerca do "alto risco" apresentado por um preso poderia ter interpretação divergente.

O que é certo nisso tudo é a instabilidade que se constrói em torno do preso quanto ao seu enquadramento, ou não, nas circunstâncias narradas nos parágrafos em comento. Tudo isso por mera imprecisão legal.

Assim sendo, verificamos que a medida em que as garantias fundamentais dos indivíduos encontram-se ameaçadas e sem o amparo da lei, resta prejudicada a segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade precípua é o bem comum.<sup>29</sup>

Frise-se, outrossim, que dentro do Estado de Direito, deve haver uma via de mão dupla entre o Estado e o indivíduo, cumprindo a ambos invocarem a lei em seu favor para exigir o cumprimento de determinadas condutas. Disso destacamos o dever do primeiro em reconhecer a dignidade da pessoa humana, não permitindo que a mesma seja aviltada sob qualquer hipótese. Em última análise, na medida em que um ordenamento jurídico cria o azo para que direitos fundamentais sejam violados, verificamos a eiva da inconstitucionalidade.

Posto isto, devemos ter em mente que a defesa da sociedade não pode, tampouco deve, desconsiderar direitos e

<sup>29</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. *Aspetos Atuais. Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 27 mar. 2005.

garantias fundamentais da pessoa humana. A lei não pode deixar ao alvedrio dos julgadores a definição de critérios ensejadores da inclusão do preso no RDD, sob pena de afrontar cláusulas pétreas da nossa Constituição Federal. Cabe, pois, ao legislador trazer uma definição clara, que delimite o campo de interpretação dos operadores do direito, fornecendo um norte a ser seguido, proporcionando, com isso, uma maior segurança jurídica, posto que a atividade dos magistrados passaria a ser a de dizer o direito, ou seja, decidir de acordo com a lei e não se aventurar a suprir uma lacuna do legislativo, arvorando-se a exercer, momentaneamente, uma atividade que não lhe é particular.

### 5.1 Natureza jurídica do RDD

Outra polémica que se forma em torno do RDD é quanto à sua natureza jurídica. O artigo 53 da LEP<sup>30</sup>, em seu inciso V, prevê a inclusão no regime disciplinar diferenciado como sanção disciplinar. Logo, a partir desse dispositivo, fica evidente que a natureza jurídica do RDD é de sanção disciplinar.

Inobstante tal dispositivo de lei, os parágrafos 1º e 2º do supracitado artigo trazem em seu texto uma previsão que pode levar a situações em que o preso pode iniciar sua pena ou a sua prisão provisória sob o RDD sem sequer haver cometido crime doloso que constitua falta grave e que lhe remeta à sanção disciplinar do artigo retromencionado. O que descaracterizaria a sua natureza jurídica de sanção disciplinar.

Outrossim, podem ocorrer situações em que o indivíduo já poderia iniciar a sua prisão sob o RDD, bastando o mesmo apresentar **alto risco** para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou que sobre ele recaia a **fundada**

<sup>30</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.230 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)

suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Nesses casos, já que a prisão seria iniciada com o RDD, sua natureza jurídica já tomaria a feição de regime de cumprimento de pena.

Contudo, já fora esposado em linhas anteriores que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade o aberto, o semi-aberto e o fechado. Tal inovação, da forma como está apresentada, sugere um quarto regime de cumprimento de penas privativas de liberdade: o "fechadíssimo", o que seria um absurdo.

Nota-se, portanto, a instabilidade que é trazida pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 53 da LEP, desde o aspecto da segurança até o da definição da natureza jurídica. Tudo isso por causa da imprecisão legislativa, ao valer-se de termos cuja definição está ao sabor da interpretação de seres humanos que podem se equivocar em suas idiossincrasias e, conseqüentemente, em suas decisões. Mesmo porque, o princípio da presunção de inocência deve se fazer presente nessa situação, posto que não é justo que uma suspeita, ainda que "fundada" possa proporcionar condições severas de cárcere.

Ainda assim, a tese do "alto risco" à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade não prospera, uma vez que, a precária e ineficiente estrutura prisional com que contamos, já faz com que todos os que a ela estejam submetidos já sejam, potencialmente, um risco.

Dessa forma, constatamos que o RDD "cautelar" é que causa celeuma quanto à natureza jurídica do instituto como um todo, posto que não é sanção disciplinar, já que pode ser empregado independentemente do cometimento de falta

grave; assim como não pode ser um regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, uma vez que não há previsão legal para um regime mais gravoso que o fechado.

O problema do sistema penitenciário não pode ser resolvido com o isolamento de quem, subjetivamente, possa se enquadrar nas situações acima descritas. As autoridades competentes devem dar os meios materiais e humanos necessários para que a disciplina seja mantida e que supostos membros de organizações criminosas ou quadrilhas não encontrem espaço para gerir a sua empresa criminosa ou ameaçar a ordem do estabelecimento ou a segurança da sociedade; sem que, para tanto, seja necessário recorrer a situações de desrespeito à dignidade humana, buscando respaldo numa mal formulada e oportunista lei.

## 6 CONCLUSÃO

Verifica-se que, hodiernamente, existe uma consciência maior da importância dos direitos humanos, um valor vinculado à própria democracia. Contudo, constata-se que quando estes direitos dizem respeito a presos, esbarram no preconceito de uma sociedade que os estigmatiza. Tal forma de pensar precisa, pois, ser reformada, no sentido de que se tenha em mente que a assistência ao encarcerado não se confunde com paternalismo; é, pois uma questão de bom senso e, sobretudo, de justiça.

Não é concebível que a ineficiência da política de segurança pública seja suprida com o recrudescimento das leis, que só resultam no inchamento dos estabelecimentos prisionais. Estes, por sua vez, só contribuem para agravar o problema, já que não têm condições de ressocializar o condenado. Não se pode perder de vista a natureza humana dessa legião de

pessoas. Todos são sujeitos de direitos que podem e devem ser respeitados. A segurança jurídica deve alcançar a todos.

Este trabalho não tem o escopo de atacar o regime disciplinar diferenciado. Vale salientar que este tem os seus méritos e que, lastreado no princípio da individualização da pena, encontra respaldo na Carta Magna. Contudo, os seus critérios devem ser bem definidos, sobretudo quanto ao aspecto cautelar, sob pena de gerar seus efeitos ao arrepio da Lei Maior, ferindo cláusulas pétreas.

Diante do que foi exposto, propugnamos pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 52 da Lei de Execução Penal por entendermos que lhe carecem critérios de maior justiça e segurança. No estado democrático de direito não se concebe que princípios alçados ao status de cláusula pétrea sejam violados tão somente para dar uma satisfação à sociedade, diante de um problema que é fruto do próprio sistema.

#### ABSTRACT

The law 10,792 of December first of two thousand three, changed the 52<sup>nd</sup> article of criminal enforcement law, creating differential disciplinary system (DDS), which is a disciplinary measure. Later, on the paragraphs of that article, the mentioned system is expected to factual situations (high risk & suspicion founded), which are not in serious misconduct, looting, or fire, the disciplinary characteristic, looks more a system of penalty's comply. So, in that way, we have just one institute, with a disciplinary system and penalty's comply, which requires a doctrinal and legal clarification in order to analyze the constitutionality and legal terms of DDS.

Key-words: Criminal Execution. Differential disciplinary system (DDS).

#### REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *CV-PCC: A irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BRASIL. Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

BRASIL. Lei Federal nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 22 nov. 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de Dezembro de 1948. [S.l.]: [s.n.], [s.d.].

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 13.ed. Trad. de Lígia M. Pondé. Petrópolis: Vozes, 1996.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

FURUKAWA, Nagashi. *Regime disciplinar diferenciado*. Disponível em: <[www.mj.gov.br/depen](http://www.mj.gov.br/depen)>. Acesso em 10 mar., 2005.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, a. 7, n. 11. jan./jun. 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de execução penal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. *Aspectos Atuais. Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 27 mar. 2005.

MATTA, Carlos Eduardo Fonseca. É preciso endurecer as punições. São Paulo, *Super Interessante*, 2002. Especial Segurança.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Adeildo. *O regime disciplinar na prisão*. Disponível na Internet: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12 maio 2005.

PACHECO, Wagner Brüssolo. *A prisão albergue no Estado do Pará*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REGRAS mínimas da ONU para o tratamento dos reclusos. Resolução n.2.858, de 20 de dezembro de 1971.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

## O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL<sup>1</sup>

*João Paulo Allan Teixeira*

Mestre em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Doutor em Direito Público pela UFPE, Professor Adjunto da UFPE com atuação na graduação e pós-graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado). Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, com atuação nos cursos de graduação e no mestrado.

### RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discutir o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, caracterizando suas principais matrizes bem como sua aplicação no nosso país, sobretudo a partir da distinção entre controle repressivo e controle preventivo. Enfrenta ainda a discussão sobre os diferentes efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, seja na perspectiva do controle concreto, seja na perspectiva do controle abstrato a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal. Traz ainda uma análise das recentes modificações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sobretudo a partir da Emenda Constitucional de número 45/04.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade; Jurisdição Constitucional.

<sup>1</sup> Integra do texto correspondente à prova escrita realizada na Universidade Federal da Paraíba por ocasião do concurso público para provimento de cargo de Professor Efetivo, Nível Adjunto, da disciplina Direito Constitucional em maio de 2006. O referido texto corresponde ao ponto sorteado "Controle de Constitucionalidade" com o qual o autor na ocasião, obteve a primeira colocação no concurso.

Relaciona-se o tema do controle de constitucionalidade inequivocamente com a supremacia inerente à Constituição. Tal supremacia, manifesta-se tanto do ponto de vista formal, como do ponto de vista material. Por isso, as normas no contexto de uma ordem jurídica tanto devem se adequar à Constituição no tocante à forma de elaboração quanto à matéria, objeto de sua específica normatividade.

É assim o controle de constitucionalidade mecanismo fundamental, destinado a assegurar a integridade do pacto político fundamental de uma nação, atuando como relevante mecanismo de estabilização constitucional. Tal mecanismo, atua assim, de modo a garantir a observância das diretrizes estabelecidas por qualquer Constituição rígida.

O controle de constitucionalidade pode manifestarse tanto sob a perspectiva **preventiva** como sob a perspectiva **repressiva**.

A perspectiva preventiva é aquela destinada a prevenir o surgimento de normas incompatíveis com a Constituição.

A principal matriz deste modelo é dada pela França, através do seu "Conseil Constitution", o qual atua politicamente no controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

A perspectiva repressiva por sua vez, apresenta duas matrizes. A primeira inspirada na experiência norte-americana, com o controle **difuso**, e a segunda com o modelo austríaco, consagrado após a II Guerra Mundial na Alemanha, idealizado por H. Kelsen. Tal modelo, dito **concentrado**, previa o estabelecimento de instância dedicada exclusivamente para o controle de constitucionalidade das leis, concentrando a competência para tal fim em um único órgão, o Tribunal Constitucional.

No contexto brasileiro tem sido criado ao longo de sua história constitucional, um complexo sistema destinado ao controle de constitucionalidade das leis.

Em verdade, o primeiro modelo a ser implantado na história republicana brasileira foi aquele inspirado na experiência norte-americana, qual seja, o controle difuso, através do qual, qualquer órgão judicial (juizes ou tribunais) tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal.

Este modelo surge nos EUA logo após o estabelecimento da Federação, no contexto de uma grande disputa política, envolvendo a nomeação dos assim chamados "midnight judges" no final do governo do Presidente John Adams. Havendo perdido a eleição para o opositorista, Adams apressou-se em nomear correligionários seus em funções estratégicas do Estado, como forma de perpetuar o seu grupo no poder. Nomeia assim, William Marbury para o Condado de Washington DC para a função de Juiz de Paz. O Secretário de Estado do governo subsequente, porém, James Madison, nega-lhe a posse. Marbury então solicita ao juiz Marshall concessão de "writ" com a finalidade de garantir-lhe a posse.

Marshall porém surpreende, criando pela primeira vez um mecanismo que viria a revolucionar o tema. A decisão de Marshall provocou a impossibilidade de Marbury assumir, mas declarou contrária à Constituição o ato normativo no qual se amparava.

Assim, cheia de implicações para o futuro, a decisão de Marshall lançou as bases para a afirmação da supremacia da Constituição, colocando-se o Poder Judiciário na condição de responsável por sua guarda.

O caminho percorrido pela Áustria foi diferente, pois não nasceu de um caso prático como o modelo norte-americano. O modelo austriaco é fruto de uma formulação teórica, elaborado por Hans Kelsen, em atenção à necessidade de garantir a supremacia da Constituição. A grande diferença entre os dois modelos repousa na perspectiva da titularidade da declaração de inconstitucionalidade. No modelo austriaco a tutela da supremacia constitucional incumbe a um único órgão.

O modelo brasileiro parece inspirar-se em todos esses modelos, criando uma modelagem institucional que preza pelo ecletismo.

Bem observado o modelo brasileiro, verificaremos uma vinculação inicial ao modelo norte-americano, tendo no início da nossa história republicana em Ruy Barbosa o seu grande defensor. A despeito do modelo inicial difuso haver sido adotado no Brasil, houve um claro movimento de aproximação ao modelo austro-germânico, principalmente a partir de 1965 com a introdução do controle concentrado no nosso país.

O sistema brasileiro destinado ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é assim extremamente complexo, contemplando diferentes instrumentos aplicáveis em contextos especificamente previstos pelas normas que os instituiu.

Nesse sentido, é acertado defender no Brasil a existência de controle preventivo. Este controle é exercido durante o processo legislativo e tem como finalidade, evitar que normas incompatíveis com a Constituição sejam promulgadas.

É relevante neste contexto, o trabalho das CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Redação na Câmara dos Deputado

e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado Federal) controlando e compatibilizando projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com a Constituição Federal.

Também é possível, tal como tem entendido o Supremo Tribunal Federal, controle judicial no processo legislativo, através de Mandado de Segurança, diante da verificação de tramitação de norma violadora de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF 88). Procura-se assim, proteger direito líquido e certo de parlamentar que tem o direito de participar de processo legislativo que preze pela regularidade constitucional.

Discussão que merece ser considerada refere-se à atuação do Presidente da República neste processo, que pode, como se sabe, utilizar-se do direito de veto para prevenir a edição de norma contrária à Constituição.

Vale lembrar que tais figuras existem tão somente enquanto controle prévio, a incidir sobre **projeto de lei**. O controle de constitucionalidade de leis porém, é desempenhado no Brasil pelo Poder Judiciário.

Assim, o Brasil adota tanto a perspectiva difusa quanto a perspectiva concentrada.

Pela via difusa, herança antiga mantida pela Constituição de 1988, qualquer juiz ou tribunal possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal. É também chamado de controle difuso, ou por via de exceção, ou ainda por via de defesa.

Não se deve pensar que pelo fato de o controle ser chamado de controle "por via de defesa", seja cabível apenas quanto à sua utilização ao pólo passivo de uma relação processual. Assim, tal forma de controle, incidental por natureza, nasce

no contexto de uma relação processual, podendo dele valer-se qualquer dos pólos da relação, desde que evidentemente, exista questão constitucional a ser discutida.

A decisão do juiz enseja recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, o qual deverá se pronunciar a respeito da questão. É de se notar que os efeitos dessa decisão atinge unicamente as partes, carecendo de efeitos *erga-omnes*.

Se a questão nasce no contexto de uma lide específica, a decisão não pode extrapolar estes limites. A Constituição Federal porém, prevê um importante papel para o Senado Federal neste contexto. Nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, compete ao Senado Federal suspender a eficácia de norma considerada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, declarada inconstitucional a norma, deve o STF notificar o Senado Federal para que tome as providências cabíveis.

Ao lado do controle difuso, a Constituição Federal de 1988 mantém a competência do Supremo Tribunal Federal para, em sede de controle concentrado, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal.

Nesse contexto, várias são as espécies, a saber:

- a) Ação de Inconstitucionalidade genérica (ADIn);
- b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);
- c) Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF);
- d) Ação de Inconstitucionalidade Intervenitiva;
- e) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Na redação original da Constituição de 1988, estavam inicialmente previstos a ADIn genérica e a ADPF, aquela plenamente operante, e esta, dependente de norma reguladora

mentadora capaz de viabilizar-lhe. A ADC foi introduzida no ordenamento pátrio unicamente em 1993, através da EC de número 3.

Em 1999 finalmente a ADPF foi regulamentada pela Lei 9.882. No mesmo ano, o desenho da ADC e da ADIn ganhou novos contornos com a edição da Lei 9.868.

No que se refere especificamente à ADIn, alguns pontos merecem ser discutidos. Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 trouxe uma saudável ampliação dos legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. No regime anterior, apenas o Procurador Geral da República detinha tal prerrogativa, comprometendo a possibilidade de um efetivo e democrático controle de constitucionalidade das leis de interesse do executivo federal.

Ora, se o Procurador Geral da República era livremente destituído pelo Presidente da República, é fácil imaginar que os interesses de um coincidiam com os do outro, comprometendo sobremaneira a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade então.

Por isso, é bastante interessante, do ponto de vista da legitimidade democrática, a ampliação do rol dos sujeitos aptos a propor a ADIn. São assim, nos termos da Constituição Federal, os seguintes legitimados:

- a) Presidente da República;
- b) Mesa do Senado Federal;
- c) Mesa da Câmara dos Deputados;
- d) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- e) Governador do Estado ou do Distrito Federal;
- f) Procurador Geral da República;
- g) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

- h) Partido Político com representação no Congresso Nacional;
- i) Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Uma discussão aqui cabível refere-se à polêmica em torno da pertinência temática a envolver a propositura da ADIn.

Assim, estes legitimados pelo Art. 103 da Constituição Federal possuem condições de legitimidade diferenciada.

É que o Supremo Tribunal Federal tem entendido contemporaneamente que nem todas alíneas do Art. 103 trazem sujeitos com legitimidade universal ou desinteressada, ou ainda neutros. Existem assim, sujeitos elencados neste rol que possuem legitimidade específica, eis que, na qualidade de interessados, possuem restrições quanto à propositura de ADIn.

Tal é o que ocorre com os Governadores de Estado e do Distrito Federal, e também com as Confederações Sindicais e Federações de caráter nacional.

Este entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de críticas, por restringir a pretensa vontade do constituinte na ampliação do rol dos legitimados a propor ADIn.

Isto atingiria inclusive, no que se refere à qualificação dos Governadores de Estado e do Distrito Federal como sujeitos interessados, a estrutura federativa brasileira.

Para as Confederações Sindicais e as entidades de classe de caráter nacional, vale a necessidade de demonstração de seus específicos interesses na ADIn proposta.

Uma outra observação diz respeito à qualificação do que seja Confederação Sindical. Não são como tais consideradas as Centrais de Trabalhadores, mas unicamente aquelas Confe-

derações que reúnam no mínimo três Federações. Da mesma forma, as "entidades de classe" para serem consideradas em seu "caráter nacional", precisam estar presentes em pelo menos nove Estados da federação brasileira.

Como quer que seja, tal controle tem por consequência quanto à declaração, a produção de efeitos *erga omnes*, retirando a norma do ordenamento jurídico e impedindo a sua aplicação.

A ADC, ou Ação Declaratória de Constitucionalidade foi criada em 1993 debaixo de grandes críticas. O contexto de sua criação inscreve-se no conjunto de medidas tomadas pelo Governo Federal, no sentido de promover um ajuste nas finanças do Estado.

Para tanto, seria necessário "domar" a "rebeldia" do judiciário, garantindo que os interesses do Governo Federal não viriam a ser frustrados ante uma "guerra de liminares". A ADC buscava assim, declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo unicamente federal, vinculando o judiciário ordinário à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, tinha como legitimados além do Presidente da República, o Procurador geral da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado Federal. Felizmente, a recém criada Emenda Nº 45/2004 ampliou este rol, equiparando-o ao rol dos legitimados a propor a ADIn.

Vale destacar: o âmbito material da ADIn compreende lei ou ato normativo federal ou estadual, contrário à Constituição, enquanto para a ADC, o âmbito material continua sendo restrito a lei ou ato normativo federal.

Uma outra polêmica refere-se aos efeitos vinculantes trazidos pela ADC. Discutiu-se à época que tal declaração de

constitucionalidade, seria em primeiro lugar inútil, ante a presunção de constitucionalidade que reveste qualquer ato público. Em segundo lugar, o efeito vinculante acabava por "engessar" o poder judiciário, diminuindo-lhe o poder de criar o direito.

Houve inclusive, à época discussão pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade da EC 3, já que oriunda do Poder Reformador, submete-se normalmente a controle de constitucionalidade, para fins de verificação de sua compatibilidade com o Poder Constituinte Originário.

Apesar do voto vencido do Min. Marco Aurélio de Mello, a referida Emenda teve o beneplácito do Supremo Tribunal Federal.

A ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é regulamentada, como se viu, pela Lei 9.882/99.

A referida figura e a forma como foi regulamentada, traz igualmente, uma série de discussões:

Em primeiro lugar, é de se dizer que o Constituinte Originário criou a ADPF com o objetivo de "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental em decorrência de ato de poder". Apesar de já existir norma regulamentadora, permanece a dúvida a respeito do que seja "preceito fundamental" no contexto da Constituição de 1988.

Cogitou-se sobre a possibilidade de serem "preceitos fundamentais" todas as normas estabelecidas pela Constituição. De modo diverso, pretendeu-se consagrar o entendimento de que "preceito fundamental" seria unicamente o conjunto normativo estabelecido no contexto do Título I da Constituição Federal, reservado para os "Princípios Fundamentais".

Ambos os entendimentos porém, parecem carecer de sustentabilidade. Se, de um lado a primeira concepção parece bastante exagerada, por outro lado, a segunda perspectiva revela-se bastante restritiva.

Dai que o entendimento do que seja "preceito fundamental" merece especial atenção.

Parece-nos assim adequado o entendimento pelo qual a caracterização de "preceito fundamental" compreende **mais** que os "princípios fundamentais" do Título I da Constituição Federal, porém **menos** que a Constituição inteira. Assim, devem ser considerados "preceitos fundamentais":

- a) os Princípios Fundamentais;
- b) a Forma de Estado;
- c) a Separação de Poderes;
- d) os Direitos Fundamentais;
- e) a Ordem Econômica;
- f) a Ordem Social.

Uma outra questão a respeito da ADPF diz respeito à regulamentação trazida pela Lei 9.882/99.

A julgar pela sua redação, parece haver uma clara ampliação das hipóteses de seu cabimento, se comparadas com a previsão dada pelo Constituinte Originário.

É que a Constituição refere-se unicamente a "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de **ato de poder**", e a lei menciona "**ato normativo**", estendendo-o inclusive aos atos normativos municipais, mesmo que anteriores à Constituição Federal.

Cogita-se com isso da criação de uma nova possibilidade na ordem jurídica brasileira, que é a possibilidade de controle

direto de constitucionalidade de atos normativos municipais que violem preceito fundamental. A grande novidade é que agora, abre-se uma via outrora inexistente, qual seja, a de controle direto, junto ao Supremo tribunal Federal, de atos normativos municipais.

É de se recordar que a ADIn tem por finalidade controlar atos normativos ou leis federais ou estaduais, contrários à Constituição. A ADC, unicamente lei ou ato normativo federal e a ADPF com as inovações da Lei 9.882/99 abrange atos federais, estaduais e municipais.

A possibilidade de controle de atos municipais pela via direta é feita pelos TJs (Tribunais de Justiça) dos Estados onde se encontrem. O controle desempenhado pelo STF até o advento da referida Lei só poderia ocorrer pela via difusa.

É de se mencionar ainda a Ação de Inconstitucionalidade Interventiva e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

A primeira decorre de violação aos princípios sensíveis, estabelecidos no Art. 34, VII da Constituição Federal, que cuida especificamente da estrutura federativa brasileira.

Assim, pode o Procurador Geral da República, em atenção à necessidade de manutenção do pacto federativo, representar, junto ao Supremo Tribunal Federal, o qual, verificando o seu cabimento, deverá requisitar ao Presidente da República a decretação da intervenção federal.

Por fim, a ação de inconstitucionalidade por omissão, importante instrumento disponibilizado para a efetivação da Constituição.

Determina a Constituição Federal em seu Art. 103, § 2º. Que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, deverá ser dada ciência ao poder para que tome as providências necessárias, e se for autoridade administrativa, para que em 30 dias viabilize o exercício do direito.

A preocupação aqui, como se vê, é em permitir a efetividade da Constituição. Não havendo o constituinte permanecido no plano meramente retórico, consagrou instrumentos capazes de permitir a realização da Constituição.

Algumas distinções:

A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão não se confunde com o Mandado de Injunção.

Embora ambos tenham por finalidade geral atuar no contexto da efetividade da Constituição, aquela possui efeitos *erga omnes*; este, apenas viabiliza o exercício do direito pelo impetrante.

Uma outra distinção diz respeito à restrição do âmbito material do Mandado de Injunção, que deve ser proposto ante a inexistência de norma que inviabilize o exercício da soberania, cidadania e nacionalidade.

Também não se confunde a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão com a Ação de Inconstitucionalidade Genérica. Aquela resulta de obrigação **positiva** para o Estado, enquanto esta tem sentido inequivocamente **negativo**, ao declarar inconstitucional norma já existente.

Uma última abordagem a respeito do tema:

Percebe-se, a partir de um olhar prospectivo, que o Brasil, desde a origem do controle de constitucionalidade, vem forte-

lecendo a via concentrada, em um movimento que se insinua no sentido da configuração do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional.

É de se dizer que o STF é hoje efetivamente uma Corte Constitucional em tempo parcial. Além de suas funções especificamente voltadas ao Controle de Constitucionalidade em sede de controle abstrato, possui outras funções, tais como as competências originárias para processo e julgamento de autoridades do Estado e mesmo, as competências recursais decorrentes do seu papel de guardião da Constituição. Conserva-se assim, em certa medida, a configuração norte-americana originária, de Suprema Corte.

Uma análise das recentes alterações trazidas pela EC 45 confirma esta tese:

É possível assim, perceber dentre os diversos dispositivos da referida Emenda, a preocupação com o desafogamento do Supremo Tribunal Federal. Tal conclusão é evidente a partir da nova disciplina dedicada ao recurso extraordinário, notadamente no que se refere à necessidade de demonstração pelo recorrente, da "repercussão geral" das questões jurídicas em apreço, para a sua admissibilidade.

Do mesmo modo, a possibilidade de edição de **súmulas vinculantes** pelo Supremo Tribunal Federal, caminha no mesmo sentido.

Pretende-se, a despeito das já existentes **súmulas persuasivas**, criar mecanismos capazes de diminuir o influxo de processos a obstruir a pauta do Supremo Tribunal Federal.

É oportuno por fim, discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir do debate atualmente desenvolvido no

contexto da doutrina constitucional pátria, trazido no bojo da cisão entre **substancialistas** e **procedimentalistas**.

Aqueles, em regra vinculados à tradição de uma "jurisprudência dos valores", de inspiração germânica a partir do final da II Guerra Mundial, entendem que a função da jurisdição constitucional deve ser tão somente com a tutela dos valores partilhados por uma comunidade específica. Daí a defesa de um Tribunal Constitucional dedicado exclusivamente a esta tarefa.

No Brasil, defendem este entendimento José Afonso da Silva e Paulo Bonavides na doutrina já consagrada; e na recente doutrina, Lênio Streck e Daniel Sarmento:

Em comum possuem o entendimento segundo o qual, todos os esforços no sentido da interpretação da Constituição devem ser reconduzidos às questões principiológicas, dando grande destaque ao princípio da dignidade humana.

Como contraponto a esta perspectiva substancialista, encontra-se a assim chamada escola procedimentalista, que tem no Brasil os estudos recentemente desenvolvidos pela escola mineira que nos trabalhos de Marcelo Galuppo, Marcelo Cattoni e Álvaro Ricardo de Sousa Cruz suas principais sistematizações.

A escola procedimentalista, de nitida inspiração em Jürgen Habermas, especificamente no seu "Faktizität und Geltung", defende que a postura do Supremo Tribunal Federal deva ser restrita à garantia da permanente abertura dos procedimentos instituídos pelo Estado, sejam eles consagrados no contexto do poder executivo (procedimento administrativo), poder legislativo (processo legislativo) bem como o poder judiciário (processo judicial).

Tal postura evitaria os riscos trazidos pela perspectiva substancialista, notadamente aqueles inerentes à abertura de oportunidades para decisões autoritárias, carentes de legitimidade democrática.

Por outro lado, evitaria também ser depositado no judiciário a função de responsável único pela democracia no país.

Parece mais acertado o desenvolvimento de estratégias de mobilização social e *accountability*, ao invés de confiar puramente no Estado (no nosso caso, no judiciário e no STF) a função de garantir a democracia.

Tal postura, além de paternalista é, sobretudo, democraticamente arriscada.

#### ABSTRACT

The present text has as main focus the discussion about the Brazilian model of constitutional jurisdiction, characterizing its main matrices as well as its application in our country, over all from the distinction between repressive control and preventive control. It still faces the quarrel on the different effect of the declaration of unconstitutionality, either in the perspective of the concrete control, either in the perspective of the abstract control, mainly from the role of the Brazilian Supreme Court. The text still offers an analysis of the recent modifications in the Brazilian system of constitutionality control, over all from the Constitutional Amendment number 45/04.

Key-words: Constitutionality Control. Constitutional Jurisdiction.

## ORDENAMENTO JURÍDICO E NORMA JURÍDICA UMA ABORDAGEM ANALÍTICO-SISTÊMICA-DOGMÁTICA

*Jorge Américo Pereira de Lira*  
Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito pela UFPE, com especialização em Direito Público e Privado. Professor de Direito Civil do Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas e dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPÉ. Assessor Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

#### RESUMO

O artigo retrata a visão de doutrinadores sobre a sistematização do Direito, tendo a Teoria Kelseniana como o seu divisor de águas. Antes de Kelsen, o Direito era concebido como algo uno, dinâmico, homogêneo, completo e indivisível. Com seu formalismo jurídico, Kelsen contribuiu de forma decisiva para isolar cientificamente o objeto formal do estudo do Direito, considerando a ciência das normas e passou a elaborar a sua construção teórica, tendo como ponto de partida o conceito do ordenamento jurídico. Destacou o modo como a norma jurídica compõe o ordenamento e sua atuação dentro dele. Na sua teoria em sentido estrito, não se leva em consideração a justiça ou o elemento valorativo das normas de um ordenamento; não importa o conteúdo, apenas seu aspecto formal.

Palavras-chave: Teoria de Hans Kelsen. Ordenamento jurídico. Norma jurídica.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO PROBLEMA. 1 O DIREITO COMO SISTEMA. 2 O DIREITO E AS NORMAS JURÍDICAS. 3 CONDIÇÕES PARA CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO COMO SISTEMA NORMATIVO. 4 A PLURALIDADE DE ORDENAMENTO. 5 O ALCANCE DAS NORMAS E A ESTRUTURA DO ORDENAMENTO. 6 O ORDENAMENTO COMO UNIDADE. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

Antes de Kelsen, outros juristas de ampla visão concebiam o Direito como sistema, e, nesse ser assim, como algo uno, dinâmico, homogêneo, completo e indivisível.

Foi, todavia, a partir do formalismo jurídico de Kelsen que este ponto de vista ganhou vulto, consubstanciando-se, afinal, em sua monumental obra, a "Teoria Pura do Direito", que contribuiu de modo decisivo para isolar cientificamente o objeto formal do estudo do Direito. Assim é que se tem uma visão coerente deste fenômeno social. Nesse contexto, também, é que se encontra o fundamento da concepção do Direito, utilizando-se qualquer uma das partes que integram seu conceito, compondo o todo.

Com efeito, seguindo-se uma linha de raciocínio absolutamente correta e rigorosa, somente se tornará possível o estudo de qualquer parte do Direito - sinônimo de **ordenamento** jurídico - tomando-se como referência o **fundamento** ou ponto de partida do sistema concebido.

Coube a Kelsen, ainda, a tarefa de analisar e revisar, cientificamente, a estrutura da norma jurídica e o modo como funciona no âmbito do ordenamento. A visão unitária e coerente em que se subsume a chamada "Teoria Pura do Direito" resultou da análise do conceito de norma jurídica e

de sua posição dentro do sistema jurídico. Então, passou-se a elaborar a construção teórica do Direito tendo como ponto de partida o conceito de ordenamento jurídico. Por isso que, como lembra Norberto Bobbio, a construção técnica do conceito de Direito vinha sendo erigida levando em consideração e tendo-se como ponto de referência a norma jurídica exclusiva e isoladamente. Na conceituação anterior, considerava-se a árvore, e não a floresta - metáfora lembrada por Bobbio.<sup>1</sup>

## 1 O DIREITO COMO SISTEMA

Ao expurgar o conceito de Direito de tratamentos outros, estranhos ao ângulo jurídico do problema, a teoria de Kelsen sofreu críticas, por isto que seus opositores tentaram demonstrar a irreabilidade que consistia em se definir o Direito expungindo-o dos aspectos sociais, políticos, históricos, filosóficos, ideológicos etc. Todavia, os cultores da nova teoria fizeram-no exageradamente.

É óbvio que o grande mérito de Kelsen reside exatamente em adotar um ponto de vista normativo, valorizando, portanto, a função da norma no ordenamento. Acentuou o modo como a norma jurídica compõe o ordenamento e a sua atuação dentro dele.

Com efeito, ao tentarmos definir o Direito, ou o **objeto da ciência jurídica**, partindo isoladamente da norma, encontramos dificuldades de ordem metodológica, o que torna quase impossível distinguir o Direito das outras ciências culturais. Isto ocorre porque uma das características fundamentais do Direito (da ordem jurídica) é a coerção, consistente num sistema organizado e institucionalizado. Este sistema, todavia, não se revela partindo da norma jurídica isolada, porque

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

nem toda norma conduz em seu conteúdo uma sanção a ser aplicada em caso de inobservância. Ora, sem contar com a sanção institucionalizada, dificilmente se distinguiria a norma jurídica das demais normas.

No universo jurídico - no âmbito das normas obrigatórias, permissivas e proibitivas - tanto constatamos umas sem o mencionado atributo (a sanção), como outras obedecidas sem necessidade de referência à sanção, sem, contudo, descaracterizar-se como norma jurídica.

## 2 O DIREITO E AS NORMAS JURÍDICAS

É o ordenamento normativo, em seu amplo e abrangente âmbito de ação, que não pode dispensar o sistema de sanção - institucionalizado e organizado - sob pena de se instalar o caos, quando do inadimplemento de uma norma ou de todas elas. A norma isoladamente não poderia acionar todo o mecanismo sancionador previsto nela própria, ou instituído através da prescrição de uma outra conduta omissiva ou comissiva. Urge lembrar que não é necessariamente obrigatório que a conduta seja claramente vinculada uma sanção. Esta poderá ser deduzida ou extraída do ordenamento como um todo, em termos lógicos.

Ademais, se tentarmos analisar o Direito, examinando a norma isolada, não temos condições de aferir sua validade ou eficácia. E Direito válido terá de se revestir de eficácia. Vale registrar, por oportuno, que a eficácia de um ordenamento jurídico se liga ao fato fundamental de onde, segundo Kelsen, a "norma fundamental" extrai seu significado. Compreende-se, então, que inexistente ordem jurídica vigente sem eficácia. Não obstante verificar-se que o inadimplemento de uma ou outra norma jurídica não descaracteriza o ordenamento a que pertence, a ponto de lhe retirar a eficácia.

Enfim, numa visão global, para chegarmos a uma definição abrangente do Direito, não poderemos perseguir a norma jurídica una, isolada, nem, por outro lado, somente o conjunto de normas que o constitui. Válido e eficaz há de ser o ordenamento globalmente considerado. Por isso, corroborando o ponto de vista aqui exposto, acentua o ilustre mestre italiano, Norberto Bobbio<sup>2</sup>: *"Non vi sono ordinamenti giuridico perche esistono norme giuridiche distinte da norme non giuridiche; ma esistono norme giuridiche perche esistono ordinamenti giuridiche da ordinamenti non giuridiche"*.

Desta forma, como ordenamento normativo, o Direito não se resume numa mera soma de normas, mas num todo orgânico e sistemático. Neste sentido, cumpre registrar o pronunciamento de Garcia Maynez<sup>3</sup>, ao corroborar a posição normativista:

*Después de meditar largamente sobre la tesis de que el derecho es un conjunto de normas (lo que reduce el problema de su definición a la búsqueda de la diferencia específica de estas), llegué al convencimiento de que la noción tradicional de orden jurídica debe ser corregida. La lectura de lo que N. Bobbio dice de esa noción en su Teoría dell' Ordenamento Giuridico así como un nuevo y detenido estudio de la obra de Santi Romano sobre el mismo argumento, me hicieron caer en la cuenta de que para definir correctamente dicha noción es indispensable esclarecer primero el concepto general de orden y, una vez esclarecido, inquirir en qué difieren los órdenes jurídicos de todos los demás.*

## 3 CONDIÇÕES PARA CONCEPÇÃO DO ORDENAMENTO COMO SISTEMA NORMATIVO

Há várias condições indispensáveis à concepção do ordenamento jurídico como sistema normativo, a saber:

<sup>2</sup> BOBBIO, op. cit.

<sup>3</sup> MAYNEZ, Eduardo García. *Filosofía del Derecho*. 4. ed. México-Torrea, 1983, p. 21.

(a) universo homogêneo de objetos, (b) unidade do sistema, (c) dinâmica e elasticidade do ordenamento etc.

A preocupação inicial de delimitação metodológica do objeto Direito coube, conforme vimos, a Kelsen. Foi ele quem o distinguiu definitiva e inconfundivelmente. Tratou separadamente o universo da norma jurídica, ao afastar tudo o que não pertencesse ao objeto da ciência jurídica. Nisto reside o princípio metodológico fundamental de sua obra.

Já Kant e, posteriormente, Stammler, em campos específicos, haviam separado o mundo do *ser* do mundo do *dever-ser*. Seguindo-lhes as pegadas, Kelsen retoma a distinção entre os dois mencionados planos. Daí parte para situar as ciências em dois grupos: as físicas ou naturais, fundadas no princípio de causalidade, e as normativas, fundadas no princípio da imputação. Em verdade, esta distinção é responsável pela admirável coerência de Kelsen, com vistas à consecução do objetivo por ele colimado - a rigorosa demarcação dos limites da ciência jurídica, purificando seu objeto de aderências estranhas. É a isto que se propõe, conforme acentua, ao se referir à "pureza" inerente ao princípio metodológico fundamental de sua obra:

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente determinar como Direito.<sup>4</sup>

Na perspectiva kelseniana, haverá uma ciência jurídica (autônoma), se houver objeto essencialmente diverso de qualquer outro. O Direito, como objeto, independentemente de suas manifestações no tempo e no espaço, terá um conteúdo próprio que lhe confere unidade de sentido.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 217.

O fenômeno Direito - O Direito como "dado" - ocorre no mundo circundante. Todavia, em termos de interação social, com o objetivo de alcançar o sentido dos atos humanos, é necessário fixar o elemento jurídico que os caracteriza. Este limite consiste, segundo Kelsen, no fato segundo o qual "la ciencia jurídica sólo puede entender los actos de la conducta humana como actos jurídicos ou antijurídicos en cuanto que los conoce como actos definidos por las normas jurídicas".

Desta forma é que as normas produzidas através de atos de conduta humana assumem a forma de ordenamento de sistema. Portanto, todas possuem origem comum, ou o mesmo fundamento de validade. Ora, como todo sistema se assenta numa norma fundante (que está fora deste sistema), deduz-se a decisiva importância da "norma fundamental" na preservação da integridade da monumental obra de Kelsen. Na precisa conceituação de Bobbio, a norma fundamental é "una convenzione o si vuole una proposizione evidente che viene posta al vertice del sistema perché ad essa si possano ricondurre tutte le altre norme".<sup>5</sup>

Inferese, portanto, que, concebida como norma presuposta, a norma fundamental constitui-se numa hipótese de trabalho científico, tal como as hipóteses utilizadas pelas demais ciências, cuja validade não se questiona, servindo de ponto de partida para estudo, interpretação ou investigação dos fatos e de suas inter-relações.

"Em número finito determinado, ou finito indeterminado", há uma pluralidade de elementos no pressuposto e na consequência da proposição normativa. A elasticidade (ou flexibilidade) do ordenamento jurídico se revela, portanto, no nível

<sup>5</sup> BOBBIO, op. cit.

<sup>6</sup> VILANOVA, Luizval. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo - Teoria da Norma Fundamental*. Recife: Max Limonad, 1997.

da estrutura lógica da norma geral abstrata. Generalizando, a norma enfeixa, no antecedente ou no conseqüente proposicional, uma série de condutas, de indivíduos, de entidades etc. Todavia, se se plasmasse na norma geral, o Direito jamais atingiria a "definitividade da certeza jurídica", conforme expressão de Lourival Vilanova.

Ao contrário do que se pensava anteriormente (quando cabia ao intérprete apenas buscar a vontade do legislador através da forma gramatical de que se revestia a lei), há dentro do ordenamento - derivadas das normas gerais, abstratas - as normas individuais, concretas. Assim, é que a sentença contém também um elemento extralógico. Daí constituir-se a "proposição conclusiva" no silogismo judicial de dois aspectos, conforme lição de Lourival Vilanova:

(...) primeiro, a norma concreta, a norma individual que é um juízo (processual), repita aquele núcleo conotativo mínimo que decide da pertinencialidade do caso sub iudice ao tipo (logicamente, a classe ou conjunto); segundo, que contenha mais, algo além da conotação que perfila o gênero ou a espécie, precisamente o concreto do caso, o individual da experiência judicial na relação controversa (concrecência a partir do abstrato).<sup>7</sup>

Reconhece Kelsen, em qualquer ato ou fato classificado como jurídico, a possibilidade de distinção de dois elementos: um de percepção sensível, localizado no tempo e no espaço; outro consistente no significado a ele (ao ato ou fato) atribuído.

Com efeito, o universo do ser é **ajurídico**. É a norma que imprime ao ato ou fato o significado de um ato jurídico. Impossível, portanto, é a comunicação no sentido de o elemento **normativo** defluir do **real**, ou vice-versa. Por isto que é absoluta a separação entre o universo normativo e o da realidade.

A **pureza** metodológica da teoria kelseniana advém, em termos lógicos, do seu ponto de partida: isolamento do universo do dever-ser, impossibilitado de comunicação com o do ser. E, então, quando, situando o Direito no plano do dever-ser, Kelsen conceitua a norma jurídica como um modo de relacionar determinadas condições com determinadas conseqüências, vislumbra-se a distinção entre **matéria e forma** do conhecimento, entendida por Kant<sup>8</sup>, conforme a observação seguinte:

*Les impressions des sens nous fournissent, en effet, la première occasion de déployer à leur sujet toute notre faculté de connaissance et de constituer l'expérience, qui renferme deux éléments très différents: une matière de connaissance fournie par les sens et une certaine forme servant à ordonner cette matière et venant de la source intérieure de l'intuition et de la pensée pures, qui ne sont mises en exercice et ne produisent des concepts qu'à l'occasion de la première.*

Críticas acerbas têm sido formuladas à posição normativista, esposada por Kelsen, partindo, sobretudo, deste ponto inicial. Já Karl Larenz<sup>9</sup>, por exemplo, no seu trabalho "Storia del Metodo nella Scienza Giuridica", no capítulo onde objeta ao pensamento kelseniano, admite um relacionamento dialético, entre o mundo do ser e o do dever-ser. Moderadamente, juristas de renome - Teodoro Geiger, Carl Olivecrona, Alf Ross, dentre outros - objetam, ao criticar o normativismo, esclarecendo que somente é científico o que se fundamenta na experiência e que o estudo do Direito deve moldar-se às verificações e experiências peculiares à ciência moderna. Segundo a mencionada concepção, deve-se interpretar como conceitos da realidade social os princípios jurídicos fundamentais. Todavia, ruem as críticas formuladas à notável construção kelseniana, a partir do que concerne ao conceito da Ciência do Direito.

<sup>7</sup> KANT, Emmanuel. *Critique de La Raison Pure*. Paris: PUF, 1963.

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. *Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

<sup>7</sup> VILANOVA, op. cit.

Com efeito, seria retirar-lhe a pureza metodológica, e negar-lhe o caráter de ciência qualquer tentativa de o conceituar sem distinguir inexoravelmente os dois universos. O universo do normativo não corresponde, nem se dirige ao do factual. Não se confundem, o que, obviamente, assegura a pureza metodológica separatista.

Evidentemente, a afirmativa do parágrafo anterior não implica negação da existência de inter-relações entre os dois universos. Não existissem e o Direito seria tão somente uma abstração inócua, irreal, e, por isto mesmo, sem qualquer utilidade prática. E, conforme esclarece Bobbio<sup>10</sup>, o Direito é uma técnica da convivência humana, tem seu valor instrumental.

A conduta, efetivada na realidade, vale dizer, concretizada no mundo do ser, há de ser comparada à conduta devida, conforme estabelecido na norma; há de ser, segundo esta, interpretada. Tudo para efeito de saber se têm ou não correspondência entre si, jamais para o fim de se identificarem.

O Direito se inspira em valores superiores referentes aos fins mediante os quais ele deve ser cumprido. Vale salientar, por oportuno, que o Direito não é um fim, mas um meio que visa à consecução de fins diversos. Daí a afirmativa de Kelsen, segundo a qual o Direito não consiste no que a sociedade se propõe a fazer, mas, na maneira inexoravelmente impositiva como se propõe a obter os fins que persegue.

Todo ordenamento jurídico positivo constitui-se, portanto, num sistema normativo. Não há razão para distinguir as duas noções, atribuindo-lhes conceitos distintos. Não obstante sua posição contrária, Garcia Maynez<sup>11</sup> entende que muitos juristas não as distinguem em conceitos diferentes.

<sup>10</sup> BOBBIO, op. cit.

<sup>11</sup> MAYNEZ, op. cit.

Com efeito, **ordenamento** jurídico, ou **sistema** normativo (ambos se equivalem), é sistema científico. Assim, conforme acentua Lourival Vilanova:

Se a Ciência do Direito aspira a ser ciência e não uma ciência por assim dizer (...), se pretende ser um sistema ou estrutura de proposições teóricas sobre o Direito positivo e não um amálgama de enunciados (...) precisa: i) delimitação de seu campo de conhecimento; ii) unidade metodológica; iii) teoreticidade em sua finalidade; iv) sistema ou estrutura formal articulando as proposições constitutivas desse setor do conhecimento. (*grifo nosso*)

#### 4 A PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS

Há uma pluralidade de **ordenamentos**. Cada Estado possui o seu, com características próprias. A Ciência do Direito analisa o Direito positivo, considerando os aspectos temporais e especiais.

Em face da existência de uma pluralidade de ordenamento, cumpre investigar por que uma determinada norma é jurídica, como e porque uma determinada norma pertence a este ou àquele ordenamento jurídico.

Sabemos que uma norma é jurídica porque pertence a um determinado ordenamento jurídico positivo. Dentro da "estrutura escalonada"<sup>12</sup> de cada ordenamento (jurídico), "el Derecho regula su propia creación" no sentido de que uma norma legal estabelece como se deve criar outra norma legal. Observado, enfim, o caráter **dinâmico** do Direito, uma norma pertence a um determinado ordenamento porque foi emitida de conformidade com o que determina outra norma. Uma dá validade à outra que lhe é posterior.

<sup>12</sup> KEISEN, op. cit.

Em termos lógicos, fazendo-se uma progressão regressiva, atinge-se uma norma "fundante", inicial, de que decorre o fundamento de validade das demais normas. Por isto que, conforme esclarece Lourival Vilanova:

...o regresso da norma mais concreta e individual para a última norma, a mais geral e abstrata, é um movimento que se exerce no recinto do sistema positivo. Encontraremos como norma-limite, dentro do sistema, a constituição positiva em vigor. Indutivamente, passaremos das normas  $N_1, N_2, \dots, N_n$ , para a norma  $N^1$ , mas esta norma-origem é positiva, está dentro do sistema, é intra-sistemática. A norma fundamental, portanto, não é imanente ao sistema positivo. A solução crítica (kantiana) reside em tê-la como categoria transcendental, obtida por meio da dedução transcendental.<sup>11</sup>

Por sua vez, a idéia de **unidade** do sistema, conforme engendrado por Kelsen, resume-se nas palavras de Luis Recaséns Siches:

*El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción de una norma aparece condicionada en su validez por outra norma; y aquella a su vez es el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos; y así sucesivamente, hasta llegar a los mandatos ejecutivos.<sup>12</sup>*

É muito clara a posição dos normativistas: em cada ordenamento ou sistema jurídico há uma constituição - norma superior, suprema autoridade de um Estado - da qual provêm todos os níveis normativos. A mencionada norma confere validade a todos os preceitos legais. Para Kelsen, é um **fato** transformado em **norma**, que dá origem ao Direito. Assim, um **fato**, - quase sempre uma revolução

triumfante - serve de suporte fático a uma norma. Desta forma, dado o fato **revolução**, é legítimo o governo que dele emane e consiga efetividade, constância, permanência. Considere-se, ainda, que para a ordem internacional, um poder de direito somente se torna efetivo se consegue se impor, restaurando a ordem.

Entendemos que, na teoria positivista, a formulação da "norma fundamental" corresponde, até certo ponto, à hipótese do contrato social na doutrina jusnaturalista clássica. Ambas as idéias advêm da necessidade de se partir de um único **presuposto** que fundamenta a unidade do ordenamento jurídico (considerando-se a multiplicidade de atos jurídicos estatais) e, assim, admita-se compreender uma série de situações fáticas de poder, como relações jurídicas.

## 5 O ALCANCE DAS NORMAS E A ESTRUTURA DO ORDENAMENTO

Não obstante toque o Direito apenas a superfície dos contatos humanos, somos, essencialmente, o "*homo juridicus*", porquanto as normas legais circundam todo o universo social. Assim é que, conforme tese defendida por Kelsen, nenhuma ação humana escapa ao Direito.

Desta forma, à guisa de melhor esclarecimento, podemos exemplificar: **a)** o trabalho, como atividade física, e fenômeno material, como objeto de relação de emprego, é "envolvido" de Direito; **b)** o templo é um símbolo religioso, mas é também um patrimônio, que sugere propriedade - figura jurídica; **c)** um homem, ao se movimentar (no plano físico), é uma massa que se desloca, mas se alguém o detém, violadhe um direito - o de ir e vir; **d)** uma empresa é uma conjugação de fatos econômicos, todavia, para funcionar legalmente, adquire um "revestimento" normativo.

<sup>11</sup> VILANOVA, op. cit.

<sup>12</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1975. -

A fim de respaldar as afirmativas ora expostas, invocamos os precisos termos de Lourival Vilanova: "Importante é assimilar que qualquer classe de conduta social (em plural, condutas em relação recíproca) pode ser conteúdo do direito. Então, o direito pode, em princípio, estender-se sobre todo o social".<sup>15</sup>

## 6 O ORDENAMENTO COMO UNIDADE

O princípio da conexão entre as normas jurídicas de um ordenamento vigente consiste em que tais normas serão válidas enquanto expressarem a vontade do Estado. Daí se infere a **unidade** deste ordenamento. Assim, a norma consuetudinária, por exemplo, somente adquire caráter impositivo, de mando inexorável, de imposição forçosa - enfim, só assume a dignidade de norma jurídica -, se, da convicção jurídica da comunidade, passar a ser adotada pelo Estado, como autêntica manifestação de sua vontade. Vale salientar que o costume constitui a forma primitiva do surgimento de todas as classes de normas e, por conseguinte, também das jurídicas.

Há sempre, no universo, o juridicamente relevante e o juridicamente irrelevante. O Direito cobre totalmente a realidade social. Qualquer que seja a conduta humana, ela é juridicamente prevista. Por isso que há normas obrigatórias, normas permissivas positivas, permissivas facultativas e permissivas negativas. No campo do Direito, é a norma que eleva o fato a categoria juridicamente relevante. Quando a norma qualifica, ela tipifica. O que for excluído da tipificação é juridicamente irrelevante. Para o âmbito de aplicação do Direito, se a norma não qualifica deonticamente o fato social - um grupo de insurrectos, por exemplo -, este não se torna, por si só, sujeito de direito, figura jurídica.

<sup>15</sup> VILANOVA, op. cit.

O conceito de **sujeito de direito** é conceito técnico, jurídico, dogmático, segundo o normativismo. Para Kelsen, a personalidade em Direito é mera construção da obra jurídica. A personalidade é uma relacionalidade. Do fato jurídico decorre a relação jurídica.

O objetivo do Direito é buscar a ordem e a justiça - a ordem justa, portanto. Isto implica em valor próprio do Direito. Dentro de uma estrutura estratificada, se o Direito não tem valor, a norma não tem sentido. A norma tem uma destinação - as partes. É característica do Direito dirigir-se aos agentes; seu sentido é um fato social, que não pode ser desmotivado. Em tese, todo fato social é normatizado.

Os mais diversos fundamentos têm sido oferecidos pelas diferentes correntes doutrinárias do pensamento jurídico para embasar "norma fundamental" ou constituição.<sup>16</sup>

O Direito é um sistema prático, operativo; tem natureza instrumental. Por isto que haverá sempre de ser útil à coexistência humana. Dado o caráter dinâmico da vida, o Direito há de o acompanhar "*pari passu*", do contrário ensejaria a possibilidade de ficarem sem regulamentação as novas formas de relacionamento humano. Ou então - o que provocaria o caos - passaríamos a legislar casuisticamente. Solução inviável, dada a complexidade das relações humanas.

## 7 CONCLUSÃO

Não obstante ligar-se à mesma linha de pensamento, o positivismo jurídico não se confunde com o filosófico e o científico. Consiste, fundamentalmente, na identificação do **direito** com o **direito positivo**. Tanto o direito natural como os princípios gerais de justiça e conceitos semelhantes

<sup>16</sup> KELSEN, op. cit.

são elementos ideológicos ou metajurídicos, segundo Kelsen.<sup>17</sup> Corroborando a afirmativa kelseniana, é que Waline<sup>18</sup> considera como ciência do direito somente a ciência do direito positivo.

Na perspectiva kelseniana, a teoria pura do direito é teoria no sentido de que se refere a um conjunto de princípios fundamentais a ela correspondentes; é pura, porque tenta purificar a ciência do direito, isentando-a da intromissão de ciências outras, que lhe são absolutamente estranhas, de componentes ideológicos; refere-se tão somente ao **direito positivo**, por isto que se preocupa exclusivamente com a lei. Aspira a um modelo – a ciência.

Ao definir o Direito, Kelsen considera-o a “ciência das normas”, e, ao mesmo tempo, entende por norma um juízo hipotético condicional, dispondo que a ação delituosa (omissiva ou comissiva) segue-se a coerção estatal, claramente expressa, ou implicitamente extraída do ordenamento jurídico como um todo. Por isto que o Direito é um sistema ordenado de normas coercitivas, rigorosamente dotado de unidade interna – as normas que o compõem advêm de uma fonte única: a “norma fundamental”.

Infere-se que, na doutrina normativista, todas as normas do sistema jurídico são hierarquicamente subordinadas à norma constitucional e esta, a uma norma – hipótese que se considera extraída do âmbito social e expressa pelo Estado, na condição de poder público, como produto de sua institucionalização.

Ademais, o jus-positivismo (kelseniano), em sentido estrito, não leva em consideração a justiça ou o elemento valorativo das normas de um ordenamento. Importa tão somente seu

<sup>17</sup> KELSEN, *op. cit.*

<sup>18</sup> Benoit apud CRETELLA JR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 30.

aspecto formal, e não seu conteúdo.

Doutrinas muitas vezes consideradas opostas, em verdade se aproximam e se completam. Assim, a doutrina do positivismo jurídico não é incompatível com a da justiça. Daí o testemunho de Kelsen:

*Une théorie positiviste, et cela veut réaliste, du droit ne prétend pas il faut toujours y insister – qu'il n'y a pas de justice. Elle ne nie pas que l'élaboration d'un ordre juridique positif peut être déterminée par la représentation de l'une quelconque des normes de justice. En particulier elle ne nie pas que tout ordre juridique positif, c'est-à-dire les actes par lesquels ses normes sont créés, peut être évalué selon l'une de ces nombreuses normes de justice, c'est-à-dire jugé juste ou injuste.<sup>19</sup>*

Desta forma, não se trata de negação da justiça, mas – e aqui reside o ponto fundamental, tantas vezes polêmico, do normativismo – de recusa em incluí-la no campo da investigação jurídico-científica, considerada em termos estritamente formais.

#### ABSTRACT

The article portrays the vision of doctrine on the law systematization, taking the Kelsenian theory as its crossover waters. Before Kelsen, the law was conceived as something one, dynamic, homogeneous, complete and indivisible. With his legal formality Kelsen contributed in a decisive form to isolate scientifically the formal object of the study law, considering it as the science of norms and he began to elaborate its theoretical construct, taking as starting point the concept of the legal order. He highlighted how the legal norms compose the order and its role within it. In his theory in the strict sense, does not take into account the justice or the value elements of the norms of a town, no matter the content, only its formal aspect.

Key-words: Hans Kelsen Theory. Legal order. Legal norm.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Théorie Pure du Droit*. Paris: Dalloz, ...

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KANT, Emmanuel. *Critique de La Raison Pure*. Paris: PUF, 1963.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Théorie Pure du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

LARENZ, Karl. *Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del Derecho*. 2.ed. Barcelona: Ediciones Bosch, 1961.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del Derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1983.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1975.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo - Teoria da Norma Fundamental*. Recife: Max Limonad, 1997.

## CRIAÇÃO DO CARGO DE CONCILIADOR NAS VARAS CÍVEIS: *Um dos avanços do novo enfoque do acesso à justiça*

*José Mário Wanderley Gomes Neto*  
Mestre em Direito Público e Doutorando  
em Ciência Política pela Universidade  
Federal de Pernambuco - UFPE. Professor  
da Universidade Católica de Pernambuco  
- UNICAP e da Escola Superior da  
Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio  
Américo de Miranda - ESMape.

*Joaquim Cabral de Melo Neto*  
Pesquisador da Universidade Católica de  
Pernambuco- UNICAP.

## RESUMO

Este trabalho baseado no enfoque do acesso à justiça, buscando apontar uma solução para motivos que levam a morosidade na prestação jurisdicional. Identificamos duas causas que contribuem com a morosidade do Poder Judiciário: a desproporção entre juizes e jurisdicionados e a grande utilização de recursos. Encontramos na conciliação um meio para amenizar as consequências desses fatores, demonstrando através de números as vantagens obtidas na resolução de conflitos pelo método conciliatório. Por fim, visando o melhor aproveitamento da audiência preliminar, em procedimento ordinário, sugere-se a criação do cargo de conciliador efetivo, indicando suas peculiaridades, como a seleção por concurso público.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Morosidade. Conciliação. Cargo de conciliador.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 A TERCEIRA ONDA DO ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO ENFOQUE; 2 MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO: UM DOS PONTOS A SER SUPERADO; 2.1 Grande quantidade de processos para poucos juizes. 2.2 Insatisfação de uma das partes, resultando na continuidade do processo em grau de recurso. 3 A CONCILIAÇÃO CONTRIBUINDO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL, DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS PROCESSUAIS E INCRÉMENTO À SATISFAÇÃO DAS PARTES; 3.1 A experiência positiva dos juizados especiais cíveis. 3.2 A pouca e má utilização da audiência preliminar nas varas cíveis. 4 CRIAÇÃO DO CARGO DE CONCILIADOR NAS VARAS CÍVEIS; 4.1 Utilização em outros países e em outros procedimentos. 4.2 Concurso público para preenchimento das vagas. 4.3 Afinação dos conciliadores dentro das varas. 4.4 Parcialidade dos conciliadores na apreciação das propostas e na mediação das partes, como meio de garantir o equilíbrio de oportunidades. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Há um certo tempo já se fala em acesso à justiça. Essa expressão, inclusive, é recepcionada por algumas constituições, buscando assegurar esse direito como uma garantia fundamental de todos os indivíduos. Os autores Garth e Cappelletti, em suas pesquisas, definiram uma divisão temática para esse objeto de estudo, chamando-a de “ondas” do acesso à justiça.

Nesta esteira, nós encontramos na terceira “onda” desse movimento, onde as pesquisas percorrem vários campos do mundo jurídico, objetivando alcançar efetivamente o que a expressão traduz, desde o ponto de vista do consumidor da justiça.

O empecilho a ser analisado neste trabalho é a morosidade do Poder Judiciário, um problema de conhecimento público e notório, destacando algumas razões que levam a esse obstáculo ao acesso à justiça, como a pouca quantidade de juizes para o grande número de processos e a alta taxa de utilização de recurso, nas varas cíveis, prejudicando ainda mais a rapidez na entrega da prestação jurisdicional.

Identificado o problema e destacando alguns motivos que levam a esse problema, procurou-se propor uma saída para evitar o surgimento dessas causas da morosidade, chegando, então, a conciliação, um meio efetivo de resolução dos conflitos.

Porém, fomos mais além, ao enfatizarmos a realização da audiência preliminar através de um profissional capacitado e preparado para tal fim, qual seja, o conciliador. Mostramos as experiências que já existem nesse sentido, em outros países e em outros procedimentos. Desvincula-se a figura desse profissional da figura do juiz, ressaltando a necessidade de realização de concurso público para seleção dos mesmos, tornando-os funcionários efetivos do quadro do Poder Judiciário.

## 1 A TERCEIRA ONDA DO ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO ENFOQUE

Falamos em novo enfoque porque a expressão acesso à justiça não é nova<sup>1</sup>, já se falava deste tema nos séculos XVIII e XIX quando foi assegurada, depois das revoluções burguesas, a igualdade entre os indivíduos, pelo menos formalmente<sup>2</sup>. Porém, o que predominava nesta época eram os estados liberais e os “procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> “A idéia e o significado da expressão acesso à justiça variaram no tempo, em função de uma série de elementos, de influência de natureza política, religiosa, sociológica e filosófica”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3.

<sup>2</sup> “A partir dessas revoluções, o mundo mudou. A revolução burguesa, com absoluta necessidade de limitar os poderes do Estado, traz em seu arsenal teórico a teoria da separação dos poderes e o princípio da legalidade, este com uma visão absolutamente individualista, em especial da proteção à propriedade e autonomia privadas. Uma noção única da qualidade formal, criada com exclusão do estado na intervenção de assuntos que dizem respeito à sociedade”. *Ibidem*, p. 16. (grifo nosso)

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Norflet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 9.

Não se discutia, nesta época, se o acesso era efetivo, se o Estado estava proporcionando, positivamente, meios que garantissem a participação de todos na justiça, o que se via era um pensamento no sentido de que bastava ao Estado não permitir que esse direito fosse violado por outros. "A justiça, como outros bens, nos sistemas do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte".<sup>4</sup> O que se tinha, então, era o acesso formal à justiça, bem distante do acesso real.

Com o aumento da população, o avanço das sociedades e conquistas sociais, surgiram novos problemas que não eram abrigados por esse pensamento liberal. A sociedade se tornou mais complexa a ponto de não aceitar apenas o direito formal. Os conflitos e as relações deixaram de ser individuais e assumiram uma feição coletiva, propiciando uma mudança da sociedade em direção à formação de um Estado social, em lugar do liberal, obrigando-o a sair da sua posição de mero expectador para a posição de garantidor dos direitos fundamentais<sup>5</sup>, dentre eles o acesso à justiça.

Outro ponto foi a evolução do conceito de isonomia, acompanhando as mudanças e reivindicações da sociedade. Na sua criação este conceito serviu para diminuir o poder do Estado e proporcionar um pouco de segurança jurídica, principalmente, a classe burguesa, realizadora das revoluções.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> "A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração de Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, excluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia". OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvares de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 29, n. 113, jan./fev. 2004.

Ao chegar no século XX, contando com influência de mais avanços sociais e questões histórico-culturais, o conceito de isonomia se transforma, abandonando o véu individualista-burgês do seu início e assumindo a roupagem da igualdade material, não admitindo mais as gritantes desigualdades, exigindo paridade de condições.<sup>6</sup>

É nesse momento que percebemos um novo rumo dentre os pensadores jurídicos, que apenas se preocupavam com as formalidades do processo civil, "afastados das preocupações reais da maioria da população".<sup>7</sup> O processo passa a ser estudado sobre outro ponto de vista com o surgimento dos direitos sociais, incorporando em seu objeto as mudanças promovidas pelo movimento de acesso à justiça<sup>8</sup>. Não se quer mais o tratamento igual para todas as pessoas<sup>9</sup>, o que se quer é um tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Resulta pouco plausível o uso do direito como formador do sentido democrático de uma sociedade se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades

<sup>6</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley; VEIGA, Ana Carolina Gomes. Crítica aos dispositivos processuais contidos no Estatuto do Idoso. Um estudo de caso frente ao acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 143, jan. 2007.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 10.

<sup>8</sup> "A abordagem contida nesta expressão vem a interromper extensa tradição da processualística em geral, ao propor um enfoque diferente das então já saturadas investigações acerca dos vários institutos, provimentos e procedimentos que sustentam o processo como método voltado à realização material exterior, restritas a discussões e a reformas operantes unicamente na esfera do formalismo, exclusivas no campo do abstrato". GOMES NETO, José Mário Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 19.

<sup>9</sup> "O direito à igualdade, anualmente, quer significar direito à igualdade de oportunidades. No nosso caso, igualdade de oportunidades de acesso à justiça. Entretanto, como não há igualdade de oportunidades de acesso à justiça no Brasil, é necessário pensar não só nos problemas que afetam a igualdade de oportunidades, como também em técnicas que permitam a efetividade do acesso aos órgãos de composição de conflitos e, ainda, a mitigação da desigualdade substancial no processo". MARINONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26.

econômicas e culturais. Trata-se, pois, de tomar a palavra e falar o direito que está de acordo com a realidade social, o que conduz à instituição do novo, que sempre se apresenta recheado de interrogantes.<sup>10</sup>

Dai vem o que se chama *novo enfoque*, expressão criada por Cappelletti, resultado das transformações da sociedade, do Estado e, como não poderia ser diferente, do processo civil.<sup>11</sup> Transformações que começaram no início do século XX, objetivando melhorias no Poder Judiciário como um todo, cobrando a participação de todo os cidadãos, operadores ou não do direito, e, principalmente, do Estado.

Cappelletti, autor de um grande trabalho que juntou os avanços conquistados em vários países, chamado Relatório Florença, dividiu essas transformações nas chamadas "ondas de acesso à justiça", "caracterizando cada momento, ou 'onda' (...), conforme o direcionamento da abordagem e a escolha do objeto mediato de estudo".<sup>12</sup>

Primeiramente, buscou-se solucionar o problema econômico da população pobre, que ficava impossibilitada de utilizar o sistema judiciário em virtude da falta de recursos para arcar com o pagamento de um advogado e das custas de um processo.

Então, a primeira "onda" foi no sentido de promover a prestação de serviços jurídicos gratuitos para esta parcela da população. Mas não colocando a assistência gratuita como uma forma de caridade, sendo prestada por "advogados particulares,

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>11</sup> "A teoria do processo, portanto, também reflete a ideia de uma época". *Ibidem*, p. 21. Podemos concluir a partir desta afirmativa que o direito processual não é estático e imutável, ele acompanha, ainda que de uma forma mais lenta, as mudanças ocorridas na sociedade e na forma do Estado.

<sup>12</sup> GOMES NETO, O acesso à justiça em Mauro..., *op.cit.*, p. 61.

sem contraprestação (*munus honorificum*)".<sup>13</sup> Precisava-se da atuação positiva do estado para garantir o acesso da população carente.<sup>14</sup>

Depois surgiram outros sistemas como o *Judicare* e do advogado remunerado pelos cofres públicos (*neighborhood law centers*). O primeiro visava proporcionar uma representação da mesma qualidade que os litigantes de baixa renda teriam se pudessem escolher e pagar um advogado, porque eles elegeriam seu patrono de uma lista de profissionais que concordassem em prestar esses serviços e quem pagaria seus honorários seria o Estado. O segundo era um pouco diferente, pois os advogados eram funcionários do Estado e trabalhavam em "escritórios de vizinhança", localizados em bairros de população predominantemente carente.<sup>15</sup>

Na segunda "onda" concentrou-se os esforços em busca de soluções para o problema da tutela dos interesses coletivos e difusos como melhoria no acesso à justiça. Na verdade, o problema era o da não tutela destes interesses. Como já vimos no começo da explanação os Estados liberais eram extremamente individualistas, desta forma, passaram essa visão para o processo civil, não criando meios para resolução de conflitos que envolviam grupos ou uma parte da população.

Nesta segunda "onda", então, os processualistas procuraram solucionar este problema, vendo-se obrigados a refletir sobre "o alcance dos institutos da *legitimidade ad causam* e da *coisa julgada*".<sup>16</sup>

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, *op.cit.*, p. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 35 e 40.

<sup>16</sup> GOMES NETO, O acesso à justiça em Mauro..., *op. cit.*, p. 80.

Chegamos, por fim, à terceira "onda" de acesso à justiça, fortalecida pelas conquistas alcançadas nas "ondas" anteriores e por uma mudança de enfoque. Agora, não temos mais uma visão de Estado individualista, como era no Estado Liberal: vivemos num Estado que se pretende caracterizar como social, onde as instituições públicas devem se preocupar em garantir a efetivação dos direitos fundamentais da sociedade, atuando positivamente, dentre eles o acesso efetivo à justiça.

Sendo assim, a terceira "onda" vai muito mais além na busca do efetivo acesso à justiça, reconhecendo a importância das conquistas alcançadas nas reformas anteriores, mas, também, sabendo de suas limitações, basicamente voltadas "à promoção do direito de representação judicial de interesses antes não representados ou mal representados, (...)".<sup>17</sup>

O enfoque do acesso à justiça considera as "ondas" anteriores como parte de uma grande reforma que deve ser feita no sistema jurídico, envolvendo o "conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna".<sup>18</sup> O objeto de estudo dos reformadores agora é o próprio processo que já não satisfaz plenamente os consumidores da justiça.

Nosso trabalho concentrar-se-á em mostrar o grande problema da morosidade da prestação jurisdicional, conhecido por todos que buscam o Judiciário para resolver seus conflitos, e apontar soluções que possam diminuir, não terei a ousadia de tentar resolver definitivamente, este problema dentro do movimento de acesso à justiça.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, MAURA GARTH, BRYANT. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 67.

## 2 MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO: UM DOS PONTOS A SER SUPERADO

### 2.1 Desproporção entre o número de processos e o número de juizes

Como vimos no item anterior, a terceira onda de acesso à justiça visa à realização efetiva da prestação da tutela jurisdicional, do ponto de vista real. Sendo assim, um dos pontos a ser superado é a morosidade que impera na resolução dos conflitos pelo Poder Judiciário, pois como já dizia o Conselheiro de la Bruyere "a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça".<sup>19</sup> Iremos, então, tratar de um dos problemas que leva a morosidade do Poder judiciário.

Sabemos que a quantidade de juizes existente no Brasil é extremamente defasada em relação ao número de processos que chegam em suas mãos<sup>20</sup>, em virtude de fatores econômicos e políticos<sup>21</sup>. Este fato está, sem excluir os demais, intrinsecamente ligado a demora na resolução das lides levadas ao Poder Judiciário<sup>22</sup>. "O bom funcionamento do Poder Judiciário depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre juizes e o número de processos".<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo uma análise empírica das repetições do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 15.

<sup>20</sup> "Observamos atualmente um aumento vertiginoso de litígios, em contraste com um número reduzido de magistrados para julgá-los". CARNEIRO, op. cit. 2003. p. 80.

<sup>21</sup> "Talvez falte vontade política para a redução da demora processual. Tal demora, segundo alguns, não seria meramente acidental, mas fruto de vários interesses, até mesmo o de limitar o afluxo de litígios ao Poder Judiciário". MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 31.

<sup>22</sup> "De que adiantam boas leis se a estrutura que é dada aos seus aplicadores é precária e o número de magistrados insuficiente? (...) Seu bom funcionamento depende, dentre outras coisas, de relação adequada entre o número de juizes e o número de feitos". ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 28, n. 112, out./dez. 2003.

<sup>23</sup> MARINONI, op. cit., p. 34.

A razão entre juizes e habitantes no Brasil demonstra como o Poder Judiciário está sobrecarregado de trabalho em relação ao que ocorre em outros países. Enquanto no Brasil temos um Juiz para cada 25.000 habitantes, no Uruguai há um juiz para cada 5.000 habitantes e na Alemanha um juiz para cada 4.000 habitantes.<sup>24</sup> Esses dados são referentes ao ano de 1996, hoje em dia essa desproporção deve ser bem maior devido ao grande crescimento da população e ao infimo aumento do número de magistrados.<sup>25</sup>

## 2.2 Insatisfação de uma das partes, resultando na continuidade do processo em grau de recurso

Outro problema que leva a morosidade do Poder Judiciário é a alta taxa de recorribilidade das decisões em primeiro grau. Na verdade, o recurso existe para ser usado e para evitar uma decisão injusta. Porém, muitas vezes a decisão proferida em primeiro grau corresponde ao direito que está sendo tutelado, mesmo assim, esta decisão é objeto de recurso por parte do lado sucumbente. Às vezes isso acontece por questões psicológicas, quando a parte não aceita a derrota, por exemplo, às vezes acontece por puro intuito protelatório.

Na Paraíba, por exemplo, de 10.601 processos julgados no primeiro grau em 2005, 9.461 foram objetos de recurso à instância superior, ou seja, 89,25% do total de processos julgados.<sup>26</sup> Baseado nestes dados, podemos ver como é grande a utilização de recursos. Muitos deles demandam bastante tempo para serem julgados e não são providos, demonstrando

<sup>24</sup> OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 24, n. 95, jul./set. 1999.

<sup>25</sup> "Poder-se-ia dizer que a quantidade de processos é enorme, e a quantidade de juizes é infima". RODRIGUES, Clóvis Fredrizi. Celeridade processual versus segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 30, n. 120, fev. 2005.

<sup>26</sup> [http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_numero\\_2005.pdf](http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf)

o aumento do tempo do processo sem nenhuma modificação ou acréscimo de resultado efetivo: desses 9.461 processos que foram objeto de julgamento no segundo grau da Paraíba, apenas 3.112 foram julgados procedentes, ainda que parcialmente, contabilizando 32,89% dos recursos.

Vivemos, nos dias atuais, um grande dilema entre a segurança jurídica e a celeridade processual. Muitos juristas defendem a grande quantidade de recursos existentes no direito processual brasileiro, enfatizando que desse modo se evita decisões injustas. Porém, como já dito no item anterior, se essa decisão tardar muito para ser proferida pode acabar sem produzir o efeito esperado e ser tornar injusta. Por isso, já existem juristas, dentre eles Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, defendendo a priorização da celeridade processual "com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados".<sup>27</sup>

Em razão disso, buscaremos enfocar um meio alternativo de resolução de conflitos, que demanda bem menos tempo do que o normal, com vistas a afastar o problema da morosidade: a conciliação.

## 3 A CONCILIAÇÃO CONTRIBUINDO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL, DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS PROCESSUAIS E INCREMENTO À SATISFAÇÃO DAS PARTES

### 3.1 A experiência positiva dos juizados especiais cíveis

Um dos métodos mais eficazes e econômicos de se resolver um conflito é através da conciliação. No Brasil, ele já é bastante utilizado nos juizados especiais, pois o procedimento adotado nestes juizados, visando a economia e a celeridade, prevê uma

<sup>27</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 81.

audiência de conciliação, realizada por um conciliador, que não se confunde com a figura do juiz, antes de começar a instrução processual.

Deste modo, a legislação<sup>28</sup> confere as partes integrantes da lide a oportunidade de resolverem suas pretensões resistidas, de uma maneira rápida. A audiência de conciliação, por exemplo, deve ser realizada no prazo de 15 (quinze) dias da interposição da demanda, podendo até ser instaurada de imediato, se ambas as partes comparecem inicialmente.

Será, também, econômica, em razão de não haver o pagamento de custas, nem a necessidade da presença do advogado, e satisfatória, pois as partes ficam bem mais contentes ao firmarem um acordo, porque nele não existe um lado perdedor e outro ganhador,<sup>29</sup> os litigantes chegam a um consenso juntos.<sup>30</sup>

Os exemplos bem sucedidos dos Juizados Especiais multiplicam-se em todo o país, permitindo o acesso da população pobre à justiça com rápida solução das lides de pequena monta, quase sempre resolvidas por meio da conciliação, aumentando de forma significativa o número de pessoas que passaram a reivindicar judicialmente seus direitos através desses órgãos de composição mista cujo objetivo é, antes de tudo, resolver por meios da negociação e conciliação os conflitos.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Art. 16: "Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de 15 (quinze) dias." Art. 17: "Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensado o registro prévio de pedido e a citação."

<sup>29</sup> "Na conciliação, diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento". FERRAZ, Tais Schilling. *A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos*. Artigo publicado no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. <http://www.cnj.gov.br/arquivos/cnj/ConciliarConteudoTextual/anejo/Conciliacao.doc>

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 84.

<sup>31</sup> LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais*

Como visto acima, a pacificação social é atingida de uma forma favorável para todos os lados da relação processual. O Estado ganha com a economia nos gastos públicos, o autor ganha com a satisfação da sua pretensão rapidamente e o réu, também, porque não terá que pagar custas, nem honorários advocatícios e só terá que fazer o que achou justo, ou seja, o que foi pactuado no termo de transação.

Este método de resolução de conflitos judiciais é cada vez mais utilizado, demonstrando sua utilidade e eficiência. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça lançou o movimento *Conciliar é Legal*, com o slogan *Conciliação: rápido e simples como um aperto de mão*. Através desse movimento o CNJ buscou incentivar os operadores do direito a resolverem as lides levadas à apreciação do Poder Judiciário através da conciliação, objetivando a economia dos gastos públicos e redução da demora na prestação jurisdicional.

Todos os tribunais de justiça do Brasil promoveram semanas de conciliação, incentivando suas comarcas a realizarem durante esse período o maior número de audiências conciliatórias possíveis. Para isso, fazem divulgação através dos meios de comunicação e de distribuição de panfletos no contato direto com o consumidor da justiça.<sup>32</sup>

*de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 257.

<sup>32</sup> "Na capital mineira, o clima de conciliação está no ar desde a véspera, 2 de dezembro, com a distribuição de material publicitário, de 9 às 12h, na feira de artesanato da avenida Afonso Pena e, de 9 às 14h, na Praça da Liberdade. A campanha continua de 3 a 7/12, durante todo o dia, na Praça Sete, na Estação Central do Metrô, no Restaurante Popular e na Rodoviária; e no dia 8, das 9 às 12h, no Tanque Municipal. Pouco antes da abertura, às 10 horas, haverá uma coletiva com a imprensa e a programação da Semana se estende até o dia 8 de dezembro, com a apresentação de repentistas e intervenções teatrais em locais de grande circulação de público para conscientização da importância de se celebrarem acordos na pacificação dos conflitos. As outras comarcas mineiras estão realizando programações locais durante todo o período." <http://www.tjmg.gov.br/anejos/nr/noticia.jsp?codigoNoticia=9350>.

No estado de Minas Gerais, por exemplo, as estatísticas demonstraram que a conciliação foi obtida na grande maioria dos casos, justificando os incentivos realizados e trazendo para o Estado uma boa economia com os gastos na prestação jurisdicional. Afinal, um demanda que demoraria, em média, dois anos para ser encerrada, termina em um dia, com um bom índice de satisfação das partes, em razão de não ter havido perdedores e vencedores.

Das 1.150 audiências de conciliação realizadas na primeira semana de dezembro de 2007, nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 434 resultaram em acordos homologados<sup>33</sup>. Ou seja, um total de 37,7% de processos que não precisarão mais de uma nova audiência, realizada por um juiz, com a possibilidade da presença obrigatória de um advogado, para que seja dada a prestação jurisdicional. Enfatizando-se, que dessa prestação jurisdicional, ainda caberia recurso, com incidência de custas e com a necessidade de advogado.

Em Pernambuco não foi diferente. Já “nos dois primeiros dias da Semana Nacional de Conciliação foram realizadas 461 audiências cíveis e as partes chegaram a um acordo em 208 delas. Isso representa 45,12%”.<sup>34</sup>

Podemos notar, então, que os juizados especiais, com a inovação da presença de um conciliador realizando as audiências de conciliação, vem trazendo um bom resultado para a diminuição dos gastos e a rápida resolução das pretensões resistidas<sup>35</sup>, contribuindo, desse modo, com o avanço do novo enfoque do acesso à justiça.

<sup>33</sup> [http://www.tjmg.gov.br/quadro\\_avisos/semana\\_conciliacao/2007/estatisticas.pdf](http://www.tjmg.gov.br/quadro_avisos/semana_conciliacao/2007/estatisticas.pdf).

<sup>34</sup> RODRIGUES, Edvaldo. TJPE já realizou 461 audiências desde 2º. *Diário de Pernambuco*, Recife, 05 dez. 2007. p. C4.Vida Urbana.

<sup>35</sup> “Outro tema que merece especial atenção é o da conciliação, especialmente pela sua relevância social - pacificação -, pela rapidez na solução do conflito, com larga economia de tempo, dinheiro e trabalho. Quanto maior for o número de conciliações bem-sucedidas, menor será o movimento de processos nos juizados”. CARNEIRO, op. cit., p. 165.

### 3.2 A pouca e má utilização da audiência preliminar nas varas cíveis

Como já dito acima, a conciliação tem contribuído, nos juizados especiais cíveis, para a diminuição do tempo de duração de parcela das demandas, reduzindo, conseqüentemente, os gastos empregados pelo Estado na entrega da prestação jurisdicional. Imaginem, então, se essas vantagens fossem obtidas na justiça comum cível, onde os gastos e o tempo de duração de uma demanda são bem maiores do que nos juizados<sup>36</sup>.

Infelizmente, ainda não existe a política da conciliação na justiça comum. Apesar da previsão do art. 331 do Código de Processo Civil<sup>37</sup>, a audiência preliminar é pouco utilizada<sup>38</sup> pelos juizes das nossas comarcas. Desse modo, o sucesso obtido nos juizados especiais em relação às conciliações realizadas, não é repetido na justiça comum.

Em uma pesquisa realizada no estado de São Paulo, foi constatado que o número de acordos obtidos em sede de audiência preliminar realizadas no procedimento ordinário foi,

<sup>36</sup> “Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas (...)”. CAPPELLETTI, op. cit., p. 83.

<sup>37</sup> Código de Processo Civil. Art. 331: “Semão ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizarse no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”.

<sup>38</sup> “A importância desse procedimento, e sua pouca ou má utilização pelo Poder Judiciário, é o objeto desse pequeno estudo, e que tem, tão somente, a intenção de estimular a discussão e fazer uma reflexão, a respeito do melhor aproveitamento da audiência conciliatória, como meio eficaz, de agilização dos procedimentos judiciais”. PEREIRA, Clóvis Brasil. *A audiência de conciliação, um instrumento pouco ou mal utilizado pelo Judiciário*. Disponível em: <[http://www.juristas.com.br/a\\_947\\_p\\_1\\_Aaudi%C3%Aancia-de-concilia%C3%A7%C3%A3o,-um-instrumento-pouco-ou-mal-utilizado-pelo-Judici%C3%A1rio.](http://www.juristas.com.br/a_947_p_1_Aaudi%C3%Aancia-de-concilia%C3%A7%C3%A3o,-um-instrumento-pouco-ou-mal-utilizado-pelo-Judici%C3%A1rio.)>

aproximadamente, de 28% (vinte e oito por cento),<sup>39</sup> ficando, portanto, atrás dos números observados no procedimento especial, adotado nos juizados.

Porém, um passo importante neste sentido seria a desvinculação da realização dessa audiência pelo juiz togado.<sup>40</sup>

O juiz já carrega o peso arduo e difícil do julgamento das demandas, necessitando de tempo e preparo para prestar a jurisdição corretamente. Ao contrário dos juizados, a tarefa de realizar a audiência conciliatória, nas varas cíveis, fica a cargo do mesmo órgão que proferirá o julgamento. E como já vimos no item 2.1., nossos juizes já estão sobrecarregados com o grande número de processos que vem à apreciação do Poder Judiciário diariamente, sem o acompanhamento do número de magistrados para dividir esse crescimento da litigiosidade.

Desta forma, em sintonia com o novo enfoque do acesso à justiça, tentarei apontar uma solução para amenizar esse problema e ao mesmo tempo contribuir para a diminuição dos custos e demora na prestação jurisdicional oferecida pela Poder Judiciário no procedimento ordinário.

Essa solução já foi adotada em outros países, como veremos adiante, e, também, já é adotado no Brasil, porém, não no procedimento ordinário, somente no procedimento especial.

<sup>39</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das reformas processuais cíveis no âmbito da justiça estadual paulista. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 29, n. 114, mar./abr. 2004.

<sup>40</sup> "Apesar da autorização legislativa no sentido de que o juiz poderá, na audiência de conciliação, ser auxiliado por conciliador (art. 217, §1º, do CPC, com a redação dada pela Lei 9.245/1995), os dados supramencionados revelam que tal expediente é de escasso uso na prática forense. De fato, na pesquisa efetuada, apenas 4% dos entrevistados admitem fazer uso de um auxiliar, escrevente ou terceiro, para o exercício da prática conciliatória. Manifesto que, auxiliado por um conciliador nestas audiências, poderia haver ganho de tempo do magistrado e diminuição de sua longa pauta, o que, desincumbindo deste encargo, poderia ser dedicado a outras tarefas." *Ibidem*.

#### 4 CRIAÇÃO DO CARGO DE CONCILIADOR NAS VARAS CÍVEIS

Diante de tudo que vimos neste trabalho e nas notícias que circulam nos meios de comunicação, não resta dúvida quanto à existência do problema da morosidade na efetiva prestação jurisdicional no Brasil. Deste modo, enfocamos nosso estudo em um método de solução de conflitos mais econômico, célere e satisfatório, qual seja, a conciliação<sup>41</sup>.

Por fim, buscaremos defender este modo de resolução de lides da maneira utilizada nos procedimentos especiais brasileiros e, em alguns países, no procedimento ordinário.

Essa maneira é a realização de uma audiência conciliatória por um conciliador, que não se confunde com o juiz, mas sim um servidor público, capacitado para realizar tal atribuição, obedecendo a certos requisitos que deverão contribuir em sua formação e prática profissional.

Porém, antes de tudo, uma breve exposição da utilização desse método e atuação do aludido profissional onde já existe essa previsão, para depois delinear sobre as condições que deveriam existir no intuito de melhor selecionar esses profissionais e o modo de atuação dos mesmos.

##### 4.1 Experiências realizadas em outros países e em outros procedimentos

No Brasil, existe a previsão da realização de uma audiência com o objetivo de resolver o conflito através da conciliação

<sup>41</sup> "Esta, muitas vezes, chega não só a resultados mais rápidos e menos onerosos que a justiça comum, como a resultados melhores, até mesmo em qualidade, do que os produzidos pelo processo contencioso." THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 125, jul. 2005.

no procedimento ordinário e no procedimento especial. No entanto, só neste último a audiência é conduzida por um conciliador.<sup>42</sup>

Demonstramos através de números, nos tópicos anteriores, que essas audiências conduzidas por conciliadores obtêm mais sucessos. Não pretendo entrar no mérito desse resultado, até porque os motivos podem ser vários, tais como, disponibilidade de tempo para analisar cada caso, maior especialização na realização de acordos, mais proximidade com as partes, dentre outros.

O importante é que os números pesam para esse lado da balança, demonstrando que essa sugestão pode ser bastante útil, como já o é, no procedimento especial e em outros países.

Na França, por exemplo, já há a previsão da existência de um conciliador atuando como elemento auxiliar do juiz.

O conciliador é designado pelo juiz e atua preventivamente, isto é, antes da abertura do processo judicial. Não é um magistrado. "Sua função não é a de julgar, mas simplesmente a de aproximar as posições. Se ele o consegue, lavra um termo de conciliação que documenta o acordo das partes e ao qual, em seguida, o tribunal dará efeito executivo. Se não o consegue, seu papel termina aí, e não lhe compete formular opinião". Essa instituição, para PERRROT, "oferece às partes uma estrutura amigável destinada a evitar o processo". Seus resultados são positivos, principalmente em litígios de pequena monta.<sup>43</sup>

Vemos, então, que a criação do cargo de conciliador nas varas cíveis deverá trazer um grande benefício na resolução das

<sup>42</sup> Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, Art. 22: "A conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação." Apesar da previsão de que a audiência poderá ser conduzida, também, pelo juiz togado ou leigo, na prática, somente os conciliadores realizam essas audiências.

<sup>43</sup> THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*

lides, podendo resolvê-las em sede de audiência preliminar, diminuindo o congestionamento do Poder judiciário e dando melhores condições para que os juizes realizem seu trabalho. Primeiro, porque a pauta das audiências supra citada seria de exclusividade dos conciliadores. Segundo, porque mais demandas poderiam ser resolvidas preliminarmente, sem a necessidade das outras fases processuais do procedimento ordinário.

Deste modo, o ganho de tempo dos magistrados seria em dobro, pelos motivos acima elencados.

#### 4.2 Concurso público para preenchimento das vagas

Uma forma de se obter bons profissionais, realizando uma seleção imparcial, onde todos concorrem com paridade de armas e onde se busca escolher os melhores por índice técnico é o concurso público.

Através do concurso, evita-se a subjetividade da seleção e estimula-se a preparação dos postulantes ao cargo, no sentido de que só os melhores serão escolhidos. Nessa linha de raciocínio, é previsto por lei a realização de concurso público, por se tratar de função pública, para seleção da maioria dos funcionários efetivos do Poder Judiciário.

Dentre eles, juizes, analistas judiciários, técnicos judiciários, oficiais de justiça, entre outros. Com a criação dos juzados especiais, observou-se esse entendimento para a escolha da grande maioria dos funcionários que atuariam nessa esfera jurídica. Porém, os conciliadores não estavam incluídos nesta seara, sendo esses postos ocupados através de cargos comissionados.

No entanto, fruto de várias críticas e cobranças, esse entendimento está mudando nos tribunais brasileiros. Em

Pernambuco, por exemplo, houve recentemente concurso público para preenchimento das vagas de conciliadores nos juizados especiais, corroborando, então, essa parte do nosso entendimento. Todavia, importante salientar que tal concurso selecionou conciliadores voluntárias, pecando nesse ponto ao não efetivar definitivamente os aprovados.

No Procedimento de Controle Administrativo n. 174/2006 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde eram discutidas supostas irregularidades no Edital n. 001/2006 do concurso público para seleção de juizes leigos e conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o Conselheiro Joaquim Falcão assim se manifestou, em uma parte do seu voto:

O concurso público, sob a supervisão da comissão de Concurso do TJPB, foi realizado por instituição de referência, qual seja, a Comissão Permanente de Vestibular do Estado da Paraíba e teve efeito absolutamente moralizador, uma vez que, até então, tais cargos eram de livre nomeação do Presidente do Tribunal, sem a necessidade de se observar qualquer critério que seja.<sup>44</sup>

Portanto, este deverá ser o modo de seleção dos conciliadores que atuarão nas varas cíveis, zelando pela busca dos melhores profissionais para preencher essa função que terá grande valia, se um dia chegar a ser aplicada, para o Poder Judiciário. Destacando uma questão significativa, qual seja, a criação efetiva do cargo de conciliador, como integrante do Poder Judiciário, sendo remunerado como todos os outros funcionários desse Poder Estatal.

<sup>44</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo n. 174/2006. Relator: Conselheiro Joaquim Falcão, julgado dia 11 set. 2007. (Anexo D).

### 4.3 Atuação dos conciliadores dentro da varas

Selecionados os conciliadores, através de concurso público, resta saber aonde eles irão atuar. Deste modo, obedecendo aos princípios do acesso à justiça e visando a economia dos gastos públicos, os conciliadores deverão atuar nas próprias varas cíveis já existentes, não necessitando do aumento do espaço físico dos fóruns onde aquelas estejam.

A atuação do conciliador não exige muitas formalidades, ao contrário, deve-se dar preferência a uma postura mais cordial e mais próxima das partes, tentando entender profundamente o problema em questão e buscando uma solução amigável para resolução do mesmo.

Dessa forma, as audiências realizadas pelo conciliador poderão ser realizadas na própria sala do juiz, utilizando o aparato já existente na mesma, como a mesa, as cadeiras e computador. Ou então, na secretaria da vara, necessitando apenas dos itens acima descritos.

### 4.4 Parcialidade dos conciliadores na apreciação das propostas e na mediação das partes, como meio de garantir o equilíbrio de oportunidades

Tendo visto como deverão ser selecionados os conciliadores e aonde deverão atuar, neste tópico, pretendo demonstrar um modo diferente de agir, para que a atuação dos conciliadores não se resume meramente a perguntar se há possibilidade de acordo ou não.

Os conciliadores devem ter um papel ativo, buscando entender a pretensão levada à apreciação do Poder Judiciário e tentando encontrar a solução adequada para restabelecer a

convivência harmoniosa entre as partes, se possível, ou, no mínimo, dirimir a lide sem maiores enfrentamentos.

Além disto, o conciliador, também, deve objetivar a equalização das partes no momento da audiência. Vejamos: muitos dos autores e réus nos processos de procedimento ordinário são litigantes habituais<sup>45</sup>, ou seja, grandes empresas ou grupos que estão freqüentemente figurando nos pólos das demandas.

Esses integrantes de grande parcela da causas têm uma enorme vantagem sobre os outros litigantes que não são assíduos freqüentadores das lides levadas à apreciação do Poder Judiciário. Conseqüentemente, gozam de mais experiência e conhecimento dos seus direitos, usando desta prerrogativa para intimidar seus adversários.

Portanto, o conciliador, buscando equilibrar a balança e conhecendo as leis que serão aplicadas, deverá ter uma atuação parcial, no sentido de alertar a parte enfraquecida sobre o seu direito e buscar sensibilizar a parte mais forte, demonstrando a possibilidade de eventual condenação, no seguimento da causa.

De outra feita, poderá relatar as partes sobre as vantagens obtidas na conciliação, como a diminuição no tempo do processo, a menor onerosidade com os gastos decorrentes do mesmo (perícia, honorários advocatícios, etc.), a maior facilidade na convivência futura entre os litigantes, entre outras. Baseada nisto, uma empresa poderá não perder um cliente, em virtude da resolução amigável do problema daquele, um locador poderá continuar com o mesmo inquilino, depois de dirimidas suas divergências pelo meio conciliatório, e assim por diante.

<sup>45</sup> CAPELLETTI, op. cit., p. 25.

O conciliador, então, deverá atuar como mediador frente aos problemas da partes, objetivando sempre alcançar uma saída plausível a todos, sugerindo idéias novas para decidir a discórdia, evitando, assim, maiores desgastes.

Essas vantagens são de grande valia para todos, porém, necessitará de uma mudança no comportamento dos participantes do mundo jurídico, começando pelo conciliador, orientado as partes e advogados sobre as mesmas.

## CONCLUSÕES

Neste trabalho buscou-se demonstrar um grande problema que assola o Poder Judiciário brasileiro que é a morosidade na prestação jurisdicional, identificando alguns motivos que levam a tal acontecimento, para ao final apontar uma proposta que visa a diminuição dessa deficiência, já sendo aplicada em alguns procedimentos e em outros países, com bons resultados.

Para isso, direcionou-se o foco do estudo no caminho de uma solução dos conflitos judiciais que onerasse o menos possível os cofres públicos, demandasse o menor gasto de tempo necessário para resolução de uma lide e alcançasse um resultado qualificado, no sentido de satisfazer as partes integrantes do processo verdadeiramente. Tudo isso, baseado no *novo enfoque do acesso à justiça*. Este, cada vez mais presente nos ordenamentos jurídicos dos estados modernos e no dia-a-dia das pessoas que atuam no mundo do direito.

Sendo assim, verificou-se a grande utilidade e importância da conciliação como meio de resolução de conflitos, buscando, posteriormente, elementos para expandir e melhorar sua aplicação.

Deste modo, a tarefa de conciliar as partes litigantes será mais bem realizada se for feita por pessoas especializadas e com a função particular de atingir tal objetivo.

Logicamente, não será com a criação do cargo efetivo de conciliador nas varas cíveis que todos os processos chegarão a uma composição amigável, porém, a tendência é que o número de acordos obtidos aumente significativamente, acompanhando os dados obtidos em outros procedimentos em nosso ordenamento e em outros países que já utilizam a figura do conciliador em procedimentos ordinários.

Assim, as audiências preliminares seriam realizadas pelo conciliador, reservando mais tempo em favor do magistrado.

Importante salientar que ainda restam pontos a serem debatidos que não foram objetos desse trabalho, em virtude da falta de tempo e delimitação da área de pesquisa, como a realização de cursos anuais de aperfeiçoamento para os conciliadores, conhecimento de outras searas profissionais, como a sociologia, psicologia, etc. Ademais, já dito por Cappelletti e Garth, "não devemos, (...), resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa".<sup>46</sup>

Deste modo, a criação do cargo efetivo de conciliador nas varas cíveis poderá trazer grandes benefícios para a sociedade em geral, não apenas aos integrantes do universo jurídico, pois todos nós poderemos necessitar da atuação do Poder Judiciário, qualquer que seja seu campo de trabalho.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 08.

#### ABSTRACT

This work based on the access to justice focus, seeking a solution to point out reasons for delays in providing adjudication. We identified two main causes that contribute to the length of the procedure: the disparity between judges and plaintiffs and a great use of appeals. We found conciliation a way to alleviate the consequences of these factors, showing by numbers the benefits obtained in conflict resolution by the conciliatory approach. Finally, targeting to improve the cognitive ordinary procedure, it is suggested the creation of the post of conciliator, indicating their peculiarities, as the selection by public tender.

Key-words: Access to justice. Length. Conciliation, office of conciliator.

#### REFERÊNCIAS

##### Livros:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

#### Artigos:

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do poder judiciário. *Revista do Processo*, São Paulo, a. 31, n. 137, jul 2006.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista do Processo*, São Paulo, a. 31, n. 139, set 2006.

BERIZONCE, Roberto O. Luces y sombras del proceso civil contemporaneo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 126, ago. 2005.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional - o inciso LXXVIII do art. 5º da constituição federal inserido pela ec 45/2004. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 1238, ago. 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Os juizados especiais civis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do ministério público. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 29, n. 117, set/out 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das reformas processuais civis no

âmbito da justiça estadual paulista. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 29, n. 114, mar./abr. 2004.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; VEIGA, Ana Carolina Gomes. Crítica aos dispositivos processuais contidos no Estatuto do idoso. Um estudo de caso frente ao acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 143, jan. 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 29, n. 113, jan./fev. 2004.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales em América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 24, n. 95, jul./set. 1999.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 120, fev 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 125, julho 2005.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 28, n. 112, out./dez. 2003.

## O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*José Viana Ulisses Filho*

Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife. Professor adjunto da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE. Membro do Conselho de Administração da Associação dos Juizes para a Democracia -AJD.

### RESUMO

O trabalho trata da importância do poder judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito, concernente à efetivação das Políticas Públicas, notadamente no que tange à concretização dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, garantidos pela Constituição da República, cuja obrigação de sua implementação compete ao poder executivo, que nem sempre garante a sua execução, implicando na sonegação de Direitos Fundamentais à população economicamente menos favorecida.

Defende ainda, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário e outros órgãos de defesa da cidadania objetivando coagir os agentes públicos responsáveis pela implementação de tais políticas no sentido de assegurar a prestação dos serviços necessários para a garantia de um Mínimo Existencial à comunidade mais carente.

Palavras-chave: Políticas públicas. Reserva do Possível. Direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE ESCORÇO DO QUE SE DENOMINAM DIREITOS HUMANOS. 3 FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 4 O CONTROLE JURISDICIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O tema proposto para a nossa reflexão trata das políticas públicas e o seu relacionamento com o direito e o Poder Judiciário. Por evidente, falar em políticas públicas pressupõe a existência de direitos a serem concretizados, bem como a forma de efetivá-los, a partir do nível de organização da sociedade para reivindicá-los, em pleno exercício da sua cidadania. Como podemos perceber, são conceitos indissociáveis e interdependentes que nos convidam a fazer uma digressão a propósito das espécies de direitos que devem ser tutelados e a quem ou a que órgão deve recorrer os cidadãos nos estados democráticos de direito no sentido de tornarem efetivas essas garantias.

Desta forma, procuraremos abordar o tema dentro de uma perspectiva que busque realçar os direitos fundamentais do cidadão no sistema jurídico brasileiro, a partir da vigência da Constituição Federal promulgada em 1988, fazendo uma análise sobre a importância do Poder Judiciário como o principal órgão da nossa república, responsável pela promoção da efetivação desses direitos, a partir da implementação de políticas públicas, apesar de reconhecer as dificuldades existentes nesse sentido, porquanto existem óbices que vão desde questões culturais arraigadas na raiz do nosso Poder Judiciário, de índole bastante conservadora, bem como limitações de ordem constitucional, como sói acontecer com o princípio da separação dos poderes e do rígido sistema orçamentário plasmado na cláusula conhecida como da "reserva do possível".

Com efeito, parece-nos que nesse contexto, a reserva do possível tem se tornado um dos principais estorvos à concretização dos denominados direitos sociais, econômicos e culturais, posto que a realização desses direitos estaria sempre condicionada à existência de recursos.

## 2 BREVE ESCORÇO DO QUE SE DENOMINAM DIREITOS HUMANOS

Como é do conhecimento de todos os direitos humanos começam a se delinear, na história da humanidade, a partir da Magna Carta na Inglaterra, no ano de 1215. Entrementes, como dado histórico concreto, a sua proteção é fruto do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, forjando-se a partir da gloriosa revolução inglesa de 1689 e os BILLS OF RIGHTS das colônias americanas em 1776, com o seu coroamento e universalização com o advento da revolução francesa de 1789.

Destarte, os direitos humanos se consolidam no estado moderno como obra da revolução burguesa que consagra as liberdades individuais como o seu principal apanágio; onde se defende a interferência mínima do estado nas atividades dos cidadãos, positivando-se direitos que garantem a plena liberdade dos indivíduos, manifestada através das liberdades públicas negativas, principalmente na proteção do direito de propriedade.

Nesse primeiro momento, o reconhecimento de tais direitos pelo estado se caracterizou como sendo os direitos de primeira geração, que garantiam o exercício dos direitos civis como as liberdades individuais de pensamento, de expressão, de religião, de reunião. Também se consagra os direitos políticos, como o partido político, a eleição, direito ao voto, a cidadania.

Contudo, a expressão negativa não interventiva do estado burguês como mero garantidor passivo dos direitos públicos, era insuficiente. A sociedade passa a exigir uma postura positiva do estado, que transita a partir da Constituição mexicana de 1917 e de *weimar* de 1919 a um estado presente, interventivo, conhecido como promotor do bem estar social (*welfare state*), estado garantidor ativo de novas liberdades e conquistas, com o reconhecimento dos direitos de grupos sociais baseado na igualdade e no respeito da dignidade da pessoa humana, garantindo-se ao cidadão a fruição de direitos econômicos, sociais e culturais, como direito ao trabalho, a assistência social, a educação, a saúde, a segurança, a um acesso à justiça independente, direitos tidos como de segunda geração. Importante registrar que o pensamento socialista, em muito contribuiu para a formação do estado social interventivo.

Após a segunda guerra mundial, no dia 10 de dezembro do ano de 1948 é publicada a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, tendo a importante função de universalizar os direitos de segunda geração ao lado das liberdades civis e políticas, notadamente quando reconhece formalmente a existência de direitos econômicos, sociais e culturais ao lado daqueles já citados no mesmo patamar de igualdade, tornando-os direitos universais, independentes e inter relacionados.

Podemos afirmar seguramente que na atualidade, os direitos consignados na DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS foram incorporados aos diversos sistemas do direito positivo<sup>1</sup>, principalmente dos povos que integram as nações do ocidente de que faz parte o Brasil, em cuja Constituição republicana estão consagrados e em especial

<sup>1</sup> "O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas". BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p.1.

os direitos sociais, direitos estes através dos quais se direcionam as políticas públicas implementadas pelos governos.

### 3 FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os princípios fundantes da República Federativa do Brasil repousam na positivação constitucional de normas que tutelam as garantias de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III CF/88), onde se constituem como principais objetivos da nossa república, dentre outros os de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, CF/88).

Ora, a partir de tais prioridades eleitas pelo povo brasileiro ao fundarem a nossa recente república, caberá aos governos eleitos democraticamente, através dos Poderes Legislativo, no exercício de sua prerrogativa de editar leis, e ao Poder Executivo, no exercício de sua prerrogativa de executar e implementar concretamente tais leis, formularem políticas públicas com o fito de tornarem executáveis as diretrizes constitucionais, com uma atuação positiva do estado na busca da concretização dos direitos de segunda geração, notadamente no que diz respeito aos direitos sociais.

Políticas públicas, na visão de Maria Paula Dallari Bucci

São programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas; para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são "metas coletivas conscientes" e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato<sup>2</sup>

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.241.

Entretanto surge um dilema. Considerando a existência da previsão legal de políticas públicas a serem implementadas pelo estado, onde encontraríamos a vinculação jurídica do Poder Executivo à execução das determinações legais? Ou seja, estaria o Poder Executivo obrigado a cumprir os comandos legais em realce? Acreditamos que não, pelo fato da Administração Pública, nestas hipóteses, balizar-se pelo denominado poder discricionário, que podemos conceituar, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello como sendo:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>3</sup>

Diante dessa premissa, o ideal seria que a discricionariedade do executivo caminhasse sempre no sentido de optar pela implementação ou concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais enunciados pela Constituição Cidadã ou pela normatização integrativa, o que, lamentavelmente não ocorre, cumprindo-nos perquirir, até que ponto estaria o Poder Judiciário legitimado (se é que existe legitimação) a interferir através de suas decisões, objetivando o cumprimento das determinações legais, coactando o Poder Executivo a dar efetividade às referidas políticas públicas.

Ou melhor, fazendo a mesma indagação que Flávio Dino<sup>4</sup>: a discricionariedade seria um território interdito ao

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.48.

<sup>4</sup> "Na doutrina brasileira tradicionalmente é enunciado que o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, isto é, não pode elidir os critérios de

judiciário? A resposta à indagação encontraremos no próximo capítulo.

#### 4 O CONTROLE JURISDICIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Desta forma, surge no cenário a importância do Poder Judiciário, cuja função precípua é guardar e pugnar pela aplicação das normas constitucionais. Todavia, como vimos, esse poder não tem a função de editar normas, nem tampouco de executá-las na persecução da efetivação das políticas públicas, a cargo do Poder Executivo, que elegerá as suas prioridades políticas no sentido de implementar através da sua atuação a melhoria das condições econômicas, sociais e culturais do povo. Destarte, como se legitimaria a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos, quando sabemos que ele (o judiciário) não tem atribuições no que se refere à formulação das políticas públicas?

Pois bem, a atuação do poder público se exerce através da prática de atos e deliberações marcadas pela discricionariedade, cabendo ao governo escolher as suas prioridades dentro da conveniência e oportunidade que melhor lhe parecerem. Em termos de políticas públicas, estas se caracterizam, conforme já referido, como o instrumento da ação governamental através de programas que estabelecem metas a serem alcançadas procurando principalmente a concretização dos direitos sociais, onde são traçadas diretrizes a serem implementadas.

conveniência e oportunidade eleitos pelas autoridades da administração, colocando no lugar os seus próprios critérios. Na vida fofense, conditadamente sentenças são proferidas com esse fundamento, o qual impede ou dificulta que os juizes controlem políticas públicas", DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas - sugestões para uma reforma cultural no judiciário*. Disponível em <http://www.editoratimpetu.com.br/>. Acesso em maio 2008.

Posto isto, podemos perceber que no conceito de políticas públicas estão presentes um conjunto de normas e atos que tendem à realização de um determinado objetivo, objetivo-esse que deverá guardar compatibilidade em última instância com a vontade do constituinte de 1988 que estabeleceu como prioridades a realização de direitos sociais, econômicos e culturais cuja teleologia primeira é a de garantir a dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

Desta forma, cumpre-nos inferir que ao Poder Judiciário, como legítimo guardião para o cumprimento da Constituição Federal e fiel aos desideratos da realização da vontade do povo brasileiro, cabe o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público quando da escolha dos meios para a realização dos seus objetivos, podendo interferir proferindo decisões que venham a incrementar a concretização dos objetivos estatuídos na Carta Política.

Não deve esta intervenção judicial, ou, como denominam os teóricos do direito, não deve a justiciabilidade das políticas públicas ser vista como uma intromissão no poder discricionário da administração pública, considerando que esse poder não tem características de intangibilidade ou insindicabilidade, porquanto por mais liberdade que o administrador tenha na prática de gestões, os seus atos estarão sempre sujeitos a um controle jurisdicional, na medida em que incompatíveis com princípios ou regras que dimanam da Lei Fundamental.

<sup>5</sup> "Afirmar a imperatividade da emanção de políticas públicas como determinação constitucional reforça portanto os mecanismos recíprocos de controle do poder - objetivo que, por si só, também caminha na direção do prestígio à Carta Fundamental, como medida que é das possibilidades de agir desse mesmo poder. Em consequência, tem-se que o controle - jurisdicional inclusive - de políticas públicas é um instrumento necessário de preservação do caráter cogente da determinação constitucional de que seja através delas que se programe e traduza a ação da administração, jurisdicizandol-a; portanto, o conceito de políticas públicas - na medida em que posto como necessário pressuposto do agir da administração -; a sua judicialização é mera consequência manifesta-se empiricamente e em curva ascendente." VALLE, Vanice Lirio do. *Fórum administrativo - Dir. Público* - FA, Belo Horizonte, a. 7, n. 82, p. 719, dez. 2007

Outro mito que também merece ser desconstruído, é aquele que propõe a proibição de intervenção judicial referente às políticas públicas, quando se tratar de questão relacionada ao princípio da separação dos poderes. Ora, sabemos que modernamente o princípio da separação dos poderes não é encarado de forma tão radical a ensejar a total ausência de controle por parte do Poder Judiciário, notadamente quando esse poder interfere no sentido de que o Poder Executivo implemente políticas públicas que objetivem concretizar direitos sociais garantidos constitucionalmente, em principal aqueles direitos exigidos por "um padrão mínimo social."

Para Andreas J. Krell, no que concerne ao padrão mínimo social "Os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais alegam a sua qualidade como direitos subjetivos perante o Poder ser Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Nesse contexto, os direitos sociais representam "mandados de otimização" (Alexy) que devem ser "densificados"; o seu cumprimento pode ser negado por parte do estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável.

Segundo a Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da constituição para a realidade constitucional. Na vida moderna, que é regida pela tecnologia e a indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais (escolas, hospitais, eventos culturais, comunicações, fornecimento de energia, água, transportes)."<sup>6</sup>

Ao nosso sentir, não nos soaria absurdo ou caracterizaria invasão indevida de poder, a decisão judicial que obrigasse o

<sup>6</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - Os deslaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 59-60

Poder Executivo a internar em UTIs da rede hospitalar privada, beneficiários do Sistema Único de Saúde com prescrição médica indicando a necessidade de internação nessas unidades de tratamento intensivo, quando o poder público alegando a ausência de recursos e a inexistência de leitos hospitalares suficientes em nosocômios públicos, omitta-se em prestar serviços essenciais que na verdade, assegure à população o direito a um mínimo existencial, consoante direito subjetivo público garantido pelo artigo 196 da Constituição da República.

A teoria do direito público cunhou o termo "reserva do possível" para designar a impossibilidade dos orçamentos públicos serem atingidos por decisão judicial que substitua a vontade do legislador quando através de lei vinculou as despesas públicas à realização de receitas, bem como substitua a vontade do agente público em aplicar aquelas receitas nas prioridades eleitas para a execução de políticas públicas, dentro das limitações orçamentárias que caracterizam a escassez de recursos públicos em nosso país.

Sobre as limitações impostas pela teoria da reserva do possível, releva citarmos mais uma vez a opinião do professor Andreas Krell que relata: "O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma "reserva do possível" e aponta a sua dependência de recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Essa teoria, na verdade, representa a adaptação de um topos da jurisprudência constitucional alemã (*der vorbehalt des möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos

à prestação material de serviços públicos pelo estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos." E, mais a frente fulmina:

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja "o possível" na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União europeia.

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de "caixas cheias" do estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos "condicionantes econômicos" relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados "direitos de segunda categoria". Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de "redistribuição" (*umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.<sup>7</sup>

Ainda são poucas em nosso país as decisões judiciais que tratam do tema, ressentindo-se a nossa experiência judicial, de um excesso de cautela por parte dos nossos tribunais, que muitas vezes diante do confronto de valores existente entre as teorias do "padrão mínimo social" e da "reserva do possível", têm optado por esse último.

Todavia, temos a expectativa de que tal quadro seja revertido, notadamente diante de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, onde desponta a visão progressista do eminente ministro Celso de Mello, que, acreditamos se tratar de

<sup>7</sup> *Obra Citada*, p. 51-54

*leading case* relativamente à efetivação dos direitos sociais, onde em memorável voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45 MC/DF ficou ementado:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoportunidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (Decisão publicada no DJU de 4.5.2004).

Ainda em seu voto, afirma o ministro sem descartar a aplicação da cláusula da "reserva do possível":

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do estado. (RTJ 175/1212-1213, rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The cost of rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre operosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e

culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do estado, de tal modo que, comprovado, objetivamente a incapacidade econômico financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das pessoas e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

## 5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, não podemos negar que o orçamento público é o instrumento legal pelo qual são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais. Como é intuitivo, a realização material dos direitos sociais principalmente, conforme consagrado na nossa Lei Fundamental, demanda significativo aporte de verbas públicas que bastante escassas, como já observado, deixa à discrição do administrador definir quais as prioridades a serem executadas uma vez que ditas limitações orçamentárias não permitem a realização integral dos citados direitos. Em tais hipóteses, como atuar o Poder Judiciário para não ultrapassar os limites aceitáveis para o seu controle? É bem verdade, que a reserva do possível é um limite legal à atuação do judiciário, que não pode exigir do administrador que o mesmo promova despesas não previstas no orçamento público.

Por outro lado, sabemos que em determinadas situações, a serem definidas pelo caso concreto, dentro de uma interpre-

tação que leve em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é legítimo ao magistrado exigir do poder público que garanta ao cidadão, um padrão mínimo social, devendo a prestação pleiteada se cingir aquilo que se possa razoavelmente ser exigido do poder público, em vista de que seria desproporcional exigir do estado a utilização dos já escassos recursos em demandas que poderiam muito bem ser satisfeitas pelo próprio administrado.

Contudo, mesmo se cogitando das limitações impostas pelo princípio da reserva do possível, é tangível construirmos um senso comum no entendimento de que deve o judiciário, em avaliações concretas de aplicabilidade e interpretação da lei, principalmente dos princípios e regras constitucionais, garantir ao cidadão brasileiro a fruição do direito a um mínimo vital, também reconhecido pela jurisprudência como um "mínimo existencial", que a princípio deveria ser implementado através de políticas públicas pelo estado, mas que não se efetiva por arbitrio do próprio estado, legitimando a atuação do judiciário como garantidor de direitos a exemplo da saúde, educação, alimentação, moradia, previdência social, formação profissional, saneamento público e tantos outros.

Destarte, inferimos que é fundamental que a sociedade brasileira no exercício da sua plena cidadania, organize-se buscando exigir os seus direitos, quer sejam de natureza individual ou coletivo, notadamente se tratando dos denominados direitos econômicos, sociais e culturais, pugnando para que sejam objeto de efetivação como resultado do implemento de políticas públicas por parte do governo, e, na hipótese de descumprimento, recorrer aos órgãos estatais ou não governamentais que também tenham a função de proteger a cidadania, como ocorre com o Ministério Público, Tribunais de Contas, Defensoria Pública e organizações do terceiro setor, recorrendo ao Poder Judiciário para a concretização desses direitos.

#### ABSTRACT

The following work is about the importance of the judicial system on the context of a Democratic State of Right, also about the effectuation of the public policy into the concretization of economic, social and cultural Human Rights, supported by the Brazilian Republic Constitution, which its implementation belongs to the government. On the other hand the government doesn't always guarantees the execution of these rights causing damage to the Humans Rights for the poor population. Also defends the possibility of participation of the Judicial System and other systems to intend citizenship, also purposing to the responsible public agents, the implementation of these policies in order to guarantee the Minimum of Life to the poor community.

Key-words: Public Policy. The cost of Rights. Social, cultural and Economic Human Rights.

#### REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas - sugestões para uma reforma cultural no judiciário*. Disponível em <http://www.editoraimpetus.com.br>. Acesso em: maio 2008.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VALLE, Vanice Lirio. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo - Dir. Público* - FA, Belo Horizonte, a. 7, n. 82, p. 7-19, dez. 2007.

## A RESSOCIALIZAÇÃO DIANTE DO APRISIONAMENTO: QUIMERA OU REALIDADE POSSÍVEL?

*Josenildo Coelho Teodoro*

Bacharel em Direito. Autor de diversos artigos publicados em Periódicos Científicos e Anais de Congressos Nacionais e Internacionais. Aluno do 3º período do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas e Pós-graduando em Direito Público da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE.

### RESUMO

O estudo em tela analisou a importância, mas também a dificuldade de ressocialização do apenado. Neste sentido, a pesquisa abordou a questão penitenciária sob enfoque histórico-legal e enfatizando a atual realidade. A pesquisa teve como objetivo principal a verificação e análise das medidas de ressocialização no Sistema Penitenciário, mais precisamente os trabalhos desenvolvidos na Chefia de Assistência ao Egresso e Liberados - CAEL. Neste sentido, observou-se a proposta de ressocialização que vem sendo executada através da Secretaria Executiva de Ressocialização (SERES) pertencente à Secretaria de Defesa Social (SDS), que busca a reeducação e reintegração do indivíduo à sociedade, como também reduzir os elevados índices de reincidência. Para se atingir o objetivo proposto pela pesquisa, fez-se uso de fontes bibliográficas e documentais. Pode-se concluir que a pretensão ressocializadora não pode virar enquanto processo unilateral e imposto, já que a própria condição do apenado até chegar ao encarceramento já o marginaliza. A condição de prisioneiro ou ex-presidiário "apenas" ratifica uma marginalização pré-existente ao estabelecimento prisional, o qual apenas cristalizou tal condição. Assim, observou-se que os movimentos que propõe a ressocialização, diante da pesquisa realizada, só podem resultar eficientes, se perceberem a complexidade inerente às situações anteriores que corroboraram para a atual situação da

população apenada, que intramuros, também é uma outra sociedade, um outro mundo.

Palavras-chave: Ressocialização. Aprisionamento. Sistema penitenciário. Presa.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. PELA HUMANIZAÇÃO DA PENA E DO SISTEMA PRISIONAL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-LEGAL. 2. O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO NA CAEL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O estudo em tela analisa a importância, mas também a dificuldade de ressocialização do apenado. Neste sentido, a pesquisa aborda a questão penitenciária brasileira, particularizando o Sistema Penitenciário no Estado de Pernambuco, enfatizando a proposta de ressocialização que vem sendo executada através da **Secretaria Executiva de Ressocialização (SERES)** pertencente da **Secretaria de Defesa Social (SDS)**, que além de ter como objetivos principais a reeducação e a reintegração do indivíduo à sociedade, visa também reduzir os elevados índices de reincidência.

Tendo como ponto de partida a perspectiva de ressocialização e a realidade do Sistema Penitenciário, abordou-se as condições de execução desta proposta em Pernambuco, direcionando o presente estudo para as ações realizadas pela **Chefia de Apoio aos Egressos e Liberados (CAEL)** antiga **Divisão de Assistência aos Egressos e Liberados (DAEL)**. Salienta-se que a CAEL, tem como objetivo "possibilitar meios indispensáveis a reintegração familiar e social dos apenados, através do desenvolvimento de políticas públicas que possibilitem uma reinserção do egresso no corpo social" (SERES, 2005),

a qual mantém um acompanhamento regular e sistemático aos sentenciados que estão sob regime fechado em trabalho externo nos diversos convênios firmados entre a **Secretaria de Defesa Social (SDS)** e empresas conveniadas.

As medidas de ressocialização têm como finalidade precípua a reintegração do ser humano à sociedade. Parte-se, pois, da premissa que o ser humano enquanto ser social tem natureza gregária necessitando, portanto, de estar em convívio com os seus concidadãos. Convém, então, ressaltar que para ser aceito no seio de uma determinada sociedade, é necessário estar em conformidade com determinadas normas e valores convencionados pela sociedade da qual se faz parte.

Neste contexto, verifica-se a imprescindibilidade de ressocializar o apenado, mas as dificuldades são complexas: envolvem um Sistema Penitenciário com todos os seus déficits e seres humanos (apenados), que muitas vezes carentes, se encontram num tal emaranhado de dificuldades, onde o Estado precisaria estar mais presente, contribuindo para minorar, ou mesmo eliminar sofrimentos e fazer funcionar um Sistema, que antes de ser punitivo, deveria ser integrativo, ressocializador.

A pesquisa teve como objetivo, verificar e analisar as medidas de ressocialização no Sistema Penitenciário de Pernambuco, abordando os trabalhos desenvolvidos pela **Chefia de Assistência ao Egresso e Liberados - CAEL**. E para se atingir o objetivo proposto foram realizadas visitas a CAEL, desta forma a pesquisa caracteriza-se como de natureza exploratória, descritiva, e explicativa.

## 1 PELA HUMANIZAÇÃO DA PENA E DO SISTEMA PRISIONAL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-LEGAL

Segundo Paixão (1987, p.48), "a prisão é uma instituição organizada para aplicar as chamadas penas de privação de liberdade, com duas funções definidas: afastar o criminoso da sociedade e propiciar-lhe condições de reeducação e ressocialização". Assim, freqüentemente associa-se a origem da palavra pena a expressão grega *penos*, que significa castigo, dor, suplício, o que traz implícito o conceito de vingança. A pena em seu sentido jurídico aplicado, no entanto, deveria desvincular-se desta exegese, que restringiria a aplicação de pena a um todo inútil para a sociedade. (PAIXÃO, 1987).

Pelo menos num nível teórico, ao longo da história, a conceituação, os objetivos e os tipos de pena sofreram mudanças consideráveis. Porém, a realidade diária no âmbito prisional, noticiada cotidianamente, mostra que ainda há muito que caminhar para assegurar a integridade corporal do apenado.

A finalidade da pena de prisão restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações, a fim de evitar que o culpado pudesse evadir-se. Na Idade Média, acorrentados em cárceres insalubres, os condenados ficavam à mercê dos detentores do poder, sendo que o verdadeiro objetivo da lei penal era provocar o medo coletivo: "Loucos, mulheres, velhos e crianças esperavam espremidos entre si em terríveis calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte" (TOMAS Y VALIENTE, 2005, p. 356). A finalidade da pena continuou sendo custodial.

Foucault (1997) observa que a função jurídica-política atribuída ao suplício, que era a de reafirmar o poder do soberano,

mantendo "estável" o sistema por meio da vingança pública, foi modificada à medida que a punição deixava de ser ostensiva para tornar-se perceptível apenas na consciência abstrata.

Numa perspectiva histórica, a pena de prisão é entendida como uma evolução no *ius puniendi* Estatal. Contudo, não se pode entender que a prisão significa a humanização da pena, por representar (supostamente) a abolição de castigos corporais cruéis. Ao contrário, a prisão, mantendo as mazelas da crueldade corporal, porque de toda forma castiga fisicamente, acrescentou àquelas dores, outras, decorrentes dos maus-tratos impostos aos aprisionados.

A prisão institucionalizou-se à luz do Direito Canônico, com um caráter penitente, e pretendeu progredir para um enfoque reeducativo, propalando modernamente, o discurso do tratamento ressocializador do agente. Mas esse discurso oficial é amplamente descumprido, e a ideologia do tratamento ressocializador mostrou-se inviável de operacionalização. (TOMAS Y VALIENTE, 2005)

A crítica às prisões tem se pautado, basicamente, nas más condições físicas dos estabelecimentos prisionais, na falta de recursos humanos adequadamente treinados e na falta de recursos materiais que propiciem uma condição desumana ao segregado. Na verdade, a crítica coerente deve passar pelo reconhecimento de que a prisão não é instrumento hábil para promover a ressocialização de ninguém, na medida em que reflete as desigualdades sociais e segrega os indivíduos excluídos pela própria sociedade. O caráter de segregação que lhe é inerente consagra a opressão, na medida em que retira os apenados do meio social, iniciando-se uma estigmatização que prosseguirá com a tradicional classificação dos internos no interior dos presídios e acompanhará o condenado até

depois do cumprimento da pena, no seu retorno ao convívio social. Mais do que isso, alijado do convívio na sociedade global, o detento passa a conviver numa sociedade com regras e padrões próprios, a chamada sociedade carcerária, deflagrando-se a partir daí, aquilo que Goffman (1996) convencionou denominar de "prisionização" e/ou "aculturação", fenômeno comum a todas as instituições fechadas, inclusive as prisões.

A rejeição ocorrida a partir do "etiquetamento" social, impulsiona o ex-detento a buscar a convivência em grupos que congregam pessoas em situações fáticas semelhantes à sua, subculturas que estabelecerão normas, valores e comportamentos compatíveis com a realidade de quem é egresso do sistema penitenciário, mas normalmente condenados pela sociedade global, o que só reafirma o padrão desviante.

Vale salientar que a internação de uma pessoa com o objetivo ficto de ressocializá-la acaba penalizando sua família, a isto se convencionou chamar de "transferência da pena". Considerando-se os critérios da criminalização seletiva vigente, e levando em conta que o encarcerado é, habitualmente, arrimo de família, essa família acaba paralelamente penalizada, do ponto de vista econômico e psicológico (PAIXÃO, 1987).

Por todas essas razões, é ressaltada a inoperância da pena de prisão enquanto tratamento ressocializador do delinqüente. Tem-se, assim, a ruína de uma "promessa declarada" no Direito Penal contemporâneo. Cada vez mais se confirmando que a imposição de pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado, gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas conseqüências, como se tem visto nas sucessivas rebeliões de presos, fenômeno que vem ocorrendo em quase todos os países. E, nestas condições, só tende a se agravar a reincidência criminal.

Conforme Silva Jr. (2001, p.7), do século XVIII ao XIX, em especial em sua fase imperial, o Brasil adotou um Sistema Carcerário que ficou caracterizado pela segurança e pelo terror que perpassavam o interior das prisões, pois os que eram confinados, tanto por aguardar a execução da sentença ou pela custódia, deparavam-se com torturas, humilhações e repressões, as quais eram aplicadas de forma destituída de qualquer lei que as regulasse.

Ainda segundo o autor antes citado, o quadro acima delineado ocasionou a necessidade de elaboração de um Código Criminal direcionado pela igualdade e justiça. No dia 16 de dezembro de 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império, o qual não chegou a ser efetivado no que diz respeito à garantia e a natureza do estado das prisões, em virtude da influência das Ordenações Filipinas que ainda eram empregadas no Brasil.

Segundo a SERES (2005), em 1850, duas décadas após a promulgação do Código Criminal, foi inaugurada a primeira Instituição Prisional no Brasil – a Casa de Detenção do Império, estabelecimento para onde eram encaminhados os então denominados "desviados", além dos trabalhadores envolvidos em conflitos revolucionários que reivindicavam melhores condições de vida, as quais se encontravam em crescente precariedade devido à nova forma de desenvolvimento econômico emergente no País – o capitalismo industrial. Vale salientar, que nesse período, o Brasil adotou um regime político do tipo representativo e parlamentar, onde os direitos deveriam ser iguais para todos, segundo os representantes do poder, e garantidos oficialmente, quando ao se promulgar a 1ª Constituição da República a 1891, denominada por Souto Maior (1977, p. 310) "democrática e de espírito liberal".

Na segunda República (1930-1937), persistiram as discussões sobre o sistema prisional. Com o objetivo de sanar os problemas existentes. No dia 26 de maio de 1933 foi apresentado à Câmara dos Deputados um anteprojeto do Código Penitenciário Brasileiro, no qual

estavam previstos não só as regras que viabilizassem o caráter progressivo da execução quanto à instituição das chamadas seções industriais ou agrícolas, como também a organização geral dos serviços internos, como a instrução e a educação (CORREIA, 1995, p.14).

No anteprojeto, defendia-se que os estabelecimentos prisionais brasileiros, deveriam seguir um modelo de regime disciplinar e educativo. Entretanto, o mesmo foi vetado dois anos após ser encaminhado à Câmara dos Deputados, sob a alegação de se contrapor aos ideais do Estado Novo.

A derrota na implantação do Código Penitenciário na década de 30, todavia, não impediu que novas discussões resultassem na elaboração e posterior aprovação, no dia 07 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 2.484, que instituiu o Código Penal Brasileiro. O Código epígrafe trazia como penas fundamentais a de Reclusão e a Detenção. Assim, "a prática carcerária, tanto na Reclusão, como na detenção foi transformada numa única forma de pena, visando reintegrar o condenado ao convívio em sociedade" (SOUZA, 1988, p. 33).

É mister salientar, que a Lei nº 2.848/40 que instituiu o Código Penal Brasileiro, sofreu tentativas de alterações com o intuito de adequar a legislação à realidade social, mas que só foram realmente implementadas em 1984. Dentre as tentativas, segundo Szklarowsky (2005, p. 33) "foi a promulgação em 1960, por decreto, de um novo Código Penal, fruto de trabalho intenso de Nelson Hungria, que jamais entrou em vigor e foi revogado pela Lei 6.578/78". Portanto, em 1984 a Lei

nº 7.209, foi revisto em sua parte geral, e, na Parte Especial, dos valores das multas, após estudos de penalistas, antecipando desta forma a adoção de nova política criminal, abrindo as portas para a implementação das reformas do sistema, conforme relata o então Ministro Ibrahim Abi - Ackel, na Exposição de Motivos e a Lei 9983/00 que alterou disposições da Parte Especial e inserindo novas figuras penais.

Neste sentido, segundo Dotti (1986, p. 20) a lei penal ganha dimensões humanistas, "sob a convicção de que a sociedade só é defendida na medida em que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social, para que se afirme enquanto pessoa e enquanto membro da sociedade". Seguindo esse princípio, a política penitenciária nacional inclui não apenas as medidas privativas de liberdade, como alternativas de racionalização da pena, os modernos serviços de tratamento educativo, de semiliberdade e assistência pós-penal. Inclui, ainda, o juiz especial de execução, como guardião dos direitos humanos do preso e da proteção da sociedade. E, ressalta o tratamento reeducativo a ser realizado sem ofensa aos direitos da pessoa humana do preso, com manifesta prioridade a reincorporação como condição para o engajamento definitivo do preso na sociedade livre. (DOTTI, op. cit).

Observa-se que apesar de todos esses esforços, a realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro encontra-se nos dias atuais em situação precária, clamando por soluções que atinjam os interesses da sociedade, na medida em que este deveria ser não para retribuir "o mal com mal", porém para reconstruir e reintegrar alguém que precisa de uma penalidade orientadora, de modo a impedir que outros façam o mesmo.

Fundamentado na visão de Oliveira (1997, p. 8-9), pode-se afirmar que o sistema penitenciário brasileiro vive, ao final

deste século XX, uma verdadeira falência gerencial. A nossa realidade penitenciária é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer jaulas de homens) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros revezam em pé. Por sua vez, a promiscuidade interna das prisões, é tamanha, que faz com que o preso, com o tempo, perca o sentido de dignidade e honra que ainda lhes resta, ou seja, em vez do Estado, através do cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o preso de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma contrária, inserindo o condenado num sistema, que para Oliveira (op. cit, p. 8-9) nada mais é do que: "um aparelho destruidor de sua personalidade", pelo qual: "não serve para o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos". Nota-se assim, que o desrespeito ao preso, não atinge apenas os seus direitos, agride a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os à situação de animais insignificantes.

Não se deve, por outro lado, generalizar a degradação de todo estabelecimento prisional, pode ser que haja alguma exceção, se bem que rara, como observa Oliveira (1997, p. 3): "qualquer estabelecimento penal, de bom nível, representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraça".

Segundo Thompson (1998, p. 1) em sua obra "A Questão Penitenciária", qualquer providência no sentido de se reverter o

quadro crítico do sistema penitenciário brasileiro, só terá êxito se alcançado dois objetivos imprescindíveis: "Propiciar as penitenciárias condições de realizar a regeneração dos presos e dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas, de sorte a habilitá-lo a recolher toda clientela oficialmente destinada".

Ocorre que, para tais objetivos fossem alcançados, seria necessário que o Estado destinasse, periodicamente, subsídios para construir novas penitenciárias, recuperar as já existentes e manter um grande quadro de servidores para se assegurar o bom funcionamento do estabelecimento e fornecer aos presos programas destinados a sua recuperação, reeducação e reintegração ao meio social.

A partir da visão de Ratton Jr. (1999), depreende-se que a situação econômica do Estado Brasileiro não é capaz de tornar possível a concretização desta realidade, como se nota ao observarmos os sistemas prisionais de países de primeiro mundo. Nosso país mal consegue manter serviços essenciais como saúde e educação, alegando falta de verbas. O que diria então do sistema penitenciário? Pois que, o governo só investe neste sistema quando não há mais saída, ou seja, quando por imperativo de segurança nacional, o Estado não tem outra alternativa, pois os estabelecimentos prisionais se transformaram em verdadeiros barris de pólvora prontos a explodir e por em risco toda a sociedade. Além disso, observa-se a falta vontade política de nossos governantes, que na grande maioria das vezes realiza um governo voltado para a ascensão de sua imagem política perante a sociedade: para que gastar verba pública em prol do sistema prisional? Criminosos condenados, que em nada sensibilizam a opinião pública, se em vez disso podem usar esse valor realizando uma "obra", "prestando um serviço" ou promovendo um evento qualquer que fará com que o povo se lembre deste indivíduo, dito "político" nas próximas eleições!

Exemplo disso, são as barbáries cometidas no ambiente prisional e que deflagram rebeliões sangrentas, algumas dizimando centenas de presos como o massacre em Carandiru. Diante da situação econômica inviável e da falta de vontade política para a recuperação do sistema penitenciário brasileiro, tem-se que buscar outras alternativas, como a aplicação do direito penal alternativo conjugado com o princípio da intervenção mínima onde a prisão seria a última das alternativas, onde inclusive obtém-se respaldo em Beccaria (2000), o qual ensina que "é necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as devidas proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu". Verifica-se que a substituição, nos casos de crimes menos graves, das penas privativas de liberdade por pesadas penas restritivas de direito e de multa são saldaáveis, à medida que não expõe mais uma pessoa às intempéries do ambiente prisional.

Albergaria (1996, p. 41) prevê o desaparecimento das penas privativas de liberdade. "A pena de prisão desaparecerá no futuro, quando a doutrina encontrar medidas alternativas que tenham a força intimidativa da prisão", diz ele.

## 2 O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO NA CAEL

Sabe-se que o trabalho ressocializador torna-se complexo diante da realidade conjuntural e social do país, representando um difícil caminho a ser percorrido. Vale salientar que em pesquisa realizada por Ramalho na Casa de Detenção de São Paulo (1983, p.13) foi verificado que "a prisão aparece como elo fundamental da corrente de soluções aparentes para o crime, que na verdade mais concorrem para mantê-lo".

No Estado de Pernambuco tem-se como mecanismo viabilizador de uma possível ressocialização, a Chefia de

Apoio aos Egressos e Liberados (CAEL), a qual faz parte da Secretaria Executiva de Ressocialização (SERES) pertencente da Secretaria de Defesa Social (SDS).

Foi o Decreto nº 26.998, de 05 de agosto de 2004, instituído pelo Governo do Estado de Pernambuco, que formalizou o "Manual de Serviços da Secretaria de Defesa Social", definindo as atribuições da CAEL. Assim sendo:

executar o planejamento, organização e formulação da política e diretrizes relacionadas ao acompanhamento médico, psicológico, social e jurídico-penal aos egressos, liberados, presos em regime penitenciário aberto, em liberdade vigiada, indultados com benefício especial e condicional, mantendo atualizado o cadastro pessoal, como determina a Lei de Execução Penal; exercer o controle e o acompanhamento dos sentenciados na prestação de serviços à comunidade e em outras penas alternativas, além de apoiar as suas famílias através de orientação social. [...]

Na execução dos trabalhos junto aos egressos e liberados a CAEL conta com equipe multidisciplinar constituída por psicólogos, assistentes sociais, advogados e médicos e estagiários de diversas áreas.

O trabalho desenvolvido, inclui as seguintes ações:

- Atendimento psicológico e/ou psiquiátrico, tendo em vista a convivência no grupo familiar e no ambiente de trabalho;
- Orientação social ao sentenciado e a família segundo as necessidades apresentadas e exigências relacionadas ao cumprimento da pena;
- Apoio e assistência psicossocial ao egresso;
- Acompanhamento social a egressos e liberados na trajetória de inserção social, através do trabalho supervisionado.

Assim, cabe a SUSIPE (Superintendência do Sistema Penitenciário) proceder à seleção, encaminhamento e acom-

panhamento social dos reeducandos, bem como a avaliação das condições de trabalho e sua adequação ao programa de ressocialização, segundo as diretrizes do órgão. Para proceder ao acompanhamento social visando a ressocialização do encarcerado, tem-se 3 etapas, não obrigatórias a serem cumpridas na trajetória de sua inserção social:

### 2.1 Etapa introdutória

Conhecimento da empresa que tem interesse em manter convênio com a SDS, política institucional e organização do trabalho incluindo atribuições do preso e suas responsabilidades. Assim, avalia-se os interesses e capacidade dos apenados a partir de critérios, como:

- Motivação para o trabalho;
- Conhecimento e aptidão;
- Comunicação e relacionamento;
- Capacidade de organização;
- Interesse pelo aprendizado e aquisição de novas habilidades.

### 2.2 Etapa de ingresso (ou reingresso) no trabalho

De acordo com o perfil do apenado, seu interesse e capacidade de adaptação o mesmo é (re) integrado ao trabalho em uma das empresas conveniadas. Normalmente, em tarefas de serviços gerais e/ou manutenção, tendo em vista a baixa escolaridade de quase todos. Inicia-se, desse modo, um processo de habilitação que busca oportunizar aos prisioneiros o preâmbulo de sua reinserção social, via mercado de trabalho.

### 2.3 Acompanhamento social ao reeducando no trabalho

Trata-se de toda a trajetória da inserção. Acompanhamento individualizado dos reeducando, desde a sua inicialização na empresa até o desligamento.

No trabalho desenvolvido pela CAEL, verifica-se a baixa auto-estima dos aprisionados, pois que no ambiente prisional os mesmos tornam-se agressivos, mas muito amedrontados com o "mundão", como eles mesmos denominam a sociedade fora dos muros da prisão. Porém, dada a complexa realidade conjuntural, torna-se mais difícil a reintegração social via mercado de trabalho entre outras formas, devido a grande quantidade de prisioneiros em detrimento das poucas vagas que este tem para ressocializar-se. Desta forma, o trabalho desenvolvido pela CAEL, muito embora não atinge todos os apenados, mas busca a volta do prisioneiro à sua condição de cidadão.

### CONCLUSÃO

Não foi apenas o "fracasso" das prisões que determinou a falência do tratamento ressocializador do agente. Na verdade, ela sempre esteve, como o próprio sistema penal, programada para esse fracasso.

Diante da pesquisa realizada junto a CAEL, observou-se que muito embora as fortes intenções em se fazer um trabalho em que se buscasse a ressocialização do apenado, tanto as condições de enclausuramento dos prisioneiros, quanto a diminuta amplitude do trabalho da CAEL, não favorece a reintegração social de prisioneiros com mais de 25 anos de idade, conquanto aqueles de menor periculosidade, menos reincidências, primários e com idade inferior a citada, são de melhor aceitação ao programa desenvolvido pelo Estado.

Observa-se, ainda, que a participação ativa da sociedade é quase nula, exceto por empresas que mantêm convênios com a Secretaria de Defesa Social, as quais aceitam o preso no ambiente de trabalho. Interessante seria que todos, de alguma forma, contribuissem para o processo ressocializador, vez que ao sair do cárcere poucos conseguem emprego e/ou cursos profissionalizantes; muitas vezes suas famílias já estão desestruturadas ou estruturadas sem o ex-prisioneiro, o qual ao ver sua esposa, filhos já com outro provedor familiar não aceita tal realidade; não havendo possibilidade de renovação pessoal, são muito fortes e estimulantes o cometimento de novos ilícitos, os quais não interessam para a sociedade. Alguns ex-prisioneiros, inclusive, que antes tinham residência fixa ou biscates que possibilitavam-no pagar o aluguel de sua casa, ao sair da prisão não tem mais sequer onde morar e nem tampouco conseguem pagar a locação de um imóvel (barracos, quartos, puxadinho).

Estar ressocializado significa o não aumento da violência social. Verifica-se que o programa realizado dentro do cárcere, precisa prosseguir por toda a sua vida, vez que o mesmo já está estigmatizado como ex-prisioneiro.

#### ABSTRACT

The study it analyzes the importance, but also the difficulty of resocialization of the imposed a fine on one. In this direction, the research approached the question prison under the description-legal approach and emphasizing the current reality. The research had as objective main the verification and analysis of the measures of resocialization in the Penitentiary System, more necessarily the works developed in Chefia de Assistência ao Egresso e Liberados - CAEL. In this direction, it was observed resocialization proposal that comes being executed through the Secretaria Executiva de Ressocialização (SERES) pertaining the Secretaria de Defesa Social (SDS), that it search the re-education and reintegration of the individual to the society, as well as to reduce the high indices of relapse. To reach the objective considered for the research, use of bibliographical sources became and registers. It can be concluded that

the resocialization cannot avenge while unilateral process and tax, since the proper condition of the imposed a fine on one until arriving at the imprisonment keeps out of society already it. The condition of prisoner or former-prisoner "only" ratifies a preexisting marginalize to the prison, which only crystalized such condition. Thus, it was observed that the movements that the resocialization considers, ahead of the carried through research, only can result efficient, if to perceive the inherent complexity to the previous situations that they had corroborated for the current situation of the imposed a fine on population, that intramural, also is one another society, one another world.

Key-words: Resocialization. Imprisonment. Penitentiary system. Prisoner.

#### REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Maria Amélia. *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARBOSA, Licínio. *Direito de execução Penal*. Goiânia: Século XXI, 2001.
- BARATTA, Alessandro. *Resocialización a control social. Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado*. In: SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO: ATOS DO COLÓQUIO MARC ANCEL. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DAHER, Suraia. *A prisão*. Revista da Secretaria da Administração Penitenciária, São Paulo, v.1, n.1, 1994.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Nacional, 1990.

FARIA JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba, 2 ed. São Paulo: Juruá, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história de violência nas prisões**. 25 ed. São Paulo: Vozes, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Juarez (Org.). **Lei de execução penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1983.

SECCO, Alexandre. **A explosão da periferia**. Revista Veja, São Paulo, a. 34, n. 3, p. 86-93, jan.2000.

PERNAMBUCO, Secretaria de Ressocialização de Pernambuco. Disponível em: < <http://www.ser.es.pe.gov.br/cultura.htm> >. Acesso em: 02 out. 2005.

SOUTO MAIOR, Armando. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Reforma parcial do Código Penal**. Jus Navigandi, n. 58. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3073> >. Acesso em: 16 Set. 2002.

www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3073>. Acesso em: 16 Set. 2002.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **El Derecho Penal de la monarquía absoluta**. Madrid: Tecnos, 1969. Disponível em: < [www.patrimonionacional.es/realbiblioteca](http://www.patrimonionacional.es/realbiblioteca) >. Acesso em: 19 abr. 2005.

# A IMPOSSIBILIDADE DE PENALIZAÇÃO DIRETA DO ADVOGADO POR PRÁTICA DE ATOS DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. UMA ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO NO CONTEXTO MUNDIAL

*Lúcio Grassi de Gouveia*

Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Juiz de Direito. Coordenador da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

## RESUMO

Trata-se de pesquisa que procura demonstrar a impossibilidade de penalização direta dos advogados pelos juízes, no processo civil brasileiro, em virtude da prática de atos ilícitos tipificados como litigância de má-fé. Consta a inadequação da aplicação de sanções às partes, em face da culpa in eligendo, quando sabemos que a prática da maioria destes atos se dá pelo advogado. Assim, apesar de tentativas equivocadas da jurisprudência no sentido da penalização direta do advogado, nosso modelo processual não a permite. Partindo da análise de outros sistemas jurídicos, propõe a reforma da legislação brasileira para contemplar tal hipótese.

Palavras-chave: Processo civil brasileiro. Cooperação intersubjetiva. Litigância de má-fé. Penalização direta do advogado pelo tribunal.

## SUMÁRIO

1 A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA. 2 A QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO. 3 A QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deparei-me com decisões que ora admitem, ora rejeitam a condenação do advogado, diretamente, no processo onde tenha sido praticada a conduta tipificada como litigância de má-fé. Vejamos:

Ação que visa excluir multa cobrada em pagamento efetuado diretamente em agência bancária. Equívoco do Tribunal ao julgar apelação, que considerou tratar-se de parcelamento do débito. Ocorrência de erro material. Litigância de má-fé dos advogados da empresa autora, que se omitiram em apontar a ocorrência do erro na primeira oportunidade em que se manifestaram nos autos após o julgamento, vindo a fazê-lo somente após o julgamento de diversos recursos, quando a decisão que iria prevalecer seria desfavorável à sua cliente. Imposição, aos advogados subscritores dos recursos de multa de 1% do valor atualizado da causa, além de indenização ao recorrido de 5% do valor atualizado da causa.<sup>1</sup>

Em sentido contrário: "o disposto nos arts. 16 a 18 do CPC não se aplica ao advogado, mas, somente, à parte."<sup>2</sup>

Tracemos um panorama das posições defendidas pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, para em seguida voltarmos à situação brasileira.

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. Resp. 494.021-AgRg-Eddl-Edcl, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.6.04, acolheram os emb., v.u. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13 set. 2004, p. 2043.

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Resp. 22.027-4/RS, rel. Min. Nelson Naves, j. 10.8.92, deram provimento, v.u. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 14 set. 1992, p. 14970.

## 2 A QUESTÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Sabemos que a grande maioria dos atos de litigância de má-fé são efetivamente praticados pelos advogados (especialmente na litigância de má-fé instrumental) e não diretamente pelas partes. Mas os diversos sistemas jurídicos têm tratado de forma diferente da matéria, alguns admitindo que quem sofre as sanções é a parte, ficando o juiz impedido de penalizar o advogado no próprio processo em que o ato ilícito foi praticado e outros admitindo a penalização direta do advogado. Vejamos:

No direito italiano, há o entendimento de que o juiz está proibido de punir diretamente o advogado por danos decorrentes de atos ilícitos no processo civil.

Apesar disso, admite Mortara:

não devo ocultar, por outro lado, como fruto de observações colhidas numa longa prática, que perante o número de lides manifestamente vexatórias e injustas, é acentuadíssima a raridade da condenação em indenização por perdas e danos, não só porque são raros os casos em que o pedido se faz, mas ainda porque os magistrados adquirem, por vezes, a convicção de que a responsabilidade de exceções cavilosas ou de pretensões infundadas e exorbitantes deve atribuir-se menos ao litigante do que ao seu patrono<sup>3</sup>.

Segundo Scarselli, no que diz respeito aos arts. 92, 94 e 96 do CPC italiano, na hipótese de responsabilidade agravada do art. 96 ou na hipótese de violação dos deveres de lealdade e probidade do art. 92 (como ocorre com o art. 89, 2 do CPC italiano) se entende que a responsabilidade pelas despesas e danos causados por um comportamento recaia sobre a parte

<sup>3</sup> MORTARA apud REIS, Alvaro dos. *Código de processo civil anotado*. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 274, v.III.

e não sobre seu defensor, e todavia será muito provável que o acontecimento dependa mesmo de fato do defensor, visto que a parte normalmente se limita a conceder um mandato para a tutela jurisdicional de seus direitos, mas se afasta da atividade processual em senso estrito. E pergunta o autor: é justo que a parte assumas as conseqüências do comportamento do defensor? Para Scarselli, normalmente se responde afirmativamente, visto que é opinião comum que isso que é imputável por culpa ao defensor é imputado objetivamente à parte sob fundamento da relação de mandato. Igualmente a Cassação entende que todo comportamento impróprio do defensor repercute, para fins de despesas, sobre a parte, salvo hipóteses excepcionais de nulidade da procuração<sup>4</sup>.

O Código Processual Civil português contém dispositivo em que se admite sua condenação pela Ordem dos Advogados e não pelo Judiciário:

Art. 459 - (Responsabilidade do mandatário) - Quando se reconheça que o mandatário da parte teve responsabilidade pessoal e direta nos atos pelos quais se revelou a má fé na causa, dá-se-lhe conhecimento do fato à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores, para que estas possam aplicar as sanções respectivas e condenar o mandatário na quota-parte das custas, multa e indenização que lhes parecer justa.

Segundo António Santos Abrantes Geraldés, a violação dos princípios da cooperação, ou a prática de qualquer ato objetivamente integrador dos pressupostos da litigância de má-fé, cuja responsabilidade recaia direta e pessoalmente sobre o mandatário da parte, determina as conseqüências que vêm previstas no art. 459.º, assim podendo originar a instauração do correspondente processo disciplinar, nos termos do art. 91.º do EOA, ou do art. 74.º do Estatuto dos Solicitadores<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 249-250.

<sup>5</sup> GERALDES, *Artosio. Temas Judiciários*. Coimbra: Almedina, 1998. v. I, p. 339.

Para ele, sem prejuízo de a má-fé substancial poder ser imputada ao próprio mandatário, responsável, por exemplo, pela dedução de uma pretensão ou de oposição claramente injustificada, ou agente do falseamento da verdade, será, no entanto, no campo da má-fé instrumental que mais se verificará a conduta dolosa ou gravemente negligente do mandatário<sup>6</sup>.

Para o autor, se o tribunal reconhecer que o mandatário teve responsabilidade pessoal e direta nos atos em que se revelou a má-fé da parte que representa, deve comunicar o fato à Ordem dos Advogados ou à Câmara de Solicitadores<sup>7</sup>. Pelo contrário, se não houver elementos para se concluir desse modo, não se justifica a comunicação<sup>8</sup>.

No caso dos mandatários judiciais, o art. 609º do Projeto do Código de Processo Civil português era do teor seguinte:

Se o juiz reconhecer que o advogado ou solicitador da parte teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má fé no litigio, condená-lo-a na quota-parte das custas e indemnização que lhe parecer justa e dará conhecimento do facto à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores.

Segundo Alberto dos Reis, esse texto desencadeou tempestade na Comissão Revisora. "Rompeu fogo" o Dr. Pinheiro Chagas e logo se lhe associou, com toda a veemência e energia, o Dr. Sá Carneiro, que chegou a fazer a declaração seguinte: "se o artigo for mantido tal como está, terei de abandonar a advocacia" (Acta 24ª, sessão de 13-12-937, pág. 9). Ao lado desses dois vogais se colocaram os Drs. Barbosa de Magalhães e Botelho de Sousa. Defendeu calorosamente a doutrina do Projeto o

<sup>6</sup> *Idem*, p. 339.

<sup>7</sup> GERALDES, *op. cit.*, p. 340. Nesse sentido, Ac. da Rel. de Coimbra, de 15-12-92, in CJ, tomo V, p. 72.

<sup>8</sup> GERALDES, *op. cit.*, p. 340. Nesse sentido, Ac. da Rel. de Lisboa, de 25-2-95, in CJ, tomo I, p. 14<sup>o</sup>.

Ministro da Justiça (Manuel Rodrigues); apoiaram-na também os Drs. Henriques Góis, Ulisses Cortês, Heitor Martins e Silva e Sousa. Naquela ocasião, Alberto dos Reis declarou que não quisera criar aos advogados uma posição difícil; alegou que se formulou a disposição do art. 609º, foi porque a considerou justa e porque a viu introduzida na legislação de países adiantados, em que a advocacia é uma alta e nobre profissão. Inseriu-a no seu Projecto o Professor Carnelutti, apesar de ser um dos mais valorosos advogados da Itália (Acta citada, p. 9)<sup>9</sup>.

Para Alberto dos Reis, a justiça do princípio é incontestável. Se, por via de regra, o dolo substancial é da responsabilidade da parte, porque induz em erro o seu mandatário, apresentando-lhe uma versão inexata e desfigurada do litígio, também por via de regra, ou pelo menos numa grande parte dos casos, o dolo instrumental é da responsabilidade pessoal do advogado ou do solicitador. E então pergunta-se: é justo que a parte suporte as consequências de fatos e atitudes que não quis nem autorizou, de que, porventura, nem sequer teve conhecimento? É admissível que pela conduta pessoalmente maliciosa do mandatário responda o mandante?<sup>10</sup>

Segundo Alberto dos Reis, o debate encaminhou-se, por fim, para uma solução transaccional; Pinheiro Chagas e Sá Carneiro abdicavam da sua intransigência, aceitavam o princípio da responsabilidade pessoal do mandatário, contanto que a apreciação do fato e a aplicação das sanções fossem da competência da Ordem dos Advogados e da Câmara dos Solicitadores. Nessa base se formou maioria. O Ministro da Justiça, os Conselheiros Heitor Martins e Henriques Góis e o Dr. Silva e Sousa votaram o artigo do Projecto; o Dr. Barbosa de Magalhães votou pela rejeição pura e simples do texto; os restantes vogais aprovaram a doutrina que hoje se lê no art. 468º (hoje 459º), admitindo o reconhecimento

<sup>9</sup> REIS, op. cit., p. 273.

<sup>10</sup> Idem, p. 273-274.

da responsabilidade pessoal e direta dos mandatários, cabendo à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores a aplicação de sanções e condenação do mandatário na quota-parte das custas, multa e indenização que lhes parecer justa<sup>11</sup>.

#### Para Alberto dos Reis:

de facto, nem sempre pode, com justiça, considerar-se litigante de má fé aquele que se deixa tentar por promessas aliciantes de defensor público pouco escrupuloso, que lhe faz brilhar diante dos olhos a esperança da vitória, mediante argumentações subtrís de direito ou de processo, que o profano pode julgar dotadas de não-sei que mágica virtude, mas cujo artificio salta à vista experimentada do magistrado. E o regime da liberdade ilimitada no exercício do patrocínio forense não é, de certo, o menos propício àquele triste e conhecido tipo de profissionais que andam à caça do cliente, suscitando processos no único objectivo de lucros pessoais; além disso, este mesmo regime abre as portas da profissão a pessoas inexperientes ou ineptas, cuja actuação é por demais perigosa<sup>12</sup>.

Para o autor, seria talvez útil que o magistrado tivesse a faculdade de pôr as despesas de atos injustos ou temerários a cargo do defensor, quando fosse evidente a sua responsabilidade directa e pessoal<sup>13</sup>.

Ainda no direito português, entende Alberto dos Reis que quando o magistrado dá conhecimento do fato à Ordem ou Câmara, nesse procedimento vai implícito um juízo de valor quanto à conduta do mandatário. Se o juiz manda o officio, é porque reconheceu (art. 468º) ou adquiriu a convicção de que o advogado ou solicitador se conduziu maliciosamente no processo. Mas esse juízo não vincula nem obriga a entidade

<sup>11</sup> Idem, p. 274.

<sup>12</sup> Idem, p. 274.

<sup>13</sup> Ver o § 49 do regulamento austriaco. REIS, op. cit., p. 274.

disciplinar da Ordem ou da Câmara; o Conselho Distrital, o Conselho Superior, a Direcção da Câmara julgam como entenderem, isto é, proferem a decisão que tiverem por justa em face do processo disciplinar que se organizou e instruiu. Podem, pois, decidir contra a opinião do juiz, que o advogado ou solicitador não procedeu de má-fé; se considerarem verificada a má-fé, aplicam as sanções autorizadas pelo art. 468º [hoje 459º] combinado com os arts. 466º [hoje 457º] e com o Código das Custas, na medida que lhes parecer razoável<sup>14</sup>.

Segundo Luso Soares, no presente, a crítica que se impõe é outra pois o artigo 609º do Projeto do professor José Alberto dos Reis limitava-se, e bem, a confiar à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores o conhecimento das infrações próprias do foro disciplinar. Grave, aliás, gravíssima, é a solução vigente. E indaga:

como admitir que órgãos de classe possam funcionar como tribunais eventualmente condenatórios dos seus membros em custas, multas e indemnizações?! E isto não é só grave: também resulta inconstitucional face aos artigos 212º e ss. da Constituição da República. A Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores aparecem no artigo 459º como tribunais especiais com competência determinada em razão das pessoas, uma forma obsoleta e ofensiva da igualdade cívica. Do ponto de vista criminal, é óbvio que o mandatário pode ser conivente com vários outros sujeitos de deveres processuais específicos. Porém, o caso que mais importa aqui destacar sempre será o da prevaricação, crime previsto e punido pelo artigo 418º do Código Penal<sup>15</sup>.

Concordamos com Luso Soares. A inconstitucionalidade é evidente. Não podemos admitir que órgãos de classe funcionem como tribunais eventualmente condenatórios dos seus membros em custas, multas e indenizações.

<sup>14</sup> REIS, *op. cit.*, p. 275.

<sup>15</sup> SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 185-186.

O Supremo Tribunal de Justiça português, em Acórdão de 19 de fevereiro de 1998, no Processo nº 83/97, assim decidiu:

I - Da articulação dos preceitos constantes dos n.ºs. 1 e 4 do art. 154º do Código de Processo Civil, na redação anterior à revisão de 1995, resulta que os mandatários judiciais não podem ser condenados em multa pelos excessos por eles cometidos.

II - Compete exclusivamente à Ordem dos Advogados exercer jurisdição disciplinar sobre os advogados (artigo 3º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de Março).

III - Assim, o excesso cometido por um mandatário judicial, traduzido na falta de respeito devido ao tribunal, só pode ser apreciado e sancionado como infração disciplinar pela Ordem dos Advogados.

Ainda no direito português, quanto aos advogados, são seus deveres, segundo o Estatuto da Ordem dos Advogados: não advogar contra lei expressa; não usar meios ou expedientes ilegais; não promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou da descoberta da verdade; recusar o patrocínio a questões injustas; pugnar pela boa aplicação da lei e pela rápida administração da justiça (art. 78.º); dar ao cliente opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que este invoca; aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa (art. 83.º); actuar com a maior lealdade (art. 86.º); não recorrer a processos desleais de defesa dos interesses das partes (art. 87.º).

Quanto aos deveres dos Solicitadores, o Estatuto dos Solicitadores (Dec. Lei n.º 483/76, de 19 de Junho) fixa os seguintes deveres profissionais: não solicitar contra lei expressa nem usar meios ou expedientes manifestamente ilegais; não promover diligências dilatórias ou reconhecidamente inúteis para a descoberta da verdade; não indicar intencionalmente

factos supostos ou fazer citações inexactas ou truncadas das leis, acórdãos ou peças de processos (art. 73.º).

Ainda fora do Brasil, a matéria foi discutida em Simpósio realizado pela Tulane University, na cidade de New Orleans, Estados Unidos da América, em outubro de 1998 e segundo relatório elaborado por Taruffo<sup>16</sup>, quando se fala de abuso do

<sup>16</sup> Segundo TARUFFO, nos vários sistemas de civil law o defensor não tem uma autêntica responsabilidade pelos abusos do processo. Todavia, também nestes sistemas vai crescendo a percepção do facto que em muitos casos o abuso é em realidade cometido pelo defensor, e que, por conseguinte, será incorreto fazer as consequências recaírem sobre a parte. Constatou o relatório elaborado pelo professor de Pavia que, em geral, quando se reconhece uma específica responsabilidade do defensor pelo abuso, são previstas sanções disciplinares. Isso ocorre, por exemplo, na Argentina e no Brasil (cfr. Ottem), na Itália (cfr. o art. 88 segundo parágrafo do CPC), e especialmente nos sistemas de common law (cfr. Andrews, Feniman e Hazard). A natureza dessas sanções varia em função da específica disciplina da ética profissional existente nos diversos países. Constatou Taruffo que a natureza, o conteúdo e o grau de efetiva aplicação das sanções para a violação das regras de ética profissional são extremamente diversos de um sistema para o outro. De um lado, foi dito que os advogados ingleses são impelidos a evitar condutas incorretas menos pela ameaça de sanções que pelos critérios de bom comportamento profissional (cfr. Feniman), ou que nos Estados Unidos os advogados têm uma particular responsabilidade em evitar de sustentar pretensões infundadas (cfr. Hazard). Além disso, porque nestes sistemas o papel do advogado é considerado muito importante de per se, as regras de conduta profissional estão muito evoluídas e são efetivamente aplicadas. Admite Taruffo que, por outro lado, em muitos países de civil law essas regras não são desenvolvidas a um nível tal de assegurar a aplicação de sanções reais aos advogados que cometem abusos (comumente porque essas regras são muito vagas e não levam em conta os abusos que os advogados cometem no curso do processo). Além disso, os órgãos de organizações profissionais que deveriam aplicar as sanções estão, muitas vezes, inclinados a não punirem verdadeiramente os comportamentos abusivos dos advogados, frequentemente por uma equivocada solidariedade corporativa. Desse ponto de vista, por conseguinte, pode ocorrer que as sanções disciplinares não sejam aplicadas de fato, ou que sejam aplicadas de modo muito leve no que perdem qualquer eficácia para a prevenção e a repressão dos abusos do processo. Fica ressaltado no relatório a necessidade de se sublinhar que em alguns ordenamentos as sanções disciplinares não são as únicas a poder ser aplicadas aos advogados que cometam abusos. O *Wasted Costs Order* inglês pode, efetivamente, ser aplicado também contra os advogados. Em tais casos, além disso, o defensor pode ser obrigado a repartir com o cliente a responsabilidade pelos danos causados pelo comportamento abusivo. A propósito, uma consideração muito óbvia é que esses tipos de sanções contra os advogados podem representar uma útil alternativa a sanções disciplinares ineficazes ou puramente fictícias, embora seja fácil prever uma dura resistência dos advogados contra a eventual introdução de institutos desse género! (TARUFFO, MICHELE. *L'abuso del processo: profili comparatistici*. Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul

processo cometido por uma parte se é comumente inclinado a usar uma forte simplificação que pode ocultar a real natureza do fenómeno. Admitiu assim que pode ocorrer na verdade que um abuso possa ser atribuído à parte pessoalmente, quando é exatamente a parte a ser responsável por comportamento abusivo, ou pelo menos quando o defensor agiu sob o fundamento de precisas e específicas instruções do cliente. E admite:

É bem sabido, todavia, que em muitos casos o defensor dispõe de uma larga margem de discricionariedade ao decidir quais iniciativas processuais se adequam e quais escolhas defensivas parecem mais oportunas no interesse de seu cliente. Mais frequentemente o autor real do ato ou do comportamento abusivo é o defensor e não o cliente, enquanto o defensor foi deixado livre para defender os interesses do cliente no âmbito da própria capacidade profissional<sup>17</sup>.

Para Taruffo, quando a responsabilidade é da parte não existem dificuldades para atribuir diretamente a ela o abuso e a fazer gravar sobre ela as relativas consequências sancionatórias. As coisas podem ocorrer, diversamente, quando a responsabilidade efetiva do abuso disser respeito ao defensor e não ao cliente<sup>18</sup>.

Admite Taruffo que, sobre este ponto, são os ordenamentos fortemente diferenciados. Os sistemas de civil law estão geralmente inclinados a não considerarem autonomamente o papel do defensor, e a confundirem a figura do advogado com aquela do cliente. Em outros termos, se fala genericamente de partes sem distinguir o cliente do advogado e vice-versa (cfr. por exemplo Taelman com referência a Bélgica e Holanda). Por vezes existem exceções a essa tendência: como exemplo, o art. 88 do CPC italiano se refere às

tema *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, realizados a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999, p.22-23).

<sup>17</sup> TARUFFO, *L'abuso del processo...*, p. 17.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 17.

violações do dever de lealdade e probidade cometidos pelo defensor. Uma outra relevante exceção é representada pelo Código Modelo latino-americano, que estende ao defensor a responsabilidade pelo abuso do processo (cfr. Oteiza). De qualquer modo, a tendência geral dos sistemas de civil law parece ser ainda no sentido de não atribuir ao advogado a responsabilidade proveniente dos abusos do processo, embora reações e exceções vão emergindo a propósito (cfr. por exemplo Peyrano e Dondi, que sublinham a necessidade de distinguir a responsabilidade da parte daquela de seu defensor)<sup>16</sup>.

Carlos A. Ayarragaray, em prefácio ao livro de Lopez del Carril, chega a afirmar que os serviços profissionais se contratam para a prática de serviços legais e bem prestados<sup>17</sup> e não para dilações, mano-

<sup>16</sup> Idem, p. 17.

<sup>17</sup> Lopez del Carril faz referência ao Código de Processo cubano que contém normas que reforçariam seus pontos de vista. O tribunal deve, ao pronunciarse nas questões controversas, declarar de ofício e expressamente se houve ou não temeridade ou má-fé de alguns dos litigantes (art. 1º agregado ao art. 358 ordem 3 de 1901). Estas custas estão a cargo do litigante vencido e compreendem as estampilhas, direitos, honorários de advogados, peritos, procuradores, etc. com exclusão dos honorários e direitos dos advogados ou procuradores que tenham defendido ou representado o litigante temerário ou de má-fé, que perderão todo direito a retribuição por seu trabalho, se houverem tido participação manifesta na temeridade ou má-fé declarada (art. 2 da ordem 3). Esta declaração não importa suprimir qualquer outra responsabilidade que possa caber-lhes. Se quem devesse pagar estas custas não o fizer, sofrerá prisão subsidiária na proporção de um dia por cada peso que deixar de pagar, e a prisão em nenhum caso excederá de seis meses (art. 3º ordem 3 de 1901). Exagera à parte, defende o autor que na Argentina a legislação passe a admitir a esoneração judicial das custas contra os advogados e procuradores do vencido. Ficariam assim sem receber os honorários a que tem direito. E acrescenta que não se poderá dizer que a sanção não terá eficácia, posto que o advogado ou procurador poderá cobrar seus honorários antes de malhar. Deverá, porém, devolver o cobrado, segundo princípios do Código Civil, salvo se houve culpa concorrente. Para o autor, essa solução é grave, e não débil, e será forte e triunfo de uma política edificadora e de prestígio dos tribunais. É a solução condizente ao princípio ético próprio do processo: paga custas quem obriga a litigar, não cobra custas o auxiliar da parte que foi temerária na defesa ou em sua conduta durante o processo. Para litigar há que ter plena consciência de que se faz com justiça e razão, e ser o processo a única maneira de sair do estado de desconhecimento do direito, e imitar todos os esforços para o reconhecimento e declaração da norma ou pretensão violada (CARRIL, Julio J. Del Lopez. *La condena en costas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959, p. 27). Em resumo: sustenta que as custas sejam pagas pelo vencido ao vencedor, como também os danos (no caso de temeridade) e a seus auxiliares no caso corrente; não a paga o vencido a seus advogados, procurador e terceiros que manifestamente interveem com temeridade

bras e satisfação de propósitos inconfessáveis. Entende que trabalhos prestados nessas condições são uma ofensa à sociedade<sup>18</sup>.

Saliente-se que o Código de Processo Civil da Áustria dispõe em seu § 313 que "a parte que se opõe temerariamente à autenticidade de um documento será condenada a uma pena contra a temeridade". No § 512, afirma que "se o tribunal decidir que a revisão foi interposta temerariamente ou para retardar o feito, condenará o recorrente ou seu advogado, segundo as circunstâncias, a uma pena de temeridade".

No processo civil uruguaio, tanto a parte, como o advogado, ao agirem de forma indevida respondem pelas custas e pelas despesas processuais. Talvez seja pouco em termos quantitativos, no entanto, representa um considerável progresso no campo ideológico, pois a parte e seu advogado estão sujeitos, em igualdade de condições, às mesmas penalidades.

O Código colombiano prevê a responsabilidade solidária dos representantes das partes, tanto das custas como dos danos e prejuízos. Dessa forma, a Colômbia apresenta um grande avanço nesse campo, pois subsiste ali a reparação do dano, de forma solidária, entre a parte e o seu advogado.

Interessa-nos, ainda e com mais profundidade, a observação de que nos sistemas de *common law* as coisas também se processam de outra maneira. Eles seguem uma orientação totalmente

mediante declaração judicial. A solução apreguada é tanto mais necessária quanto a intervenção letuada por diversas razões é obrigada nos juízos. Antes havia liberdade de usá-la, e a temeridade recaía diretamente sobre a parte; mas, detrás dela, estavam os advogados. Agora, sempre estão os advogados; sua atividade ficará fredda sabendo que a mesma não produzirá proveitos pecuniários, e que, ao fazê-los, estarão submetidos à repetição por esses honorários recebidos. Uma coisa é o triunfo do direito subjetivo porém dentro dos princípios objetivos do respeito aos direitos, à justiça e à Constituição. A conduta dos auxiliares do processo está vigada pelos princípios publicísticos; a da representação do vencido à determinação subjetiva. Não há direito a reclamar nem custas nem retribuição por trabalhos no processo, que possa intentar-se se contrariam a lei, a moral, a defesa em juízo e o bom sentido (CARRIL, op.cit., p. 27).

<sup>18</sup> Idem, p. 17.

diversa (com exceção da Austrália) e consideram na realidade o abuso do processo essencialmente como um problema que diz respeito à ética e à responsabilidade profissional do advogado. O abuso é principalmente uma violação das obrigações profissionais do advogado no contexto da *law of lawyering* (cfr. em particular Hazard). Diz-se também, que a mais importante proteção contra os abusos é a integridade moral dos advogados (cfr. Andrews) e que a correção do processo depende em larga medida da capacidade dos advogados (cfr. Fentiman)<sup>21</sup>.

Admite Taruffo que isso significa, provavelmente, que esses sistemas são mais realistas ao atribuírem ao advogado e não ao cliente a efetiva responsabilidade da maior parte dos abusos que se verificam no processo. É ressalva que,

naturalmente, os pressupostos essenciais desta orientação são constituídos pela concepção diversa do papel do defensor (como é confirmado, por exemplo, pela assunção direta da responsabilidade que o defensor tem em referência ao conteúdo dos atos do processo segundo a *Rule 11* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana), mas também da diversa concepção dos deveres e das obrigações da profissão legal e do significado e da força das regras de ética profissional (...). Existe, evidentemente, uma estreita correlação entre a configuração dos deveres e da responsabilidade do advogado e as questões que dizem respeito ao abuso do processo e às suas consequências<sup>22</sup>.

Concordamos com Angelo Dondi, quando admite que não deve a verificação do ordenamento como modelo processual limitar-se a maior ou menor virtuosidade do mesmo, mas deve ainda ser inspirado pelos critérios de eficiência e rapidez. É se aproximará desse resultado aquele modelo mais capaz de reduzir a incidência na prática da atividade abusiva, que desvia e complica o andamento do processo. Assim, parece crucial

<sup>21</sup> TARUFFO, *Labuso...*, p. 18.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 18.

que a sanção prevista no ordenamento para tal conduta atinja a pessoa do advogado. Sob esse perfil, o modelo estadunidense se configura como aquele no qual está mais claramente explicitado e estão previstas as mais rigorosas consequências para a atuação indevida do defensor da parte em juízo. Admite Dondi que a imposição direta de sanções ao defensor pode constituir em realidade antropológica própria daquele país. E assevera:

Porém e independentemente disso, essa circunstância tem permitido ao ordenamento estadunidense de afrontar, mais de que qualquer outro o problema do *abuse of civil proceedings*, com notáveis resultados em termos de eficiência e baixo custo. Nesse ordenamento, registra-se uma completa homogeneidade de aproximação, no sentido de sancionar diretamente o advogado pelo exercício de defesa abusiva, ainda que com observação da disciplina ética profissional<sup>23</sup>.

Admite Dondi que no âmbito da cultura jurídica norte-americana é em geral profundamente radicada a assunção de uma perspectiva do advogado em relação a cada questão atinente ao direito e ao processo civil em particular. Resultado de uma concepção de inseparabilidade de sua elaboração e tutela em juízo da atividade do advogado, busca sua fundamental justificativa no direto referimento ao disciplinamento do chamado *abuse of civil proceedings*, mas também das sanções a ele relativas<sup>24</sup>.

Segundo Dondi, trata-se de uma disciplina por assim dizer difusa, contida seja nas *Federal Rules of Civil Procedure*, seja no disciplinamento de ética profissional, em particular dos *Model Rules of Professional Conduct*. Para o autor, essa coerência interna encontra essencial fundamento no sancionamento (ou nos tipos de sancionamento) do comportamento abusivo no processo realizado pelo advogado no exercício de

<sup>23</sup> DONDI, Angelo. *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, *Diritto Privato*, 1997, III, *Labuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 481-482.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 471.

sua atividade de defesa e sobretudo na circunstância que isso aconteça diretamente nos confrontos de tal sujeito. Nas *Federal Rules of Civil Procedure*, as duas hipóteses mais significativas são as contidas no disciplinamento da fase introdutiva (*pleading*) e aquelas concernentes à colheita e troca recíproca entre as partes do material probatório na fase de *pre trial (discovery)*<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Segundo Dondi é em particular com respeito à *discovery* que parece próprio o referimento à noção de abuso, do momento em que o fenômeno do *abuse of discovery* sempre representou o problema crucial do funcionamento desse mecanismo; após sua introdução em 1938, com a versão original das *Federal Rules*. Ocasionalmente em grande parte por uma difusa concepção liberal de *discovery* como *broad discovery* tal a conter tendência qualquer e de qualquer modo formulada requisição de material probatório nos confrontos com o adversário, o fenômeno do abuso chega bem rapidamente a afastar o funcionamento da *machinery of discovery* da sua finalidade institucional de instrumento de recíprocas informações entre as partes a instrumento da ameaça, pressão de dilação extrema do tempo da controvérsia. A longa e difusa prevalência na prática do processo de tais objetivos distorcidos apresenta reflexos nas agora tradicionais modalidades de *abuse of discovery* na duplice perspectiva dos *overuse* ou do *avoidance (stone-walling)*. Assim, é pela técnica da requisição de informações excessivas (*overdiscovery*) e, por parte da parte que responde, a correlativa apresentação da massa de documentos que oferecem dificuldade para a separação daquilo que interessa à defesa do adversário (*bulk discovery hide and seek play*); a formulação de forma intencionalmente vaga e imprecisa das *discovery requests (fishing expeditions)*; a falta de colaboração através de oposição de negativas defensivas ficticiamente fundadas em impedimentos de ordem técnico-processuais a colaborar com a requisição da contraparte. A esse tradicional catálogo formam-se somando outras espécies de abusos, sobretudo aquele previsto na nova versão da *rule 26(f)* e concernente à falta de colaboração a estruturação do programa da atividade de *discovery (discovery plan)* ou, mesmo, a falta de subscrição da instância de *discovery* por parte do advogado da *rule 26(g)*, e a falta de realização das automáticas *disclosures* previstas na *rule 26(a)(1)* e (2). Admite Dondi que se deve constatar que, após a origem, as normas das *Federal Rules* não prescindiam de instrumentos de reação a esse cuidado, como em particular as sanções previstas na *rule 37* para a hipótese de falta de colaboração ou de gestão abusiva - sob a linha da hipótese ora ilustrada - da defesa nessa fase. E afirma que, concebida como espécie de norma de fechamento da disciplina do *civil discovery*, a *rule 37* predispõe em efeito um articulado tipo de sancionamento tanto no confronto da parte quanto diretamente do defensor. Exemplifiquem-se com a primeira categoria sanção-consequência na hipótese de que com a falta de colaboração ou correta utilização da *machinery of discovery* o juiz possa aplicar a repulsa da pretensão (*striking out*). De maior relevo a possibilidade de o juiz direcionar seu poder sancionatório para o advogado. As medidas previstas na *rule 37* são de triplice natureza e correspondem à sobreposição a uma ordem de *contempt of court*, ao pagamento das despesas de defesa sustentada pela parte contrária em razão da atividade abusiva de *discovery*, e finalmente o procedimento de expulsão da Ordem (*disbarment*). Segundo Dondi, mais clara ainda é a imposição de sanção ao comportamento defensivo, que se configure como abuso de processo, na *rule 11* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Admite Dondi: no que diz respeito

Fica dessa forma evidenciada a preocupação da legislação norte-americana no combate à improbidade processual, prevendo formas de sancionamento direto ao advogado.

No direito argentino, segundo a jurisprudência, é extensível ao letrado patrocinante a multa que prevê o art. 45 do ordenamento processual, na medida em que várias das atitudes sancionáveis da parte são fruto de uma atividade que é própria do advogado e o faz tecnicamente responsável por elas<sup>27</sup>.

#### No mesmo sentido:

incumbe ao advogado assessorar devidamente a quem patrocina, mostrando-lhe os pontos debeis da defesa; por isso se tem sustentado que corresponde sancionar às partes e a seu advogado, que ensaiaram defesas infundadas e antinômicas, introduzindo assim mesmo obstáculos curialísticos e ostensivamente encaminhados para dilatar o processo e atrasar a prolação da sentença condenatória. Do espírito desta norma, surge que são sujeitos passíveis de sanção a parte vencida mesma ou o letrado que intervém por ela no pleito, sem determinar exclusividade ou prelação alguma, e deve tomar-se em consideração para esse julgamento da conduta, a atitude pessoal observada no processo enquanto obstrua ou lesione a boa ordem, a ética, o decoro e a normalidade nos juízos, o que diz respeito e pode produzir-se tanto pelo titular como pelo advogado interveniente, sendo factível que a falta seja exclusivamente imputável ao advogado.

à responsabilidade dos advogados pela própria subscrição dos atos introdutivos das partes (*pleadings*), a norma disciplina em realidade a imposição eventualmente abusiva de uma controvérsia civil sancionando após a fase inicial a presença ou ausência de algumas características mínimas de fundamentação, tais quais: a *proper purpose*, a *non frivolousness*, a provável existência de um *evidentiary support*, além, finalmente, da não vaguidade das alegações de fato (DONDI, Angelo, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, *Diritto Privato* 1997, III, L'abuso del diritto, Cedam, Padova, 1998, p.473-475).

<sup>27</sup> GOZANI, Oswaldo A. *La conducta en el proceso*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1988, p. 93. Nesse sentido, *CNCiv*, sala B, 29/11/74, *La Ley*, 1975, v. A, p. 719.

O juiz tem sempre a faculdade privativa de determinar quem é o sujeito autor do obrar temerário ou malicioso e, por conseguinte, passível de multa<sup>28</sup>.

Merece destaque o posicionamento da jurisprudência que admite penalização direta ao advogado no processo civil argentino, já que o referido profissional é geralmente o agente que pratica atos de improbidade no processo.

Eis um grande avanço de um ordenamento jurídico sul-americano como o argentino: sanciona diretamente o advogado, o que não é possível nos ordenamentos jurídicos italiano, português e brasileiro, existindo tal possibilidade porém no sistema norte-americano<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> GOZAINI, op cit., p. 70-71. Nesse sentido, Civ Com, San Isidro, Sala II, 19/6/79, SP.LL. 980697, 4905F. Quanto à parte final do texto, ver SCBA, Ac y Sent., 1974, v. III, p. 650.

<sup>29</sup> Admite Taruffo que um outro tema geral muito importante é aquele que diz respeito à individualização do sujeito que deverá providenciar para prevenir e sancionar os comportamentos abusivos. Nesse campo existem tendências diversas. Vários ordenamentos de civil law tendem a fundar-se quase exclusivamente sobre o juiz: compete a ele assegurar a correção e a legalidade do processo, e ainda uma importante função que o juiz deverá desenvolver é aquela de prevenir e punir os abusos. Os sistemas de common law parecem por vezes caminharem no mesmo sentido (como parece ser o caso da Inglaterra), mas por vezes caminham em direção diversa. Hazard sublinha claramente que nos Estados Unidos não existe uma concepção do Estado na qual se atribua à autoridade superior o dever de velar pela correção daqueles que atuam nos cortes e nos órgãos administrativos, ou de intervir ativamente para eliminar os abusos. A consequência é que as regras de correção devem ser aplicadas principalmente para as partes no interior da dialética processual, sobre fundamento da regra *audiatur et altera pars* que está na base da concepção adversarial da justiça. Para Taruffo, parece evidente que essas diversas orientações estão profundamente radicadas nas concepções gerais e nos valores que fundamentam os vários sistemas jurídicos e da respectiva concepção do papel e das funções dos diversos sujeitos que participam da administração da justiça. Tais ordenamentos poderão ser entendidos e compreendidos guardando a história e as culturas jurídica e política dos diversos sistemas. De um ponto de vista geral, de qualquer modo, se pode provavelmente dizer que pode fundar-se sobre confronto das diferenças, pode parecer difícil traçar uma rígida e definitiva distinção entre comportamentos fundados sobre papel das partes ou sobre o papel do juiz, a propósito do abuso do processo e dos meios para preveni-lo e sancioná-lo. Assim, de um lado, na realidade, as partes não podem obter uma efetiva tutela contra os abusos sem a presença de um juiz sensível ao problema e disposto a desenvolver um papel ativo a respeito. De outro lado, o juiz não deverá comportar-se de modo meramente autônomo, punindo isso (1992

Deveríamos seguir, em futura reforma, a orientação do Código-tipo para a América Latina que prevê:

Art. 71. - Danos e prejuízos. Quando a má-fé ou a temeridade resultem plenamente comprovadas, a parte poderá ser condenada, também, nos danos e prejuízos, seja no mesmo processo ou em outro posterior. Se seu advogado ou procurador for também culpado, poderá ser condenado solidariamente com a parte. Isso sem prejuízo das ações que a parte possa intentar pelos danos e prejuízos que tenha pago por culpa do advogado ou procurador<sup>30</sup>.

### 3 A QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro constata-se a ausência de penalização no Código de Processo Civil para o advogado, apesar de o art. 14 e seus incisos enumerarem os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Procuradores nem são autores, nem réus, nem intervenientes, nem têm a responsabilidade do art. 16, salvo se atuando em causa própria. O *procuratur in rem suam* não é só procurador, é procurador e titular: *alienas actiones suo commodo exercet, et ad quam pertinet utilitas, vel damnum*"(...) Assim, o

considera um abuso, porque deverão ser levadas em consideração todas as garantias que nos modernos sistemas constitucionais são aplicadas às partes). Conclui Taruffo que se pode evidenciar, de qualquer modo, que como o abuso do processo é um problema muito sério em todos os sistemas processuais, existe quase em toda parte a exigência de configurar eficazes instrumentos de prevenção e de sanções, e de maximizá-los o emprego. A luta contra o abuso pode ter algum sucesso sob a condição de se realizar uma ativa cooperação das partes, advogados e juizes, orientada ao fim de assegurar ao menos um grau razoável de correção, honestidade e lealdade da administração da justiça (TARUFFO, Michelle. *L'abuso del processo: profili comparatistici*. *Versione italiana della relazione generale presentata al colloquio internazionale sul tema Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, svoltosi a New Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999, p. 25-26).

<sup>30</sup> VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1999, p. 304.

procurador em causa própria ou é tido como autor, ou como réu, ou como interveniente<sup>51</sup>.

Dessa forma, se o procurador do responsável procedeu de tal maneira que teve de ser responsável pelo dano processual o outorgante da procuração, tem esta ação regressiva contra o procurador, uma vez que foi o outorgado que cometeu os atos de má-fé, atribuídos ao autor, réu ou interveniente. Então, o que se atribuiu ao litigante e fundamentou a condenação não foi senão o resultado de ter o procurador deduzido pretensão, ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, ou de ter alterado a verdade dos fatos, ou de ter usado do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal, ou de ter oposto resistência injustificada ao andamento do processo, ou de ter procedido "de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo", ou de ter provocado "incidentes manifestamente infundados" e ainda haver interposto recurso "com intuito manifestamente protelatório".

De nenhum modo pode o litigante defender-se com a alegação de que a má-fé foi do procurador, e não dele. Se o litigante de má-fé ganhou a causa, mas ficaram provados que atos positivos ou negativos foram de má-fé, tem-se de atender a que a vitória do litigante se limita ao mérito da ação e, a despeito do ganho da causa, ter havido algum dos casos de má-fé que levou a danos processuais. A vitória da parte não impede sua condenação por litigância de má-fé.

O advogado, segundo a lei vigente, não poderá diretamente responder por perdas e danos (art. 16), mesmo que tenha sido ele o causador da declaração ou condenação da parte litigante de má-fé. Nesse caso, a parte prejudicada, em ação regressiva, poderá

<sup>51</sup> Cfr. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2.ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Tomo I, p. 501.

reaver, do seu procurador, o gasto que teve.

Fazendo uma análise histórico-evolutiva da questão no sistema processual brasileiro, observe-se que o Código de Processo Civil de 1939 previa no art. 63: "§ 3.º: "Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior."

A expressão "sem prejuízo" do parágrafo anterior consistia no dever da parte, e não do advogado, vencedora ou vencida, de pagar o décuplo das custas quando houvesse dolo, fraude, violência ou simulação (§ 2.º, art. 63).

A comunicação à Ordem objetivava a punição disciplinar do advogado (arts. 103 e 105 do Estatuto da OAB - Lei 4.215, 27.04.63), nunca, qualquer outra espécie de pena. A atividade jurisdicional, que é heterônoma, substitutiva, é exclusivismo do Estado-Juiz, do Judiciário, salvo exceções previstas em lei (v.g., o julgamento pelo Poder Legislativo nos crimes de responsabilidade do Presidente da República - arts. 82 e 83 da CF)<sup>52</sup>.

Hoje, nem mesmo essa comunicação à Ordem dos Advogados é exigida pela nova lei. Assim, se o juiz quiser levar o fato ao conhecimento da corporação da classe terá que se valer, não do Código de Processo e, sim, da prerrogativa do art. 72 da lei nº 8.906/94, que confere a qualquer autoridade ou pessoa interessada o poder de requerer a instauração de processo disciplinar.

Não há norma processual a respeito da forma de punir o advogado que agir de má-fé. Chegou a prever o art. 24 do An-

<sup>52</sup> Nesse sentido, LEÃO, Adrcalão. O litigante de má-fé. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 41.

reprojeto do CPC que: "quando a má-fê resultar de ato direto e pessoal do procurador da parte, o juiz o condenará a pagar a indenização, a que alude o artigo antecedente, comunicando o fato à Ordem dos Advogados para os devidos fins"<sup>11</sup>.

É que, segundo Pontes, no espírito de juizes estava, quase sempre, a suspeita de que mais responsáveis eram os advogados, suscitadores das demandas, do que as partes mesmas, e condenar a essas, e não aqueles, orçaria por injustiça social<sup>12</sup>.

#### Nas célebres palavras de Adroaldo Leão:

somos advogados e temos que lutar pela classe. Lutar pela classe é dela querer ver afastados ou punidos, os "chicanistas", responsáveis pela imagem distorcida e negativa da profissão. Só há um meio para contê-los: castigá-los também no bolso, pois o castigo disciplinar não tem se mostrado eficaz. Os dois se completam, não seriam conflitantes ou antagônicos<sup>13</sup>.

Entendia o autor, já naquela época, que parecia altamente injusto que o advogado, sendo o responsável pelo ilícito, levasse o cliente a arcar com os prejuízos. Admitia ser ilusório se imaginar que a parte tem a sua disposição a ação regressiva. E chegou a afirmar: "nunca ouvimos falar que isso tivesse acontecido, ainda que o multicitado Estatuto diga que constitui infração disciplinar do advogado prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio (art. 103, XV)"<sup>14</sup>.

O autor, evidentemente, faz menção a texto revogado, tendo em vista que a atual lei 8.906/94 admite, no art. 32, que "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>12</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 392.

<sup>13</sup> LEÃO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 42.

profissional, praticar com dolo ou culpa" [não restringe à culpa grave]. O parágrafo único dispõe que, "em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria".

A indenização prevista no CPC refere-se diretamente ao litigante e não aos seus procuradores, que, contudo, por força da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963 (alterada, em parte, pelo art. 14, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no que diz respeito à intensidade do grau de culpa), respondiam aos clientes pelas perdas e danos que lhes tivessem acarretado e a que tivessem culposamente dado causa, com sua conduta, comissiva ou omissiva.

Hoje, regula a matéria o art. 32 da Lei n. 8.096, de 4 de julho de 1994, no mesmo sentido. A Lei n. 4.215/63, pelo art. 87 da Lei n. 8.906 de 4 de julho de 1994, restou expressamente revogada. Esse art. 87 dispõe: "Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963(...)".

Atualmente, a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, no seu art. 17, dispõe que "além da sociedade, o sócio responde solidária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer" (esta última está prevista no art. 34, IX e XXIX).

Quanto ao tipo de responsabilidade, lê-se no art. 32 que "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa". Não há, portanto, no texto legal, gradação da culpa, pois só a essa se alude, sem qualquer qualificativo, tal como já decorria da disciplina que

o Código de Proteção e Defesa do Consumidor imprimira ao assunto. A Lei n. 4.215 (art. 103, XV) referia-se à culpa grave, ao passo que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.096/94 referem-se só à culpa<sup>37</sup>.

Em síntese, a Lei do Advogado (Lei n.º 8.906/94) e o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor determinam que os advogados respondam aos clientes pelas perdas e danos que lhes tiverem acarretado e a que tenham culposamente dado causa, com sua conduta comissiva ou omissiva<sup>38</sup>.

Pouca coisa mudou desde a época das críticas de Adroaldo Leão. Apesar de exigir somente culpa, continua legalmente vedada a hipótese de condenação nos próprios autos do advogado que atua em desconformidade com os princípios da boa-fé e lealdade processual.

Observe-se, ainda, que a atual lei considera infração disciplinar, entre outras, "advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se de boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior (inc. VI do art. 34), reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança (inc. XXII do art. 34) e incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional (inc. XXIV do art. 34), infrações passíveis de aplicação, pela OAB, de sanções disciplinares.

No Código de Processo Civil não há sanção direta para o advogado da parte, de modo que se essa for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária.

<sup>37</sup> Cf. ALVIM, Theresia. A responsabilidade por prejuízos causados no processo (consideradas as alterações trazidas pela nova redação dada ao art. 18 do CPC pela Lei n.º 8.951/94). TEIXEIRA, Sérgio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 556.

<sup>38</sup> Nesse sentido, ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil, 2.ª ed. refundida e ampl. do CPC Comentado, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2, p. 466-467.

podendo exercer o direito de regresso contra o advogado.

Porém, demandada em ação indenizatória autônoma por conduta de seu advogado, a parte poderá denunciar da lide o mesmo (CPC 70 III), pois não se tratará mais de sanção meramente processual, mas pedido de indenização por perdas e danos em ação autônoma, na qual o advogado poderá, como denunciado da lide, integrar o pólo passivo da relação processual e apresentar defesa.

Observe-se que, se a conduta dos advogados vem disciplinada na Lei n.º 8.906 de 4 de julho de 1994, seu art. 33, caput, refere-se à obrigatoriedade de cumprimento dos preceitos do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Esse Código de ética, no seu Capítulo I (Das Regras Deontológicas Fundamentais), dispõe, no inciso I do parágrafo único de seu art. 2º que é dever do advogado "preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade".

Por seu turno, prescreve ainda o art. 34, inc. XIV, da Lei n.º 8.906/94, constituir infração disciplinar "deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa".

Tal dispositivo legal está em sintonia com a idéia de que, as demandas que deixarem o juiz perplexo (*perplexen Klagen*), em face de alteração pelo advogado dos dispositivos legais indicados, merecem punição por litigância de má-fé, por consistirem em deslealdade. Mas punida diretamente no processo será a parte e não seu advogado.

Constata-se pois que, lado a lado, tanto a Lei n.º 8.906/94, como o Código de Ética e Disciplina da Ordem

o Código de Proteção e Defesa do Consumidor imprimira ao assunto. A Lei n. 4.215 (art. 103, XV) referia-se à culpa grave, ao passo que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei n. 8.096/94 referem-se só à culpa<sup>37</sup>.

Em síntese, a Lei do Advogado (Lei n.º 8.906/94) e o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor determinam que os advogados respondam aos clientes pelas perdas e danos que lhes tiverem acarretado e a que tenham culposamente dado causa, com sua conduta comissiva ou omissiva<sup>38</sup>.

Pouca coisa mudou desde a época das críticas de Adroaldo Leão. Apesar de exigir somente culpa, continua legalmente vedada a hipótese de condenação nos próprios autos do advogado que atua em desconformidade com os princípios da boa-fé e lealdade processual.

Observe-se, ainda, que a atual lei considera infração disciplinar, entre outras, "advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se de boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior (inc. VI do art. 34), reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança (inc. XXII do art. 34) e incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional (inc. XXIV do art. 34), infrações passíveis de aplicação, pela OAB, de sanções disciplinares.

No Código de Processo Civil não há sanção direta para o advogado da parte, de modo que se essa for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária.

<sup>37</sup> Cfr. ALVIM, Theresia. A responsabilidade por prejuízos causados no processo (consideradas as alterações trazidas pela nova redação dada ao art. 18 do CPC pela Lei n.º 8.952/94). TEIXEIRA, Sábio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 556.

<sup>38</sup> Nesse sentido, ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, 2.ª ed. reformada e ampl. do CPC Comentado, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 466-467.

podendo exercer o direito de regresso contra o advogado.

Porém, demandada em ação indenizatória autônoma por conduta de seu advogado, a parte poderá denunciar da lide o mesmo (CPC 70 III), pois não se tratará mais de sanção meramente processual, mas pedido de indenização por perdas e danos em ação autônoma, na qual o advogado poderá, como denunciado da lide, integrar o pólo passivo da relação processual e apresentar defesa.

Observe-se que, se a conduta dos advogados vem disciplinada na Lei n.º 8.906 de 4 de julho de 1994, seu art. 33, caput, refere-se à obrigatoriedade de cumprimento dos preceitos do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Esse Código de ética, no seu Capítulo I (Das Regras Deontológicas Fundamentais), dispõe, no inciso I do parágrafo único de seu art. 2º que é dever do advogado "preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade".

Por seu turno, prescreve ainda o art. 34, inc. XIV, da Lei n.º 8.906/94, constituir infração disciplinar "deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa".

Tal dispositivo legal está em sintonia com a idéia de que, as demandas que deixarem o juiz perplexo (*perplexen Klagen*), em face de alteração pelo advogado dos dispositivos legais indicados, merecem punição por litigância de má-fé, por consistirem em deslealdade. Mas punida diretamente no processo será a parte e não seu advogado.

Constata-se pois que, lado a lado, tanto a Lei n.º 8.906/94, como o Código de Ética e Disciplina da Ordem

dos Advogados do Brasil regulam, extensamente, os deveres do Advogado. De outra parte, a Lei nº 8.906/94 encampa, expressamente, em seu art. 33, *caput*, os deveres do advogado prescritos pelo Código de Ética e Disciplina, pelo que é lícita a conclusão, a exemplo do que já ocorria diante da revogada Lei nº 4.215/63 e do anterior Código de Ética do Advogado, de que a conduta desse encontra sua disciplina, em certa escala, também fora do Código de Processo Civil, no que diz respeito ao assunto.

Finalmente, na Lei nº 8.906/94, verifica-se que o advogado fica diretamente submisso à disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, não fosse por força do texto do precitado art. 33, *caput*, por causa de seu art. 36, *inc. II*, que prescreve caber a aplicação da sanção de censura àquele profissional que violar preceito do Código de Ética e Disciplina. Por essas razões, ao nos referirmos a litigantes, ficarão excluídos, para os fins de nossas preocupações atuais, os advogados, objeto de disciplina própria e aferição da conduta pela Ordem dos Advogados, embora direito assista ao advogado de acionar o Poder Judiciário contra as deliberações da Ordem dos Advogados, no caso de t<sup>l</sup>as por ilegais.

Em suma, apesar de o art. 14 do Código de Processo Civil fixar deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, no art. 16, constante da Seção II, que se refere à responsabilidade das partes por dano processual, exclui-se o procurador. Assim, os deveres para o procurador constam do Código de Processo Civil, mas as sanções situam-se na Lei 8.906/94 que encampa o sistema do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em relação à responsabilidade da parte no processo por ato de seu advogado, trata-se de culpa *in eligendo*, posto que o adversário nada tem a ver com a má escolha do advogado. Deverá a

parte considerada litigante de má-fé acionar seu advogado para exigir indenização pelos prejuízos causados por ele.

Há jurisprudência do STJ e STF que segue esse entendimento:

a) EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 617613 / SP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2004/0096102-0. Relator(a) Ministro NILSON NAVES (361) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 24/05/2007. Data da Publicação/Fonte. DJ 29.06.2007 p. 726

#### Ementa

Primeiros embargos de declaração, reputados protelatórios. Imposição de multa à parte e ao seu procurador. Alcance do art. 14, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil. Exclusão da sanção imposta à procuradora.

1. A ressalva contida na parte inicial do parágrafo único do art. 14 do Cód. de Pr. Civil "alcança todos os advogados", inclusive os procuradores públicos, sujeitos ao regime próprio do ente contratante.

2. No caso, conquanto tenham sido reputados protelatórios os primeiros embargos de declaração, não tem cabimento a aplicação da sanção ao advogado, o que impõe a exclusão da condenação imposta à procuradora do INSS.

3. Novos embargos de declaração, acolhidos somente para esse fim.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Maria Tereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

b) "Impugnação ao § ún. Do art. 14 do CPC, na parte em que ressalva 'os advogados que se sujeitam exclusivamente

aos estatutos da OAB<sup>7</sup> da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada para afastar o injustificado discrimen. ADI julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao § único do art. 14 do CPC conforme a CF e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos<sup>8</sup> (STF-Pleno: RF 372/247 e Bol. AASP 2.391/3.257).

Dessa forma, diante do panorama histórico-evolutivo e considerando a necessidade de que na atividade de realização do direito o sistema como um todo seja chamado a depor, consideramos este posicionamento mais consentâneo com a realidade brasileira.

#### 4 CONCLUSÃO

Dessa forma, a responsabilização direta do advogado nos processos em que o mesmo comprovadamente pratique litigância de má-fé ainda não é uma realidade nos ordenamentos jurídicos italiano, português e brasileiro. Podemos encontrá-la, porém, em outros sistemas, com destaque para o norte-americano. E pelo menos nesse ponto defendemos que esses sistemas podem apresentar melhores resultados, no que diz respeito ao eficaz combate da litigância de má-fé. A punição deve atingir diretamente esses profissionais, que na grande maioria dos casos são os responsáveis pela prática da ilicitude.

Resta-nos porém, a título de *lege ferenda*, a possibilidade de recomendarmos uma reforma do Código de Processo Civil

brasileiro para que passemos a admitir a aplicação de sanções diretamente ao advogado que pratica atos de litigância de má-fé, especialmente a fixação de multas processuais, por serem mais efetivas.

#### ABSTRACT

It is research that seeks to demonstrate the impossibility of direct penalty lawyer of the judges, civil proceedings in Brazil, because of practical concerns of illicit acts as litigation in bad faith. Notes the inadequacy of imposing sanctions to parties, in the face of culpa in eligendo, when we know that the practice of most of these acts is through lawyer. Thus, despite attempts wrong of the case law on the direct penalty lawyer, our model does not allow procedural. On the analysis of other legal systems, a proposed reform of Brazilian legislation to address this hypothesis.

Key-words: Brazilian civil procedure. Cooperation between judges and parts, litigation. Bad faith. Direct penalty lawyer by the court.

#### REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2.ed. refundida e ampl. do CPC Comentado, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v.2
- ALVIM, Thereza. A responsabilidade por prejuízos causados no processo (consideradas as alterações trazidas pela nova redação dada ao art. 18 do CPC pela Lei n. 8.952/94). In: TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., Resp 494.021-AgRg-Edel-Edcl, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.6.04, acolheram os embs., v.u.. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13 set. 2004. p. 204.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Resp 22.027-4-RS, rel. Min Nilson Naves j. 10.8.92, deram provimento, v.u. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 14 set. 1992. p. 14970.

CARRIL, Julio J. Lopez Del. *La condena en costas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

DONDI, Angelo. *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, *Diritto Privato*, 1997, III, L'abuso del diritto, Padova: Cedam, 1998.

GERALDES, António. *Temas Judiciários*. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1

GOZAINI, Osvaldo A. *La conducta en el proceso*. La Plata: Libreria Editora Platense S.R.L., 1988.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979, Tomo I

REIS, Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. v.II

SCARSELLI. *Le spese giudiziali civili*. Milano: Giuffrè, 1998.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

TARUFFO, Michele. *L'abuso del processo: profili comparatistici*. Versione italiana della relazione generale presentata al Colloquio Internazionale Sul, tema "Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, svoltosi a New". Orleans dal 27 al 30 ottobre 1999.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2.ed. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.

## CONSENTIMENTO INFORMADO: O DIREITO DO PACIENTE À INFORMAÇÃO, O RESPEITO À SUA AUTONOMIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

*Maria Fernanda Santos Siqueira*  
Advogada. Especialista em Direito Civil e  
Processual Civil pela Escola Superior da  
Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio  
Américo de Miranda - Esmape. Juíza leiga  
do Programa de Voluntários do Tribunal de  
Justiça do Estado de Pernambuco.

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar o consentimento informado como instrumento de proteção da autonomia do paciente e mecanismo de legitimação do ato médico. O consentimento informado consiste em um ato de vontade do paciente, realizado a partir de informações prévias e claramente transmitidas pelo médico. Ganha relevância o presente estudo, na medida em que se direciona a investigação para a análise da jurisprudência e do ordenamento jurídico pátrios, permitindo constatar que o instituto sob análise encontra fundamentos na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Ética Médica.

Palavras-chave: Consentimento informado. Responsabilidade civil do médico. Relação médico-paciente. Bioética.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE,  
I DA ÉTICA MÉDICA TRADICIONAL AO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA

DO PACIENTE. 2 O DIREITO DO PACIENTE AO CONSENTIMENTO INFORMADO. 2.1 A base principiológica fundada nos valores da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. 2.2 A teoria do consentimento informado como garantia da autodeterminação do paciente. 2.3. Fundamentos legais do consentimento informado no ordenamento brasileiro: a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o Código de Ética Médica. 2.4. O consentimento informado em áreas específicas de atuação médica: transplantes, reprodução assistida e transfusão de sangue. 3 A INOBSERVÂNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO COMO HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O presente trabalho objetiva examinar o consentimento informado como instrumento de efetivação da autonomia do paciente e, em que medida, a violação desse direito pelo médico pode gerar a sua responsabilidade civil. Pretende investigar a culpa médica e o respectivo dano causado ao paciente decorrentes da inobservância do dever de informar.

O consentimento informado consiste na manifestação livre e consciente de vontade pelo paciente, a partir da compreensão das informações transmitidas pelo médico. Passou a ser reconhecido ao longo do processo de desconstrução do paternalismo hipocrático, tendência que orientava o exercício da medicina desde os seus primórdios e que concentrava exclusivamente na figura do médico o poder de decisão sobre a saúde do paciente.

O acelerado progresso técnico-científico, proporcionado pelas diversas áreas da biomedicina e das ciências aplicadas à saúde, vem encontrando limites no respeito devido ao ser humano e na sua valorização enquanto sujeito de direitos. Se, por um lado, os avanços tecnológicos conferem à prática

médica maior poder de resolubilidade, por outro, criam barreiras de difícil transposição a uma atuação médica segundo os valores ético-profissionais, tais como a dignidade da pessoa humana.

Ademais, observa-se um contínuo processo de despersonalização do exercício da medicina, no qual a antiga figura do médico de família vem sendo substituída por um atendimento impessoal, muitas vezes realizado em massa (VENOSA, 2004, p. 107). A despeito da atual impessoalidade no exercício da medicina e do distanciamento entre os sujeitos envolvidos, subsiste a irremovível relação entre médico e paciente, estando a eficácia de qualquer tratamento intimamente relacionada a essa interação.

Hodiernamente, apresenta grande relevância o direito à autonomia dos indivíduos para tomar decisões relativas a bens inestimáveis como a sua vida e saúde, principalmente em um Estado Democrático de Direito, em que se pretende respeitar os ideais de liberdade, de igualdade e de justiça. Devem os esforços ético-jurídicos ser direcionados ao reencontro da confiança mútua entre médico e paciente, protagonistas das relações emergentes da medicina.

## 1 DA ÉTICA MÉDICA TRADICIONAL AO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA DO PACIENTE

A figura do médico, nos tempos mais remotos, não estava associada à atual concepção de um profissional que exerce o seu mister a partir de um conhecimento técnico-científico, mas sim à noção de curandeirismo, sendo visto como um mago ou sacerdote, dotado de poderes sobrenaturais. "Tal crença derivava da absoluta ignorância da etiologia de todas

as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagia àqueles processos de cura" (KFOURI NETO, 2001, p. 38).

Na Grécia do século V a.C., surgiram as primeiras escolas médicas dissociadas da medicina sacerdotal. A arte de curar, até então fortemente ligada à magia, à religião e ao misticismo, teve uma nova era inaugurada por Hipócrates, considerado o pai fundador da medicina.

No mundo helênico, onde nasceu e viveu, Hipócrates realizou a sua observação clínica e passou a descrever as doenças de forma objetiva, extirpando as explicações causais de cunho místico e religioso (ALMEIDA, 1999, p. 18-19). Considerado por Platão e por Aristóteles como o paradigma de grande médico, formulou o documento mais significativo da Antiguidade no campo da medicina, de imponente caráter científico, denominado *Corpus Hippocraticum* (PASCALE, 2004, p.1), que consiste na reunião de mais de cinquenta tratados, contendo "noções de uma medicina não apenas empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos, sem, no entanto, descuidar dos elementos deontológicos da arte de curar" (KFOURI NETO, 2001, p. 24).

Surgiram, então, os princípios da beneficência e da não-maleficência, os quais preceituam, respectivamente, que o médico deve sempre atuar para beneficiar a saúde do paciente, abstendo-se de qualquer prática que possa prejudicá-lo.

O *ethos* médico tradicional, fundado a partir de Hipócrates, produziu uma visão paternalista da medicina, com base no argumento de que só o profissional possui o discernimento necessário para avaliar a medida a ser adotada em relação ao paciente, por deter o domínio e o conhecimento sobre

a técnica (ALMEIDA, 2005, p. 30). A crescente autoridade e importância da classe médica junto à sociedade, aliadas à aceitação absoluta dos princípios da beneficência e da não-maleficência, consolidaram a postura paternalista na relação do profissional com o seu paciente. "Os pacientes eram e, em muitos casos, ainda são tratados como crianças, incapazes de cuidar de si mesmas" (ALMEIDA, 2005, p. 16).

A expressão *informed consent* (consentimento informado) foi, em 1957, pela primeira vez empregada em uma decisão judicial, no julgamento do caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, nos Estados Unidos. O paciente, Martin Salgo, de 55 anos, sofria de arteriosclerose e submeteu-se, sob anestesia, a uma aortografia translombar diagnóstica. Na manhã seguinte, descobriu que havia sido acometido de paralisia permanente dos membros inferiores, risco sobre o qual não havia sido previamente advertido. A Corte, no julgamento, declarou o dever do médico de plenamente revelar ao paciente os fatos necessários a um consentimento informado, corolário do direito de autodeterminação do indivíduo (STANCIOLI, 2004, p. 55).

As subseqüentes decisões dos Tribunais americanos formaram uma corrente jurisprudencial de proteção à autonomia da vontade do paciente e, a partir de 1975, os Estados americanos passaram, progressivamente, a adotar em suas legislações a doutrina do consentimento informado (RODRIGUES, 2001, p. 31-32).

No campo das pesquisas médico-científicas, advieram dilemas éticos em razão dos experimentos biomédicos em seres humanos. As experiências médicas nazistas, realizadas durante a Segunda Guerra Mundial, revelaram a face oculta de uma medicina completamente dissociada da ética profissio-

nal, provocando, assim, forte discussão acerca das atrocidades praticadas contra os pacientes (STANCIOLI, 2004, p. 49).

A atuação médica revestida de um poder exercido sobre os indivíduos, por meio de uma conduta estreitamente ligada à idéia de dominação, como instrumento de controle social, foi denominada por Foucault (1985, p. 145-152) de biopoder. Essa postura mostrava-se contrária ao reconhecimento dos direitos humanos, uma vez que era pautada pela objetificação do paciente, no intuito de desconstruir a sua individualidade, tornando-o objeto manipulável.

Desse modo, desde a década de 1940, em virtude das trágicas experiências envolvendo seres humanos, "intensificou-se o clamor pelo controle ético do desenvolvimento científico, em particular do biomédico" (STANCIOLI, 2004, p. 50). A partir de então, no que concerne à relação médico-paciente, tem-se observado a passagem de um médico-centrismo autoritário para a consagração da autonomia do paciente (QUEIROZ, 2001, p. 96).

Observa-se, assim, o contexto do surgimento da ciência denominada bioética:

o deslocamento do modelo médico paternalístico para a representação moral do paciente, pode ser considerado o primeiro passo para o desenvolvimento da bioética. Com efeito, no final dos anos 60 e início dos anos 70 estabeleceu-se um contexto cultural favorável para o questionamento mais radical do poder médico e para a afirmação dos direitos individuais na assistência à saúde. (ALMEIDA, 2005, p. 45, grifo nosso).

A partir da segunda metade do século XX, passou a bioética a ser concebida enquanto ciência autônoma e extremamente relevante para a busca de soluções nos dilemas advindos das práticas biomédicas. Destarte, a ética médica tradicional deu

lugar à bioética, a qual, a partir do reconhecimento do direito à autodeterminação, preconiza a reestruturação da relação entre médico e paciente, reconhecendo e consolidando o princípio da autonomia da vontade e o instituto do consentimento informado.

Diante do forte impacto social que vem, ao longo do tempo, sendo ocasionado pelas inovações da biomedicina, da engenharia genética e das altas tecnologias aplicadas à saúde, a bioética adota como "paradigma de referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos" (DINIZ, 2007, p. 17).

Urge, portanto, buscar a imposição de limites à medicina moderna, para proteger a dignidade do paciente e para reconhecer o respeito devido ao ser humano em todas as suas fases evolutivas: antes de nascer, no nascimento, ao longo da vida, no sofrimento e na morte.

## 2 O DIREITO DO PACIENTE AO CONSENTIMENTO INFORMADO

### 2.1 A base principiológica fundada nos valores da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade

A partir do século XIX, com o advento do Iluminismo, Kant redirecionou para o centro das discussões filosóficas o ser humano, o qual passou a ser concebido enquanto sujeito moral dotado de valor e de liberdade. "O homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e justamente por isso, tem dignidade, é pessoa" (SANTOS, 1998, p. 4).

Hodiernamente, a dignidade da pessoa humana, além de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal), é o cerne de todo o ordenamento jurídico pátrio. Para Reale (1963, p. 63 e 80), deve-se reconhecer a pessoa humana enquanto valor-fonte de todos os outros valores sociais e, destarte, enquanto preceito máximo da ordem jurídica. "Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico" (DINIZ, 2007, p. 17).

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se à preservação da integridade do indivíduo, possibilitando-lhe a plena realização de sua personalidade. Conseqüentemente, não se pode admitir conduta que venha a reduzi-lo à condição de coisa, dele retirando a sua dignidade e o seu direito a uma vida digna.

A dignidade humana é um valor ético-jurídico ao qual a prática médica está condicionada e obrigada a respeitar. Decorre, desse princípio, o instituto do consentimento informado, com a finalidade de proteger a integridade física e psicológica do paciente, o seu direito à autodeterminação e a sua autonomia.

O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, refere-se ao reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a própria vida, restringindo, assim, a intromissão alheia e indevida no mundo daquele que se submete a um tratamento ou a uma intervenção médica (DINIZ, 2007, p. 15). Também com base nesse princípio, justifica-se o consentimento livre e informado.

A finalidade precípua do reconhecimento da autonomia é o resgate do sujeito de direito por trás do paciente, a partir

da sua valorização enquanto ser humano, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

O respeito à autonomia da vontade conjuga-se, portanto, com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de conceber o ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio de satisfação de interesses. Constrói-se, a partir desses valores e fundamentos, a base principiológica do direito do paciente ao consentimento informado.

## 2.2 A teoria do consentimento informado como garantia da autodeterminação do paciente

O consentimento informado consiste na manifestação do direito fundamental de autodeterminação do paciente. Casabona (2005, p. 129) o conceitua "primordialmente como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato".

Apesar de o indivíduo, ao recorrer à ajuda médica, encontrar-se, na maioria das vezes, em estado de debilidade, os novos padrões de conduta nas relações entre médico e paciente proclamam a emancipação deste último, ante o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana. Desse modo, o médico, em respeito à autonomia da vontade do paciente, deve obter o seu consentimento, após informá-lo quanto ao diagnóstico, prognóstico e processo terapêutico a que será submetido (DINIZ, 2007, p. 4).

Na verdade, o consentimento informado não se refere à prática de um ato formal isolado. Não se trata, tampouco,

do preenchimento e da subscrição pelo paciente de formulários ou termos padronizados de consentimento, facilmente encontrados em obras médicas, jurídicas e na internet. Deve consistir, na verdade, em um processo de diálogo a ser desenvolvido entre médico e paciente, ao longo do tratamento ou da intervenção, culminando em sucessivos momentos de manifestação da vontade do enfermo ou de seu representante legal.

A compreensão pelo paciente das informações recebidas reveste-se de grande importância. Devem ser a ele transmitidos os elementos relevantes e suficientes para que possa emitir um consentimento livre e esclarecido. O profissional deve adequar a carga informativa ao transmiti-la, a fim de garantir a sua inteligibilidade:

se um terceiro que tem acesso a esse documento em que consta a informação (p. ex., o juiz) não é capaz de entender e captar por meio dele o mais relevante e essencial do fato - a intervenção médica - que se realizou com posterioridade de forma consentida, tampouco poderá se considerar suficiente para o paciente que teve que tomar sua decisão somente com o apoio de tal documento. (CASABONA, 2005, p. 161).

Assim, a linguagem utilizada pelo médico deve ser ajustada a um nível compreensível ao paciente, preferencialmente pelo emprego de termos leigos, sendo mais sensato reservar-se o jargão puramente técnico para os momentos de interação com colegas de profissão.

Não existe uma regra, a princípio, que determine a forma através da qual se deve realizar o consentimento informado. Considerando que a interação entre o médico e o paciente ocorre oralmente, não se pode afastar a adoção da forma oral de consentimento. Todavia, há casos em que a manifestação

volitiva deve necessariamente ser outorgada por documento escrito, como na realização de transplantes, segundo a lei 9.434/97. Na modalidade escrita, faz-se recomendável a formulação de um termo individualizado e adaptado às peculiaridades do caso concreto, a fim de possibilitar a emissão de um consentimento efetivamente esclarecido.

Por ser o consentimento informado corolário do princípio da autonomia da vontade, apresenta a revogabilidade como uma de suas características, permitindo ao paciente se retratar após a sua manifestação volitiva. A possibilidade de retratação abrange tanto a revogação, como a retificação, que consistem, respectivamente, no total cancelamento da anuência do paciente e na restrição ou ampliação dos termos iniciais da declaração de vontade (CASABONA, 2005, p. 159-163).

Destarte, o fato de ser o médico detentor do conhecimento e da técnica profissionais não o torna o único sujeito ativo do processo terapêutico; cabe ao paciente o direito de receber o conteúdo transmitido e, com base nele e em outros fatores pessoais, manifestar ou não o seu consentimento.

### 2.3 Fundamentos legais do consentimento informado no ordenamento brasileiro: a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o Código de Ética Médica

No Brasil, o exercício da autonomia pelo paciente encontra amparo legal no ordenamento jurídico - na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no artigo 15 do Código Civil de 2002. Exsurge, outrossim, a partir dos preceitos deontológicos contidos no Código de Ética Médica. Assim, analisar-se-ão, a seguir, os fundamentos contidos em cada um dos citados diplomas legais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, II, assegura que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e, no XIV, garante "a todos o acesso à informação". Desse modo, estabelece a base para o reconhecimento do consentimento informado enquanto direito do paciente, o qual não pode ter a sua vontade desconsiderada ou sofrer coação.

A Carta Magna, ao erigir a dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, III, reforça a concepção atualmente proposta pela bioética para todas as ciências da vida: o conhecimento e a tecnologia devem sempre estar a serviço da humanidade e não vice-versa. Destarte, o exercício da medicina apresenta, como preceitos máximos, o respeito e a proteção à vida, bem jurídico cuja inviolabilidade é assegurada no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna e direito fundamental de todos.

O Código de Ética Médica - Resolução CFM nº 1.246/88 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1988), diploma que prescreve os parâmetros para o bom exercício da medicina, consiste na fonte normativa mais específica acerca do objeto deste estudo. A previsão do consentimento informado encontra-se contida no Capítulo IV, referente aos Direitos Humanos, no artigo 46: "é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida" (grifo nosso). Ainda nesse sentido, o artigo 48 veda ao médico "exercer a sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar".

Consoante destacado no artigo 46 acima transcrito, o iminente perigo de vida constitui hipótese de exceção à observância do consentimento informado, não só porque deve o médico zelar pela saúde e pela integridade do ser humano,

mas também pelo fato de que a vida deve "ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável" (DINIZ, 2007, p. 539). Mesmo que à intervenção se oponha o paciente, dispensa-se o seu consentimento, em virtude de estar ameaçado bem jurídico acima de qualquer outro - a vida.

Em face da ausência de lei específica no Brasil sobre a matéria do consentimento informado, apresenta o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) o mais expressivo fundamento legal do direito à autonomia do paciente.

O paciente, ao recorrer aos serviços de saúde prestados pelo médico, estabelece com este uma relação de consumo, a qual se encontra sob a égide e a proteção do Código de Defesa do Consumidor. A partir das definições estabelecidas nos artigos 2º e 3º do Diploma Protetorista, observa-se que "o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço, o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade realizada mediante remuneração" (ALMEIDA, 2005, p. 49).

O Diploma Consumerista estabelece normas de ordem pública, com o fito de proteger o consumidor em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma nova visão da relação contratual, na qual impera e se faz presente o interesse social (CARVALHO, 2005, p. 83). Sob essa ótica, o direito à informação adquire relevância, assegurado como direito básico do paciente enquanto consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade e preço, **bem como sobre os riscos que apresentem**; [...] (grifo nosso).

O dever de informar com clareza e adequação revela-se de tamanha importância, que a referida lei, em seus artigos 8º, 12 e 14, estabelece-o como obrigação pelas quais solidariamente respondem os fornecedores de produtos e serviços, como medida de proteção à saúde e à segurança dos consumidores:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, **obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito** (grifo nosso).

Tal dever de transmissão de informações, imposto pelo Direito do Consumidor ao médico, na condição de profissional liberal, determina-lhe que elucide as técnicas das quais dispõe, os seus riscos e as suas possíveis conseqüências, a fim de que o paciente-consumidor adquira clara e real noção do serviço contratado.

No tocante ao Código Civil, ressalta esse diploma a extrema relevância dos direitos da personalidade, proclamando-os "intransmissíveis e irrenunciáveis" (artigo 11). Contudo, a despeito de disciplinar certos aspectos referentes à autodeterminação do indivíduo, não chegou a contemplar especificamente o consentimento informado enquanto meio de efetivação dessa autonomia.

O artigo 15 da Lei Civil pátria prescreve: "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, **com risco de vida**, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica" (grifo nosso). Observa-se que a redação de tal dispositivo apresenta ambigüidade e imprecisão. Interpretá-lo literalmente poderia levar à

equivocada conclusão de ser lícito constranger um paciente a se submeter a procedimentos médicos, excetuando-se apenas os que implicassem risco de vida. Naturalmente, esse entendimento vai de encontro a todo o ordenamento pátrio, sendo mais plausível proceder a uma interpretação sistêmica do texto legal, vislumbrando que, na verdade, "o dispositivo citado possibilita ao paciente o exercício da resistência, mediante o poder de autodeterminação, legitimando-se o uso de todos os meios necessários, [...] para não se submeter a tratamento que implique risco à sua vida" (SILVA, 2003, p. 37).

Após a breve perspectiva, acima realizada, acerca dos fundamentos legais do consentimento informado no ordenamento normativo pátrio, procede-se a uma análise exemplificativa das peculiaridades apresentadas pelo consentimento informado em três áreas específicas de atuação da medicina.

#### 2.4 O consentimento informado em áreas específicas de atuação médica: transplantes, reprodução assistida e transfusão de sangue

Prosegue-se, com a abordagem de questões específicas em algumas áreas de atuação médica, quais sejam: a realização de transplantes; a transfusão de sangue e a liberdade de crença religiosa; e a reprodução assistida.

A matéria dos transplantes, no Brasil, recebe tratamento constitucional, na medida em que está prevista no art. 199, §4º da Carta Magna. Esse dispositivo impõe a observância do princípio da gratuidade, em qualquer ato de disposição de órgãos e de tecidos humanos, como a seguir se transcreve: "a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, [...], **sendo vedado todo tipo de comercialização**" (grifo nosso).

A norma regulamentadora infraconstitucional a que faz referência o dispositivo acima aludido consiste atualmente na lei nº 9434/97, com as alterações introduzidas pela lei nº 10.211/2001. Mostra-se relevante a análise desse diploma, uma vez que versa sobre os aspectos específicos do consentimento na realização de transplantes.

Inicialmente, é necessário destacar que a lei nº 9434/97 estabelece disciplina diferenciada para os transplantes, a depender de o doador estar vivo ou morto. No entanto, mesmo havendo essa distinção, há certas disposições comuns às duas modalidades de transplante sobre a necessidade da transmissão de informações, tanto à pessoa que doará, como àquela que receberá o órgão ou o tecido.

A primeira disposição comum às duas espécies de transplantes, ou seja, estando o doador vivo ou falecido, encontra-se no art. 10, *caput*, da lei nº 9.434/97, que dispõe ser obrigatório, para a realização do ato de transplantar, o consentimento expresso do seu receptor, após ter sido devidamente aconselhado sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. A segunda disposição comum, contida no artigo 73 do Código de Ética Médica - a Resolução CFM nº 1.246/88 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA) - ressalta a importância da inteligibilidade da informação a ser transmitida pelo médico, sendo-lhe vedado "deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou seu responsável legal, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos".

No caso dos transplantes realizados a partir de pessoa viva, além da autorização expressa do receptor, tem-se como pressuposto o consentimento inequívoco e informado do próprio doador, nos moldes dos artigos 9º, *caput*, da lei de transplantes, *in verbis*:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo

vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Todavia, a validade da manifestação de vontade do doador vivo encontra-se condicionada a alguns requisitos legais. Mesmo que uma pessoa capaz deseje dispor de parte do seu corpo para fins de transplante, o seu consentimento só terá validade, caso observadas as seguintes condições impostas pela lei nº 9.434/97: a remoção do órgão ou tecido deve se destinar apenas à finalidade terapêutica indispensável à saúde do receptor; só é permitida a doação de órgãos duplos, ou de partes de órgãos ou de tecidos, desde que ao doador não sobrevenha mutilação ou deformação inaceitável, grave comprometimento das aptidões vitais e da saúde mental, nem risco à sua integridade.

Em relação à disciplina jurídica do transplante *post mortem*, a lei nº 9.434/97, ao entrar em vigor, adotou o modelo do consentimento presumido, com o intuito de ampliar a oferta nas doações de órgãos e tecidos. Segundo esse modelo, considerava-se legítima a remoção de partes do corpo de um indivíduo após o seu óbito, desde que não tivesse ele manifestado a sua oposição, ainda em vida, à hipótese de se tornar doador *post mortem*, não sendo reconhecido o direito dos familiares de se opor ao transplante.

A redação original do art 4º da lei 9.434/97 instituía o sistema do consentimento presumido no Brasil, ao dispor que "salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*". Por outro lado, qualquer pessoa que desejasse não ser doadora de órgãos ou tecidos no ato do seu falecimento, deveria fazer consignar, de forma indelével,

a expressão "não-doador de órgãos e tecidos", na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação.

Quanto a essa sistemática, praticamente todos os setores da sociedade insurgiram-se contra o modelo do consentimento presumido. Ademais, por meio de pesquisas realizadas junto à população, constatou-se uma alteração negativa na postura da maior parte da sociedade, tendo em vista que, a maioria das pessoas, no momento de providenciar a sua habilitação para dirigir, optava pela condição de não-doador, a ser impressa em seu respectivo documento (CARDOSO, 2002, p. 247-250).

Em função disso, a sistemática do consentimento presumido veio a ser revogada em março de 2001, pela lei nº 10.211, alterando-se a antiga redação do artigo 4º, da lei nº 9.434/97, para a seguinte:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Hodiernamente, portanto, em relação à disposição *post mortem* de tecidos e de órgãos humanos, os familiares do possível doador, ao serem consultados sobre a possibilidade da remoção de partes do cadáver para fins de transplante, podem exercer o seu direito de oposição à realização desse procedimento.

A questão envolvendo a indicação médica de transfusão de sangue em pacientes da denominação religiosa Testemunhas

de Jeová é extremamente polêmica. Observa-se, nesse caso, o conflito entre um dado objetivo apresentado pelo médico e uma crença, confrontando-se o benefício para a saúde do paciente e o exercício da sua autonomia.

A Carta Constitucional vigente, em seu artigo 5º, incisos VI e VII, assegura, como direito fundamental, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença religiosa, em função da qual ninguém pode ser privado de direitos, não sendo possível, por outro lado, eximir-se de obrigações alternativas impostas por lei.

Os fiéis, Testemunhas de Jeová, no exercício da sua crença religiosa, justificam a sua oposição à prática da transfusão de sangue, através da interpretação literal de passagens bíblicas, como por exemplo, a do livro Gênesis, segundo a qual "somente a carne com a sua alma - seu sangue - não deveis comer" (BÍBLIA, 1998, p. 56).

Apesar da inesgotável divergência jurídico-filosófica a respeito do assunto, filia-se, neste estudo, ao posicionamento defendido por França (2002, p. 77), que argumenta ser válida a recusa das testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, enquanto a vida do enfermo não estiver sob perigo, ou seja, desde que não exista risco de morte iminente associado ao estado do paciente.

Defende-se, outrossim, que o iminente perigo de vida caracteriza exceção ao dever de obtenção do consentimento informado. Mesmo que se oponha o paciente à intervenção, dispensa-se o seu consentimento, em virtude de o bem jurídico sob ameaça estar acima de qualquer outro. "A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja,

até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável" (DINIZ, 2007, p. 24).

Com fulcro na concepção de que o direito à vida deve prevalecer sobre qualquer outro, seja ele o direito à autonomia da vontade, à liberdade religiosa ou à disposição sobre o próprio corpo, exige-se que o médico execute todos os atos necessários a salvar a vida do paciente, sob pena de responder por omissão de socorro.

Encontrando-se em tal situação, está o médico autorizado a transfundir sangue para o enfermo, mesmo contra a vontade deste, não só pelo seu dever ético-profissional de zelar pela saúde, mas também em virtude do princípio da beneficência, segundo o qual "a prática médica deve buscar o bem-estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos e riscos à vida" (BELTRAMI FILHO, 2004, p. 2). Ressaltem-se, ainda, as importantes observações de Diniz (2007, p. 25):

*a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado mais relevante.*

Dessa forma, na medida em que o ato médico de transfundir sangue se torna essencial para a tentativa de salvar a vida de um indivíduo, a necessidade de proteção ao bem jurídico vida condicionará os demais direitos fundamentais, como o da liberdade de crença religiosa, sobrepujando-se, outrossim, ao princípio da autonomia da vontade.

Merecem, outrossim, especial atenção as técnicas de reprodução assistida, enquanto intervenções médicas no processo

reprodutivo humano, por resultarem na geração de um novo ser, extrapolando os limites corporais daqueles que optam por delas participar.

A Resolução CFM nº 1.358/92 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA) estabelece as normas éticas para a realização das técnicas de reprodução assistida, preceituando o consentimento informado dentre os seus princípios norteadores:

*o consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil (grifo nosso).*

Portanto, quer se trate de inseminação homóloga ou intraconjugal, em que se utilizam os gametas do próprio casal, quer se trate da técnica heteróloga ou artificial, em que a inseminação é realizada com gametas provenientes de terceiro, devem todos os envolvidos manifestar o seu consentimento, formalizando-o por escrito, a fim de se realizar o procedimento dentro dos parâmetros éticos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina.

A inseminação artificial ou heteróloga, por sua vez, merece maior destaque. O cônjuge cujo gameta não será utilizado no procedimento, ao formalizar a sua autorização quanto à realização da técnica, está declarando a sua vontade em assumir como filho(a) a criança concebida. Defende Queiroz (2001, p. 101-102) que, nesse caso, a outorga de consentimento não comporta retratação, a fim de proteger os interesses da criança a ser gerada:

com o nascimento, a criança adquire o status de família que fora assegurado no termo de consentimento. Nesses casos, a paternidade não poderia mais ser negada, visto que o filho não deve ficar a mercê do ânimo paterno, em detrimento do estabelecimento de sua filiação.

Trata-se, portanto, de exceção ao princípio da revogabilidade, normalmente intrínseco ao instituto do consentimento informado, conforme anteriormente abordado neste trabalho. Todavia, é importante ressaltar que o termo de consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, desde que não tenha sobrevivido a gravidez (QUEIROZ, 2001, p. 102).

Em relação ao doador do gameta, todas as responsabilidades e vínculos de paternidade são afastados. "O consentimento informado legitima a doação do sêmen, consagrando o anonimato do doador e estabelecendo, de forma definitiva, que o vínculo biológico da paternidade não poderá jamais lhe ser atribuído" (QUEIROZ, 2001, p. 103). O documento assinado no ato da doação exprime a renúncia do doador sobre uma possível paternidade das concepções obtidas com o seu material genético.

Através dessas breves considerações acerca do consentimento informado, no que se refere às técnicas de reprodução assistida, objetiva-se tão somente demonstrar as possíveis implicações jurídicas da manifestação de vontade dos respectivos participantes, a fim de melhor ilustrar a pesquisa.

Passa-se, no tópico seguinte, ao enfrentamento da problemática cerne do presente estudo - em que medida o descumprimento do consentimento informado pode gerar a responsabilidade civil do médico, caracterizando a sua culpa e a ocorrência de dano ao paciente. Refuta-se a concepção do

instituto formulada pela medicina defensiva, no sentido de se configurar um mecanismo de exclusão da responsabilidade do citado profissional.

### 3 A INOBSERVÂNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO COMO HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA

Consoante abordado anteriormente, a relação estabelecida entre médico e paciente reveste-se de caráter contratual e de natureza consumerista. Considera-se o médico um fornecedor de serviços e o paciente o destinatário final dessa prestação contratual, enquadrando-se, a relação entre eles estabelecida, nas definições dos artigos 2º e 3º da lei nº 8.078/90 - o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Contudo, apesar de vislumbrada enquanto relação de consumo, a responsabilidade civil do médico foge à regra geral da responsabilização objetiva consagrada no Diploma Consumerista, que torna desnecessária a aferição e a comprovação de culpa, bastando um nexo causal entre o fato do serviço ou do produto e o dano sofrido.

No caso do profissional liberal, categoria na qual se insere o médico, a matéria é disciplinada pela doutrina da responsabilidade subjetiva, pressupondo a demonstração de culpa na prestação do serviço gerador do dano. A culpa, por conseguinte, é requisito indispensável à configuração do dever de indenizar do médico, segundo dispõe o art. 14, §4º, da lei nº 8.078/90:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à presta-

ção dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (grifo nosso).

Considerando-se, portanto, que a responsabilidade profissional do médico é subjetiva, cumpre abordar o alcance da culpa na sua prestação de serviço. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende do artigo 14 acima transcrito, a culpa ultrapassa o campo do procedimento técnico realizado, adentrando a seara das informações a serem prestadas ao paciente, referentes aos possíveis riscos e conseqüências que podem se concretizar.

Em relação às modalidades de culpa *stricto sensu*, a violação do consentimento informado configura-se como negligência, uma vez que se trata de um comportamento negativo e omissivo do médico, ao descumprir o dever profissional de informar. Filia-se, nesta investigação, ao entendimento de que a inobservância do consentimento informado pode ensejar a responsabilidade civil no âmbito da negligência:

assim, na hipótese em que não haja o consentimento informado, mesmo que o médico empregue todos os meios disponíveis, se houver dano, ele responde pela negligência, já que a decisão do paciente poderia ser pela não submissão ao tratamento que ocasionou modificação no seu organismo ou mesmo lesão permanente. (SILVA, 2003, p. 30).

Para fundamentar tal posicionamento recorre-se, outrossim, ao aresto do Superior Tribunal de Justiça (2002), no qual uma paciente submetida a tratamento oftalmológico não fora advertida sobre o risco de insucesso do procedimento adotado e da possível perda de visão. Assim, adotou o Tri-

bunal a corrente de que a inobservância do consentimento informado pode, por si só, caracterizar a negligência médica, em se verificando dano ao paciente. No caso *sub judice*, abaixo transcrito, observam-se os fundamentos para essa hipótese de responsabilização:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado.**

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2002, grifo nosso).

Defende-se, por conseguinte, neste trabalho, a concepção de consentimento informado enquanto processo dialógico entre médico e enfermo, no qual o primeiro concede informações a respeito do tratamento, de modo que o segundo compreenda o que lhe fora explicado, resultando em uma manifestação de vontade informada e esclarecida.

Ressalte-se que a observância do consentimento informado não tem o condão de isentar o médico da responsabilidade por sua conduta profissional. A denominada medicina defensiva, fenômeno amplamente verificado nos Estados Unidos, que consiste na utilização de formulários-padrão para evitar possíveis demandas judiciais, passa a distorcer a finalidade precípua do consentimento informado, qual seja, contribuir para o aumento da confiança na relação médico-paciente, respeitando a autonomia deste último e elevando a qualidade assistencial, bem como a eficácia do tratamento (RAGAZZO, 2007, p. 137). Desse modo, são nulas as cláusulas introduzidas no termo de consentimento através das

quais se pretenda exonerar a responsabilidade profissional daquele.

Considerando que, em regra geral, a obrigação assumida pelo médico é de meio, na qual não se pode garantir a ocorrência de resultados específicos, o paciente, ao consentir, assume os riscos e as conseqüências de um tratamento realizado corretamente, com o emprego de toda a diligência e a perícia exigidas pela profissão. Conclui-se que a responsabilidade do médico, ante a sua conduta culposa, não pode, em hipótese alguma, ser escusada apenas com base em um documento de consentimento outorgado pelo enfermo.

Portanto, mesmo em se tratando de um procedimento realizado com excelência técnica, pode ensejar a responsabilização civil do profissional, caso o paciente não tenha sido devidamente informado sobre todos os aspectos da intervenção médica, sobrevindo-lhe prejuízo.

Cita-se, como exemplo, a situação descrita por Kfoury Neto (2002, p. 302), na qual, mesmo tendo realizado um procedimento cirúrgico tecnicamente impecável, deixou o médico de informar ao paciente o tempo necessário para a sua recuperação, vindo ele a sofrer prejuízos em sua profissão. Se tivesse sido devidamente instruído, poderia ter optado pela não realização da cirurgia ou pelo seu adiamento, evitando, assim, danos à sua trajetória profissional, ou os assumindo, caso viessem a ocorrer de toda forma.

Merece ser brevemente destacado que, mesmo agindo o médico sob culpa, só subsistirá o seu dever de indenizar, em primeiro lugar, quando da verificação de dano ao paciente, seja ele moral ou material. Em segundo lugar, tal prejuízo deve decorrer do procedimento realizado, havendo entre eles

um liame causal. Deve-se estabelecer, portanto, um nexo de causalidade entre a deficiência da informação e o dano acarretado ao paciente-consumidor. Assim, não há que se falar em responsabilização do médico, se inexistir, no caso concreto, dano, nexo causal ou culpa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do médico exsurge em virtude da violação dos direitos do paciente à autonomia e à informação, hipótese essa defendida neste trabalho, pretendendo-se, a seguir, fundamentá-la através da retomada dos principais pontos anteriormente abordados.

O paternalismo idealizado por Hipócrates, postura preponderante na medicina desde o século V a.C., mantinha o paciente aliado do processo decisório relativo à sua própria saúde. A tradicional ética médica preconizava a superioridade do médico e, por via de conseqüência, criava uma assimetria em sua relação com o paciente, fazendo com que este permanecesse sempre à mercê do conhecimento e do poder de decisão daquele.

Predominou por milênios essa visão paternalista, decorrente de uma realidade circunstancial de pseudo-superioridade do médico frente ao seu paciente, fruto de uma cultura protecionista, em uma atividade, nos tempos hipocráticos, caracterizada por grandes limitações científicas, posteriormente superadas.

Ao longo do processo histórico de afirmação e de valorização dos direitos e garantias fundamentais, essa postura passou a ceder lugar ao reconhecimento do paciente enquanto sujeito de direitos, tais como a informação e a autonomia. Desse modo, passou a ser erigida a teoria do consentimento

informado, à medida que foi sendo reconhecido pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência, nacionais e estrangeiras.

À despeito de o consentimento informado encontrar respaldo no ordenamento pátrio, ainda não foi editada, no Brasil, lei que discipline a matéria especificamente. Assim, ante essa ausência de legislação própria, recorre-se à Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor, ao Código de Ética Médica e ao artigo 15 do Código Civil, a fim de fundamentar a sua observância na relação médico-paciente. Ressalte-se que, em áreas específicas de atuação médica, o instituto apresenta certas particularidades, como nas searas dos transplantes, da transfusão de sangue e da reprodução assistida, tendo, assim, cada uma delas merecido destaque especial nesta investigação.

O consentimento informado deve consistir em processo de diálogo interativo e dinâmico entre médico e paciente, em que este recebe informações pormenorizadas sobre a intervenção, as compreende, atuando livremente para decidir quanto ao tratamento proposto. Corresponde a um dever do médico, desempenhando relevante papel na legitimação da sua atuação profissional. Corresponde, simultaneamente, a um direito do paciente, enquanto consumidor e titular dos direitos da personalidade de autodeterminação e de disposição sobre o próprio corpo e saúde, devendo, assim, ser respeitada a sua autonomia.

A realização de mera formalidade, tal como o preenchimento e a subscrição de termos de consentimento pelo paciente, em linguagem técnica e ininteligível, não assegura o respeito à sua autonomia. Os formulários padronizados encontrados em diversas obras médicas, jurídicas e até na internet têm apenas a função de orientar o médico no registro

da autorização de seu paciente. Todavia, tais modelos devem ser adaptados e individualizados para cada situação concreta, sob pena de perderem o seu valor documental.

Com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que o descumprimento do dever de obtenção do consentimento informado pode levar à caracterização de negligência profissional, ensejando a responsabilidade civil do médico, ao sofrer o paciente conseqüências sobre as quais não fora esclarecido. Essa responsabilização pode se verificar sem a ocorrência de erro técnico, procedimental ou de dano material, sendo suficiente para pleiteá-la a comprovação de lesão à esfera da personalidade e ao direito de informação do paciente, enquanto consumidor de serviços médicos.

Defende-se, portanto, que, mesmo diante de atuação profissional revestida da perícia e da técnica segundo os parâmetros da medicina, pode ser o profissional responsabilizado por infringir o direito à informação e à liberdade de decisão do paciente sobre a sua saúde. Excetua-se a hipótese em que existe ameaça à vida do paciente, bem jurídico cuja inviolabilidade deve ser protegida inclusive contra a vontade do próprio titular, posição essa embasada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e também defendida por Diniz (2007, p. 539) e Ragazzo (2007, p. 107). Nessa hipótese de exceção, estaria o médico autorizado a agir independentemente da vontade do enfermo cuja vida está sob perigo.

Destarte, deve ser sempre assegurado ao indivíduo o direito de decisão sobre os aspectos relativos à sua saúde. Valores como o respeito à autonomia, a busca de consenso, a aceitação das diferenças e a confiança recíproca devem ser os princípios a nortear o relacionamento entre médico e paciente, a fim de diminuir a assimetria em sua relação e de proporcionar um diálogo humanamente paritário.

## ABSTRACT

The main objective of the present study is to examine informed consent as an instrument of protection of the patient's autonomy and as a legitimizing mechanism of the medical act. Informed consent can be characterized as an act of the patient's freedom of will, based on previous and clear information transmitted by the doctor. The relevance of this study lies in bringing informed consent into our national reality, considering that the institute has its foundations on the Federal Constitution of 1988, and is regarded in the national laws as a basic right of the consumer, and as a duty to be followed by the doctor in his practice.

Key-words: informed consent. Doctor's civil Responsibility. Doctor and patient relationship. Bioethics.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1999. Tese apresentada em Doutorado em Ciências da Saúde, mar. 1999. Disponível em: <[http://portaldeseres.cict.fiocruz.br/transf.php?script=thes\\_cover&id=000025&lng=pt&nrm=iso](http://portaldeseres.cict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_cover&id=000025&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 27 maio. 2007.

BELTRAMI FILHO, Ernesto. **Do consentimento informado e o novo Código Civil**. Disponível em: <[www.hemonline.com.br/consentimento.htm](http://www.hemonline.com.br/consentimento.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2007.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 116. ed. Tradução do Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 14.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum Acadêmico-forense: série legislação acadêmico-forense**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193-430.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum Acadêmico-forense: série legislação acadêmico-forense**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29-185.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade mecum Acadêmico-forense: série legislação acadêmico-forense**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1212-1233.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 3 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso especial nº 436.827/SP (2002/0025859-5). Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Decisão unânime. Brasília, DF, 01.10.2002. DJ de 18.11.2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em: 7 jun. 2007.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos**.

In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Orgs.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 128-172.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.246/88. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246\\_1988.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.358/92. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: premissões, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado, responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASCALE, Rosana. *A independência da medicina e seu despontar como ciência*. Disponível em: <<http://www.eca.usp.br/>

<<http://www.eca.usp.br/nucleos/njr/voxxscientiae/rosana21.html>>. Acesso em: 6 ago. 2007.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial - doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2007.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 02 set. 2007.

SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809>>. Acesso em: 21 fev. 2007.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Coleção de Direito Civil, v. 4

## COMENTÁRIOS AOS PARÁGRAFOS DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues**  
Advogado da União, Concluinte do  
Curso Preparatório da Escola Superior da  
Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio  
Américo de Miranda - ESMAPE. Pós-  
graduado em Direito Processual Civil pela  
Universidade Presbiteriana Mackenzie. Já  
exerceu a advocacia privada, Ex-Procurador  
do Estado de Roraima.

### RESUMO

Com a vigência da Lei nº 11.232/05, houve a junção dos processos de conhecimento e de execução, com a implementação da nova fase de cumprimento da sentença, responsável por diversas novidades a serem apreciadas no presente estudo. Podem ser mencionados como objetivos salutareos a serem atingidos pela instituição do art. 475-J do CPC, dentre outros, a auto-executoriedade das sentenças condenatórias, a adequação ao modelo constitucional do processo, o fortalecimento da situação do credor em detrimento do enfraquecimento da posição do devedor, a efetividade, a eficácia, a economia, a celeridade e a justiça. O art. 475-J é o âmago da reforma implantada pela Lei nº 11.232/05, votada, aprovada e publicada com a finalidade de tornar realidade ou, ao menos, facilitar a concretização de uma razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação.

Palavras-chave: Lei nº 11.232/05. Cumprimento da sentença. Parágrafos do art. 475-J.

## SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2 NECESSIDADE DE CONHECIMENTOS ESPECIALIZADOS PARA A EFETIVAÇÃO DA AVALIAÇÃO. 3 INTIMAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO. 4 IMPUGNAÇÃO NO PRAZO DE 15 DIAS. 4.1 Conceito e natureza jurídica da impugnação. 4.2 Breve diferenciação entre os fundamentos da atual impugnação (art. 475-I) e dos antigos embargos (redação original do art. 741). 4.3 Prolongamento da execução após a impugnação e defesa de segunda fase. 5 INDICAÇÃO, PELO EXEQÜENTE, DOS BENS A SEREM PENHORADOS. 6 PAGAMENTO PARCIAL E MONTANTE DE INCIDÊNCIA DA MULTA. 7 O ARQUIVAMENTO E O DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS DO PROCESSO. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS. BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o objetivo de propiciar uma prestação jurisdicional consideravelmente mais efetiva, foram editados alguns atos legislativos entre outubro de 2005 e dezembro de 2006, dentre os quais sobrelevamos a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, em vigor desde 23 de junho de 2006, mormente o art. 475-J por ela instituído, coração da reforma.

Sem pretensão de esgotamento, a finalidade do presente trabalho é a concatenação de comentários, assim como a exposição de controvérsias e soluções acerca das alterações legislativas promovidas pela lei supramencionada, em especial pela instituição de uma etapa complementar ao processo de conhecimento (arts. 475-I a 475-R), de concretização do direito, em substituição ao anacrônico processo autônomo de execução.

Após esta introdução, averiguamos os parágrafos do art. 475-J, alma do novo Capítulo X do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil Brasileiro (Do cumprimento da sentença - arts. 475-I a 475-R).

Por uma questão de didática, de início debatemos o § 2º, com questionamentos e ponderações sobre o significado de: exigência de conhecimentos especializados para a efetivação da avaliação, nomeação do avaliador "de imediato", "breve prazo" para a entrega do laudo.

Então, altercamos temas ligados ao § 1º, tais como a intimação da penhora e da avaliação e a impugnação no prazo de 15 dias.

Depois, tratamos de assuntos respeitantes aos §§ 3º a 5º, a exemplo da indicação, pelo exeqüente, dos bens a serem penhorados, do pagamento parcial e sua relação com o quantum da multa fixada, do não requerimento da execução no interregno de seis meses, do arquivamento dos autos e de seu desarquivamento a pedido da parte.

Entendemos não poder ser levada adiante a aprovação de projetos existentes no Congresso Nacional e tendentes a restringir o pleno acesso à justiça - mesmo a pretexto de conferir maior celeridade ao processo, a exemplo do Projeto de Lei nº 4.733/2004, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados -, princípio consagrado constitucionalmente como cláusula pétrea. Tal fato levaria ao necessário reconhecimento de inconstitucionalidade da norma, tanto pelo controle difuso quanto pela via concentrada.

Em suma, a finalidade das alterações efetuadas pela Lei nº 11.232/05, principalmente pelo art. 475-J do CPC, é a busca incessante pela efetividade da prestação jurisdicional, princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, em consonância com o modelo constitucional de processo.

## 2 NECESSIDADE DE CONHECIMENTOS ESPECIALIZADOS PARA A EFETIVAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Com um propósito didático, analisaremos os aspectos concernentes ao § 2º do art. 475-J de forma precedente às considerações a respeito do § 1º do mesmo preceito legal.

Após a vigência da Lei nº 11.232/05, a avaliação dos bens penhorados passou a ser tarefa do oficial de justiça. Porém, quando ela se encontrar na dependência de conhecimentos especializados, ele se quedará impossibilitado de fazê-la. Neste caso, de imediato, o juiz nomeará avaliador, estipulando-lhe breve prazo para a entrega do laudo, nos termos do art. 475-J, § 2º, do CPC.

A mesma providência não deverá ser tomada onde o oficial de justiça, por força das leis de organização judiciária, não seja habilitado a realizar avaliações (o que dificilmente acontece, já que nos dias de hoje – pelo menos na maioria dos lugares do Brasil – o auxiliar da justiça de que se trata é aprovado em concurso para o cargo de oficial de justiça avaliador). Isto porque onde a lei local não o fez, a lei federal agora faz com que o oficial de justiça passe a ser, também, avaliador (CÂMARA, 2007, p. 120, grifo do autor).

O reconhecimento de insuficiência da instrução necessária à avaliação é ato de responsabilidade do oficial de justiça. Todavia, nada impede que o próprio magistrado reconheça a indispensabilidade de maior perícia para solução da análise a ser efetivada, e, assim, proceda à nomeação de avaliador.

A expressão “de imediato” (art. 475-J, § 1º), referente à premência da nomeação de avaliador, deverá ser contada a partir do momento em que se reconhece a necessidade de conhecimentos exorbitantes da alçada do oficial de justiça, seja por ato deste, seja por determinação judicial. Outrossim,

terá de ser entendida como “o mais rápido possível”, o que somente poderá ser apurado na prática.

Quanto à locução “breve prazo” (art. 475-J, § 1º), atinente ao tempo concedido pelo juiz ao avaliador para a entrega do laudo, somente o cotidiano dos foros nacionais atestará o seu real significado, indicando o que pode ser razoavelmente considerado como breve interregno em cada caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, de acordo com diversos fatores, a exemplo da espécie de avaliação a ser concretizada.

## 3 INTIMAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO

Dispõe o § 1º do art. 475-J do CPC: “Do auto de penhora e de avaliação, será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”.

Nos dizeres de Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 61), “se o oficial de justiça penhora e avalia, lavra-se único auto; se a avaliação for de outro, nada impede que se acresça ao auto o laudo de avaliação, desde que contenha a assinatura de ambos os participantes. Normalmente, porém, as peças serão separadas, com as respectivas intimações realizadas apenas quando ambas estiverem nos autos”.

Conforme colacionado acima, o devedor é intimado da penhora e da avaliação na pessoa de seu advogado (mediante publicação no diário oficial). Em caso de inexistência deste – procurador do executado, designado com precedência pelo comando legal –, o que pode acontecer, por exemplo, na hipótese de o processo haver transcorrido à revelia, haverá

a intimação do executado ou de seu representante legal (por correio ou por mandado).

O fator que determina quem vai ser intimado em nome do inadimplente deve ser apurado no instante do proferimento da sentença. Na ocasião, se o devedor possuía advogado constituído nos autos do processo, a este se encaminha, se dirige a intimação, mesmo que ele tenha sido deposto ou renunciado à outorga em momento posterior ao encerramento da etapa cognitiva no processo de conhecimento.

A finalidade dessa comunicação é a ciência dos atos executivos praticados e a abertura do prazo de 15 (quinze) dias para impugnação. "Não há, de acordo com a lei, preferência pela intimação pelo oficial (por mandado) ou pelo correio. A agilidade entre uma ou outra forma de intimação é que deve guiar a atividade jurisdicional. Haverá comarcas ou seções judiciárias em que a intimação pelo correio é mais rápida enquanto que em outras a expedição do mandado o será" (BUENO, 2006, p. 95-96, grifos do autor).

Importante ressaltarmos o fato de a intimação da penhora e da avaliação ser efetivada "de imediato", isto é, independentemente de qualquer despacho do magistrado competente. Se a penhora recair em bens imóveis, também deverá ocorrer a intimação do cônjuge do executado, conforme mandamento do art. 669, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Conquanto haja omissão legislativa, na hipótese de inviabilidade de intimação do advogado, do devedor e de seu representante legal, ela se realizará por edital, desde que presentes seus pressupostos de publicação.

#### 4 IMPUGNAÇÃO NO PRAZO DE 15 DIAS

Preambularmente, devemos frisar o fato de o atual estudo ter por objeto a apreciação dos parágrafos do art. 475-J do CPC. O exame da impugnação abrange observações acerca, essencialmente, do art. 475-J, § 1º, e dos arts. 475-L e 475-M. A avaliação pormenorizada destes dois últimos dispositivos desviaria o foco da pesquisa em apreço, razão pela qual comentaremos tão somente os aspectos desta espécie de oposição correlacionados àquele primeiro dispositivo legal (art. 475-J, § 1º).

Em qualquer ordenamento jurídico, faz-se necessária a implementação de meios de defesa para o executado se proteger em caso de ser desenvolvida execução de forma injusta. Não obstante a inegável força do título executivo, ele não tem o condão de deixar o suposto devedor em absoluto desarrimo.

Este dispõe de mecanismos de resistência, dentre os quais se destacam, no Brasil, o mandado de segurança, a ação anulatória do ato declarativo da dívida, a repetição de indébito, a consignação em pagamento (todos estes cabíveis somente nas hipóteses de execução fiscal), a exceção de pré-executividade e a impugnação.

Pode-se agrupar a defesa do executado em dois grupos: defesa própria e defesa imprópria, que têm como critério a existência ou não de regramento específico para cada forma de defesa. O grupo da defesa própria é composto pelos embargos à execução, nas suas diversas modalidades, que pode ser identificada como *defesa incidental*, e pela impugnação ao cumprimento de sentença, forma de *defesa endoprocessual*. O grupo da defesa imprópria é constituído pela exceção de pré-executividade, também *defesa endoprocessual* e pelas ações autônomas e prejudiciais à execução ou *defesa heterotípica* (MARTINS, 2005, p. 112, grifos do autor).

A exceção de pré-executividade – ou objeção ou arguição de não-executividade –, nos primórdios de sua existência no sistema brasileiro, tinha a sua admissibilidade restrita às matérias passíveis de serem decididas de ofício pelo magistrado (questões de ordem pública). Em etapa posterior, este remédio passou a ser igualmente cabível nas chamadas objeções substantivas. “O fim que lhe inspirou a criação lenta e sofrida é claro e responde pelo aumento da área de uso. A exceção de pré-executividade preenche o espaço anterior e posterior à época oportuna para o ajuizamento dos embargos ou da novel impugnação” (ASSIS, 2006, p. 300).

A impugnação – antes chamada de embargos, que hoje são aplicados, de regra, apenas aos títulos executivos extrajudiciais – tem como requisito legal a penhora (art. 737, I, c/c art. 475-R). Não admite a rediscussão da sentença anteriormente prolatada. Deve ser proposta por simples petição, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 475-J, § 1º, sempre com observância às regras do art. 184.

Em caso de intimação do advogado do devedor, realizada por intermédio do diário oficial, este interstício é contado a partir da data da publicação no referido órgão (art. 240, *caput*). Na hipótese de intimação pessoal do executado ou de seu representante legal, concretizada pela via postal ou por oficial de justiça, o intervalo se inicia, respectivamente, com a juntada aos autos do aviso de recebimento (art. 241, I) ou do mandado cumprido (art. 241, II). Já quando a intimação se dá por edital, o prazo é inaugurado com o fim da dilação subscrita pelo magistrado (art. 241, V).

Podem acontecer de o advogado do devedor renunciar ao mandato durante o prazo para oferecimento da impugnação. Até porque ele pretende cobrar novos honorários de seu constituinte, em função das atividades que se seguirão

sob o manto da “fase de cumprimento da sentença”, e seu *lex-licente*, tendo lido no jornal que o “processo de execução” acabou, não pretende remunerá-lo condignamente. Nestes casos, observar-se-á o que dispõe o próprio Código de Processo Civil. Em seu art. 45, na redação que lhe deu a Lei n. 8.952/1994, prevê que o advogado continua, no caso de renúncia ao mandato, responsável pelos atos do processo por 10 dias contados da intimação da renúncia ao seu antigo constituinte, a qual deverá comprovar para o juízo, “desde que necessário para lhe evitar prejuízo”. Postas as coisas desta forma, é muito provável que o advogado que decida pela renúncia do mandato, tenha, ainda, de apresentar a impugnação, sob pena de ser responsabilizado profissionalmente. A mesma diretriz é dada pelo art. 5º, § 3º, da Lei n. 8.906/1994, o Estatuto da Advocacia (BUENO, 2006, p. 98).

No entanto, pode ocorrer de os dez dias posteriores à renúncia se encerrarem antes do décimo quinto dia permitido para a propositura da impugnação. Nestes casos, prossegue Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 98) em valorosa síntese: “[...] será mister verificar se o devedor nomeou, ou não, um novo advogado. Em caso positivo, o prazo flui normalmente; em caso negativo, aplica-se, à espécie, o disposto no art. 265, I, e § 2º. Utilização deste expediente para fins protelatórios deve ser severamente repudiado e exemplarmente punido, o que pode se dar com base no art. 17, IV, V, ou VI, e, de forma mais específica para a hipótese em destaque, art. 600, II”.

Especificamente a respeito do prazo de 15 (quinze) dias, convém realçarmos que se constitui em estipulação normalmente sem eficácia, porquanto as matérias tratadas no art. 475-L dizem respeito, em regra, a pressupostos processuais e a condições cumulativas do exercício eficaz do direito de ação, podendo, assim, ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive *ex officio* pelo magistrado. As exceções se encontram no inciso III, quando será possível a eventual

ocorrência da preclusão após o decurso do tempo acima fixado para a propositura da impugnação.

Com censura ao legislador da reforma no tocante ao momento procedimental legalmente previsto para o ajuizamento desta espécie de oposição, têm-se as críticas e oportunas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 147): “[...]. Segundo pensamos, não andou bem o legislador, neste ponto da reforma. Melhor teria sido impor a apresentação de impugnação logo no início da execução, a fim de, com isso, antecipar a discussão sobre as matérias referidas no art. 475-L do CPC. [...] Nada impede, assim, que tais questões sejam suscitadas pelo executado antes da penhora”.

#### 4.1 Conceito e natureza jurídica da impugnação

A impugnação prevista no art. 475-J, § 1º, do CPC é a defesa incidental, por vezes hábil a suspender a execução (art. 475-M, *caput*), do suposto devedor em face da etapa de cumprimento da sentença.

Em relação à natureza jurídica, sempre foi pacífico na doutrina o entendimento segundo o qual os embargos do devedor consistem em ação de conhecimento autônoma e incidente à ação executiva.

Já a chamada impugnação, entretanto, representa **mero incidente processual cognitivo dentro da execução, em forma de defesa**.

Não se constitui em ação autônoma, e sim em mero incidente processual, por todas as características já analisadas na pesquisa em tela, em especial devido à inexistência de petição inicial e à não formação de processo autônomo de execução, o que se dava - e ainda se dá em determinadas hipóteses, como a de títulos extrajudiciais - com os embargos do devedor.

Contudo, em função da autoridade do qual emana, convém citarmos o entendimento doutrinariamente minoritário de Araken de Assis (2006, p. 314), para quem “a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito do último tramitar sempre de modo autônomo, representa uma ação de oposição à execução” (grifo nosso).

É cognitiva porque tem por escopo o **reconhecimento** de uma das situações previstas no art. 475-L, e não o **resguardo** ou a **concretização** de eventual direito.

Diz-se que ocorre na execução porque esta, atualmente, é a própria fase de cumprimento da sentença - momento adequado para o oferecimento da impugnação -, nos casos de títulos executivos judiciais.

Trata-se de modo defensivo, por visar apenas a evitar as conseqüências prejudiciais - para o executado - advindas da sentença proferida.

#### 4.2 Breve diferenciação entre os fundamentos da atual impugnação (art. 475-L) e dos antigos embargos (redação original do art. 741)

A impugnação se encontrava regulada no art. 741 do CPC - ainda com o nome de embargos -, alterado pela Lei nº 11.232/05 e atualmente adequado apenas aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Agora, seus fundamentos se localizam no novo art. 475-L do diploma processual civil. Todas as matérias aí tratadas podem dar azo à propositura desta modalidade de oposição.

Pelo fato de o título executivo judicial haver se formado em uma precedente demanda de cognição exauriente, onde

restou provado o direito alegado, atestam-se inúmeras restrições ao conteúdo passível de arguição tanto na atual impugnação quanto nos antigos embargos à execução fundada em título judicial.

Devido a isso, "[...] só poderão ser admitidas na impugnação alegações referentes a matérias supervenientes à formação do título (como, por exemplo, o pagamento superveniente à sentença). Exceção a essa regra é, apenas, a hipótese prevista no art. 475-L, I, que permite a alegação de matéria anterior à sentença (mas que diz respeito a vício insanável até mesmo pelo trânsito em julgado da sentença de mérito)" (CÂMARA, 2007, p. 132).

Basicamente, a distinção entre o art. 475-L e o antigo art. 741 reside no aparecimento do novo inciso III, referente à penhora incorreta e à avaliação errônea, e na supressão dos antigos incisos IV, V, parte final, e VII.

O velho n. IV do art. 741, respeitante à "cumulação indevida de execuções", não foi reproduzido intencionalmente, deixando implícita, doravante, a impossibilidade de reunião de títulos de natureza diversa na execução contra o mesmo devedor, exceto em caso de execução contra a Fazenda Pública, em virtude do novo art. 741, IV, do CPC, que prevê embargos fundamentados no mencionado acúmulo indevido.

Também não consta da redação do novo art. 475-L a antiga parte final do inciso V do art. 741, ensejadora da oposição do devedor em caso de nulidade da execução até a penhora. Por sua vez, as hipóteses de nulidade dos atos executivos praticados até a realização da penhora estão no art. 618.

Uma interpretação equivocada poderia levar à conclusão de não ser mais admissível a alegação, na petição de impugnação, de nulidade das matérias contidas neste preceito legal.

Porém, devido à sua própria natureza, os assuntos ali tratados podem ser reconhecidos até mesmo de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não havendo, portanto, óbice à argumentação de nulidade da execução com base nas matérias do art. 618 por ocasião da propositura da impugnação.

Quanto às exceções do primitivo inciso VII do art. 741, oportuno o ensinamento abaixo:

Se o réu não argüir a **incompetência relativa** no prazo deferido para a contestação, prorrogada estará a competência do juiz e não mais poderá ser oposto este seu defeito de legitimação (art. 114). [...] No tocante ao **impedimento**, é adequada a afirmativa do Código de que ele poderá ser oposto em qualquer tempo ou grau de jurisdição; mas é falso o enunciado de que a parte só poderá fazê-lo no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou o impedimento. [...] Quanto à **suspeição**, ela só pode ser argüida no prazo de 15 dias a contar do fato que a ocasionou. Se este fato ocorreu antes ou depois da contestação, na primeira ou na segunda instância, ou mesmo na instância extraordinária, pouco importa. Se o direito de afastar o juiz incompetente somente surge com a ciência, pela parte, da causa de suspeição, só a partir desse momento se pode cogitar de preclusão. Este o sentido do texto" (PASSOS, 2001, p. 294-295, grifos nossos).

Pelo exposto, não se há de falar em qualquer mudança de ordem prática em decorrência da não transposição dos antigos incisos IV, V, parte final, e VII do art. 741 para o novo art. 475-L, ambos do Código de Processo Civil. A verdadeira alteração, a nosso ver, pode ser constatada pela inclusão do inciso III neste último dispositivo. Com esta ressalva – em nossa opinião –, "[...] a reforma, no que tange à sistemática da oposição do executado contra a execução injusta ou ilegal, se cingiu à troca do nome tradicional (embargos) pelo novo epíteto "impugnação". Na verdade, as características atribu-

idas no próprio art. 475-L à impugnação não oferecem os contornos mínimos de uma nova e imprecisa figura" (ASSIS, 2006, p. 303).

### 3.3 Prolongamento da execução após a impugnação e defesa de segunda fase

Quando o executado não apresentar impugnação ou quando a decisão nesta pronunciada for conciliável com a continuidade do processo, a execução terá seguimento. Devido à falta de previsão da Lei nº 11.232/05 a respeito do procedimento ulterior, adotar-se-á o art. 475-R do CPC, disposto da seguinte maneira: "Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial".

Desse modo, no momento subsequente, em hasta pública será consumada a arrematação (arts. 686 a 707 do CPC) dos bens penhorados e avaliados. Depois desta etapa, será realizado o pagamento ao credor (arts. 708 a 729 do CPC). Após isso, haverá a extinção do processo, com fundamento no art. 794, I, do CPC.

Pode ocorrer de o devedor, para usar a nova terminologia, **impugnar** a arrematação ou a adjudicação dos bens, o que será objeto da chamada defesa de segunda fase, novamente com a aplicação do art. 475-R do CPC em virtude de omissão da Lei nº 11.232/05. No entanto, ter-se-á de utilizar também as exegeses sistemática e teleológica para a solução das questões acerca da terminologia, procedimento e efeitos relativos à parte final do título deste ponto.

Em outras palavras, devem ser infligidas as disposições concernentes à impugnação já apreciada, no que for razoavel-

mente factível. Depois, serão cominadas as regras relativas aos embargos à arrematação e à adjudicação, "no que couber", consoante preceito do aludido art. 475-R.

Assim, a terminologia a ser empregada pode ser perfeitamente "impugnação à arrematação e à adjudicação". A segunda parte por analogia ao art. 746 do CPC e a primeira tanto para aproveitar a recente nomenclatura legal quanto para adequá-la à nova realidade do processo, onde se tem um incidente e não mais uma ação autônoma como defesa do executado. Este simples fato já é suficiente para tornar inconcebível a acolhida da locução "embargos" à presente hipótese.

Outrossim, a **impugnação à arrematação e à adjudicação** deve ser recebida, em regra, no efeito meramente devolutivo, por analogia ao art. 475-M (interpretação sistemática) e por representar melhor os fins almejados pela nova execução implementada pela Lei nº 11.232/05 (hermenêutica teleológica), qual seja, a celeridade, a efetividade, a economia, dentre outros.

Por outro lado, quanto ao conteúdo a justificar o ajuizamento desta defesa, impõe-se o art. 475-R e, por conseguinte, o art. 746, haja vista a identidade de objetivos entre esta nova medida e os embargos à arrematação e à adjudicação. Portanto, a impugnação de segunda fase pode ser fundamentada "em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição [...] - rol exemplificativo, inobstante a redação legal.

Araken de Assis (2006, p. 312), de forma genérica, concebe duas alternativas a serem perfilhadas pelo operador do direito. Embora não concordemos com a segunda opção por uma questão de interpretação sistemática e sobretudo teleológica - tendo em vista a finalidade da impugnação à

arrematação e à adjudicação -, cumpre-nos a referência: “[...] ou se aplicará o art. 746, subsidiariamente, adaptando-se o art. 475-L às matérias nele explicitadas e ao respectivo regime (prazo, efeito suspensivo, dedução incidental); ou se admitirá o cabimento da exceção de pré-executividade [...]. Do ponto de vista dos que antipatizam com a exceção de pré-executividade, senão a rejeitam firmemente, parecerá preferível o primeiro e ortodoxo remédio”.

## 5 INDICAÇÃO, PELO EXEQÜENTE, DOS BENS A SEREM PENHORADOS

Estabelece o § 3º do art. 475-J do CPC, instituído pela Lei nº 11.232/05: “O exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados”.

Com o advento desse novo instrumento legislativo, portanto, o executado deixou de ter o direito de oferecer bens à penhora antes da indicação do exeqüente (com a exceção, claro, da execução de título extrajudicial). Trata-se de sistema semelhante ao acolhido pelo Código de Processo Civil Português, em seu art. 812º-B.

Esta alteração legal, entretanto, não retira do demandado a prerrogativa de protestar contra a designação consumada pelo demandante e de reclamar a troca do bem penhorado, quando o magistrado decidirá em atenção ao interesse deste (credor), mas do modo menos oneroso para aquele (devedor), conforme diretrizes dos arts. 612 e 620 c/c art. 475-R, todos do CPC. Em outras palavras, o juiz concederá a substituição quando esta também for suscetível de assegurar a satisfação do exeqüente, mas com menos sacrifício para o executado.

Caso o credor não declare os bens do devedor sobre os quais ele quer ver a penhora recair - porque não sabe que

bens são estes ou porque os que ele conhece não foram localizados, independentemente do motivo - caberá ao oficial de justiça penhorar o que encontrar (diretriz do art. 659, *caput*, aplicável à espécie) ou, na ausência de bens localizáveis ou diante das situações de impenhorabilidade dos arts. 649 e 650, todos ainda vigorantes, só restará ao credor “encontrar” de outra forma bens penhoráveis do devedor. E a melhor forma para tanto é pelo envio de ofícios à receita federal ou, até mesmo, pela chamada “penhora on line” (BUENO, 2006, p. 88).

Sabemos que, apesar das melhoras processuais resultantes da Lei nº 11.232/2005, singularmente do art. 475-J do Código de Processo Civil Brasileiro, a etapa executiva ainda se encontrará afastada dos almejados índices de satisfatividade e celeridade em nosso país - pois não podemos esperar milagres -, essencialmente por motivos estruturais, políticos, financeiros, sociais e até mesmo culturais. Para Araken de Assis (2006, p. 269),

[...] infelizmente, o direito pátrio omitiu incidente propício à solução de um dos gargalos da execução que é a localização de tais bens. Confiou na investigação preliminar do exeqüente, motivo por que lhe assegurou o direito de indicar bens no requerimento executivo (art. 475-J, § 3º), no tirocínio do oficial de justiça, cujas habilidades profissionais jamais devem ser desprezadas, e na colaboração eventual do executado. A este toca, em conformidade ao art. 600, IV, o ônus de indicar ao juiz “onde se encontram os bens sujeitos à execução”, sob pena de suportar multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito (art. 601, *caput*). É evidente que escamoteação bem sucedida deixa livre o executado burlão por petição de princípio (inexistência de bens penhoráveis).

O requerimento a que se refere o dispositivo em apreço - art. 475-J, § 3º - é aquele proposto pelo credor após o decurso do prazo de 15 dias para pagamento voluntário pelo

devedor. Deve ser elaborado da forma mais completa possível, de maneira a abreviar ao máximo a identificação de bens do patrimônio do requerido passíveis de penhora.

## 6 PAGAMENTO PARCIAL E MONTANTE DE INCIDÊNCIA DA MULTA

Preconiza o § 4º do art. 475-J do CPC: "Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante".

O prazo aludido no *caput* é o de 15 (quinze) dias para adimplemento voluntário por parte do executado. Dessa forma, se a dívida aringe a quantia de R\$ 10.000,00 e o devedor paga somente R\$ 5.000,00 dentro do lapso temporal mencionado (quinze dias), a multa será de R\$ 500,00 (10% sobre o valor remanescente, não solvido) e não de R\$ 1.000,00 (equivalente a 10% do total, aplicável caso nada houvesse sido pago).

Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 145/146), "a multa, de todo modo, não existe autonomamente, em relação à obrigação imposta pela sentença. Assim, caso seja provida a apelação interposta pelo réu, e o pedido seja julgado improcedente, a multa será incabível. [...] Semelhantemente, a reforma total ou parcial da sentença condenatória importará a respectiva alteração do valor da multa".

O montante de 10% (dez por cento) recai sobre o débito não quitado, seja por vontade do devedor, seja por equívoco a ele atribuído.

## 7 O ARQUIVAMENTO E O DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS DO PROCESSO

Regra interessante se encontra no art. 475-J, § 5º, redigido da seguinte forma: "Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte".

Assim, o arquivamento advém do decurso do tempo acima referido sem a manifestação do credor no sentido de ser iniciada a fase de cumprimento da sentença, em virtude de ser necessário o requerimento deste para poderem ser praticados os atos executivos.

Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 145) e Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 118) defendem o cômputo do prazo de seis meses a partir da existência de sentença exequível, ou seja, desde o trânsito em julgado. Entretanto, reputamos ser mais sensata a contagem dessa dilação a começar do primeiro dia útil subsequente ao 15º (décimo quinto) dia permitido pela lei para adimplemento da dívida sem a incidência da multa de 10% (dez por cento), haja vista a impossibilidade de cometimento, pelo demandante, de qualquer ato tendente a encetar a execução em momento anterior.

Já o desarquivamento não se encontra na dependência de qualquer transcurso temporal. Pode ser solicitado tanto pelo exequente quanto pelo executado, até mesmo porque a norma legal se refere a "pedido da parte", sem qualquer especificação restritiva.

[...] Não se aplica, à hipótese, o disposto no art. 267, II e III. Não tem sentido, a bem da verdade, que se apliquem, à situação aqui descrita, as regras daqueles dispositivos porque, na hipótese, já há sentença. A "inércia" do credor

se dá com a busca de sua satisfação (da realização concreta do direito reconhecido no título) e, por isto, não tem sentido falar-se, nesta sede, de uma extinção do processo "sem julgamento de mérito". Até porque haverá outros vários fatores que poderão levar à dificuldade do credor em promover os atos executivos, a mais comum e provável delas, é a não localização de bens pelo credor ou pelo oficial de justiça ou, simplesmente, a sua inexistência (BUENO, 2006, p. 101-102).

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito do artigo em tela foi externar observações concernentes, especialmente, ao art. 475-J do Código de Processo Civil, integrante da recentemente criada etapa de cumprimento da sentença, instaurada no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 11.232/2005.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, não obstante sua rebuscada e admirável técnica, adotava a separação clássica entre processo de conhecimento e processo de execução, que se revelava cada vez mais maléfica à celeridade e à eficiência.

Referida divisão ofendia o devido processo legal. Ademais, ocasionava um longo e desnecessário interstício entre a cognição e a execução, além de numerosos prazos legalmente estabelecidos dentro desta fase, de concretização do comando judicial, com incontestáveis danos para o credor e para a economia processual.

Com a vigência da Lei nº 11.232/05, adveio a junção dos processos de conhecimento e de execução. A partir de então, passou a haver uma etapa inicial (de reconhecimento) e uma etapa ulterior (de realização do direito). Agora, o processo de conhecimento consiste de seis fases: postulatória, ordinatória, instrutória,

decisória, de liquidação e de cumprimento da sentença.

Após a intimação do executado referente à penhora e à avaliação, poderá ser efetivada a impugnação mediante simples petição. O art. 475-J, § 1º, do CPC fixa o prazo de 15 (quinze) dias, mas se trata de previsão inútil porque as matérias ensejadoras desta espécie de oposição são de ordem pública, argúveis a qualquer tempo e grau de jurisdição.

A impugnação é uma defesa incidental, normalmente inapta a suspender a etapa de cumprimento da sentença, ao contrário dos embargos à execução. Consideramos que possui natureza jurídica de mero incidente processual cognitivo dentro da execução, em forma de defesa.

Quando a decisão da impugnação não impedir o prosseguimento da fase de concretização do direito, ou quando ela não for apresentada, dar-se-á a arrematação dos bens penhorados e avaliados, após o que haverá o pagamento ao credor. Depois disso, será extinto o processo, com fulcro no art. 794, I, do CPC.

Eventualmente, poderá ocorrer a chamada defesa de segunda fase, por intermédio de impugnação da arrematação ou da adjudicação dos bens. Na medida do possível, a disciplina a ela aplicável será aquela respeitante à impugnação supra-examinada.

Mencionamos o fato de o executado não ter mais o direito de oferecer bens à penhora antes do exequente, que poderá indicá-los já no seu requerimento. Também é importante salientarmos que, havendo pagamento parcial no prazo de 15 (quinze) dias, a multa incidirá sobre o restante, sobre a parcela não quitada, seja por vontade do devedor, seja por engano a ele imputado.

Se a execução não for requerida em seis meses, o magis-

trado determinará o arquivamento dos autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. Não obstante respeitabilíssimas opiniões em sentido contrário, segundo nos parece, a contagem desse prazo deverá ser iniciada no primeiro dia útil após o 15º (décimo quinto) dia definido pela lei para pagamento do valor devido sem a incidência da multa de 10% (dez por cento), porquanto o credor não pode praticar qualquer conduta apta a abrir a execução em momento anterior.

Como objetivos salutares a serem atingidos em função da remodelagem decorrente da inserção do art. 475-J no CPC, podemos apontar a adequação ao modelo constitucional do processo, bem como o progresso da eficácia, da celeridade, da economia processual, da efetividade e da justiça, dentre outros.

Apenas o dia-a-dia forense poderá atestar a intensidade da melhora quanto às finalidades acima aludidas, com a análise dos resultados práticos a serem alcançados.

#### ABSTRACT

When Law nº 11.232/05 went into force, the finding of facts and judgment execution procedures were joined with the consequent implement of a new legal rule for sentences, responsible for many novelties in appreciation in the current study. Among others, the self-execution of the condemning sentences, the adequateness of the constitutional model of the proceedings, the strengthening of the situation of the creditor in detriment of the weakening of the position of the debtor, effectiveness, efficiency, economy, celerity and justice may be mentioned as the salutary objectives to be obtained by instituting art. 475-J of the CPC. Art. 475-J is the essence of the reform introduced by Law nº 11.232/05, which was voted, approved and published for the purpose of making proceedings of a reasonable duration and celerity in their formalities a reality, or at least, of facilitating this end.

Key-words: Law nº 11.232/05; Fulfillment of the sentence; Art. 475-J.

#### REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I  
CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2

#### BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da sentença: comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no código de processo civil (Lei nº 11.232/05)**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1

\_\_\_\_\_. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 123, a. 30, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, a. 8, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

\_\_\_\_\_. *As novas reformas do código de processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

## MICHEL VILLEY E O DIREITO NATURAL (OU A MUTABILIDADE DO INDISPONÍVEL)

*Renato Robbi-Baldi Cabanillas*

Professor de Teoria Geral e Filosofia do Direito (Universidad de Buenos Aires). Secretário Letrado da Corte Suprema de Justicia de la Republica Argentina. Tradução de Frederico Bonaklo.

### RESUMO

Este artigo analisa a obra do filósofo francês Michel Villey, concentrando-se não somente em sua moderna teoria do direito-natural, mas sobretudo no aspecto da imutabilidade desses critérios. A questão é saber se os parâmetros do direito justo estariam ou não ontologicamente inferidos às mudanças no tempo e no espaço, ou seja, o direito naturalmente justo pode variar em relação ao meio social?

Palavras-Chave: Michel Villey, Direito Natural.

### SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO. II O DIREITO NATURAL EM VILLEY: PROPOSTA, PERPLEXIDADES E VOLTA. III RAZÕES DA AMBIVALENCIA VILLEYANA. IV SEPARANDO "O JOIO DO TRIGO": UMA RESPOSTA A VILLEY A PARTIR DE SUAS AUTORIDADES. V RUMO A UM DIREITO NATURAL "UNIVERSAL-CONCRETO".

### I INTRODUÇÃO

Neste tema, sem dúvida capital - talvez "o" tema da filosofia do direito -, o espírito costumeiramente polêmico

de Villey parece especialmente assistemático, o qual conspira contra uma sempre desejada clareza científica. Certamente, como explica o professor português Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>, mentalidades racionalistas, como as que (consciente ou inconscientemente) governam, desde a Modernidade, o pensamento daqueles que se ocupam destas questões, não se encontram habituadas a uma filosofia que o próprio Villey considerou como *sic et non*, isto é, como "dialética"<sup>2</sup>; como requerida de um "diálogo" constante e, por lógica consequência, necessariamente ascendente, tal como o veio reconhecer o melhor pensamento da Hermenêutica Filosófica, a fim de procurar discernir o sentido último de uma realidade indubitavelmente complexa e pletórica de matizes, como é a jurídica<sup>3</sup>.

Contudo, é possível, com alguma paciência, penetrar na lógica do pensamento villeyano e indicar – como se verá – luzes e sombras de sua proposta, as quais, como é previsível, se encontram dependentes do espírito que nutre sua obra, isto é, de seus propósitos centrais e, portanto, das preocupações e temores que constantemente o inquietaram.

Em outros lugares ocupei-me, de uma maneira geral, das ideias villeyanas sobre o direito natural<sup>4</sup>. Aqui, pelo contrário, avocarei o exame de seu lado mais controvertido e criticável,

<sup>1</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o Direito I: Do realismo clássico à análise crítica*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 221-222.

<sup>2</sup> Cf. por todos, a soberba obra (além, a última publicada em vida do autor) VILLEY, Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique (doravante: *Questions*). Paris: Puf, 1987. *passim*.

<sup>3</sup> Em relação à "Hermenêutica Filosófica", cf. CAVALILLAS, Renato Rabbi-Baldi. La Hermenêutica filosófica y el dilema de las decisiones "objetivamente correctas". In: ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 21, 2002. p. 143-160 e "Precomprensión y jurisprudencia" In: "Persona y Derecho", 47<sup>o</sup>, "Derecho, historicidad, lenguaje. Estudios en honor de Arthur Kaufmann" - Pamplona, 2002, pp. 391-416.

<sup>4</sup> Cf. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona: Euzoa, 1990 e, mais recentemente, em "El derecho natural en la obra de Michel Villey" In: "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Buenos Aires: Abeledo Perrot, 19, pp. 93-118.

e que, a meu juízo, não só constitui o ponto nevralgico da concepção jusnaturalista da qual Villey se considera sucessor como, além disso, mostra-se como o aspecto distintivo de tal filosofia com relação a outras propostas, de modo a discernir se seria possível predicar do direito uma dimensão (quanto menos mínima) que transcenda as vicissitudes do tempo e do espaço, e, portanto, que emerja como dotada de uma *objetividade* (*indisponibilidade* ou *imutabilidade*) que possa, precisamente, officiar de referência ou de critério último para justificar (e, inclusive – se me é permitida a expressão – "administrar") as exceções às que, inevitavelmente, obrigam realizar as referidas contingências de tempo e de lugar, na árdua "luta" pelo direito *justo*.

## II O DIREITO NATURAL EM VILLEY: PROPOSTA, PERPLEXIDADES E VOLTA

1. Em Villey – para dizê-lo de modo breve e ao cabo de uma leitura integral de seus escritos – existe uma sinonímia prática entre o *ius*, o *ius naturale* e o *ius gentium*<sup>5</sup>, realidades estas às que se tem acesso – tal como se indicou – por intermédio de um procedimento *dialético*<sup>6</sup>.

Assim, o direito é o «justo objetivo» de «cada coisa e cada pessoa», ou seja, «o estatuto jurídico, o lugar preciso que, na ordem geral, a justiça dá a cada um...»<sup>7</sup>. É, pois, «...relação entre pessoas e coisas», pelo qual «muda com as situações nas quais as pessoas e as coisas se encontram comprometidas»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Cf. entre outros lugares, VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. 4.ed. (doravante, *La Formation*). Paris: Montchrestien, 1975. p. 262, 336-337, 373, 384, 388 e 393; *Idem*. *Philosophie du Droit. II. Les moyens du droit*. 2.ed. (doravante, *Précis*, II). Paris: Dalloz, 1984. p. 138 e 222 e *Idem*. *Questions*, p. 95 e 167.

<sup>6</sup> Cf. a respeito *supra* nota 2.

<sup>7</sup> VILLEY, Michel. Les origines de la notion de droit subjectif. In: *LEÇONS D'HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE DE DROIT*. Paris: Dalloz, 1962. p. 233.

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 149. Cf., em idêntico sentido, KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (do alemão por E. Barros Boumel). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. *passim*.

Daí que «não supõe para o indivíduo somente um “ativo”; só “vantagens”, pois «o meu direito, isso que me deve ser dado, isso que mereço, pode, talvez, ser uma pena. Por isso, o direito «não se refere somente a um indivíduo, mas implica uma relação entre indivíduos. É o resultado de um reparto. O meu direito, diz Aristóteles, é o bem de outro»<sup>9</sup>.

Pois bem: como na tradição greco-romana a noção de um *ius naturale* é equívoca, resultou conveniente precisar o seu conteúdo, a fim de reduzi-lo ao âmbito que interessa à filosofia do direito. É, pois, nesse contexto em que emerge a noção de *ius gentium*. Assim, apoiando-se em Tomás de Aquino, Villey recorda que existe um direito natural elementar, de “apreensão absoluta”. Trata-se de «uma correspondência, uma proporção (*commensuratio*) entre macho e fêmea; pais e filhos, com o qual, como é sabido, está-se na definição – talvez um tanto tosca – de Ulpiano»<sup>10</sup>. No entanto, existe, ademais, «um segundo modo de consideração do direito. É o *próprio dos homens, animais racionais*»<sup>11</sup>, o qual recebe o nome de *ius gentium*, já que – como diz Villey, glosando, neste ponto, o Aquinate – é necessário “comparar as relações justas com outros aspectos da realidade; com o que se segue delas, com as suas “conseqüências” [...]. É pelo rodeio de raciocínios que o *ius gentium* se descobre aos homens»<sup>12</sup>. Trata-se, pois, de um

<sup>9</sup> VILLEY, Michel. *La Formation*, p. 65. Cf., igualmente, *Idem*, *Philosophie du Droit, I. Définitions et fins du droit*, 3. ed. (Idoravante: Précis, D. Paris: Dalloz, 1982, p. 73 e, em idêntico sentido, *Id*, *Ont. Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos del ius*. In: NÚEVOS PAPELES DEL OFICIO UNIVERSITARIO. Pamplona: Euzko, 1980, p. 280-311.

<sup>10</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 163. O texto de Ulpiano, recolhido no *Digato* 1, 1, 3, é o seguinte: “É direito natural aquele que a natureza ensinou a todos os animais, pois este direito não é próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais da terra e do mar, também é comum às aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea que não denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos e daí sua educação. Pois vemos que também os outros animais, inclusive os selvagens, parecem ter conhecimento deste direito”.

<sup>11</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 163.

<sup>12</sup> *Ibidem*, loc. cit. Tomás de Aquino explica este processo com o exemplo da “propriedade”, recolhido na *Soma Teológica*, II-II, 57, 3e (Idoravante, ST): “O direito ou o justo natural é aquilo que por sua natureza é adequado ou ajustado a outro. Isto pode acontecer de dois modos [...] Segundo, considerando a coisa não absolutamente, em sua natureza, mas

direito “universal”, já que «é extraído, com a ajuda de uma “razão” comum, da “consideração” das coisas e sobre o qual todos deveriam estar de acordo»<sup>13</sup>.

Assentado o anterior, cabe insistir que a determinação ou concreção do *ius* (ou *ius naturale* ou *ius gentium*) tem lugar no contexto de um procedimento *dialético*, ou seja, no marco de um espaço formalmente regrado, no qual – através de argumentos e de contra-argumentos – os atores da vida jurídica dialogam acerca de um assunto determinado, a fim de cooperar no discernimento da melhor solução possível para aquele. Assim, por intermédio de uma argumentação racional (não de uma razão “abstrata” ou “ideal”, mas de uma razão “prática”, que formula ponderações *ad casum* e que é, portanto, dotada da plausibilidade ou razoabilidade próprias de cada situação), é possível discernir aquelas formas humanas mais plenas (mais conformes com a natureza) das menos acabadas. É precisamente por isso que Villey insiste em considerar que o direito natural é uma relação «pouco definível», que «raramente alcança o estatuto de “ato”»<sup>14</sup>.

2. Não obstante o recém exposto, existem alguns textos que parecem apartar-se da precedente proposta. Este é – conforme se antecipou – o lado polêmico de Villey, o qual permitiria abrigar certas dúvidas sobre a genuína compatibilidade de seu pensamento com o das fontes em que se inspira. Oferecerei aqui os seguintes textos:

em relação a suas conseqüências; por exemplo, a propriedade das coisas. Com efeito, se este terreno é considerado em absoluto, não há razão para que pertença a uma pessoa com preferência a outra; mas, se se considera em atenção à conveniência de seu cultivo e a seu pacífico uso, então, sim, tem certa aptidão para ser de um e não de outro, como demonstra Aristóteles [...] Considerar, pelo contrário, uma coisa, relacionando-a com as conseqüências que dela se derivam, é próprio da razão, e daqui que estas mesmas conseqüências sejam naturais ao homem, em virtude de sua razão natural, que as dita; e, por isso, o jurista Gaius escreve: “Aquilo que a razão natural constitui entre os homens é observado por todos, e se chama direito de gentes”.

<sup>13</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 165.

<sup>14</sup> VILLEY, Michel. *Précis*, II, p. 140 e *Idem*, *Questions*, p. 143.

- Em alguma ocasião - quando Villey refere que os vínculos mínimos que caracterizam toda cidade são o resultado de um instinto natural - expressa que «a cidade de Atenas surgiu com a sua ordem, com o seu direito, com a sua constituição natural, um reparto de tarefas, de funções públicas ou privadas, de classes sociais; uma distinção entre as crianças, os adultos, as pessoas maduras, os homens e as mulheres, as riquezas. É isso o que se quer dizer quando se fala do seu direito natural»<sup>15</sup>.

- Em outro lugar, indica que «o modelo das ciências "naturais" introduziu-se nas ciências do homem; [...] em psicologia, antropologia, etnologia e política descobriram-se quantidades de leis análogas às das ciências físicas. Desse modo, as diferenças entre estes campos estão esfumando-se»<sup>16</sup>.

- E, a seguir, acrescenta: as ciências humanas descobriram - no homem e nas sociedades humanas - um *determinismo natural*. E, ao romper com o princípio - de inspiração nominalista - de que as sociedades seriam construção voluntária dos indivíduos, está-se descobrindo a anterioridade de toda a estrutura social com relação aos seus elementos<sup>17</sup>.

- Nesta mesma linha, afirma que as obras políticas dos homens são tão naturais como o são os enxames de abelhas e outras sociedades de animais<sup>18</sup>.

- Por último, em diversas passagens das recentemente editadas notas pessoais de Villey, incluem-se vários textos que avalizam a idéia de que a ordem moral «foi dada» às pessoas, de modo que o homem não é o autor de suas instituições, mas que, apenas, participa na sua culminação<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Idem, p. 148 (a ênfase do último parágrafo não corresponde ao original).

<sup>16</sup> Idem, Michel. *Précis*, II, p. 122.

<sup>17</sup> *Ibidem*, loc. cit. (acrescentou-se a ênfase).

<sup>18</sup> VILLEY, Michel. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Buenos Aires: Ghersi Editor, 1978. Do francês por Carlos R. Saiz. Estudo preliminar de Bernardino Montejao, p. 49.

<sup>19</sup> VILLEY, Michel. *Reflexion sur la philosophie et le droit*. Les Carnets. Textos preparados

Pois bem: textos como os recém citados suscitaram certo alarme, tanto entre autores jusnaturalistas como entre aqueles que não aderem a tal tradição.

No concernente aos primeiros, um bom exemplo é o professor greco-francês Stamtiios Stitzis, que recrimina Villey por este afirmar - sob pretexto de fugir do «mito de que todo direito procederia da lei» - que o direito não seria, de modo algum, normativo, mas, sim, uma coisa, uma realidade na natureza.

A seu juízo, tal leitura resulta reducionista, já que, por um lado, reduz todo o direito natural à concepção de um certo aristotelismo, que, em geral, Villey comenta com o vocabulário do direito romano e que exclui os sofistas, Platão e os estóicos, e, por outro lado, dessacraliza a natureza ao subtrair-lhe o seu fundamento ontológico, no sentido platônico. O primeiro, porque a interpretação de Aristóteles é reprovável: na *Ética a Nicômaco*, este precisa que os direitos se vinculam a ações, às quais devem se conformar, pelo qual a idéia de direito concerne mais a um comportamento, que denota o que é conveniente, que a uma *res*, por utilizar o vocabulário de Villey; máxime se o Estagirita acrescenta que «o direito existe entre os que regulam suas relações pela lei».

Por sua vez, na *Retórica*, Aristóteles parece extrair o direito verdadeiro e útil da lei natural, que deve ser, por tal via, direito natural, pelo qual estamos longe da tese que somente vê um direito não-normativo, extraído da natureza das coisas.

e condenados por Blandine Kriegel e François Terré. Puf.: Paris, 1995, p. 132-133. Em razão disso, disse-se que o pensamento de Villey seria tributário de um "neotomismo para-existencialista" (assim, BIVIC, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, 3. ed. Paris / Pedone, 1978, p. 80), que o transformaria num "fideísta" católico (assim, MICHYK, Bjarne. *Villey y la filosofía del derecho*. Leyendo "Les Carnets" (do francês por P. Bastidas e G. Quistamilla; revisão de R. Rabbi-Baldi Cabanillas). In: ANUARIO de Filosofía Jurídica y Social, 20. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 183-189, esp. esta última.

O segundo, porque a natureza das coisas villeyana constitui «um amálgama de “relações” e de causalidade eficiente entre [...] coisas materiais», que – embora seja obra de um “espírito divino, que nela põe um reflexo de sua excelência” e na qual também se encontra a “integralidade do homem” – não aceita – no entanto – a idéia de direitos humanos, pelo qual – se bem se olha – não está longe da natureza empírica dos positivistas.

Em definitiva, conclui que, embora seja um mérito de Villey indicar que o *dikaion* é objetivo enquanto distributivo ou retributivo, não se pode ignorar que aquele é expresso pelo homem, pela atividade cognitiva de seu pensamento, donde “a importância do homem-criador [...] é primordial para a apreensão de um direito que situa além do direito extraído da natureza das coisas ou estabelecido pela lei”<sup>20</sup>.

Por sua vez – no tocante aos autores que não aderem à tradição jusnaturalista – destaco o professor da Universidade de Laval, Bjarne Melkevik, para quem – com a citada descrição do direito natural – Villey abdica frente ao *dado*, pois vem a sustentar que não somos os autores de nosso direito e de nossas instituições<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> TITZE, Stamatios. Controverses autour de l'idée de nature de choses et de droit naturel (donnant: “Controverses...”). In: NICOT, VANHIE. Michel Villey et le droit naturel en question (donnant: Michel Villey). Paris: L'Harmattan, 1994, p. 39-43 (as curvas pertencem ao original e as aspas interiores refletem os textos de Villey ou de Aristóteles citados pelo autor). Cf., em análogo sentido – embora não aliada a nenhum autor em particular – a opinião do antigo professor da Universidade de Roma “La Sapienza”, Sergio Ceuta, para quem tais propostas – através das quais a natureza escherna nos sentidos determinaria ou juramente ético – são, justamente, as que tornam admissível a famosa crítica juspositivista acerca da existência de uma “falácia jusnaturalista” (Cf. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid: Ceuta, 1987. Do italiano por Antonio Fernández Galiano, p. 81). Contudo, a juízo deste autor, *loc. cit.*, tal proposta é bastante infrequente, por não dizer excepcional entre autores jusnaturalistas, para os quais, pelo contrário, o direito natural se refere à natureza do homem, isto é, de um ente dotado – além de fatores deterministas naturais (pulsões e impulsos) de razão e de vontade, ou seja, da capacidade de discernir e de escolher com base nesse discernimento. Ao mesmo se referiu, com suficiente clareza e extensão, SERNA, Pedro. *Modernidad, Posmodernidad y derecho natural: un jusnaturalismo posible*. Persona y Derecho, n. 20, p. 155 ss., 1989.

<sup>21</sup> MELKEVIK, nota 19, p. 187.

Dai que o direito e, em conseqüência, o direito natural seriam o resultado de uma adequação espontânea, estranha ao agir humano e com relação à qual as pessoas se limitam a «tomar nota».

3. Apesar dos textos recém citados, existem muitos outros que honram o pensamento fundamental de Villey, tal como apresentei no ponto 1 deste subtítulo. No que segue, ofereço os seguintes exemplos:

– Para o professor francês, o labor do homem de direito não se limita a uma mera comprovação sociológica do que acontece na realidade, já que «o jurista trabalha a partir do estado de coisas existentes, mas não o confunde com o direito natural. Sua missão é a de verificar que a proporção efetiva entre os bens de uns e de outros não se separe do justo meio, que é a ordem natural. À falta de axiomas trazidos da Razão, dispõe do procedimento de discussão dialética, aberto a todos os argumentos. Todo o incerto que possam ser os resultados, eles valem mais que as falsas construções dos racionalistas, liberais e socialistas»<sup>22</sup>.

– Por sua vez, na *Ética a Nicômaco*, Villey expressa que Aristóteles, «ao observar os costumes de seu tempo, reconhece neles, por via de confrontação dialética, as formas mais aperfeiçoadas: o político Péricles, como modelo de prudência; ou Sócrates; como modelo do sábio; ou os bêbados da rua, como modelos da intemperança. Pinta o quadro dos vícios e das virtudes que oferece o espetáculo da natureza. E como a natureza não está feita de indivíduos isolados, mas, sim, de indivíduos reunidos numa cidade e das relações existentes entre as suas partes, pode-se chegar, pelos mesmos meios, a um conhecimento do direito natural»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> VILLEY, Michel. *Précis*, II, p. 145 (ênfase acrescentada).

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 135 (ênfase acrescentada).

- Não diversa - estima Villey - é a "leitura" da realidade que se extrai dos autores romanos. Glosando Gaio, indica que «...a natureza é uma mescla de *movimento e permanências*, ainda que este autor «se esforça por extrair dela, o máximo possível, "o universal", isto é, os elementos mais estáveis» - como o provaria o fato de que as *Institutae* serviu com êxito à educação dos juristas, tanto em Roma, até o século VI, como na Europa, até começos do século XX<sup>24</sup>.

- De igual modo, quando se ocupa do decisivo texto do Aquinate (sobre o qual se voltará ao final) em seu *Comentário da Ética a Nicômaco*, nº 1029, afirma que «o direito se descreve na coisa mesma. As relações comerciais, os eventos da vida social, implicam uma equivalência entre as prestações recíprocas, que se nota praticamente em todos os lugares, mesmo no *potlach* dos selvagens. Em geral, quando um depósito é devolvido; um empréstimo reembolsado (*aliquis tantum dat ut tantumdem recipiat*), mesmo quando haja que fazer muitas exceções a este princípio. *Aquí tem lugar o direito natural*»<sup>25</sup>.

- Daí que, acrescenta o autor, «é tão radical a incultura dos positivistas que se satisfazem com ignorar a doutrina de seus adversários. Se houvessem conservado o método dialético, haveriam compreendido que o direito natural clássico não estava feito de máximas gerais abstratas, mas de relações jurídicas concretas, apropriadas às circunstâncias, próximas às necessidades da prática»<sup>26</sup>.

- Por isso - como eloquentemente destacaram os romanos -, «não é que o direito derive da regra, mas, sim, que esta se abstrai do direito existente»<sup>27</sup>; em definitiva, mercê da tarefa

<sup>24</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 151.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 142 (acrescentouse a ênfase).

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 150-151.

<sup>27</sup> *Digesto*, 50, 17, 1.

prudencial dos jurisperitos, tal como se reconhece em outro sugestivo texto de Pompônio, que, entre as fontes do direito, menciona o «...direito civil propriamente dito, o qual, sem estar escrito, consiste tão-só na interpretação dos prudentes»<sup>28</sup>. Para Villey, estas considerações levam «implícito esse pressuposto de que as fontes primeiras não são os textos, nem os princípios da razão pura, nem as crenças comuns do grupo, mas que o direito se obtém, primeiro, da "natureza das coisas" ou - como dizia Santo Tomás, seguindo a Aristóteles - de uma consideração da coisa: *consideratio rei*»<sup>29</sup>.

- Daí que, conclui, «conviremos que, para nós, o direito natural é sutil à maneira de um pássaro [...] Assim, destrói-se a ilusão que esta primeira fonte é suficiente e fica aberta a porta para o direito positivo»<sup>30</sup>.

### III RAZÕES DA AMBIVALÊNCIA VILLEYANA

1. A meu ver, a causa fundamental da tensão da que dão conta os textos que se trouxeram à colação precedentemente se apoiaria, nada menos, que na própria noção villeyana de *natureza humana*, ou, dito com maior precisão, de *lei natural*. Os seguintes parágrafos procuram fundamentar o que se acaba de fazer notar:

- Com efeito, Villey considera que «as soluções de direito natural não se deduzem dos princípios de liberdade ou dignidade da "pessoa humana", de uma idéia da "natureza humana". Elas se nutrem de observações, de pesquisas sobre os costumes das cidades, impérios e tribos selvagens»<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> *Digesto*, 1, 2, 2, 12 e 1, 2, 2, 5 (o sublinhado não pertence ao original).

<sup>29</sup> VILLEY, Michel. *Prés*, II, p. 149.

<sup>30</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 145.

<sup>31</sup> VILLEY, Michel. *Prés*, II, p. 141.

- E o que se acaba de expor se deve a que o direito natural jamais é encontrado «em atos», isto é, não está frente aos nossos olhos como, em «linhas gerais», ocorre com a lei natural<sup>31</sup>.

2. Considero que no fundo de tais expressões jazem algumas idéias e, mais ainda, certas preocupações fundamentais do autor, que sintetizarei como segue:

- a deliberada fuga de que a lei (*natural*) se erija em “fonte” do direito, uma vez que isso traria consigo a admissão de que (a) na base do *ius* encontra-se uma norma *definitivamente configurada*, tal como postulou o “Jusnaturalismo Racionalista”. Para Villey, tal proposição supõe que resultaria possível conceber uma sorte de “Código da Natureza”, ao estilo do idealizado por Morelly no século XVIII, e mediante o qual se transcrevem (ou, melhor, “se promulgam”) os imperativos que a Razão, abstratamente considerada, infere da “natureza humana” de uma maneira universal, atemporal e imutável; e (b) que, como lógico correlato da tese precedente, deva-se prescindir, para os efeitos da determinação do *ius*, da consideração da realidade e, portanto, de suas peculiares circunstâncias, as quais, amiúde, exigem exceções ou atenuações das regras gerais que uma filosofia como a criticada por Villey não se encontra em condições de admitir; e

- a deliberada fuga de tal lei (*natural*) resulte positivada, já que, de tal modo, (c) só tal norma (agora como lei *positiva*) passa a ser o *ius* com o qual se produziria a empobrecedora (e irreal) recondução daquele à lei escrita, tal como fora postulado pela necessária prolongação da filosofia do “Jusnaturalismo Racionalista”, a saber, o “Positivismo Legalista”; e (d) o *ius*, ao se reduzir ao conjunto de leis positivas – e só quando estas prescrevem, proíbem ou permitem condutas – se transforma, paradoxalmente (pois não foi tal o propósito do positivismo),

<sup>31</sup> Cf. VILLEY, Michel. *Quæstio*, p. 149.

em refém da linguagem e da estrutura da moral, pois passa a ser, como esta, «um instrumento de direção das condutas». Com efeito, como Villey faz notar, a moral, ao se encarregar de “dirigir condutas”, isto é, de «transformar as pessoas em justas», tem como missão prescrever aquelas, e o seu modo verbal é o *imperativo*, em clara oposição à filosofia clássica, na qual – conforme se antecipou – o *ius* é um «resultado»: a «coisa justa» discernida pelo juiz e, inclusive, pela lei (quando emprega o tempo de verbo presente ou, enquanto promovedora, o futuro). Deste modo, a tradição do direito natural clássico deixa a salvo os pontos de contato e de distinção com a moral, já que, embora sugira o que o moralista deva buscar, não lhe interessa a maneira de levá-lo a cabo, restringindo sua tarefa a *dizer* o direito em linguagem *indicativa*<sup>32</sup>.

#### IV SEPARANDO “O JOIO DO TRIGO”: UMA RESPOSTA A VILLEY, A PARTIR DE SUAS AUTORIDADES

1. Se forem consultadas as fontes greco-romanoaquinenses, nas quais Villey nutre o seu pensamento, obter-se-ia uma imediata sintonia entre elas e três dos quatro postulados sintetizados no ponto anterior, a saber, os identificados com as letras (b), (c) e (d). Com efeito, para essas fontes resulta inquestionável que a configuração do direito exige atender às circunstâncias da causa (b), que o direito não se restrinja exclusivamente às normas escritas (c) e que, embora aquele não desconheça sua intrínseca dimensão moral, reivindique, não obstante, uma autonomia científica própria (d).

<sup>32</sup> Ocupi-me extensamente das quatro teses recém mencionadas na obra citada em primeiro lugar na nota 4. Para uma síntese disso, cf. CARAMELLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Michel Villey (1914-1987). *El Derecho*. Suplemento *Filosofía del Derecho*, 10, Buenos Aires, p. 16-18, 21 dez. 2005. Em relação à tese (d), cf., igualmente, HIEZ, David. *Michel Villey in question*. In: NIORT, VASSILE, *Michel Villey*, nota 20, p. 23.

No entanto, não parece claro que em tais fontes a lei natural – extraída da natureza humana – não se possa estruturar como fonte do direito (a), e tal questão não resulta menor, posto que – a meu juízo – é justamente neste ponto em que reside a singularidade da tradição jusnaturalista invocada por Villey. Com efeito, a questão nodal que – embora de maneiras diversas – desde sempre (e, em nossos dias, com um vigor não menor) fatigou a Ética e, dentro dela, o Direito, se apóia em saber se se conta com algum critério ou com certos princípios mínimos ou básicos que permitam determinar o sentido último do agir humano. Trata-se, pois – na medida em aqui interessa – da indagação em torno da possibilidade (ou não) de obter uma resposta “objetiva” (e não meramente “construtiva” ou “consensual”) acerca do sentido último do direito. E, como é óbvio, a admissão (ou não) de uma natureza humana – da qual caiba extrair um fecho de normas de conduta – resulta, neste horizonte, de primeira importância.

Assim, na milenar tradição a que Villey adere, acudiu-se, a fim de tentar responder a crucial questão recém proposta (mesmo quando a linguagem não é unívoca, como se observa nas diferenças existentes entre Aristóteles e Cícero<sup>36</sup>) à proposição que postula que a “natureza humana” é portadora de uma dignidade, isto é, de uma “eminência” ou “superioridade”, que é consequência do fato de que a razão se encontra em condições de captar naquela um conjunto – por dizê-lo com palavras do professor de Oxford John Finnis – de “bens básicos”<sup>37</sup>, que se reputam fundamentais para o desenvolvimento ou

para a perfeição humana e que, por aplicação do primeiro princípio prático racional – segundo o qual «o que se mostra como bem se apetece e se deve realizar»<sup>38</sup> – emergem como aspectos da personalidade, que reclamam sua realização. Dito de outro modo: tais bens humanos básicos mostram-se como leis naturais, ou seja, como normas próprias do ser humano, e que – posto que as pessoas não se encontram sós, mas, o contrário, habitam em sociedade – tais leis, no âmbito social e com relação a terceiros, apresentam-se como *direitos naturais, subjetivos ou humanos*.

No que segue, apresentarei de modo necessariamente esquemático, alguns desenvolvimentos e consequências das notas recém esboçadas, a fim de precisar com a devida pulcritude os pontos de distanciamento e de contato entre esta tradição e as teses de Villey precedentemente assinaladas<sup>39</sup>.

2. Desde logo, não parece possível negar, no contexto da tradição que serve de base a estas páginas, a dimensão moral da lei natural. Ela é, com efeito, a base, o ponto de partida ou o critério a partir do qual medir as condutas éticas das pessoas. O professor francês, certamente, não desconhece esta realidade e assim o põe de manifesto em diversos lugares.

A este respeito, expressa que «nada impede inferir na natureza humana que qualquer homem teria o dever de atualizar os rudimentos de uma moral»<sup>40</sup>. Mais ainda, isso é – acrescenta

<sup>36</sup> Cf. TOMÁS DE AQUINO, ST, III, 94, 2c.

<sup>37</sup> Desenvolvi estas ideias com maior amplitude em “Michel Villey y el tema de los derechos humanos: una crítica desde sus escritos y desde sus fuentes”, *El Derecho*, Buenos Aires, 17/5/06, p. 1-7 (versão em língua portuguesa de Frederico Bonafio, intitulada “Michel Villey e o tema dos direitos humanos: uma crítica a partir de seus escritos e de suas fontes” In: *Quæstio Juris*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 03, 2006-I).

<sup>38</sup> VILLEY, Michel. Dos ponencias sobre la mutabilidad del derecho natural en Aristóteles y Tomás de Aquino. Do francês por Carlos I. Massini Correia. In: *Prudentia Juris*, Buenos Aires, XV, 1985, p. 102.

<sup>36</sup> Cf., em relação a ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Do grego por J. Marias e M. Araujo, esp. 1134 a 20-1135 a 15; e *Retórica* (edição do texto com aparato crítico, tradução, prólogo e notas por Antonio Tovar), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, esp. 1373 b 1-15; 1374 a 19-1374 b 19; 1375 a 30-1375 b 26. Quanto a CÍCERO, cf. *Las Leyes*, Tradução, introdução e notas por Álvaro D’Oss, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, esp. I, V, 17-VI, 20; XIV, 40-XVII-46; II, IV, 9-VI, 15.

<sup>37</sup> Cf. FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. New York: Oxford University Press, 1980, esp. cap. II.

Villey – o que aconteceu no pensamento bíblico; na Grécia, em Roma e na cristandade medieval (brevemente: em toda a tradição do chamado “jusnaturalismo clássico”), que «dispu- seram de uma moral supranacional», a qual «prescreve deveres em relação a todos»<sup>39</sup>. E, sobre tais bases e em relação à questão do aborto, afirma que «não se opõe à existência de uma lei moral que proíba» aquele nem, menos ainda, que «prescreva» às pessoas: «tu não praticarás um aborto»<sup>40</sup>.

3. Pois bem: como se antecipou, para as autoridades villeyanas, dita *lei natural moral* é fonte ou critério relevante do ius. Contrariamente, em Villey a questão se apresenta especialmente obscura, já que seus textos revelam uma dramática ambigüidade.

Assim, ao continuar nos lugares citados no ponto anterior as idéias tratadas, sua posição é categoricamente contrária a tal possibilidade. No primeiro, com efeito, pergunta-se: «Como deduzir da natureza humana (em singular) uma relação entre homens diversos, isto é, o direito?»<sup>41</sup>. Por sua vez, quanto ao segundo, os deveres que se inferem dessa moral universal se cristalizam em certas regras (obviamente, de índole moral) como a *humanitas*, a *misericondia* e a *fides*, mas, de modo algum, aparece mencionada a idéia do *ius suum cuique tribuere*<sup>42</sup>. Por último, com relação ao terceiro e, de igual maneira, ao que sucedeu com o texto recém citado, distingue nitidamente entre, por um lado, essa lei moral que pode (e que, a seu juízo, inclusive deve) ser publicamente proclamada numa **sociedade de**, por outro lado, **o direito**, já que este «não tem por objeto

<sup>39</sup> VILLEY, Michel. *Considérations intempesives sur le droit de gens* (doravante: “*Con- siderations...*”). *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 1987, p. 14.

<sup>40</sup> VILLEY, Michel. *De l’indicatif dans le droit* (doravante: “*De l’indicatif...*”). In: CRITIQUE de la pensée juridique moderne (douze autres essais). Paris: Dalloz, 1976. P. 59-60 (a ênfase corresponde ao original).

<sup>41</sup> VILLEY, Michel. nota 38, p. 102.

<sup>42</sup> VILLEY, Michel. nota 39, p. 14.

dirigir o comportamento da mulher»: «o Código Penal não nos proíbe matar», mas, sim, se «ocupa das penas»<sup>43</sup>.

Em outros textos, embora o autor reconheça a necessária implicação jurídica da lei natural, sua admissão é tão tímida – e, inclusive, imediatamente desmentida – que não parece significativa. Assim, em relação ao primeiro, assinala que «para o descobrimento do direito de cada um [...] a “natureza do homem”, em geral, não é senão um *dos fatores* que podem ser considerados no cálculo»<sup>44</sup>. Igualmente, com relação ao segundo, afirma que «como todos [os homens] participam da mesma natureza genérica», não podem ser objeto «de injustas discriminações». No entanto afirma, em seguida, que a igualdade entre os homens não é mais que «relativa a certos aspectos»<sup>45</sup>, na medida em que – em outro texto – matizará que «se tivéssemos que tomá-los a sério [os direitos humanos] [...] deveríamos reconhecer que são diversos. Não estão cortados sob a mesma massa universal e uniforme, pois são relativos às circunstâncias de espaço e de tempo»<sup>46</sup>. Por isso – expressa em outro lugar –, «a igual dignidade dos homens» reenvia a um «tipo de conside- rações que terão lugar nas peças judiciais»<sup>47</sup>.

Que eu saiba, só em um texto isolado e, se se quer, a contragosto (pois está pensado como oposição à proposta de Hobbes), Villey põe nos autores jusnaturalistas racionalistas

<sup>43</sup> VILLEY, Michel. nota 40, p. 59-60.

<sup>44</sup> VILLEY, Michel. *Crítica de los derechos del hombre* (doravante: “*Crítica...*”). In: ESTUDIOS en torno a la noción de derecho subjetivo. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. Do francês por A. Gumán Brito, p. 245-246 (a cursiva pertence ao original).

<sup>45</sup> VILLEY, Michel. “*Note critique sur les droits de l’homme*” (doravante: “*Note...*”). In: EUROPÄISCHES Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag. München: Beck, 1982. Tomo I, p. 699.

<sup>46</sup> VILLEY, Michel. *La philosophie du droit de Burke* (doravante: “*Burke*”). In: CRITIQUE..., nota 40, p. 132 (a ênfase corresponde ao original).

<sup>47</sup> VILLEY, Michel. “*Note...*”, nota 45, p. 699.

uma noção que – com os matizes que em seguida se farão – poderia ser perfeitamente assumida pelos jusnaturalistas clássicos. Nele, assinala que, indo contra o autor do *Leviatã*, «quase todos os autores do século XVII duvidaram em construir a totalidade da ordem jurídica sob [a idéia] do “direito-soberania”. Talvez a ordem jurídica emanasse, em primeiro lugar, da lei moral, que impõe obrigações aos indivíduos (o direito não é mais que o resultado das obrigações)»<sup>42</sup>.

4. Assentadas as precedentes considerações, convém precisar o alcance com o qual – na tradição greco-romana-aquinatense – se afirma que a natureza humana (e, por conseguinte, a lei natural) é fonte do *ius*. Quando assim se expressa, está-se pensando em que a natureza humana é um *princípio* de determinação do direito, isto é, um *critério* que atua como necessário ponto de partida, porém não como obrigatório ponto de chegada, a fim de concretizar o *ius suum*. Se me fosse permitido aplicar a este tema, de maneira análoga, a relação que o Aquinate formula entre o direito e a lei<sup>43</sup>, caberia afirmar que a natureza humana é uma *aliqualis ratio iuris*, isto é, uma “certa razão de direito”: ela, com efeito, não determina, com toda a precisão, ou seja, em seus “pormenores e detalhes”, o sentido último do *ius*, mas – e esta é uma apreciação fundamental – constitui um *insubstituível ponto de partida em tal propósito*, o qual – como se precisará de imediato – surgirá da análise das peculiares circunstâncias em que se faz presente a índole *naturalmente* sociável das pessoas.

5. O que se expôs até aqui permite precisar tanto os acertos como os desacertos em que, em meu juízo, incorre Villey no exame das fontes em que se inspira.

a) O primeiro, porque se a natureza humana constitui um *princípio* de determinação do direito, é claro que, considerando-a *isoladamente*, não se está em condições de concluir nada. Desta perspectiva, a lei natural não pode ser uma fonte *definitiva* do *ius*, porque o direito não se discerne em “abstrato”, mas numa situação “concreta”, a saber, no contexto das plurais e peculiares relações em que as pessoas se encontram na vida social.

Neste sentido, o erro do “Jusnaturalismo Racionalista” (e o parelho acerto de Villey ao criticá-lo) consiste, precisamente, em haver posto fim aos seus labores científicos ao cabo da descrição “abstrata” das leis *co-naturais* à natureza humana, que, como se viu, vistas de um plano social, emergem como *direitos de igual índole*. Dita concepção, pois, esqueceu o que no apartado III caracterizou-se como a tese (b): a atenção às inevitáveis circunstâncias que governam o *devir* humano, aspecto este que, pelo contrário, esteve no centro das reflexões das fontes villeyanas. Daí que, se bem se olha, a pergunta de Villey transcrita no ponto precedente «Como deduzir da natureza humana [em singular] uma relação entre homens diversos, isto é, o direito?», resulta por completo atinada, já que é inegável que da mera observação da natureza humana “abstrata” ou “isoladamente” considerada, é impossível determinar os direitos de cada qual, que tanto o juiz como o legislador – dirá Villey – “dizem” nas peculiares circunstâncias nas quais aquela se encontra.

Um exemplo esclarece a idéia: ninguém duvida que o direito à vida constitui um bem humano básico que a razão discerne a partir de uma indagação na natureza humana, isto é, após uma reflexão que tem em conta as tendências mais primárias e as finalidades últimas das pessoas, constituindo, assim, uma lei *co-natural* àquelas o desenvolvimento e proteção

<sup>42</sup> VILLEY, Michel. *Travaux récents sur les droits de l'homme* (doravante: “Travaux...”). In: ARCHIVES de Philosophie du Droit, 26, p.414, 1981.

<sup>43</sup> TOMÁS DE AQUINO. ST. II-II, 57, l. ad. 1.

de tal bem, de modo que, ao ser o homem um *zoon politikón*, tal norma emerge como direito natural a que seja respeitado pelos demais. Contudo, não é menos certo que tal conclusão ainda não teve em conta as peculiares circunstâncias em que as pessoas se encontram e que, certamente, "concretizam" esse direito (e, portanto, "configuram-no" em mais ou em menos, até o extremo em que poderia, inclusive, desaparecer), em função de determinadas hipóteses que tal indagação "abstrata" não pôde prever, mas que a "concreção" da vida social se encarrega de assinalar. Assim, as hipóteses de legítima defesa individual ou social (se um indivíduo é atacado por outro ou por vários ou se uma comunidade política o é, massivamente, por outra) são patentemente ilustrativas não já do inevitável "recorte" que, na vida social, afeta todos os direitos, mas, como é o caso do exemplo sob estudo – sem dúvida extremo, mas não por isso menos concreto –, de sua própria desaparecimento em caso de mediar risco de vida para as próprias pessoas atacadas.

b) E o segundo, porque há em muitos textos de Villey uma surpreendente desconsideração do relevante papel (mesmo como *princípio*) que cabe à natureza humana na configuração do *ius*. Com efeito, se, como foi dito mais acima, a natureza humana é a base a partir da qual é possível discernir e estruturar os fins aos quais se dirige a pessoa, ela não pode ser, como expressa Villey, «um dos fatores que podem entrar no cálculo», de modo que, como expressa em outro lugar, a nota substancial das pessoas (conseqüência dessa comum natureza humana) só valha sob «certos aspectos». Uma consideração tal traz consigo afirmar que, sob outras circunstâncias, a própria pessoa humana "não conta", ou seja, que "não vale nada", de modo que, dadas tais premissas, não existiria, com rigor lógico, nenhum obstáculo para que aquela possa ser preterida se – por razões de conveniência, de consenso, de decisão majoritária ou pelas meras vias de fato – assim fosse decretado.

Como é óbvio, tal conclusão resulta por completo estranha à tradição em que Villey se inspira, para a qual as normas que podem se inferir da natureza humana, precisamente por isso resultam *co-naturais* à estrutura fundamental da pessoa e, portanto, *válidas* como fundamento "sempre", e não "às vezes" ou "sob certas condições". Pois bem: como se antecipou, tal validade não supõe, de per si, a sua correlativa *vigência histórica*, que dependerá das circunstâncias de tempo e lugar que, inevitavelmente, as modulam<sup>50</sup>. É por isso que se diz que tais normas se situam no *princípio* de todo raciocínio, o qual – dado que constantemente encontra a pessoa "com" outros – é sempre *prático* (por oposição a *teórico* ou *formal*, como sucede no racionalismo), isto é, encontra na peculiar situação da vida (rigorosamente "compartilhada") o seu modo de concreção e, portanto, de delimitação e de configuração intersubjetiva.

Em definitiva, a natureza humana ou constitui um *insubstituível ponto de partida na determinação do ius* ou não serve para nada: *tertium non datur*. Sobre tais bases, se a resposta fosse afirmativa, estar-se-ia na tradição do "direito natural clássico" e, portanto – e com as precisões que se efetuarão *infra* VI, em função das diversas alternativas da vida –, se estimará possível determinar um *conteúdo indisponível* com relação aos direitos mínimos ou infranqueáveis que caracterizam toda pessoa. Se, pelo contrário, a resposta fosse negativa, então a questão do sentido último do direito (a idéia da justiça ou injustiça intrínseca de certas condutas ou, como também se chamou, a nota de "injustiça extrema", que destrói esse feixe de indisponibilidade) fica nas mãos – como se antecipou – da mera conveniência, do consenso, da decisão majoritária ou, enfim, do golpe de punho a que Ross fazia referência.

<sup>50</sup> Sobre a distinção entre "validade" e "vigência", cf. as oportunas referências de HERRERA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 6. ed. Pamplona: Euzko, 1990, esp. 181-183.

Sobre a base do dito até aqui, parece indubitável que Villey – em sua luta contra a comum “genealogia jusnaturalismo racionalista / positivismo legalista” – contornou, em mais de uma oportunidade, as afirmações de que: (a) a lei natural é sempre fonte do direito e (b) a lei natural é só um critério, um ponto de partida em todo raciocínio voltado à determinação do direito, jamais um ponto de chegada. Daí que, ainda que resulte inquestionável a sua crítica à configuração racionalista da natureza humana, não o é menos que a sua – por momentos – desconsideração daquela conduz – como expressa ajustadamente o professor argentino Rodolfo Vigo – a um duplo risco: «além do risco ontológico de perder o fundamento objetivo e necessário do direito, está também o risco gnosiológico de privar a razão daquelas pautas que possibilitam o seu funcionamento». E conclui este autor: «a alternativa não consiste entre imutabilidade e historicidade, mas em precisar os âmbitos em que se podem aceitar uma e outra característica»<sup>51</sup>.

6. Chegados a este ponto, poder-se-ia perguntar se a aludida desconsideração (ou, inclusive, esquecimento liso e lhanho) em que incorrem alguns dos textos villeyanos aqui mencionados, relativos a um tema sem dúvida capital para as autoridades em que se inspira, não responde a um certo “exagero de militância”, só compreensível no contexto histórico em que o autor se situou, dominado pela luta mais acima mencionada.

E, talvez, uma mostra disso constitua-o a tosca exegese que efetua do famoso texto de Tomás de Aquino segundo o qual «*natura autem hominis est mutabilis*»<sup>52</sup>. Com efeito, a partir desta frase, Villey chegou a expressar que «o direito é,

por essência, móvel»<sup>53</sup> e que «o direito natural é cambiante porque o próprio homem muda»<sup>54</sup>, razão pela qual «nenhuma regra jurídica é absolutamente necessária»<sup>55</sup>, o que aparenta que o autor se abandona – além do já mencionado “determinismo” (cf. *supra* II, 2) – a um inequívoco “construtivismo”, que, como se adiantou, deixa a crucial questão do sentido último do direito à mercê de fatores puramente casuais ou, em definitiva, fáticos.

Com todo o dito – e se não se tivessem em conta os muitos textos citados *supra* nos pontos II, 1 e 3 –, as distâncias entre Villey e, em especial, o pensamento aquinatense tornar-se-iam inconciliáveis. Sinteticamente expostas, estas se manifestariam nos seguintes aspectos:

a) uma estreita leitura de Villey do “Tratado da Lei”, ao isolá-la das prévias e fundamentais referências nas quais o teólogo napolitano estuda os preceitos naturais que caracterizam e governam a natureza humana e que, como *regna general*, são permanentes e constantes<sup>56</sup>.

b) Como lógica conseqüência do anterior, Villey conferiu

<sup>51</sup> VILLEY, Michel. *La Formation*, p. 52.

<sup>52</sup> VILLEY, Michel. *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*. Córdoba (Rep. Argentina): Universidad Nacional de Córdoba, p. 79. Do francês por E. Garçon Valdes.

<sup>53</sup> VILLEY, Michel. *La Formation*, p. 130. Cf., igualmente, *ibidem*, p. 52, entre outros lugares.

<sup>54</sup> A meu juízo, dois exemplos da fina relação que propõe o Aquinate entre a universalidade e permanência dos preceitos naturais como normas racionais que, por um lado, se discernem na natureza humana e, por outro, as suas possíveis exceções, constituem-na: a) a excepcional hipótese da não obrigatoriedade da devolução de um depósito, si atuarem determinadas circunstâncias especiais (cf.: ST, III, 94 e em conexão com III, 57, 2, ad. 1) e b) a não obrigatoriedade de que as leis positivas reprimam todos os vícios (cf. ST, III, 96, 2 c). Cf., a respeito, a sinérgica mas profunda crítica que, com apoio tanto no Aquinate como em Aristóteles, realizam NIERT, VANNIER, “*Avant-propos*” In: Michel Villey, nota 20, p. 9 e TAITZEL, “*Controverses autour de l'idée de nature de choses et de droit naturel*”, nota 20, p. 41.

<sup>51</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *La filosofía del derecho de Michel Villey*. In: PERSPECTIVAS filosóficas contemporáneas. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991, p. 281.

<sup>52</sup> TOMÁS DE AQUINO. ST, II-II, 57, 2, ad. 1.

especial ênfase à dimensão *descritiva-indicativa* da moral aristotélica (a qual, efetivamente, se adverte em fragmentos de sua *Ética a Nicômaco*) em detrimento da não menos evidente dimensão *imperativa*, representada pela figura do virtuoso a quem há que imitar e ao qual, ademais, as próprias leis compelem (presente tanto na *Ética* como, de modo fundamental, na *Política*<sup>57</sup>). E justamente em virtude da referida opção - incômoda ante a clara perspectiva *prescritivista* do "Tratado da Lei" do Aquinate - Villey omitiu a consideração de seus aspectos *imperativos*. Estes, com efeito - seguindo Aristóteles - se ancoram também na figura do *spondaios*, que, como expressa Finnis, é a *regula et mensura* que está no «coração da definição aquinatense da lei»<sup>58</sup>.

c) Inferência necessária dos pontos precedentes é a redução levada a cabo por Villey da torrente jurídica da doutrina tomasiana, que fica circunscrita ao "Tratado da Justiça" com o argumento (que uma elementar leitura dos textos desmente) de que o "Tratado da Lei" é meramente moral<sup>59</sup> e

d) Sobre tais bases, é também inevitável a redução villeyana (mais acima insinuada) ao caráter meramente "indicativo"

<sup>57</sup> Este aspecto foi salientado por INCIARTE, Fernando em seu iluminador trabalho "Ética y política en la filosofía aristotélica", recolhido em *El reto del positivismo lógico*. Madrid: Rialp, 1974. Para uma análise deste tema, inspirada em quem foi meu orientador na Universidade de Münster, cf. o estudo citado na nota 4, esp. p. 256-270. Mais recentemente, cf. a semelhante opinião de TITZTS, "Controverses...", nota 20, p. 41.

<sup>58</sup> Cf. FINNIS, nota 35, p. 129. Cf., igualmente, NIKETI VANNIER, *Avant-propos*. In: Michel Villey, nota 20, p. 9. Creio encontrar essa dimensão *desotiosa* (aliás, intimamente vinculada à conotação *prescritiva*), entre outros lugares, nas seguintes obras aquinatenses: *Comentário da Ética a Nicômaco*, nn. 494, 1893, 1895 e 2075; e ST, III, 94, 2c; 99, 2 ad. 2; 100, 3c e 100, 11 c. Para uma análise mais detalhada deste assunto, cf. meu estudo da nota 4, p. 264-270.

<sup>59</sup> Os elementos "jurídicos" do Tratado da Lei são constantes. Cf., a mereo título exemplificativo, ST, III, 94, 4c; 5c e 6c; 95, 3c e 4c; 96, 1c e 96 2c. Para um desenvolvimento mais amplo deste ponto, cf. minha crítica na obra citada na nota 4, pp. 417-428, esp. 421-427, lugar no qual procuramos mostrar as dificuldades em que o próprio Villey se encontra, de modo a fundamentar a sua tese. Cf., com relação a Aristóteles, a semelhante conclusão de TITZTS, "Controverses...", nota 20, p. 41.

da linguagem jurídica, conclusão esta que - a meu ver e mais uma vez - só mostra uma das dimensões do ser do direito, tal como lhe fora objetado, com razão, por G. Kalinowski e por J. L. Gardies, numa memorável polêmica<sup>60</sup>.

## V RUMO A UM DIREITO NATURAL "UNIVERSAL-CONCRETO"

1. A meu juízo, um modo adequado de superar a tensão em que incorrem os textos villeyanos aqui indicados é proporcionado pelas próprias fontes clássicas, fontes estas que, obviamente, o professor francês conhece de sobra, apesar das perplexidades em que lança os seus leitores em não poucas ocasiões (e de menor relevância, conforme se tem visto). Para tal fim, principiarei pela análise etimológica do próprio vocábulo "natureza", e, após isso, examinarei alguns textos das autoridades villeyanas, nos quais, a meu ver, se refletem adequadamente os elementos de *permanência* e de *mutabilidade* que governam a idéia de "direito natural" e que permitem dar adequada resposta à tensão anteriormente assinalada.

2. A palavra "natureza" remete ao substantivo latino *natura* ou *naturae*, o qual procede de um participio prévio, *natus*, que significa "nascido". Por sua vez, *natus* é o participio do verbo *nascor*, *nasceris*, *nasci*, *natus sum*, verbo este que, por seu turno, alude à coisa mesma em dupla direção, ativa e passiva: *gerar* e *ser gerado* ou *nascer* e *ser nascido*. Com sustento nestas considerações, Tomás de Aquino afirmou que «*nomen naturae*

<sup>60</sup> Cf. VILLEY, Michel; KALINOWSKI, Georges; GARDIES, Jean-Louis, *Dialogue à trois voix. Indicatif et impératif juridique*. In: ARCHIVES de Philosophie du Droit, 19, 1974. Devo-me no exame deste tema ao trabalho da nota 4, p. 278-326 e, algo mais tarde, em "El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski" In: *Persona y Derecho*, Pamplona, 25<sup>o</sup>, pp. 73-114. A meu juízo, as posturas destes dois autores recém citados ressentem-se - cada uma a partir de uma determinada perspectiva - de um claro "reducionismo", razão pela qual edito à tese mais integradora que propõe Gardies.

a nascendo est dictum» («o nome natureza vem de nascimento»), e nascimento – acrescenta o professor espanhol Francisco Puy – «significa o princípio de algo, ou seja, a consideração de algo no momento do tempo em que começa a existir»<sup>61</sup>.

Como se adiantou, Villey não é alheio a esta etimologia, à qual acode expressamente ao abordar o tema do direito natural. Assim, acudindo ao vocábulo grego da expressão latina *natura*, ou seja, *physis*, assinala que este «evoca, em primeiro lugar, o crescimento das plantas (*phyen*); *natura*, a *nativitas*, a gênese dos seres vivos. A palavra natureza significava o contrário da inércia, um movimento...»<sup>62</sup>. Está-se, pois, perante o que, mais tarde, se conheceu como a “essência enquanto princípio de operação”.

No entanto, com o que foi dito não se esgota o significado do vocábulo *physis-natura*, já que este alude também à ideia de *fim*, de *plenitude* ou, como dizia Aristóteles, ao «completo desenvolvimento» de uma coisa<sup>63</sup>, que é possível lograr – dentro do que aqui interessa – na medida em que o “ser” do homem se tiver posto em “ato”, ou seja, quando se virem “cumulados” ou “completados” os “bens básicos”, cujo desenvolvimento – conforme se viu antes – emerge como uma exigência fundamental, como uma norma natural e, portanto, como um reclamo de

<sup>61</sup> PUY, Francisco. El tópico de lo justo natural. In: OLIVERA, Paulo Ferreira da, *Direito natural, justiça e política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I, p. 532-533.

<sup>62</sup> VILLEY, Michel. *Questões*, p. 147. O autor se inspira no texto de Tomás de Aquino de ST L. 29, ad. 4 *quien*, por sua vez, se apóia nos livros II da *Física* e V da *Metafísica*, ambos de Aristóteles. Este último, em 1014 *ba*-1015 a deste último livro, escreve que «natureza, em seu sentido primário e próprio, é a substância dos seres que têm em si mesmos, enquanto tais, o princípio do movimento [...] natureza é, neste sentido, princípio de movimento dos seres naturais inatentes a eles. Um resumo esclarecedor desta noção de *physis-natura* pode-se ler em *FÍSICA*, nota 35, p. 103.

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. *Política*, 1252, b. 32-34 (segundo a tradução de J. Tricot. Paris: Vrin, 1987). Em relação a este “duplo” tratamento da ideia de natureza no Estagirita cf. BERTHOLONI, Carlos E. Algunas observaciones sobre el problema de la ley natural en Tomás de Aquino. In: ANUARIO de Filosofía Jurídica y Social, 20. Buenos Aires: 2000, p. 41-42.

“dever-ser” dos mesmos. A este respeito – conforme assinala o professor Pedro Serna a propósito da crítica à denominada “falácia naturalista” –, «se de onde se parte é do que os homens experimentam de modo prático – não por dedução de um suposto conceito de natureza humana – como aquilo que os conduz à sua própria auto-realização, a ser verdadeiramente o que são, no começo se situa um *dever ser*, e daí, sim, pode-se obter – logicamente e metafisicamente – um *dever ser*: o que deve ser ainda não é, ainda que de algum modo é, e, por isso, não há falácia naturalista: o fim se apresenta como obrigação proveniente da teleologia, do tendencial, do *dever-ser* do homem [...]. A natureza concebida à maneira clássica apresenta, deste modo, um caráter normativo, mas não pelo que já é, mas pelo que aspira a ser, pelo fim insito nela, pela perfeição à que está chamada. E dita normatividade do natural se preserva da objeção da falácia naturalista, precisamente porque este conceito de natureza permite mostrar que tal argumento só tem sentido no plano do fático-empírico»<sup>64</sup>.

Assentadas as precedentes considerações, se se quisesse realizar uma exegese “benevolente” da glosa realizada por Villey ao texto aquinatense mencionado na seção anterior – de modo a torná-lo compatível com o que estimo o genuíno pensamento de suas fontes –, dever-se-ia indicar que, a rigor, não existe inconveniente em afirmar que a “natureza do homem é mutável”, se com isso – por um lado – se alude ao primeiro significado de *physis-natura* – isto é, à ideia de movimento ou trânsito – e se – por outro lado –, após tal afirmação, não se põe fim à glosa – como ocorre em Villey.

Com efeito: o comentário deve necessariamente prolongar-se, perante o qual cabe inquirir: movimento ou trânsito rumo a quê? Rumo a uma livre “construção” do que cada

<sup>64</sup> SERNA, nota 20, p. 181 (ênfasis añadido).

qual, espontânea e interessadamente, aspira ou rumo ao que uns impõem a outros? A resposta, segundo as fontes clássicas – como já se viu –, não deve ser a recém indicada. Pelo contrário, o movimento ou trânsito aqui referido é rumo à plenitude ou culminação da dignidade humana representada por esses “bens básicos”, que a razão discerniu através de uma indagação sobre a natureza física e metafísica (naturalmente sociável) da pessoa e que, em virtude do mencionado primeiro princípio prático da razão, aquela está compelida a realizar, emergindo, de tal modo, um feixe de normas naturais que imperam racionalmente a tal fim.

3. Pois bem: como parece claro (porque a vida o mostra a cada passo), este movimento ou trânsito rumo à plenitude do ser humano está muito longe de ser linear. Há nele contínuos *corsi e ricorsi*, e isso não só porque as circunstâncias da vida (ao contrário do ambicionado pelo par “jusnaturalismo-racionalista / positivismo-legalista”), praticamente, jamais se podem prevenir por completo – em atenção a que a sua complexidade é moeda corrente –, mas também porque a própria natureza humana apresenta peculiaridades que condicionam, ou seja, modulam os raciocínios práticos e, portanto, a índole da decisão e, por conseguinte, o alcance do *ius*.

Como se antecipou, as fontes clássicas não ficaram alheias a este fenómeno. Pelo contrário, talvez seja neste ponto – isto é, no âmbito da “exceção” à “regra geral” perante uma circunstância especialmente complexa ou, inclusive, impensada – no qual mostraram uma refinada percepção da realidade e uma não menos sutil capacidade para expô-la.

Se o olhar se dirigir a Aristóteles, o exemplo que salta aos olhos – escrito em apenas uma página – é o luminoso e continuamente empregado caso da *epikeia*, ou seja, do que ele

denominou “justiça perfeita”, mediante a qual se “tempera” (“excepciona-se”) o teor literal da norma (que, como “regra”, deve ser seguida), a fim de poder abarcar um caso de espécie que não é alheio ao espírito do legislador (em razão do qual sua inaplicação ao texto em questão redundaria numa patente injustiça), mas que, no entanto, não resultava compreendido pelo texto legal, não devido a um erro do legislador, mas, justamente, à extrema riqueza da natureza das coisas (da realidade), cuja previsão escrita se tornou impossível para aquele<sup>65</sup>.

Por sua vez, se se pensa no Aquinate, o exemplo (tomado uma e outra vez pela tradição posterior) é o da devolução ou não do depósito, que, aliás, permite situar em justos termos sua remexida frase relativa à “mutabilidade da natureza humana”. Como se recordará, o autor precisa que, embora o devolver sempre a outro o que se recebeu em empréstimo constitua uma “regra geral” derivada da “equidade natural”, aquela só valeria se «a natureza humana fosse sempre reta». Daí que, quando não acontece de tal modo – e isso ocorre “algumas vezes” ou “em algumas ocasiões” (que é quando, *por exceção*, “a natureza humana é mutável”) –, a regra geral deverá ser deixada de lado. Assim, escreve, «haverá ocasiões em que não se deverá devolver o emprestado, quando um homem perverso quer usá-lo mal; por exemplo, não haveria que se entregar sua arma a um louco ou a um inimigo da república, ainda que a peça»<sup>66</sup>.

4. Não obstante a indubitável relevância que o tema da “exceção” ocupa no pensamento clássico, a dialética entre ela e as “regras gerais” às quais, precisamente, excetua, deixa, a meu juízo, um ensino fundamental e que é o que motivou

<sup>65</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 31-1138 a 5. Ocupo-me deste tema em “La interpretación del derecho de acuerdo a ‘equidad’ en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina” In: *PERSONA y Derecho. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada*, 40°, Pamplona, p. 445-486.

<sup>66</sup> TOMÁS DE AQUINO, nota 52 (ênfasis añadido).

estas páginas, em razão de que os textos villeyanos que aqui são objeto de controvérsia tendem a emudecê-la. Trata-se de que, entre a exceção inevitável (esses aludidos *corsi e ricorsi* que a vida ensina), deixa-se entrever um dado constante ou permanente que, por isso mesmo, pode-se erigir em fundamento a partir do qual tolerar ou admitir a "exceção" ou – por dizê-lo numa linguagem jurídica mais lhana – "administrar" a "emergência". Em tempos relativamente recentes – recordei antes – a doutrina alemã condensou esta idéia com o vocábulo *Unverfügbar* (indisponível), que, no fundo, remete a essas *rationes immobiles* (razões imutáveis) a que faz referência o Aquinate ao comentar esse parágrafo aristotélico fundamental – como talvez poucos na história do pensamento (e também, seja dito com todo respeito, neste caso exasperadoramente breve) – da *Ética a Nicômaco* 1134 b 30-34, com cuja glosa me disponho a fechar estas páginas<sup>62</sup>.

Interpretando-o de modo esquemático, extraio dele, um tanto livremente, as seguintes conclusões: a) não é correto que se diga que o direito seja só direito positivo, pois existe um direito natural, mesmo quando este varie; b) tal variação é *provável* entre os deuses, de onde se deprenderia que a natureza destes talvez seja mutável; c) tal variação é *absolutamente segura* entre os homens, do que se deprenderia que sua natureza é *sem dúvida* mutável; d) se a natureza do homem for imutável (e, por conseguinte, o direito natural), também o é, *a fortiori*, o direito positivo; e) não obstante o anterior, existe uma justiça natural entre os homens e, f) sobre tais bases, é possível discernir quais

<sup>62</sup> O parágrafo é o seguinte: "alguns crêm que toda justiça política é desta classe [positiva ou mutável], porque o que é por natureza é imutável e tem em todas as partes a mesma força, o mesmo que o fogo queima tanto aqui como na Pérsia, e constatam que a justiça varia. Isto não é certo, mas o é num sentido; melhor dito, para os deuses não o é, provavelmente, de nenhuma maneira; para nós, há uma justiça natural e, no entanto, toda justiça é variável; contudo, há uma justiça natural e outra não natural. Mas, é claro qual dentre as coisas que podem ser de outra maneira é natural e qual não é natural, mas legal ou convencional, ainda que ambas sejam igualmente mutáveis" (segundo a tradução criada na nota 34).

elementos suscetíveis de mudar têm sua raiz na justiça natural (e que, portanto, resultam "naturalmente justos", não obstante a mutabilidade, ou seja, apesar de que "podem ser de outra maneira") e quais, pelo contrário, encontram tal raiz numa fonte legal ou convencional.

Séculos mais tarde, o Aquinate retoma estas linhas, tanto ao escrever a sua *Suma Teológica* como ao comentar o livro do Estagirita, no qual aquele escreveu a citação em questão.

Assim, ao ilustrar na obra mencionada em primeiro lugar – conforme se antecipou – a hipótese da obrigatoriedade ou não do depositário de devolver o depósito ao depositante, considero que dá uma satisfatória explicação ao que aqui englobei sob as letras "e" e "f", e que, apesar da importância de todos os pontos sintetizados nas letras precedentes, constitui o *quid* da questão que me preocupou de modo central neste ensaio.

Com efeito, ensina o napolitano que é de «equidade natural que se devolva sempre a outro o que se tomou emprestado»<sup>63</sup>, donde se infere que, embora pudessem, por hipótese, existir leis positivas que digam o contrário, tais normas resultariam insanavelmente injustas, pois – para seguir as palavras das fontes – «há uma justiça natural» (Aristóteles) ou é de «equidade natural» (Tomás de Aquino) a devolução do depósito ao depositante; e isso – como sublinhei no texto aquinatense – é, *conceitualmente, sempre* assim.

Contudo, como também é sabido, o jogo das circunstâncias pode obrigar a estabelecer exceções a tal conceito. E aqui não topamos somente com a nota de intrínseca mutabilidade do direito positivo, que Aristóteles enfatizou de modo categórico e exemplificou sem dificuldades: «que o resgate custe

<sup>63</sup> TOMÁS DE AQUINO, nota 52 (a ênfase não corresponde ao original).

uma mina ou que se deva sacrificar uma cabra e não duas ovelhas»<sup>99</sup>.

Pelo contrário, neste ponto está-se perante uma questão mais delicada, a saber, a *mutabilidade mesma do direito natural*. E, ao respeito, o Estagirita não só escreveu que isso é possível como, ademais, que nem sequer é difícil precisá-lo: «mas é claro qual dentre as coisas que podem ser de outra maneira é natural». Não obstante o exposto, o seu exemplo (lacônico como todo o texto, conforme se recriminou) não me deixa nada satisfeito («assim, a mão direita é por natureza a mais forte e, no entanto, é possível que todos cheguem a ser ambidestros»<sup>100</sup>), em razão de que é mister olhar para o Aquinate a fim de encontrar uma resposta adequada para o ponto.

Como se adiantou, creio encontrar tal resposta no exemplo do depósito. Como regra geral, aquele deve ser devolvido: isso “seria sempre obrigatório”. No entanto, tal regra cede “em algumas ocasiões”, nas quais – como a natureza humana não é “sempre reta” – “pode falhar”. Em minha opinião, nestas sucintas linhas surge com clareza de que modo o direito natural (ou, se se quer, uma solução mutável de raiz natural, por oposição ao convencional) governa completamente a hipótese nelas refletidas, *tanto na regra como na exceção*. O primeiro (a regra), porque como é de justiça natural a devolução dos depósitos; o segundo (a exceção) de modo algum altera a natureza daquela. E o segundo (a exceção), porque esta não se assenta numa mera convenção (no sentido de que é indiferente o critério a ser adotado até o momento em que se adota um, que – segundo um ensinamento central do Estagirita – é de pristino “direito positivo”), mas, pelo contrário, na própria natureza das coisas, a saber, as graves conseqüências a que conduziria a aplicação literal da regra.

<sup>99</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1134 b, 25-26.

<sup>100</sup> *Ibidem*, 1134 b 35.

Porém, há mais: ao comentar a *Ética a Nicómaco*, o Aquinate aprofunda nesta idéia num parágrafo que Villey, a meu juízo, interpretou corretamente, mesmo não extraindo dele todas as devidas conseqüências. Diz, com efeito, o Aquinate que «deve-se observar que, como as razões das coisas mutáveis são imutáveis, o que em nós é natural enquanto pertencente à própria razão do homem, de nenhum modo varia, tal como que o homem é animal. Mas, as coisas que se seguem da natureza, como as disposições, as ações e os movimentos, variam em alguns casos. De igual maneira, *as coisas que parecem de justiça à razão mesma, de nenhum modo podem alterar-se, tal como que não se deve roubar, que é um fato injusto. Já as coisas que se seguem das naturalmente justas, podem ser diferentes nuns poucos casos*»<sup>101</sup>.

Interpretando este texto de modo também esquemático, obtenho dele, um tanto livremente, que: a) é de justiça natural (regra geral) que não se podem alterar certos princípios, como o de que não se deve roubar; b) contudo, o exposto não implica que, em certos casos (exceção) que se seguem de tais princípios, se adote uma solução contrária, tal como o faz o próprio Tomás de Aquino em outro lugar, quando admite o denominado “furto famélico”; c) pois bem: tal conclusão não impede reconhecer que, nem a regra (mutável em casos de exceção) nem esta última procedem da natureza das coisas e não do acordo positivo, pois em nenhum caso é indiferente (ou seja, que possa ser de uma ou outra maneira) o princípio (já que roubar é sempre um fato injusto) nem, menos ainda, a exceção àquele, pois ela só ocorre perante uma situação extrema, de modo que a sua justificação resulta inquestionável ou, pelo menos, exige uma adequada fundamentação (no caso subministrado pelo Aquinate, tolera-se o roubo com sustento – e só com sustento – na fome generalizada da população).

<sup>101</sup> AQUINO, TOMÁS DE. *Comentario de la Ética a Nicómaco*, n. 1029. Tradução de Ana M. Mallea. Buenos Aires: CIAFIC, 1983, p. 297-298 (a ênfase não corresponde ao original).

Villey mesmo – talvez para calar as suspeitas que alguns de seus textos levantaram com relação à sua genuína filosofia – acerta, segundo creio, na glosa desta página também fundamental, quando – em consonância com a melhor tradição das fontes às que se remete – recorda que, embora os direitos são mutáveis [e isto vale tanto para os naturais como para os positivos], em sua mutação existem razões imutáveis (*rationes reman mutabiltum sunt immobiles*)<sup>72</sup> [e isto vale, exclusivamente, para o direito natural]. Trata-se, pois, dessas razões que garantem o indisponível (o direito “justo”; o último resquício de racionalidade), mesmo quando razões não menos contundentes e da mesma índole daquela autorizem, em certos casos, uma exceção à regra.

#### ABSTRACT

This article analyses the work of the French philosopher Michel Villey, concentrating not only in his contemporary natural law theory, but mainly in the aspect of the mutability of these criteria. The question is to investigate whether or not the parameters of just law are ontologically indifferent to changes in time and space, that is: naturally just law may vary in relation to the social environment?

Key-words: Michel Villey, Natural Law.

## CRIMINOLOGIA CRÍTICA

### Uma análise sobre o surgimento do abolicionismo e minimalismo radical como conseqüência da crise de legitimidade ou da deslegitimação do sistema penal

Ricardo C. de Carvalho Rodrigues  
Mestrando em Direito Penal pela Universidade  
Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista  
em Direito Penal e Processo Penal pela Escola  
de Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio  
Américo de Miranda – ESMape.

#### RESUMO

Há uma mudança paradigmática no processo de desenvolvimento da Criminologia, especificamente em evitar-se uma compreensão restrita sobre crime e criminoso – método etiológico de olhar para o fenômeno do desvio – passou a analisar o processo de criminalização, pondo sobre as luzes da Criminologia o sistema penal. Isto implica em mudanças e surgimento de novos movimentos de política criminal, como o advento da Criminologia Crítica. Seus fundamentos servem tanto aos abolicionistas, quanto aos minimalistas radicais. Este artigo procura o ponto de convergência entre estas correntes radicais, que identificam o sistema penal como deslegítimo para exercer as suas funções declaradas ou, ainda, deslegítimo por exercer apenas sua função não-declarada ou latente, resultando em uma eficácia invertida. Assim, verifica-se uma oposição dentro do sistema penal entre o bem (sociedade) e o mal (homem desviante); relativo ao seu funcionamento através da sua seletividade e estigmatização de sua clientela penal. Propõe, então, uma análise sobre a diferenciação na forma de abolir o sistema penal ou preservar seu substrato estritamente necessário para o seu funcionamento. Há uma real e verdadeira oposição entre abolicionistas e minimalistas?

Palavras-chave: Criminologia Crítica, Abolicionismo e Minimalismo Radical.

<sup>72</sup> VILLEY, Michel. *Questions*, p. 150.

## SUMÁRIO

1 CRISE DA LEGITIMIDADE OU DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL. 1.1 A mudança do paradigma criminológico: o sistema penal é o novo objeto de análise da Criminologia Crítica. 1.2 Fundamento deslegitimante: o "duplo sentido" da deslegitimação e os argumentos para uma proposta abolicionista e minimalista radical. 2 DO ABOLICIONISMO ONTOLÓGICO AO ABOLICIONISMO RADICAL. 2.1 A "dupla via" do abolicionismo: um movimento de teoria e prática. 2.2 Razões críticas para uma proposta abolicionista radical. 3. DIREITO PENAL MÍNIMO: DO MINIMALISMO RADICAL AO GARANTISMO DO DIREITO PENAL MÍNIMO. 3.1 A heterogeneidade do Direito Penal Mínimo. 3.2 Minimalismo radical: modelos de deslegitimação do sistema penal e uma proposta mediata rumo ao abolicionismo. 3.3 Garantismo: o minimalismo como fim e a relegitimação do sistema penal. 4 A FALÁCIA DA OPOSIÇÃO ENTRE ABOLICIONISMO E MINIMALISMO.

## 1 CRISE DA LEGITIMIDADE OU DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

### 1.1 A mudança do paradigma criminológico: o sistema penal é o novo objeto de análise da Criminologia Crítica

É a partir da década de 70 do século XX que as teorias político-criminais críticas passam a ocupar o papel central na reação (controle) social dentro das sociedades capitalistas e desenvolvem um novo paradigma da criminologia.

O câmbio deste paradigma situa-se no fato de abandonar a análise do "crime" e da "criminalidade" e debruçar-se sobre os processos de criminalização. É nisto que se fundamenta a Nova Criminologia ou Criminologia Crítica.

Este movimento político-criminal possui como seus máximos representantes o abolicionismo penal e o direito penal mínimo ou "minimalismo radical"<sup>1</sup> são "criadores e

<sup>1</sup> No esteio de Paulo Queiroz (2005, p. 89), será empregada aqui a expressão "minimalismo radical".

criaturas" do processo de deslegitimação do sistema penal (ANDRADE, 2006).

15A crítica abolicionista e minimalista radical versa sobre o Sistema Penal e não se reduz a uma análise do Direito Penal, enquanto programação normativa e técnica dos juristas. Pois o Sistema Penal institucionaliza o poder punitivo do Estado, seja como máquina estatal, seja como interação com a sociedade.

Entende-se por sistema penal a totalidade das instituições que fundamentam o controle penal como Parlamento, Ministério Público, Polícia, Prisão, etc.. Este sistema penal formal é complementado por sua (re) produção simbólica através de instrumentos informais como mídia, escola e Universidade, etc.. Assim, os mecanismos formais e informais do sistema penal se interagem dentro da sociedade. (ANDRADE, 2006)

Já Zaffaroni (1996, p. 96), entende o sistema penal como a institucionalização do poder punitivo independentemente destes procedimentos serem utilizados de forma estritamente legal ou através de práticas ilegais (tortura, grupos de extermínio, etc.) conhecidos ou tolerados. Assim, é a totalidade de instituições que compõe o sistema penal quem impossibilita abolir não unicamente o direito penal. Isto sacrificaria apenas o poder dos juristas, bem como a liberação total dos conflitos e a redistribuição deste poder, contido no direito penal, aos outros órgãos do sistema penal.

Neste sentido, abolir unicamente o direito penal nada modificaria o atual estado do sistema penal. Suas atuais função,

lismo radical" para asseverar a compreensão de que seus adeptos a propõe como tática ou caminho para alcançar o abolicionismo e distinguir do modelo de direito penal mínimo proposto por Ferrajoli que se demonstrou contrário às teses abolicionistas. Adiante teremos oportunidade de distinguir os dois minimalismos e apresentar as críticas feitas pelo penalista italiano aos abolicionistas e minimalistas radicais.

oficiais ou latentes, migrariam e seriam exercidas sob a tutela de outras instâncias, o que consistiria numa mera reedição de um discurso justificador, ou melhor, relegitimante.

### 1.2 Fundamento deslegitimante: o "duplo sentido" da deslegitimação e os argumentos para uma proposta abolicionista e minimalista radical

O abolicionismo nega validade às teorias justificadoras do direito de punir e propõe a imediata extinção de todo sistema penal. Já o minimalismo radical busca a imediata contração do direito penal, identificada como tática para um gradual abandono do sistema penal. Neste, há uma provisoriedade e preservação residual do próprio direito penal. O abolicionismo, ao contrário, rechaça toda justificação do *jus puniendi* por encontrar-se erigido sobre bases falsas e ilegítimas.

Portanto, o posicionamento deslegitimante do minimalismo radical afasta-se da deslegitimação proposta pelos abolicionistas. Isto revela um "duplo sentido" na utilização do termo "deslegitimação".

Para os abolicionistas a ilegitimidade não está apenas no vigente sistema penal formal, mas também em toda proposta de sistemas penais situada no porvir. É outro o entendimento dos minimalistas, na medida em que a sua crítica deslegitimante versa sobre o sistema penal atual e aqueles que no futuro não se pautem por uma propostas minimalistas de contração do direito penal.

O sistema penal está deslegitimado desde o desvelamento de suas incapacidades e incompetência em exercer suas funções declaradas, ou pior, por cumprirem funções não declaradas, "latentes". Enfim, são as funções disfuncionais que o desle-

gítima. Uma destas funções disfuncionais seria a reprodução material e ideológica do sistema global dentro do próprio sistema penal. Este se torna um subsistema a serviço daquele a produzir e reproduzir as relações de poder e de propriedade existentes.

Neste diapasão a Criminologia Crítica renuncia a tarefa de gerenciar o sistema penal, pois sua deslegitimação é irresolúvel nos marcos do capitalismo. A atividade gerenciadora contradiria o discurso da criminologia crítica, pois como "se propor a auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se seu propósito último é defender o homem contra este tipo de sociedade". (SHECAIRA, 2005, p. 332-333)

A Criminologia Crítica consubstancia-se como crítica final de todas as correntes criminológicas ditas liberais<sup>3</sup>, pois quer superar a ideologia da defesa social. Coisa que as teorias liberais não conseguiram, mesmo no seu momento mais avançado (*labeling*), onde suas críticas pontuais tendiam à justificação ou relegitimação do sistema penal, sob a tese da "universalidade do delito". As teorias liberais são portadoras da ideologia "negativa substitutiva" da ideologia tradicional. (BARATTA, 2002, p. 149-150)

Há uma congruente ideia da efemeridade das instituições, inclusive sobre as que compõem o sistema penal, sejam elas quantas forem, sejam elas quais forem. Assim, "sociólogos nos dizem que a eternidade das instituições é proporcional à sua funcionalidade; historiadores nos dizem da historicidade das instituições e, portanto, de sua contingência e provisoriedade" (ANDRADE, 2006).

<sup>3</sup> O termo "liberal" é utilizado para distinguir as diversas teorias albergadas pela ideologia da defesa social das mais recentes teorias chamadas "criminologia crítica". "Liberal" ainda congrega diversas teorias clássicas, pois tanto estas quanto as teorias liberais recentes possuem o mesmo marco do pensamento burguês contemporâneo e se caracterizam "por uma atitude racionalista, reformista e, geralmente, progressista" (BARATTA, 2002, p. 47)

As idéias da criminologia crítica, em suas duas vertentes – abolicionismo e minimalismo radical – não podemos falar em uma unidade totalizante entre elas, senão em uma unidade dialética, desde que compreendido a idéia de objetivos estratégicos e táticos<sup>1</sup> representada pelos seus respectivos programas político-criminais. Por outro lado, cada uma dessas teorias representa uma plêiade de teses que objetivam abolir ou minimalizar a intervenção do sistema penal.

## 2 DO ABOLICIONISMO ONTOLÓGICO AO ABOLICIONISMO RADICAL

### 2.1 A “dupla via” do abolicionismo: um movimento de teoria e práxis

O abolicionismo, desde o seu surgimento, constituiu-se como uma relação teoria-práxis, tanto que ficou conhecido como uma teorização de movimento social. Pretende romper com o meramente acadêmico, sem esquecê-lo, por isso é comum dizer que o abolicionismo é uma política-criminal de “dupla via”, isto é, acadêmico e de movimento social.

De toda sorte não se diminui o papel acadêmico, pois a mudança na hegemonia dos conceitos significa um passo importantíssimo rumo ao abolicionismo ou, pelo menos, na quebra dos pré-conceitos contra o debate sobre as teses abolicionistas.

A característica de movimento social evidencia-se, mais ainda, quando se identifica nos principais teóricos do abolicionismo a

<sup>1</sup> Conceitos fortemente utilizados pelo marxismo, onde o objetivo estratégico é a construção mais justa e igualitária de uma sociedade – comunismo – pois a transformação radical da sociedade não é imediata, mas passa por um longo processo de transição que Marx e Engels denominaram de Socialismo Científico, objetivos táticos. A forma dos objetivos estratégicos é posta pelos objetivos táticos, enquanto estes são flexíveis de acordo com a conjuntura, aquele é permanente de acordo com a estrutura.

fundação de grupos e organizações voltadas para pressionar o sistema penal e construir alternativas concretas ao sistema.<sup>4</sup>

Não existe apenas uma única vertente do abolicionismo. Ao contrário, sua origem funda-se no pluralismo como no racionalismo, positivismo, cristianismo, anarquismo, etc.. O abolicionismo aqui referido não é este, mas o “abolicionismo radical” que se contrapõe ao sistema penal por ele deslegitimado e propõe uma radical substituição do sistema penal por outras instâncias de solução de conflitos (ZAFFARONI, 1996, p. 97).

A questão central desta breve pesquisa não são os fundamentos pré-jurídicos ou ontológicos das diversas matizes do abolicionismo, pois remontam uma etapa anterior à fase da mudança de paradigma criminológico e podem ser reunidas em três grandes ideologias, quais sejam a anarquista<sup>5</sup>, a marxista<sup>6</sup> e a liberal/cristã<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Houve um grande encontro em Strömstad, que pode ser tido como início do movimento crítico à prisão que nestou conhecido como “O Parlamento dos Laibões”, pois envolvia em seu bojo pessoas dos mais diversos tipos de contato com o sistema penal como teóricos, advogados, assistentes sociais, sociólogos, psiquiatras, egressos do sistema penal, presos, familiares, simpatizantes do movimento, etc.. As origens deste abolicionismo militante são Escandinavas como: A Liga de Coorbber, criada por Louk Hulsman na Holanda, alternativa ao Ministério da Justiça; Mathiesen fundou o KRON (Associação Norueguesa para a reforma penal) neste mesmo, o KRUM na Suécia e o KRIN na Dinamarca e Finlândia que pretendiam a abolição do sistema carcerário. Outras experiências teórico-práticas do abolicionismo podem ser encontradas na Alemanha como o KRAK e o IBSK, na Inglaterra, o RAP (Alternativa radical à prisão) com adeptos até mesmo nos Estados Unidos (SHECAIRA, 2004, p. 328 e 346).

<sup>5</sup> O anarquismo concentra sua crítica não no sistema penal propriamente dito, mas na ausência de liberdade e autonomia do indivíduo que é eclipsado por obra do Estado. Aqui, entende-se o sistema penal como uma das instituições que colonizam o mundo e impede a felicidade plena dos homens. Assim, propõem a supressão do Estado para que o homem possa ser livre (SHECAIRA, 2004, 346).

<sup>6</sup> O abolicionismo marxista entende o sistema penal como instrumento repressor a serviço do ocultamento dos verdadeiros conflitos sociais, onde o principal é o conflito de classes antitéticas.

<sup>7</sup> A base liberal/cristã trabalha com o conceito de “solidariedade orgânica” ou “eunomia” onde os próprios indivíduos se ocupam dos conflitos (“situações problemas”) que estiverem envolvidos. Isto se opõe a tese da “anomomia” criada pelas sociedades repressivas e demonstra ser necessário impor limites a dor infligida aos presos. Este é ponto de concordância entre Hulsman e Durkheim (SHECAIRA, 2004, 347).

A vertente teórica do abolicionismo é a segunda perspectiva da denominada "dupla via". Seu desenvolvimento foi gradual e partiu dos pressupostos construídos pela teoria da "rotulação social" e do pensamento originário de Taylor, Walton e Young, nos primeiros anos da década de 70 do século passado. Todavia, esta perspectiva teórico-acadêmica do abolicionismo penal apenas tomou força com a realização do Congresso Mundial de Criminologia realizado em 1973 em Viena (SHECAIRA, 2004, p. 345).

O abolicionismo penal, enquanto escola teórica de política criminal foi concebida pelo italiano Filippo Grammatica nos anos 70 do século, mas circunscrita, ainda, nos marcos da escola da Defesa Social. Para Grammatica, a defesa social consistia em garantir a ordem, mesmo que isto implicasse na abolição do direito penal e do sistema penitenciário vigente (GRECCO, 2006, p. 10).

Posteriormente, com a mudança do paradigma criminológico, o abolicionismo penal (agora radical) inserese em uma política criminal diversa, isto é, na Criminologia Crítica, e passa a deslegitimar, principalmente, a ideologia da escola da defesa social.

Portanto, o real fundador do abolicionismo radical são as razões críticas que recaem sobre o sistema penal. Estas razões são calcadas na deslegitimação, reprodução de desigualdades sociais, seletividade e estigmatização, que agora iremos nos deter.

## 2.2 Razões críticas para uma proposta abolicionista radical.

O "abolicionismo radical" nega legitimidade não só deste sistema penal vigente em contato e atuante sobre a realidade social, mas também um possível e vindouro sistema penal alternativo para a solução de conflitos.

A abolição radical refere-se ao enfrentamento dos conflitos através de instâncias e mecanismos formais e informais. Os formais não devem vincular-se ao sistema penal, mas ao direito civil e ao administrativo. Já o informal funcionará mediante outras agências que não pertencem ao direito, como a escola, igreja, etc. O abolicionismo não quer uma renovação ou modificação do sistema penal, mas sua bastante e total eliminação pela sua ineficiência em atingir os fins por ele mesmo proposto.

Para os abolicionistas radicais o crime é uma realidade construída, em que os fatos tipificados como crimes são fruto de uma decisão humana modificável no tempo e no espaço. Percebe-se entre os abolicionistas o consenso de que a lei quem cria o crime.

O que há de comum entre uma conduta agressiva no interior de uma família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de uma moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? (...) A única coisa que tais situações têm em comum é a ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como 'crimes' resulta de uma decisão humana modificável (...). Um belo dia o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. (...) É a lei quem diz onde está o crime; é a lei que cria o "criminoso" (HULSMAN, 1993, p. 63-64)

Neste sentido, para Nils Christie (1998, p. 13) os "Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos".

É corrente a idéia do sistema penal como um problema social em si mesmo. Não resolutor de conflitos, senão produtor

e reprodutor de mais problemas sociais. Razão pela qual deve ser abolido. Diz-se que somente com a sua sucumbência será possível dar vida às comunidades, às instituições e aos homens (QUERIOZ, 2005, p. 89).

Não há, para os radicais abolicionistas, uma realidade ôntica no crime ou na criminalidade, senão no processo de criminalização, uma escolha política dos bens jurídicos a serem protegidos. Dentro da decisão política de ser criado o crime situa-se, por conseguinte, a decisão política de ser criado o criminoso. Esta escolha é feita pelas classes hegemônicas do sistema social em prejuízo das classes mais débeis. Sobre esta recai o status de criminalizável. O criminoso é criado pela seleção e estigmatização.

Neste sentido, o binômio crime-criminoso, serve à instrumentalização do poder punitivo "de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global de uma formação social historicamente determinada" (KARAM, 2004)

Uma primeira razão que move os teóricos a propugnarem pela abolição do sistema penal é o fato de a humanidade já haver vivenciado uma sociedade sem direito penal. O que aproxima a sociedade moderna deste longínquo período é identificar o crime e a criminalidade como criações legais do homem.

O crime é um evento raro e excepcional, veja-se os altos índices da denominada "cifra negra", onde os conflitos são solucionados (ou não) sem adentrarem no âmbito da justiça criminal, bem como as sociedades que não conheciam o direito penal o fizeram. A "cifra negra" confirma a imunidade como regra e não a penalização, embora avultem condutas

criminalizadas. Logo, é prescindível o sistema penal que atua irrisoriamente ao que ele mesmo se propôs.

Outra razão seria a "anomia" do sistema, isto significa que as normas possuem uma função esperada - mas não cumpridas - de proteção aos bens jurídicos previamente selecionados, bem como a prevenção no cometimento de novos delitos.

É característica do sistema punitivo e razão para sua abolição a seletividade e estigmatização, forjadoras de um sistema de controle social discriminatório, onde a sua clientela é sempre a mesma. A medida do sistema penal é a medida da sua seletividade.

A deviação não é uma qualidade ontológica da ação, mas antes o resultado de uma reação social e que o delinqüente apenas se distingue do homem normal devido ao fenômeno da seletividade do sistema. O condenado, em face do processo criminal, fica marcado perante a sociedade e si mesmo. O estigma lhe pesa de tal forma que acaba interagindo com o rótulo criminal e ele é impulsionado a viver e a comportar-se com a imagem que incorpora (SHECAIRA, 2004, 349).

A seletividade e a estigmatização são as categorias mais candentes do processo de criminalização e recaem sobre os mais vulneráveis das classes mais débeis. Este mesmo processo de criminalização promove a isenção de condutas e comportamentos socialmente até mais danosos à coletividade, mas que por serem típicos dos indivíduos que figuram nas classes dominantes, de acumulação capitalista, são imunizados, uma vez que é desta classe social que emana as normas penais.

O recrutamento da clientela penal recair sobre os mais vulneráveis entre os mais débeis é fruto de uma estrutura

social onde a distribuição de acesso e oportunidades não são equitativas, mas cumulativas sobre a mesma classe hegemônica, o que produz e reproduz as desigualdades sociais, enquanto se propaga vivermos em uma sociedade de iguais.

Esta igualdade é meramente formal e provoca uma contradição entre a igualdade dos sujeitos de direitos e a desigualdade substancial entre os indivíduos. A primeira, mecanismo de legitimação das desigualdades materiais e confirma o nexo funcional entre os mecanismos seletivos da criminalização e o processo de formação econômica, segunda forma de desigualdade material entre os indivíduos (BARATTA, 2002, p. 166).

Significativa razão para abolir o sistema penal possui o argumento que identifica na estrutura operacional de suas agências uma capacidade incompatível com a infinidade de condutas criminalizáveis por ele. Há, portanto, a razão da "disfuncionalidade funcional", que argüi Zaffaroni (1996), em que o sistema penal é estruturado de forma que não funcione ou que funcione na sua forma "latente".

O problema desta forma latente de funcionar o sistema penal é tornar invisível a fonte geradora da criminalidade. Advogam no sentido de combater os desvios pessoais e esquecem encobertos os "desvios estruturais que os alimentam" (KARAM, 2004).

Outra razão é cindir a sociedade em uma realidade maniqueísta e dicotômica de social ou anti-social; boa ou má; e boa parte das vezes o homem é concebido como um inimigo do Estado<sup>5</sup>; isto nega o pluralismo das sociedades (SHECAIRA, 2004, p. 350).

<sup>5</sup> Ver a tese de Günther Jakobs em defesa de um "Direito Penal do Inimigo", onde a função da pena seria a estabilização de expectativas normativas, o que faz da norma um bem jurídico em si mesmo a ser protegido. Isto retira o indivíduo das preocupações do Direito Penal, pelo menos teleologicamente.

Mais uma razão é que a vítima não importa ao sistema penal, senão a busca por um culpado legitimadora da potestade punitiva estatal. A vítima reduz-se à testemunha do conflito vivenciado. Assim, podemos afirmar que o sistema penal "rouba" o conflito da vítima e ainda a oculta.

Uma outra razão é a produção desnecessária de dor moral e física infligida ao condenado e sua família, além da própria ilegitimidade da pena de prisão, o que Zaffaroni (1996, p. 94) denominou de "sofrimento órfão de racionalidade". Esta ilegitimidade advém do não cumprimento de suas finalidades oficiais, pois são irrealizáveis e escondem sua "função latente" de criar, limitar e reproduzir a sua clientela penal, o que pode ser mensurado pelos altos índices de reincidência<sup>6</sup>.

Se por um lado é a reincidência quem decreta a falência da prevenção especial, por outro lado é o crescimento dos índices da criminalidade que negam a eficácia da prevenção geral, somada à troca da preservação da pessoa pela a manutenção do sistema, através de uma função simbólica desempenhada pela pena. O homem torna-se um simples objeto ou meio para o alcance de objetivos teleológicos.

A função simbólica da pena, dentro de todas as teorias legitimadoras, somente serve para encobrir o fato de possuir uma finalidade inexplicita da manutenção e manifestação do poder de punir do Estado. Nas palavras de Zaffaroni (1996, p. 14): "sempre se soube que o discurso jurídico-penal latino-americano é falso".

Por fim, a pretensa função de garantia e segurança jurídica atribuída ao sistema penal resta irrealizável, pois além de não con-

<sup>6</sup> No livro "Los límites del dolor" Nils Christie tapal QUEIROZ, 2005, p. 91), incoincidentalmente, afirma que só a pena de morte, prisão perpétua e a castração possuem o condão de eficácia de impedir a reincidência.

seguir conter a intervenção do Estado torna-se uma autorização para que a intervenção se legitime (QUEIROZ, 2005, p. 90).

Por mais que os objetivos estratégicos dos abolicionistas penais sejam de supressão total do sistema penal, seus métodos, pressupostos filosóficos e objetivos táticos não coincidem. O abolicionismo penal não é uma construção individual, senão coletiva e evolutiva e que "não se orienta pelo saber dos profetas intelectuais, das imagens de futuros arruinados. É um discurso estratégico composto de forças liberadoras e libertadoras das práticas punitivas modernas" (PASSETTI, 2004).

Assim, partindo desta base crítica, teremos a fenomenologia de Louk Hulsman, o materialismo marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenologia-historicista de Nils Christie e até mesmo o estruturalismo de Michel Foucault, mesmo que este não tenha integrado formalmente o movimento abolicionista (BATISTA et al. 2003, p. 648)<sup>10</sup>.

### 3 DIREITO PENAL MÍNIMO: DO MINIMALISMO RADICAL AO GARANTISMO DO DIREITO PENAL MÍNIMO

#### 3.1 A heterogeneidade do Direito Penal Mínimo

A deslegitimação proposta pelo minimalismo penal constitui-se como uma alternativa à utilização do sistema penal da forma que se encontra hoje, através de sua contração, isto é, reduzindo-o de tal sorte que apenas sobreviva seu resíduo extremamente necessário, o menor mal possível.

Não há uma unicidade nas idéias, mas uma pluralidade

<sup>10</sup> Adverte-se que apenas Louk Hulsman permanece abolicionista até os dias atuais. Christie e Mathiesen reviram suas posições. É o que se pode inferir da entrevista codada por Nils Christie à Ana Sofia S. de Oliveira e publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais (apud QUEIROZ, 2005, p. 88).

de propostas e programas mínimos do direito penal que não necessariamente poderão ser unificados sob o pretexto de uma única nomenclatura, direito penal mínimo.

Há uma heterogeneidade. Há o minimalismo radical ou mediato que se apresenta como um meio, um percurso em direção ao abolicionismo e entende a deslegitimação como uma "crise estrutural de legitimidade", representado por Alessandro Baratta e Eugenio Zaffaroni. Há também a teoria do garantismo penal ou minimalismo "reformista", é o que se consagra como um fim em si mesmo e entende o problema da legitimidade como uma "crise conjuntural" do sistema penal, este é representado por Luigi Ferrajoli (ANDRADE, 2006).

Com este raciocínio, portanto, são duas teorias distintas a "intervenção mínima do direito penal" e o "direito penal mínimo", onde o primeiro deslegitima o sistema penal e não se ocupa de sua bastante (re)legitimação, ao passo que o segundo, mesmo partindo de um processo de deslegitimação preocupa-se com a (re)legitimação do sistema penal.

#### 3.2 Minimalismo radical: modelos de deslegitimação do sistema penal e uma proposta mediata rumo ao abolicionismo

O minimalismo radical entende a crise estrutural vivenciada pelo sistema penal como irreversível e de uma impossibilidade em haver qualquer reabilitação seja no presente seja no futuro. Este minimalismo-meio ou "transitório" constitui-se como a bastante transição entre o sistema penal deslegitimado vigente e o abolicionismo.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira

inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça. (ZAFFARONI, 1996, p. 106)

Idéia central da intervenção mínima de Baratta é advogar por requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos, onde tais direitos possuiriam uma função negativa de limite e uma função positiva de indicação de possíveis objetos de tutela penal.

Para Zaffaroni, por mais que seja possível a postulação de uma intervenção mínima centrada em uma profunda descriminalização, redução radical da pena de prisão e retomada dos limites do chamado "direito penal liberal", isto não legitima o que resta do sistema penal (ZAFFARONI, 1996, p. 94). O programa penal mínimo possui um alcance temporal médio, transitório e pragmático, fosse longo esse alcance restaria o sistema penal proposto legitimado.

Embora o minimalismo radical identifique o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais e incapaz de realizar suas funções declaradas, senão suas funções latentes, ele considera impossível suprimir este sistema, mesmo com tamanhas mazelas.

Portanto, mesmo dentro de uma perspectiva residual do direito penal, para Baratta, uma melhor política criminal corresponde a uma política de transformação das estruturas sociais, objetivando a minimização das desigualdades e desenvolvimento da democracia e formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas.

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer

coisa melhor somente poderá acontecer quando substituímos a nossa sociedade por outra sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha a necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de auto gestão da sociedade, também no campo do controle do desvio (BARATTA, 2002, p. 207).

A idéia de superação do sistema penal não está necessariamente aliada a uma idéia que negue formas alternativas de controle social do desvio. Todavia, podemos mensurar e classificar uma sociedade a partir da sua resposta penal à conduta desviante, como autoritária ou não-autoritária, repressiva ou não-repressiva. Pois, afirma Alessandro Baratta (2004), "*La lucha por la contención de la violencia estructural es la misma lucha por la afirmación de los derechos humanos*".

Ele procura articular através em um programa de intervenção mínima do direito penal a construção de uma política criminal de curto e médio prazo, que respeite os direitos humanos. Este conceito de direitos humanos possui uma dupla função. Uma "negativa" que se refere aos limites da intervenção penal. Outra positiva, definição do objeto da tutela pelo direito penal (BARATTA, 2004).

Uma política alternativa de controle social deve observar estas duas funções dos direitos humanos que se constituem como um instrumento teórico mais eficaz na contenção da violência punitiva. Assim, só servirá conter a violência punitiva se for para afirmar os direitos humanos e a justiça social. Em segundo lugar, se limita a utilizar de modo alternativo os instrumentos tradicionais da justiça penal.

Também o criminólogo argentino Eugenio Zaffaroni buscou na intervenção mínima do direito penal, que ele denominou de "resposta marginal", uma forma articulada entre criminologia, política-crime e a dimensão jurídico-penal uma forma para diminuir os níveis de violência do sistema de forma imediata e suprimi-la de forma mediata como objetivo ou estratégia "utópica".

A deslegitimação do sistema penal impede a construção de um discurso jurídico-penal marginal. Todavia, nada impede que este aceite a deslegitimação do sistema e limite sua própria atuação, através de um saber criminológico que objetive diminuir a violência do sistema. "Neste sentido, o realismo marginal, ao invés de eliminar a ética do direito, tornaria ética também a criminologia do direito penal com base em uma decisão ético - política que priorizasse a vida humana como valor e a morte como desvalor" (ZAFFARONI, 1996, 172).

Diminuir a intervenção penal é, sem dúvida, um caminho que pode diminuir a violência do sistema penal, desde que não se constitua como um jogo para retirar a matéria penal da agência judicial e aumentar o poder das outras agências. Assim, a renúncia a pretensão punitiva deve ser real e destinar-se ao modelo punitivo (ZAFFARONI, 1996, 177).

Uma política criminal reducionista de violência não pode aceitar a transferência de matéria penal relativa a sua agência judicial para outra agência punitiva. Devem, ao contrário, reivindicar e recuperar aquilo que já foi subtraído.

Por tudo, a diminuição da intervenção penal deve proporcionar uma nova forma de solução de conflitos ou que estes fiquem a cargo das instâncias informais. Diversamente, é o que ocorre, por exemplo, com a lei de contravenções penais que não se constitui como uma intervenção mínima, descrite-

minimalização ou renúncia ao sistema penal, senão um recurso para ampliar o poder repressivo do próprio sistema penal (ZAFFARONI, 1996, 177).

Não se apresenta uma diferença fundamental entre a intervenção mínima de Alessandro Baratta e a "resposta marginal" de Eugenio Zaffaroni, também minimalista. Ambos devotam suas construções teóricas em defesa dos Direitos Humanos e do papel protagonista que o homem desempenha em detrimento do sistema penal, como forma de negar qualquer tipo de visão sistêmica funcionalista, onde se avulta o sistema e se minimiza o homem, como o fizeram as teorias de Niklas Luhmann e Günther Jakobs.

### 3.3 Garantismo: o minimalismo como fim e a relegitimação do sistema penal

O pensamento minimalista penal, também denominado "Teoria do Garantismo", acredita que mesmo deslegitimado é possível, através da máxima contração do direito penal, uma relegitimação do próprio sistema penal para o futuro.

Ferrajoli não comunga com as idéias deslegitimantes de que "à irracionalidade de nossos sistemas penais vigentes e operantes, mas sim à impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal inclusive o futuro e mínimo que seja" (ZAFFARONI, 1996, p. 95). Para ele tal assertiva é própria do abolicionismo e mesmo em uma sociedade mais democrática e igualitária o programa no qual deveria espaldar o sistema penal seria o do Direito Penal Mínimo (garantista), pois somente este seria capaz de evitar maiores danos, como por exemplo a vingança ilimitada como consequência o processo disciplinatório que adviria à abolição.

A legitimidade, ou melhor, a relegitimação de um futuro direito penal mínimo, para Ferrajoli (2006, p. 312), residiria em razões utilitaristas, fundada unicamente no fato de prevenção de reações, formal ou informal, cada vez mais violentas contra os delitos. O direito penal mínimo voltaria suas atenções para minimização quantitativa da pena, da reação violenta contra o delito, o que impediria a vingança do Estado contra o réu.

Enquanto o abolicionismo volta sua crítica para os custos do sistema penal, o garantismo (minimalismo) de Ferrajoli (2006, p. 312) pesa os custos de uma anarquia punitiva e os custos do direito penal, e conclui pela idéia de uma pena como o menor mal necessário e a lei sempre como defesa do mais fraco.

Lei do mais fraco significa assumir a defesa do réu na relação autor-réu, mas também e, principalmente, significa a defesa do autor na relação Estado-autor. Contudo, é forçoso salientar que na obra de Ferrajoli pouco se versa sobre a questão da vítima, seu maior esforço se concentra em refrear a potestade punitiva do Estado contra o autor.

Relegitimar o direito penal corresponde, para Ferrajoli (2006, p. 315), a própria defesa da liberdade física da transgressão. A liberdade do desviante em escolher dentre as condutas possíveis e comportar-se conforme o direito ou contrário a ele. Essa garantia de liberdade física de escolha – mesmo que sob a incidência da pena para os comportamentos contrários ao direito – é quem garante a liberdade de todos.

O abolicionismo se apresenta para Ferrajoli (2006, p. 306) como uma “utopia regressiva”, visto seu conteúdo ideológico ao passo que a verdadeira utopia a ser perseguida seria o garantismo e a defesa relegitimante do próprio direito penal.

O garantismo é legitimado pela necessidade de defesa das garantias dos “desviantes” e dos “não desviantes”.

A crítica central que Ferrajoli faz ao abolicionismo, seja em sua acepção total e imediata, seja na sua acepção de meio e mediata (minimalismo radical), é que a pretensão de suprimir o sistema penal deixaria os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução aparente que vigora hoje no sistema penal.

Acerca de tal crítica, responde Zaffaroni:

Na verdade o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatias horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente (ZAFFARONI, 1996, p. 107).

#### 4 A FALÁCIA DA OPOSIÇÃO ENTRE ABOLICIONISMO E MINIMALISMO

Não se pode compreender abolicionismo e minimalismo penal como um confronto teórico bipolar e estático, ao contrário há uma bastante dialetização entre estas duas propostas de política criminal, seja por parte de um minimalismo radical que incorpore taticamente as razões abolicionistas – isto é, ter no abolicionismo uma meta final e utilizando-se do minimalismo como meio ou mecanismo para seguir tal percurso – seja por um minimalismo garantista que polemize e se constitua enquanto antítese dialética do abolicionismo (ANDRADE, 2006).

No esteio da professora catarinense, não é possível comprometer-se com os ideais do minimalismo radical e,

ao mesmo tempo, ignorar o compromisso deste com o abolicionismo. Haveria nesta atitude uma tentativa, consciente ou inconsciente – pouco importa – em relegitimar o sistema penal, alvo de toda crítica deslegitimante do minimalismo radical, o que seria um contra-senso teórico.

A confusão teórica se instauraria, posto que se adotaria um minimalismo como fim na medida que ele mesmo se propôs enquanto meio. Deixemos, então, o minimalismo como fim a cargo da proposta de Ferrajoli, desde o início opositora do abolicionismo penal.

A contradição proposta por Ferrajoli entre abolicionismo e minimalismo serviu para vulgarizar e incompatibilizar as teses abolicionistas e o garantismo. Na verdade, deve ser considerado que há dentro do minimalismo diversos pressupostos analíticos e, por conseguinte, tal oposição estrita, somente existiria quando utilizado o manancial teórico do próprio Ferrajoli (ANDRADE, 2006).

A pretensão, tanto abolicionista quanto minimalista radical, é de funcionar como instrumento crítico de análise do sistema penal com o escopo de contenção da violência e guarda dos direitos humanos, mas também como forma de pavimentar a própria superação do sistema penal.

Neste sentido parecem diminuir as distâncias entre o direito penal mínimo que, em última análise, também não seria relegitimante do modelo penal de decisão de conflitos, e o abolicionismo. Em nessa região marginal, onde a distância tecnológica em relação ao poder central aumenta rapidamente, a necessidade de uma atividade preventiva 'controlada' será inevitável a curto prazo. Reduzidas as distâncias entre as perspectivas minimizantes ou de contração do sistema penal e as abolicionistas e, levando-se em conta que, afinal, ambas se identificam numa disputa sobre modelos

de sociedade que, para nós, estão muito afastados e que, no momento, em face de nossa posição marginal na rede planetária de poder, carecemos de autonomia para realizar, não tem muito sentido perdermo-nos em detalhes deste debate que pode levar ao imobilismo ou à demora de uma ação que, eticamente, não podemos adiar (ZAFFARONI, 1996, p. 112).

Por tudo, o verdadeiro antípoda do abolicionismo, longe de ser o minimalismo, é o "eficientismo penal" ou discurso de "lei e ordem", fruto de uma era de globalização neoliberal, de encolhimento do Estado Social (*Welfare State*) e expansão e relegitimação do sistema penal (ANDRADE, 2006).

Não estamos aqui discutindo ou discorrendo sobre a hegemonia prática e teórico do abolicionismo e minimalismo, mas sim uma crítica à hegemonia da "lei e ordem" no discurso jurídico-penal que entendem a crise vivida pelo sistema penal como uma crise conjuntural de eficiência operacional do poder punitivo, além de negar a deslegitimidade do sistema, ao passo que as teorias abolicionistas e minimalistas radicam uma crítica estrutural da sociedade e afirmam haver uma "eficácia invertida" do sistema.

Para os criminólogos críticos o sistema penal está deslegitimado pela sua disfuncionalidade ou sua "funcionalidade disfuncional", em partes, os adeptos do discurso hoje oficial de "lei e ordem" também adensam a crítica de que o sistema penal não funciona.

Todavia o que determina mais do que a contradição entre estes dois pólos de pensamento político criminal não é a identificação do sistema penal como um problema funcional e sim a consequência que deve emergir de tal constatação.

Desta forma, os criminólogos críticos propõem ora a abolição do sistema penal, ora a máxima contração possível deste sistema, mas ambos os casos tendo como pressuposto a deslegitimação do sistema penal.

Outra via é, pois, traçada pelo discurso de "lei e ordem" que argumentam a não funcionalidade do sistema penal na sua falta de eficiência no combate à criminalidade que não é suficientemente repressivo. Dentro desta perspectiva deve-se, cada vez mais, criminalizar, penalizar, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. Enfim, o que importa, realmente é o desenvolvimento de uma cultura punitiva que suprimem diversas garantias penais e processuais (ANDRADE, 2006).

Seja como for, o fato é que não há uma oposição essencial entre minimalismo radical e abolicionismo radical, pois ambos se concentram no mesmo esforço de superar o sistema penal, numa relação dialética, sem com isso, pretender a sua (re) legitimação. A deslegitimidade do sistema penal é intrínseca a ele.

O verdadeiro antagonista, tanto do abolicionismo quanto do minimalismo, é o eficientismo relegitimador que busca mais penas, que busca a expansão do direito penal. O dilema do nosso tempo não é, portanto, a escolha entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência, absolutamente desleal, entre a totalizadora colonização do eficientismo e a aversão ao abolicionismo, mediados pelo pretenso equilíbrio prudente de minimalismos de híbrida identidade (ANDRADE, 2006).

#### ABSTRACT

There is a paradigmatic change in the criminology development process, specifically in the avoiding of a restrit comprehension about crime and criminal - etiologic method of deviance ocurrences study. It had begun to analyse the criminalization process itself, putting the criminology lights on the penalty system. It means there are changes, and there is also the rising of new criminal policies movements, such as the appearing of Critical Criminology. Its groundings are useful to abolitionists and extreme minimalists either. This paper searches the convergent point between these radical ideas, which identifies penalty system as illegitimate to fulfill its declares functions, or even to fulfill just its non-declared or latent functions, resulting an inverse efficacy. So, there is an opposition inside the penalty system, between the goodness (society) and the evil (deviant man); concerning its functioning by the selectivity and prejudice against the penalty clientele. I propose, then, a study about the different ways of abolishing penalty system, or preserving its minimum groundings, necessary to its sustenance. Is there a real and truly opposition between abolitionists and minimalists?

Key-words: Critical Criminology. Abolitionists and Extreme Minimalists.

#### REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismos: A crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.** Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 13, 2006.

BARATTA, Alessandro. Trad. Juarez Cirino dos Santos. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. **Principios del Derecho Penal Mínimo: Para una teoría de los Derechos Humanos.** In: CRIMINOLOGIA y SISTEMA PENAL. Buenos Aires: B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

CHRISTIE, Nils, Trad. Luís Leiria. **A Indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECCO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2006.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**. Niterói: Luam, 1993.

\_\_\_\_\_. Trad. Maria Lúcia Karam. **Alternativas à Justiça Criminal**. In: PASSETTI, Edson (Org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

KARAM, Maria Lúcia. **Pela Abolição do Sistema Penal**. In: PASSETTI, Edson (Org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

PASSETTI, Edson (Org). **A Atualidade do Abolicionismo Penal**. In: \_\_\_\_\_. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

\_\_\_\_\_. **O Abolicionismo Penal: Um saber interessado**. In: DISCURSOS sediciosos: crime, Direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

# CONTROVERSA SOBRE LA REGULACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS POLÍTICO-SOCIALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL ESTADO ESPAÑOL

Sonia García Vázquez<sup>1)</sup>  
Profesora de Derecho Político y Constitucional  
Universidad de A Coruña (España)

<sup>1)</sup> Doctora en Derecho Político y Constitucional, Licenciada en Derecho, DEA en Derecho Constitucional, y Master en Derechos Fundamentales y Sistema de Garantías en el ámbito comparado. Ha participado en numerosos Cursos y Congresos sobre materias vinculadas a la política de inmigración europea, el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros extracomunitarios, la erosión de las garantías constitucionales en los procesos de extranjería, la protección jurídica del menor y el régimen jurídico de los menores inmigrantes no acompañados. Ha intervenido en diversos Seminarios monográficos dirigidos a funcionarios de la Administración Pública y a mandos superiores de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Compatibiliza su labor investigadora con tareas docentes en las Facultades de Derecho y Sociología de la Universidad de A Coruña. Es miembro del Directorio Abierto de Investigadores del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales del Ministerio de Trabajo; evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP), perteneciente al Ministerio de Educación y Ciencia; miembro permanente del IPJET (International Platform of Jurists for Democracy, Rights and Liberties in East Timor); y participa en diversos proyectos de cooperación al desarrollo. Desde el año 2004 forma parte del equipo de investigación sobre derechos de los extranjeros dirigido por el Prof. Dr. D. Eliso Aja, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y Director del Instituto de Derecho Público de dicha Universidad. Ha ampliado estudios en la Universidad de Taicá (Chile), en el Institut du Fédéralisme de la Universidad de Friburg (Suiza), en la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica), en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia), en la Universidad de Zaragoza (España), en la Universidad Autónoma de Lisboa (Portugal), y en la Universidad Federal de Pernambuco en Recife (Brasil), bajo el magisterio del Prof. Dr. D. André Rosa. Algunas de sus líneas de investigación y publicación más relevantes serían los derechos y libertades de los extranjeros, la protección jurídica de los menores, los derechos de las minorías, globalización y derechos humanos, el derecho a la educación, la ciudadanía como elemento de integración, las políticas de inmigración y asilo en el marco de la Unión Europea, los desafíos del multiculturalismo, etc.

adicionales al ejercicio, por parte de los extranjeros, de determinados derechos fundamentales; pero éste ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede considerar esta afirmación como un cheque en blanco que le habilite para configurar libremente el contenido de los derechos.

El Tribunal Constitucional (TC) ha venido repitiendo insistentemente la necesidad de diferenciar entre tres tipos de derechos: los derechos que por estar directamente vinculados a la dignidad humana, consagrada por el art. 10.1 de la Constitución española, resulten inherentes a toda persona por el hecho de serlo (sería el caso del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica); aquellos cuya titularidad queda reservada a los españoles (derechos vinculados al art. 23 CE); y, finalmente, todos aquellos derechos respecto de los que el legislador simplemente podrá "atemperar" (STC 99/1985, F. Jco. 2º) su disfrute por parte de los extranjeros. En este sentido se ha expresado recientemente el TC en su Sentencia de 10 de abril de 2000, en cuyo F. Jco. 3º reproduce jurisprudencia preterita contenida en sentencias como la 107/1984, de 23 de noviembre; la 99/1985, de 30 de septiembre; o la 130/1995, de 11 de septiembre.

Sin ningún género de dudas, los derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga se reconocen por la Constitución también para las personas extranjeras. Esta inclusión se deriva, en primera instancia, de la propia literalidad de los enunciados constitucionales: de su redacción explícita ("*todos tienen derecho*", en los derechos de sindicación y huelga del art. 28 CE), o deliberadamente impersonal ("*se reconoce*", para los derechos de reunión y manifestación de los art. 21 CE, y de asociación del art. 22 CE).

Del mismo modo, los tratados internacionales que informan la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución en virtud del artículo 10.2 CE, parten de la consideración de todos ellos como derechos humanos predicables de los extranjeros mediante una descripción amplia de su ámbito subjetivo. Finalmente, el propio custodio constitucional ha declarado que los extranjeros son titulares plenos de algunos de estos derechos; entre ellos, los de reunión y manifestación, como atestigua la dicción literal de algunos fragmentos de los F. Jcos. 2º y 3º de la STC 115/1987:

El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que "se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas", sin ninguna referencia a la nacionalidad de la persona que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los "españoles", y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho se reserva a los ciudadanos.

En este marco normativo, la legislación de extranjería reconoce la titularidad de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga a todos los ciudadanos extranjeros con una particular fórmula que repiten, casi sin variaciones, los artículos 7.1, 7.2, 8, 11.1 y 11.2 de la Ley de Extranjería 14/2003, aunque con una redacción un tanto distinta, supeditando su ejercicio a un mismo requisito: la permanencia administrativa en España de forma regular, es decir, autorizada por la Administración ("*los extranjeros podrán ejercer el derecho cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*").

Con esta peculiar formulación legal se instaura una dualidad de regímenes en el disfrute de tales derechos: por un lado, los extranjeros en situación administrativa regular son

titulares de estos derechos y pueden ejercerlos libremente en igualdad de condiciones con los españoles; y por otro lado, los extranjeros en situación administrativa irregular son titulares de tales derechos, pero no pueden ejercerlos hasta que obtengan autorización de residencia (o de trabajo en el supuesto concreto del derecho de huelga). En el fondo, tal fórmula jurídica provoca la exclusión del colectivo de extranjeros en situación irregular del disfrute de estos derechos fundamentales, puesto que la restricción introducida, lejos de estar referida simplemente a las condiciones de ejercicio, supone la negación de la titularidad misma, porque parece bastante evidente que la titularidad es, en este caso, inescindible del ejercicio del derecho.

Cabe resaltar que la posibilidad de introducir limitaciones relativas al disfrute de los derechos ha sido admitida por las disposiciones constitucionales e internacionales, bajo determinadas condiciones. Tal y como establece el art. 13.1 CE, y como se deriva del propio Derecho que emana de los tratados y se materializa por medio del art. 10.2 CE, la normativa internacional suscrita por España delimita las posibilidades del legislador a la hora de regular las condiciones de ejercicio de algunos derechos. Y en referencia a los derechos de reunión, asociación y sindicación, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Pactos Internacionales de Derechos de 1966 los reconocen indistintamente para todas las personas, permitiendo que los Estados sujeten su ejercicio "a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, para proteger la salud y la moral pública, o los derechos y libertades de los demás". Además de ello, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su art. 16 la posibilidad de aplicar "restricciones a la actividad política de los extranjeros", señalando que,

entre otros, el art. 11 no puede ser interpretado "en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros", sin precisar hasta qué punto podrá restringirse dicha actividad, que, no hay que olvidar, está reconocida a "toda persona".

Al hilo de lo expuesto, cualquier restricción a estos derechos debe ser entendida en un sentido estricto; es decir, sólo razones convincentes e imperativas podrían justificarla, ya que los Estados tienen un reducido margen de apreciación. Por si no hubiese quedado suficientemente claro, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que cualquier limitación debe responder a una necesidad social imperiosa en el marco de una sociedad democrática, y no a simples motivos de utilidad u oportunidad. En cualquier caso, creemos que no se puede considerar, en un análisis excesivamente lineal, que una situación de carácter administrativo (la falta de autorización de residencia) haga peligrar, de manera general y en todo caso, la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público; ni que la negación absoluta de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga a los extranjeros irregulares "sea necesaria en una sociedad democrática" o "para proteger la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás ciudadanos".

La negación a un colectivo de personas determinado, en base a una situación de carácter administrativo, de la posibilidad de ejercer derechos fundamentales como los de reunión y asociación, "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE), y directamente relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad, resulta, a nuestro humilde parecer, inaceptable constitucionalmente, más aún si se tiene en cuenta que esta situación puede perdurar en el tiempo durante años.

Históricamente, el derecho de reunión, potente instrumento creador y afianzador de una sociedad pluralista, surge como derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación; manteniendo en la actualidad tal conexión doctrinal y real. Bien puede afirmarse que este derecho es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares, y colectivo en cuanto a su ejercicio. En definitiva, opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses, o la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce del principio democrático participativo, puesto que, sin duda, reunirse y manifestarse son actividades vehículo de gran parte de las inquietudes que puedan sentir los ciudadanos; y una organización política que no reconozca estos derechos, o que los someta a limitaciones que atenten contra su contenido esencial, estaría gravemente enferma e incapacitada para responder a los desafíos que presentan las modernas democracias<sup>2</sup>.

Navegando en la efervescencia de los cambios legislativos, nos encontramos situados ante una artificiosa diferencia entre titularidad y ejercicio que puede llevar a recortes injustificados en el contenido esencial de estos derechos. La regulación legal de la legislación de extranjería, en su artículo 7, no priva directamente a los inmigrantes en situación irregular del derecho de reunión, porque tal prohibición sería inconstitucional, y

<sup>2</sup> SANTAMARÍA, M. J. Rodríguez. El derecho de reunión, manifestación y el derecho de asociación. En J. C. Ovares (Ed.), *Constitución y desarrollo, rasgos de identidad y valoración*. Barcelona: Bosch Editor, 2004, p. 145-161; PÉREZ, J. González. *Derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas, 2002; I. TORRES MUÑOZ. *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas, 1991, p. 21. Véase también, SOLA, N. PÉREZ. *Libertades de reunión y manifestación* en A. Rodríguez Becerra y C. Horreo<sup>10</sup> (Coord.). Granada: El nuevo Derecho de extranjería, 2001.

por esta razón no se formula de un modo expreso; pero lo consigue, igualmente, de forma más sibilina.

Desde otra perspectiva, A. Tocqueville, ardiente partidario del asociacionismo, sostenía que el privilegio más natural del hombre, además del derecho de actuar por sí mismo, es el derecho de unir sus acciones con las de otros hombres. No cabe duda de que la libertad de asociación constituye el apoyo de la mayoría de las libertades colectivas y favorece la participación de los ciudadanos en el poder, mientras contrapesa lo que éste pudiera tener de excesivo, permitiendo limitar las desigualdades existentes<sup>3</sup>. Nos situamos en una antesala de los derechos de participación, como consecuencia de que en las democracias actuales, la participación política se canaliza, preferentemente, a través de peculiares asociaciones, entre las que se encuentran los partidos políticos y sindicatos, que son piezas esenciales del tablero de ajedrez de la democracia.

Como destaca J. M. Bilbao Ubillos<sup>4</sup>, si repasamos los hitos básicos de la evolución legislativa, administrativa y judicial española comprobaremos cómo el camino que las normas positivas y la protección judicial fueron abriendo a las asociaciones y reuniones ha sido particularmente tortuoso. En España se registraron tendencias contrarias al fenómeno asociativo, y en los primeros momentos de existencia del sistema político surgido de la revolución liberal burguesa, los derechos de reunión y asociación se confunden<sup>5</sup>. El rechazo a las asociaciones no tenía otro efecto, como ha señalado el Prof. José A. Portero Molina<sup>6</sup>, que poner freno a las ac-

<sup>3</sup> J. MORANGE. *Les étrangers et la liberté d'association*. [S.L.]: AJDA, 1980, p. 141-144.

<sup>4</sup> UBILLOS, J. M. Bilbao. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. España: Universidad de Valladolid, 1997.

<sup>5</sup> Para un análisis histórico, en profundidad, véase: ARTOLA, M. *Partidos y Programas Políticos 1808-1936*. Manifiestos y programas políticos. Madrid: Alarcón, 1991, v. II, p. 160-161. SÁNCHEZ, G. Rojas. *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea (1811-1936)*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1981.

<sup>6</sup> Véase PORTERO, J. A. *La constitucionalización de los partidos políticos en la historia*

tividades propias de esas entidades: instruir, ejercer la crítica, representar al pueblo en sus peticiones y organizar políticamente la sociedad. Tras el tiempo de silencio que marcó la Guerra Civil española, fueron prohibidos todos los partidos políticos y asociaciones que habían apoyado la causa de la República, iniciándose un período de ausencia e, incluso, de persecución de la libertad de asociación y, en general, de todos los derechos, individuales y colectivos. En suma, el derecho de asociación reconocido en las modernas Constituciones supone, como reza la STC 67/1985, de 24 de mayo, la superación definitiva del recelo con que el Estado liberal contempló, en principio, este fenómeno participativo.

La antigua Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, nacida bajo la égida de una lógica policial, contempla en su artículo 8.1 el derecho de asociación de los extranjeros conforme a las leyes que lo regulen. Sin embargo, tras ese reconocimiento genérico, el apartado 2 del mismo artículo 8 introdujo una restricción de importancia al ejercicio del derecho al admitir la suspensión gubernativa, por un plazo no superior a seis meses, de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros cuando atentasen gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

El Tribunal Constitucional en la célebre STC 115/1987 se pronunció sobre la constitucionalidad de este precepto legislativo afirmando que debe admitirse que *"el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce directamente a todos, incluidos los extranjeros, el derecho de asociación"*, entendiéndose que todos los extranjeros son

titulares de este derecho constitucional, aunque la Ley pueda introducir condicionamientos adicionales a su ejercicio, sin perder de vista que es un derecho donde titularidad y ejercicio son indivisibles.

En medio del caos reinante, paradójicamente, los poderes públicos han optado, entre las diferentes medidas que se han propuesto para fomentar la participación de los inmigrantes y su integración social, por impulsar y reforzar el movimiento asociativo de los mismos. El antiguo artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, es ahora el artículo 69 de la Ley de Extranjería 14/2003 que señala que los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles recursos materiales y ayuda económica, tanto a través de los programas generales, como en relación con sus actividades específicas.

El legislador es consciente del destacado papel que estos actores juegan en el proceso de integración social del extranjero en la sociedad de acogida. En virtud de este precepto, se pone de manifiesto el firme compromiso del Estado de promocionar las vías de participación instauradas en el artículo 9.2 CE, que señala que

corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Bajo esta teleología, nace en 1995 el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, órgano especializado de

carácter consultivo, de información y asesoramiento, que se alza como cauce de consulta y diálogo entre Administraciones públicas, organizaciones sociales y asociaciones de inmigrantes.

Después de que el Convenio del Consejo de Europa de 1992, sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, dedicara un capítulo a los organismos y consejos consultivos de extranjeros, independiente del tratamiento del derecho de asociación, quedó claro el trascendente y singular papel histórico que estos organismos han desarrollado en la defensa, promoción de los derechos, e integración de los extranjeros en la sociedad receptora. En este sentido, el mencionado Convenio comprometió a todos los Estados firmantes para que fomenten y faciliten la creación de tales entidades como vía para la representación de los extranjeros en las colectividades locales, con el fin de vincularlos a las mismas y ofrecer un foro abierto para la discusión.

Resulta axiomático que la creación de vías alternativas de participación de los extranjeros demuestra la importancia del papel que tienen los órganos consultivos para profundizar en la integración política; aunque partiendo del radicalismo democrático, no debemos conformarnos con ese sucedáneo de la verdadera participación que, en ocasiones, ni siquiera resulta representativo de los colectivos de extranjeros a los que supuestamente personifica. No obstante, la atribución a este colectivo del derecho de participación en los cuerpos políticos (Consejos municipales, por ejemplo), con voz pero sin voto, constituyó una interesante opción de algunos Estados europeos, durante los años sesenta y setenta, con la intención de integrar en un programa de política general a los que habían sido tradicionalmente excluidos.

En otro orden de cosas, respecto de la libertad sindical, sólo cabe decir que entre las modificaciones que el principio del Estado social produce en el sistema de derechos propio del Estado liberal, es de justicia destacar el reforzamiento de ciertos derechos fundamentales configurados en el marco histórico del movimiento obrero<sup>7</sup> como medios de lucha del trabajador frente al empresario, y, eventualmente, frente a cualquier otro sujeto público o privado<sup>8</sup>.

El artículo 28.1 CE reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la libertad sindical, que comprende, primordialmente, tanto la posibilidad de fundar sindicatos, como la facultad de afiliarse al sindicato de su elección<sup>9</sup>. A pesar de que pueda parecer que el artículo 28.1 CE ciñe la libertad sindical a aspectos estrictamente organizativos o asociativos, hay que señalar que su contenido comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino también el derecho a que los sindicatos fundados desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el artículo 7 CE, de manera que participen en la defensa y promoción de los intereses de todos los trabajadores<sup>10</sup>, lo que incluye su derecho a formar confederaciones, a fundar organizaciones sindicales internacionales o a unirse a las mismas.

Por lo que se refiere a la titularidad de la libertad sindical, el art. 28 de la CE opta por un reconocimiento amplio referido

<sup>7</sup> Vid. E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid: CES, 2000, p. 140 y sg.

<sup>8</sup> LÓPEZ M. C. Palomoque, *Derecho Sindical Español*, 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 35 y sg.

<sup>9</sup> Resulta interesante consultar T. VIDAL MARÍN, *La libertad sindical*. In: ANUARIO PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN, Madrid/Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

<sup>10</sup> F. Jco. 3.º de la STC 70/1982, de 29 de noviembre. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical, debe consultarse X. M. CARRIL VÁZQUEZ, *La jurisprudencia constitucional relativa al artículo 28.1 de la Constitución, a propósito de la libertad sindical*, *Revista Xurídica Gallega*, n. 34, 1.º trimestre, p. 55-73, 2002.

a todas las personas. Así pues, todos tienen derecho a sindicarse libremente, tanto en la vertiente de afiliación, como en el marco de creación o fundación de sindicatos, exigiendo una norma con rango de ley para limitar o exceptuar el ejercicio del derecho a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar; así como para introducir especialidades en las condiciones de ejercicio para los funcionarios públicos (art. 28.1 CE).

Desde la perspectiva que ofrece el Derecho Internacional sobre derechos humanos, que insufla de contenido la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, a través de la vía expansiva abierta por el art. 10.2, estamos obligados a acudir al análisis del art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce en su art. 23.4 el derecho de toda persona "a fundar sindicatos y sindicarse libremente para la defensa de sus intereses"; derecho que es trasladado, con determinadas restricciones, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos formando parte del derecho de asociación. No debemos obviar, tampoco, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948), ni el Convenio OIT nº 143 sobre Trabajadores Migrantes, que considera a todo trabajador al margen de su condición legal en el país de inmigración, por lo que respecta al ejercicio de los derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Como hemos puesto de manifiesto, la afirmación general de "todos" que contiene el art. 28.1. CE ha sido matizada por

<sup>11</sup> En opinión de M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAHAMONDE, el mandato del art. 10.2. CE hace que los Convenios de la OIT pasen "a ser contexto constitucional sobre el contenido y los límites de los derechos fundamentales, en relación con el cual sólo han de ser interpretados". OLEA, M. Alonso; BAHAMONDE, M.E. Casas. *Derecho de Trabajo*. 14. ed. [S.L.]: Madrid, 1995. p. 621 y sg.

el art. 1.1. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical al atribuir el derecho a todos "los trabajadores". Tradicionalmente, se denominaba como "trabajadores" a aquellas personas asalariadas, bien fuesen sujetos de una relación laboral, bien de una relación de carácter administrativo o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, cada vez más, la jurisprudencia contribuye a ampliar este concepto restringido, avanzando hacia uno mucho más extenso que englobaría a todos aquellos que desempeñen *de facto* una actividad laboral remunerada, independientemente de que exista un contrato de trabajo o no<sup>12</sup>. La Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce en su art. 3 que en España pueden afiliarse a un sindicato: los parados, incapacitados o jubilados, e incluso, los estudiantes que no desarrollen actividad laboral. Por tanto, consideramos que no sería razonable que un extranjero que está desarrollando una actividad laboral tuviese vetado el ejercicio de este derecho sólo por encontrarse, coyunturalmente, en una situación administrativa irregular.

El Tribunal Constitucional ha manifestado en el ATC 94/1997, de 7 de abril que el contrato de trabajo de un inmigrante que ha visto denegada su solicitud de permiso de trabajo, es nulo. No obstante, no vamos a engañarnos, una abrumadora mayoría de los extranjeros que se encuentran en situación irregular desempeñan una actividad laboral que contribuye a engrosar la economía sumergida de nuestro país, convirtiendo el sistema migratorio español en lo que el Prof. Antonio Izquierdo bautizó, hace años, como "el modelo de la irregularidad". Así pues, aunque, legalmente, su contrato de trabajo fuese nulo, o no existiese tal contrato, a la luz de

<sup>12</sup> A nivel comparado, la jurisprudencia norteamericana viene considerando que todos los trabajadores extranjeros por cuenta ajena, incluyendo que se encuentran en situación irregular, son "asalariados" a los efectos de la ley nacional sobre relaciones profesionales, por lo que quedan protegidos contra las prácticas abusivas en materia de empleo, aunque puedan darse diferencias en los mecanismos para hacer valer sus derechos.

la legislación de extranjería podría dar lugar a una sanción de expulsión, pero no podría, sin embargo, entenderse que el trabajador inmigrante en situación de irregularidad se encuentre desamparado en cuanto a los derechos que se derivan de su condición. Eso sí, habrá que probar cómo era la relación que unía al empleador y al trabajador extranjero en situación de irregularidad, porque demostrar la vinculación laboral resulta crucial para otorgar la condición o cualidad de trabajador a ese inmigrante.

Una vez más, entendemos que el concepto de "trabajador" que recoge la Constitución española es mucho más amplio que el fijado por la Ley de Extranjería, reducido a los extranjeros que dispongan de una autorización de trabajo. Como ha señalado, muy acertadamente, J. VIDA SORIA<sup>11</sup> los conceptos de trabajador y empresario no deben asimilarse a los sujetos de una arquetípica relación contractual de trabajo; antes bien, deben ser entendidos en su significación sociológica o económica amplia, como personas que viven habitualmente de su trabajo y como titulares del capital o de los factores de producción, respectivamente. El trabajador extranjero que está prestando sus servicios, con independencia de que tenga autorización para trabajar, o no, tiene con el empresario una relación laboral y, por tanto, sus derechos como trabajador deben estar salvaguardados. El hecho de que la contratación de extranjeros sin autorización sea nula, no excluye que de ella se deriven derechos laborales, como el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente por el trabajador prestado, o la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social por el tiempo que ha durado esa prestación laboral, como manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998.

<sup>11</sup> SORIA, J. VIDA, en O. Alzaga (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, (S.L.I.) [s.n.], 1983, Tomo III, p. 213 y sg.

Partiendo de esta reflexión, cuando el legislador admite implícitamente en otras partes del articulado de la legislación de extranjería que los extranjeros pueden permanecer en España de forma irregular y años después conseguir una autorización de residencia por situación de arraigo laboral o social, también admite que éstos van a trabajar, incluso sin contrato, para poder sobrevivir y mantener a sus familias en el país de origen. El reconocimiento tácito de esta situación fáctica supone aceptar que muchos se sumergirán en una delicada relación de prestación laboral respecto a un empresario, adoptando una posición aún más vulnerable que la de los trabajadores nacionales, al no estar fundamentada en un contrato válidamente celebrado conforme al Estatuto de los Trabajadores, lo que requerirá, por tanto, de instrumentos de protección mucho más estrictos y eficaces.

Por supuesto que entendemos que el ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores extranjeros en situación irregular puede sufrir ciertas restricciones, pero no sería constitucional impedir la afiliación de un extranjero que trabaja irregularmente a un sindicato. La afiliación sindical, dato sensible protegido por el derecho a la intimidad, resulta una vía efectiva para poner en conocimiento de los sindicatos situaciones laborales atentatorias contra la dignidad del trabajador que, en más ocasiones de las que sería deseable, son constitutivas de delito (el artículo 312 Código Penal español castiga a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos).

En esta misma línea, si pensamos en el derecho de huelga como elemento de protección de los intereses legítimos

de los trabajadores, debemos concluir, con H. HELLER, que estamos ante una de las exigencias que plantea el principio de la democracia social. Como es bien sabido, la Constitución española reconoce y consagra el derecho de huelga como un derecho subjetivo y fundamental, dotado de la máxima y más enérgica protección (art. 28.2 CE). En la formulación constitucional española, "se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses". Si bien, la huelga parece concebida como medida excepcional *in extremis*, su eficacia frente al empresario explotador recomienda que no se obstaculice la efectividad de su ejercicio, puesto que limita la libertad del empresario y consiste, esencialmente, en el derecho de los trabajadores a la abstención temporal de su actividad laboral.

Los argumentos que llevan a defender la inconstitucionalidad de la negación del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores inmigrados en situación irregular son parangonables a los que se arguyeron respecto de los anteriores derechos aludidos. El derecho de huelga, que se reconoce a los trabajadores para la defensa de sus intereses, en ningún momento puede depender de la situación administrativa en la que se encuentren; puesto que, como recuerda M<sup>a</sup>. L. BALAGUER CALLEJÓN, un Estado social y democrático de Derecho, al consagrar esta facultad lo hace en protección de los intereses de los trabajadores, y el concepto de trabajador no puede ser delimitado dejando fuera de la titularidad del derecho a quienes desarrollan idéntica labor que otras personas que sí se encontrarían dentro del ámbito estricto de dicha titularidad<sup>14</sup>. Una vez más, consideramos que el concepto de "trabajador" que acoge la Constitución, a efectos del reconocimiento del derecho de huelga, es mucho más amplio que el fijado por el art. 11.2 LO 14/2003, reducido a

<sup>14</sup> CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L. Balaguer. El contenido esencial del derecho de huelga. *Revista de Derecho Político*, n. 34, 1991.

los extranjeros que dispongan de una autorización de trabajo y residencia, lo cual excluye a aquellos que se encuentren en situación administrativa irregular, que no obstante prestan, igualmente, sus servicios a un empresario.

En suma, parece que no sería razonable desproteger aún más a este trabajador, impidiéndole también el ejercicio del derecho de huelga y contribuyendo a perpetuar *sine die* una situación ilegal e injusta. Estamos plenamente de acuerdo en que la exigencia de una autorización de trabajo para considerar una relación laboral válida tiene por finalidad desmotivar y reducir la contratación irregular y, en general, la inmigración ilegal, pero no puede tener por consecuencia castigar al trabajador extranjero despojándolo de uno de los derechos que lo protegen frente a los abusos del empresario. No debemos perder de vista que el derecho de huelga se subordina, de forma necesaria y vinculante, a un fin social como es la protección de la clase trabajadora frente a la ilegítima presión o condiciones abusivas impuestas por un empresario que descuida los derechos que tiene todo trabajador, sea o no nacional.

## 2 LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL QUE NACE AL HILO DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-SOCIALES OPERADA POR LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA

A pesar de que algunos sectores minoritarios de la doctrina constitucionalista española siguen considerando que la distinción legislativa tramada, a efectos del goce de ciertos derechos fundamentales por parte de los extranjeros, según su presencia dentro del territorio nacional sea regular o irregular, es razonable y no discriminatoria; la discusión entre privación de la titularidad y privación del ejercicio necesita de la aportación de alguna diferencia sustancial, diferencia

que, hasta el momento, no se ha encontrado, de modo que no puede constituirse en criterio legitimador de una limitación de esta envergadura.

Esta artificiosa dicotomía aplicada sobre derechos fundamentales tan primordiales como el de reunión, asociación, sindicación o huelga ha sido criticada por una mayoría abrumadora de los autores que se han pronunciado al respecto. Entre otros, A. J. Gómez Montoro se refiere a un "juego de palabras"; M. Aragón previene sobre la "introducción de confusión"; y los Profesores J. Asensi y P. Biglino niegan rotundamente la posibilidad de que tal distinción pueda aplicarse en la práctica<sup>15</sup>. Desde otro punto de vista, M. Carrillo asume la diferenciación como elemento de juicio válido, para considerar, posteriormente, que estamos ante una auténtica privación del derecho a toda una categoría de personas. Por su parte, F. FLORES, se manifiesta en contra de la restricción de los derechos de reunión y asociación, puesto que considera que su ejercicio por parte de los extranjeros no pone en peligro el orden público ni debilita los derechos de los demás ciudadanos<sup>16</sup>. A juicio de C. Vidal Fueyo, no podría negarse el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y asociación a todo un colectivo de individuos

<sup>15</sup> SABATER, J. Asensi. *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 161-162: "Desde el punto de vista de los derechos constitucionales, esa distinción no tiene ningún sentido constitucionalmente inteligible (...). Attribuir la titularidad de un derecho e impedir, al tiempo, su ejercicio a toda una categoría de personas considerada por la Ley 'extranjeros irregulares o ilegales' significa una negación del derecho mismo, pues en estas condiciones el derecho no existe".

<sup>16</sup> VVAA. *Encuesta sobre la Ley de Extranjería. Teoría y Realidad Constitucional*, p. 11-64. Especialmente, p. 16 y sg. y p. 32. Véase, F. FLORES. *Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros*. In: AZNAR, M. J. Rialta y M. (Coord.). *Discriminación vs. Diferenciación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 113. P. BON. *Les droits et libertés en Espagne. Elements pour une theorie générale*. In: LAVROFF, D. G. (Coord.). *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*. Paris: Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, p. 47, afirma que "dado que la Constitución reconoce a todos el derecho de reunión y asociación, no puede la ley excluir de su ejercicio a los extranjeros o someterlos, por ellos, a unas condiciones o requisitos restrictivos".

en base a una situación de carácter administrativo, puesto que estamos ante derechos directamente relacionados con el pleno desarrollo de la personalidad<sup>17</sup>. Desde su perspectiva, la negación de estos derechos supondría, en cierto modo, una negación de los derechos a la libertad de expresión y a la libre exteriorización del pensamiento, ante la configuración, por parte de nuestro Alto Tribunal del derecho de reunión como "una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria" (STC 85/1988)<sup>18</sup>.

Como recuerda E. Roig<sup>19</sup>, cuando nos alejamos de los derechos directamente vinculados a la entrada de un extranjero en el país, la posibilidad de proceder a su limitación resulta mucho más compleja. Es radicalmente cierto que la sindicación y la huelga son derechos vinculados al trabajo, pero lo cierto es que reconocerlos a los inmigrantes en situación irregular en nada afecta al control y restricciones en materia laboral que sufren los extranjeros en España. En conclusión, el recorte de los derechos fundamentales del extranjero no puede derivarse de finalidades propias del Derecho de Extranjería como el control de los flujos y la regularidad de la entrada. Sería necesario una ponderación

<sup>17</sup> En la misma línea, R. RUBIO MARÍN entiende que la reforma no es constitucional, porque no se trataría, únicamente, como se ha dicho, de que la Ley haga una lectura restrictiva de los derechos que la Constitución o los tratados internacionales válidamente ratificados por España otorgan a la persona, y no al ciudadano nacional, sino de una rotunda negación de esos derechos a los extranjeros que carezcan de una autorización de residencia o de trabajo mediante una falaz distinción entre la titularidad y el ejercicio del derecho. MARÍN, R. Rubio. *La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales*. In: ACTAS de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Extranjería e inmigración. Madrid: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 7-50.

<sup>18</sup> Vid. FUEYO, C. VIDAL. *Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 144.

<sup>19</sup> ROIG, E. *Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación*. [In: SÁNCHEZ, M. Reyenga (Coord.). *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*. In: JORNADAS ITALO-ESPAÑOLAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 628 y sg.

más estricta, en cada caso, entre la concreta finalidad perseguida por cada tratamiento limitador de derechos del extranjero y las finalidades propias del derecho limitado, así como un control de la adecuación y proporcionalidad, en sentido estricto, de la limitación propuesta.

Las opiniones que defienden la inconstitucionalidad de la regulación operada por la Ley de Extranjería sobre estos derechos concretos radican en tres sólidas argumentaciones que no son, necesariamente, excluyentes, sino que, por el contrario, están imbricadas entre sí. La primera de ellas enraiza con la idea de la dignidad de la persona; la segunda, con la afirmación de la vulneración de tratados y convenios internacionales sobre derechos, que se revelan como canon interpretativo ineludible operable a través de la cláusula de simpatía con los derechos humanos que encontramos en el artículo 10.2 CE; y, por último, pero no menos relevante, la transgresión de la regulación legal respecto del contenido esencial marcado por la propia Constitución para estos derechos fundamentales.

## 2.1 La Garantía de la Dignidad de la Persona

Desde la primera perspectiva, si bien resulta indiscutible que la última palabra sobre lo que cabe, o no, en la esfera de lo constitucional, corresponde al Tribunal Constitucional, el Prof. J. J. Solozábal, postula la defensa de un concepto moral, y no político, de los derechos fundamentales, de modo que éstos queden protegidos para todos y no sólo para los españoles<sup>20</sup>. Desde su particular visión, esto supondría un efectivo reconocimiento de las exigencias de la dignidad

<sup>20</sup> En esta línea, pone de manifiesto que "los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, y son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma". Véase SOLOZÁBAL, J. J. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, n. 71, p. 88, 1991 y SOLOZÁBAL, J. J. Extranjeros y Constitución. *Diario El País*, 27 marzo 2001.

humana que no puede circunscribirse exclusivamente a los nacionales, considerando injusto y discriminatorio el doble rasero al respecto, y apuntando así a un nivel metajurídico al que deberíamos acercarnos en la medida de lo posible.

El concepto de "persona" como soporte o titular de derechos subjetivos propios vino a surgir como contraposición abstracta a la concreta situación o *status* de los ciudadanos dentro de su comunidad política: mientras los ciudadanos no tenían necesidad de derechos en cuanto personas; las personas, en cuanto no-ciudadanos, sí que la tenían. Sin duda, el concepto de dignidad no ha alcanzado, entre nosotros, el desarrollo llevado a cabo por la doctrina alemana donde se ha convertido en la fuente de prácticamente todos los derechos y, de forma especial, puesto que no se encuentran recogidos en su Constitución, de los derechos sociales; pero ello no se ha debido a una carencia imputable a nuestra doctrina sino, simplemente, al hecho de que la propia sistemática de reconocimiento establecida en la Constitución española hace innecesario remontarse a principios generales para justificar el carácter constitucional de los derechos que en ella misma se recogen<sup>21</sup>. Ello no obstante, la dignidad en cuanto fundamento del orden político, no sólo es un canon de constitucionalidad de las normas y actuaciones públicas, sino también un canon de adecuación constitucional de los derechos y de los límites que se les pueden imponer ante el cumplimiento del principio de mayor eficacia de los mismos.

Las reflexiones sobre el significado constitucional de la dignidad de la persona no tienen otro propósito que la averiguación de su sentido o alcance<sup>22</sup>. La inclusión de este con-

<sup>21</sup> M. A. APARICIO. Sobre la estructura formal de los derechos constitucionales en la Constitución española en M. A. Aparicio (Coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. In: *ACTAS del Congreso Derechos constitucionales y Estado autonómico*. Barcelona: Cedecs, 2001, p. 48 y 64-65.

<sup>22</sup> Es interesante revisar, entre otras muchas, las aportaciones de C. RUIZ MIGUE.

cepto en la Constitución española supone la conversión en jurídico de un valor moral, cuyos efectos en el ordenamiento dependerán de su concreta interpretación. Una primera aproximación nos embarcaría en la difícil misión de averiguar aquello que constituye, en toda persona, su condición ineludible de tal, y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. Ese mínimo invulnerable y constante "cualquiera que sea la situación en que se encuentre" (STC 120/1990), de exigencias derivables de la dignidad de la persona, consiste en un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno. Desde este punto de vista, el contenido básico a atribuir a la garantía de la dignidad de la persona en nuestra Constitución sería un mandato de respeto a los órganos del Estado, prohibiéndoles la producción de normas o actos que tengan un efecto degradante o envilecedor; esto es, el tratamiento de la persona como mero objeto.

El principio de dignidad muestra así un contenido finalista gracias a su capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas favorecedoras del desarrollo de la persona. Sin embargo, aunque

La dignidad humana. Historia de una idea - en R. Morales y P. de Vega (Dir.), *ESTUDIOS de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid / México: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. SOLOZABAL, J. J. *La dignidad de la persona*, en Manuel Aragón Reyes (Coordinador), *TEMAS Básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, 2001. Tomo III, p. 114-115; J. VON MÜNCH, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*, REDC, n. 5, 1982. P. HÄBERLE se ha referido a la dignidad humana como "previsión cultural antropológica del Estado constitucional", en *Derecho Constitucional Comité Europeo*, REP, n. 79, 1993, p. 45. En términos distintos se expresa T. DE LA QUADRÀ, *Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales*, RFDUC, n. 61, 1980, p. 141: "la referencia a la dignidad de la persona, a los derechos inalienables que le son inherentes, y al libre desarrollo de la personalidad son conceptos que sirven para hacer fecunda la interpretación de los derechos fundamentales".

este presupuesto axiológico no pueda ni deba ser ignorado, concordamos con las serenas reflexiones de C. Vidal Fueyo<sup>21</sup> que destaca las dificultades de erigir la dignidad de la persona en criterio decisivo para la atribución de la titularidad de un derecho, como si la mayor proximidad o lejanía de este principio respecto de unos u otros derechos pudiese medirse con criterios matemáticos. Sostiene, y estamos totalmente en sintonía con sus aseveraciones, que no se debe operar con un concepto preconstitucional y metafísico como criterio interpretativo de un orden jurídico concreto.

Por nuestra parte, lo único que debemos apostillar es que resulta obvio que el Estado Constitucional de Derecho, empeñado en la maximización de los derechos fundamentales, no debe consentir jamás reversibilidad alguna en esta materia, de modo que hacia el futuro sólo cabrían mejoras y no políticas restrictivas; pero estamos persuadidos de que anclarnos en argumentaciones metajurídicas y en conceptos que han sido utilizados de un modo espurio, a veces de forma terrible a lo largo del tiempo, quizás no aporte una solución definitiva a esta difícil encrucijada.

## 2.2 El artículo 10.2 Ce: "Cláusula de desoxidación" y apertura del ordenamiento jurídico y canon interpretativo ineludible

En segunda instancia, hay que insistir en que el contenido de los acuerdos internacionales mencionados a lo largo de este estudio no sólo sitúa la regulación realizada por la LO 8/2000, que se mantiene incólume en la actual regulación de extranjería (LO 14/2003), en contradicción con tales normas, sino con la Constitución española en sí misma. Y no única-

<sup>21</sup> FUEYO, C. VIDAL: *Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 57.

mente por lo previsto en el artículo 96 de la Constitución, sino sobre todo por lo dispuesto por el artículo 10.2 CE que, como sabemos, sitúa a dicha normativa internacional en parámetro de constitucionalidad de cada uno de los derechos, desde el punto de vista interpretativo, al entender, como hace el Tribunal Constitucional, que en ocasiones tales normas fijan un contenido que "en la práctica se convierte en el contenido constitucionalmente declarado, si bien no da rango constitucional a los derechos y deberes internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra Constitución" (STC 36/1991).

Pese a las diferencias sustantivas que caracterizan al orden jurídico internacional respecto a los órdenes jurídicos estatales, hoy existe, en aquél y en éstos, un núcleo de normas que posee el mismo fundamento y finalidad: las normas relativas a los derechos humanos. Estamos ante el cemento que fragua un nuevo Derecho que tiene a todas las personas por objeto exclusivo, sin distinción de nacionalidad u otras circunstancias personales, y las protege frente a las arbitrariedades del poder<sup>24</sup>. Así, en el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la pluralidad de instrumentos, órganos y procedimientos conlleva grandes inconvenientes, porque no sólo es causa de una enorme confusión o inseguridad jurídica en el individuo, único destinatario del sistema, sino de graves dificultades en su funcionamiento y eficacia<sup>25</sup>. Es incuestionable que el sistema de protección instituido por la Organización de Naciones Unidas, actualmente en situación feudataria, adolece de un grave defecto de complejidad y falta de concreción derivado de esas políticas que exigen fórmulas

<sup>24</sup> CAMPOS, J. GONZÁLEZ. *Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española* (art. 10.2 CE). Tres lecciones sobre la Constitución. Sevilla: Mergabham, 1999. p. 34 y sg.

<sup>25</sup> RODRIGUEZ, J. M. MORENILLA. *Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986. p. 89.

laxas en la definición de derechos y, sobre todo, de unos medios de control que los convierten en ineficaces.

Como recordaba Mortati, aquellos Estados que entran a formar parte del orden internacional no pueden dejar de estar vinculados, fuera de todo acto de aceptación por su parte, al sistema de reglas en el que éste se concreta<sup>26</sup>. El "nacionalismo constitucional", contra el que previniera en el periodo de entreguerras Mirkine-guetzevitch<sup>27</sup>, parece dejar paso a una progresiva internacionalización y europeización del Estado y de la Constitución<sup>28</sup>, que desdibuja los perfiles tradicionales de ambos. Si bien es cierto, como dice Hesse, que la importancia de este proceso no puede sobrevalorarse, en la medida en que el Derecho Constitucional no llegará nunca a disolverse hasta el extremo de ser reducible a un mero episodio de la Historia.

Las primeras aproximaciones al artículo 10.2 de la Constitución española, lejos de subrayar su carácter integrador, criticaron su presencia en el texto fundamental por innecesario e incluso superfluo, debido a su supuesta redundancia con respecto al artículo 96 CE, su aplicación subsidiaria, y su limitada esfera de actuación, puesto que afectaría sólo a los derechos que ya estuviesen previamente reconocidos en la Constitución. Pues bien, creemos que ninguno de estos argumentos resulta plenamente convincente, puesto que en virtud del artículo 96 CE, los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas directamente aplicables en nuestro ordenamiento pero no actúan, en principio, como

<sup>26</sup> MORTATI. *Istituzioni di diritto pubblico*. 9.ª ed. Padova: [s.n.], 1976. v. II, p. 1481.

<sup>27</sup> MIRKINE-GUETZEVITCH. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Trad. esp. Madrid: [s.n.], 1934. p. 50.

<sup>28</sup> ARNAIZ, A. Sain. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2. de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 20 y sg.

criterio de interpretación de las normas internas. Sin embargo, éste es uno de los efectos del art. 10.2 CE, ya que, en su virtud, los tratados sobre derechos humanos funcionan, en palabras de nuestro custodio constitucional (TC), en la STC 79/1982, como *"canon de interpretación de todas las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce"*. Tampoco sería correcto reducir la relevancia del art. 10.2 CE aduciendo que opera como criterio de interpretación en muy pocos casos, y sólo cuando la norma española no pueda ofrecer una respuesta aplicativa clara. Esta construcción argumental concebiría la actividad interpretativa como una operación jurídica subsidiaria e innecesaria; cuando en realidad sucede todo lo contrario, porque la actividad del intérprete no desaparece ni siquiera en el caso de normas claras, y mucho menos aún cuando la norma a interpretar es la propia Constitución.<sup>29</sup>

Si bien es innegable que la peculiaridad de su origen pudo lastrar su consideración ante la doctrina, que lo ha minusvalorado repetidamente; el Tribunal Constitucional ha hecho justicia y ha contribuido a potenciar su función como norma de apertura constitucional. Lejos de ser parámetro subsidiario de interpretación, el artículo 10.2 CE constituye una vía de desoxidación del ordenamiento jurídico, una verdadera cláusula de simpatía con los derechos humanos, en palabras del Prof. P. Häberle, y su virtualidad como parámetro de interpretación no es, a nuestro parecer, nada secundaria. Contrariamente, nos encontramos ante un continuo actualizador del catálogo de derechos fundamentales. De este modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos, en virtud del art. 10.2 CE, se convierte, en garante externo del contenido de los derechos y libertades reconocidos en

<sup>29</sup> Sobre este particular, véase RODRÍGUEZ, A. *Integración europea y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2001, p. 82-83.

el Título I de la Constitución española. Aún así, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han dejado claro que ni el artículo 10.2 CE ni el artículo 10.1. CE suponen vías de apertura a nuevos derechos no previstos en la Constitución<sup>30</sup>, a diferencia de lo que podría suceder con la aplicación del art. 2 de la Constitución italiana y con el art. 16.1 de la Constitución portuguesa.

La cuestión que, en este punto, debe tratar de despejarse es si ha de acudirse necesariamente a los tratados y acuerdos internacionales al interpretar los derechos fundamentales o, por el contrario, corresponde al intérprete decidir libremente, en su caso, el eventual recurso a las fuentes de producción externa. Pues bien, parece que la pauta ex art. 10.2 CE no es de libre utilización, y no se encuentra a disposición del intérprete, que se halla vinculado a la exégesis de los derechos fundamentales de conformidad con aquellos tratados y acuerdos. Lo cierto es que a este precepto del articulado no se acude una vez concluida infructuosamente la tarea de interpretación; sino que, realmente, las posibilidades hermenéuticas que ofrece la Constitución sólo se agotan después de atender a los criterios interpretativos que, en un supuesto concreto, resultasen del mismo.

<sup>30</sup> L. VILLAVARDE MENÉNDEZ aclara que *"una cosa es concretar el contenido de un derecho fundamental y otra muy distinta es crear nuevos derechos fundamentales sin tener en cuenta lo prescrito por la propia Constitución. El intérprete no puede decir aquello que la Constitución no dice expresa o implícitamente, y este criterio también es aplicable a la venisión a los tratados sobre derechos humanos del art. 10.2 caso destinatario principal es el propio TC"*, en L. VILLAVARDE. *Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo*. A propósito de la STC 254/1993, REIDC, n. 41, 1994, p. 194-196. Para F. REY MARTÍNEZ, el artículo 10.2 CE constituye una fórmula de reintegración de los derechos fundamentales, pero sólo en la medida en que posibilita el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos, sobre todo, cuando éstos contienen un alto grado de abstracción". Vid. MARTÍNEZ, F. REY. *El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales* (Análisis del art. 10.2 CE). *Revista General del Derecho*, n. 537, 1989, cit., p. 3621.

En definitiva, en el terreno de los derechos fundamentales la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional. Nos situamos aquí ante el método que Häberle ha denominado como "imprescindible quinto método de interpretación de los derechos fundamentales". A su juicio, la decidida integración de la comparación jurídica de los derechos fundamentales se ve reflejada, perfectamente, en el art. 10.2 CE y 16.2 de la Constitución portuguesa, en consonancia con la apertura, necesaria para la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo<sup>31</sup>.

Se ha afirmado ya que los tratados de integración o el derecho supranacional derivado no pueden pretender su aplicación como derecho interno si suponen una contradicción material con respecto a la Constitución, pero que, en el nivel infraconstitucional, si deben ser aplicados, aún en el supuesto de que contradigan otras normas. Se trata ahora de dilucidar si el aseguramiento de la primacía interna del derecho supranacional en estos niveles se sustancia, o no, a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma interna afectada. Pues, más allá de las polémicas doctrinales que giran en torno a la configuración del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional español afirma terminantemente que ni las normas de Derecho Internacional, ni las de Derecho Comunitario, integran el parámetro de control directo. Empero, no se muestra reacio a admitir que el Derecho Internacional, así como determinados tratados y una buena parte del Derecho Comunitario Europeo, puedan ser utilizados como parámetro interpretativo a la hora de lle-

<sup>31</sup> HÄBERLE, P. Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, en VVAA, A. López Pina (Dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid: [s.n.], 1991, p. 272 y sg.

var a cabo juicios de constitucionalidad<sup>32</sup>. Por consiguiente, y en esta línea, nuestro Alto Tribunal empleará como referente directo la Constitución, mientras que el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario cumplirán la única función de aclarar o precisar conceptos constitucionales.

Es necesario reseñar que el Tribunal Constitucional español ha repetido en numerosas ocasiones que la contradicción entre una norma comunitaria y una norma interna no es un problema de constitucionalidad<sup>33</sup>. Ni la contradicción con la norma comunitaria es causa directa de inconstitucionalidad, ni supone, indirectamente, una vulneración del artículo 93 CE que deba ser declarado por el Alto Tribunal. En otras palabras, la integración de España en la Comunidad Económica Europea "no significa que por mor del artículo 93 CE se haya dotado a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales"<sup>34</sup>; categórica aseveración que implica que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho Comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional.

Sin atisbo de duda, la gran innovación del Derecho Comunitario respecto de las reglas de incardinación del Derecho Internacional en el Derecho interno es que excluye todo atisbo de dualismo. El Derecho Comunitario, en efecto, no sólo proclama su primacía sobre el Derecho interno, sino que además, y a diferencia del Derecho Internacional, deter-

<sup>32</sup> L. GÓMEZ FERNÁNDEZ. *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*. Valencia: Tirran lo Blanchi, 2005, p. 456 y sg.

<sup>33</sup> VJL. CARDELL, M. BALLESTER. Relación entre Derecho Comunitario y Constitución. *Revista de Derecho Político*, n. 46, Madrid, 1999, p. 107-148. Debe consultarse la STC 28/1991, FJ. 5º, que afirma que: "la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que concurran".

<sup>34</sup> STC 28/1991 F. Jco. 4º.

mina las consecuencias de esa primacía. Como sabemos, el Derecho Internacional deja libertad a los ordenamientos internos a la hora de establecer el marco de las relaciones que mantendrán, y las consecuencias en caso de hipotético conflicto. La determinación de esta articulación se realiza normalmente en la propia Constitución nacional<sup>35</sup>. No obstante, como recuerda J. H. Weiler, conviene aclarar, en este punto, que el principio de primacía no significa que el Derecho Comunitario prevalezca en bloque sobre el Derecho de cada Estado miembro, sino más bien que cada ordenamiento jurídico es supremo en su respectiva esfera competencial<sup>36</sup>.

Por lo que respecta a la posición de los Tratados internacionales en relación a la Constitución española, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que la posición es de inferioridad jerárquica (artículo 95.1 CE). Esto explicaría el control previo de constitucionalidad de los mismos antes de ser ratificados; si bien su validez no estriba en su concordancia con la Constitución porque el Derecho Internacional es un sistema autónomo de producción de normas; pero resulta obvio que su aplicabilidad interna sí dependerá de ello<sup>37</sup>. Todo lo anterior no exime, sin embargo, de examinar otros supuestos en los que una norma de derecho supranacional derivado pudiera ser llamada a intervenir, de uno u otro modo, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna con fuerza de ley. Cabe citar, al menos, dos casos: en primer lugar, cuando, en materia competencial, el TC aplica el Derecho Comunitario como parte del bloque de constitucionalidad para decidir la titularidad de una deter-

<sup>35</sup> CARRASCO, R. M. LLOPIS. *Constitución europea (un concepto prematuro)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 87 y sg.

<sup>36</sup> WEILER, J. H. *Europa, fin de siglo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 28.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ, S. SÁNCHEZ y PRADO, P. MELLADO. *La constitución democrática española y sus fuentes*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003. p. 340.

minada competencia; y en segundo lugar cuando, en materia de derechos fundamentales, se considere que una norma de derecho supranacional derivado deba ser aplicada, en virtud del artículo 10.2 CE, como clave para la interpretación de una norma constitucional en un determinado sentido del que se desprenda la inconstitucionalidad de una norma interna con fuerza de ley.

Del balance de la interpretación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, conforme a la dicción literal que se extrae de la propia Constitución, posteriormente completada por la función hermenéutica encomendada a los preceptos que regulan derechos humanos en los tratados internacionales de mayor relevancia, puede concluirse que la regulación contenida en la Ley Orgánica 14/2003 es contraria a nuestra Norma Fundamental. Aún en el peor de los casos; es decir, que de la propia Constitución surgiese una restricción o que el derecho no fuese reconocido por la misma, en opinión de la Profesora C. Vidal Fueyo, el artículo 13.1 CE vendría a otorgar a los tratados internacionales un papel diferente al que nace de los artículos 96.1 y 10.2 CE confiriéndoles, junto con la ley, la facultad de extender a los extranjeros derechos que no les reconoce directamente la Constitución, debidamente interpretada a la luz del 10.2 CE, pero que tampoco les niega<sup>38</sup>.

### 2.3 La Garantía del Contenido Esencial del Derecho

Finalmente, en el ordenamiento español el respeto a la garantía del contenido esencial se exige en todo caso, afectando a cualquier clase de regulación de derechos, esto es, el legislador viene obligado a respetar el contenido esencial

<sup>38</sup> Vid. FUEYO, C. VIDAL. *Constitución y Extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 96 y sg.

siempre y en todo caso, aún cuando su objetivo no sea la limitación de un derecho o libertad, sino la configuración de un régimen jurídico concreto. Uno de los aspectos que presenta más complicación viene dado por el silencio constitucional sobre el método de determinación del contenido esencial, lo que introduce un nuevo problema interpretativo, agravado ante la indeterminación jurídica de esta categoría.

La aceptación de que los derechos tienen un contenido que es esencial significaría el reconocimiento de la existencia de otro aspecto complementario o adyacente<sup>19</sup>. Lo que se exige del legislador es una configuración constructiva de los derechos, con el límite del respeto a su contenido esencial, y en el supuesto de los derechos de configuración legal resulta útil la visión geométrica de los círculos concéntricos en los que se distribuye el contenido de los derechos, y en la cual el llamado núcleo duro o contenido básico no sería disponible por el legislador.

En España, el art. 53.1 CE recoge directamente la exigencia de respeto al contenido esencial cuando el legislador apruebe leyes que regulen el ejercicio de derechos y libertades; pero también en muchas normas jurídicas de origen supranacional aparecen referencias en este sentido. Así, por destacar el ámbito europeo, en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se prohíbe que los Estados, los grupos o los individuos puedan realizar actos tendentes a la destrucción de los derechos. Por su parte, el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que cualquier limitación a los derechos y libertades en ella reconocidos deberá ser establecida por la ley y respetar su contenido cardinal.

<sup>19</sup> SANJUAN, T. FREIXES. El contenido esencial de los derechos fundamentales, en *Manual Aragón Rayos (Coord.)*. In: TEMAS Básicos de Derecho Constitucional. [S.l.]: Civitas, 2001. Tomo III, p. 129-130.

De igual modo que en Alemania, la práctica totalidad de la doctrina española<sup>40</sup> considera que el contenido esencial es una garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, la doctrina clásica del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido criticada por egregios constitucionalistas como P. Cruz Villalón y J. Jiménez Campo que la han tachado de artificiosa. Desde su perspectiva, el contenido esencial no se identificaría con un centro intangible de los derechos, en cuanto opuesto a una periferia disponible para el legislador, sino que vendría dado por aquellas configuraciones que la ley no puede constitucionalmente adoptar, siendo las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador puede, o no, hacer en materia de derechos fundamentales.

Las conclusiones a las que llega el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril, F. Jco. 8º, donde establece que las pautas para el análisis del contenido esencial son tajantes. En ellas defiende que éste no debe confundirse, en ningún caso, con el análisis del contenido "total" del derecho, sino que será una parte del mismo; aquella que comprende los elementos mínimos que hacen al derecho reconocible y que impiden su desaparición o transformación en otra cosa diferente. En esta conocida sentencia, definió lo que hay que entender por "contenido esencial", arbitrando un doble y complementario camino para despejar esta incógnita. Por una parte, a través de una formulación positiva del concepto, se respeta el contenido esencial si la ley reguladora se ajusta a las facultades o posibilidades de acción que permiten reconocer un derecho en un momento determinado, de manera que no quepa confusión con ninguna otra figura jurídica. Así, para el Tribunal Constitucional constituyen el

<sup>40</sup> Comenzando desde I. DE OTTO o PAREJO, en los primeros análisis sobre la materia, y terminando por otros más recientes de MARTÍNEZ-PUJANTE y GAVARA DE CARA.

contenido esencial de un derecho subjetivo "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias (referidas al momento histórico del que se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando sean derechos constitucionales) para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por completo".

En palabras del Alto Tribunal se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho imprescindible para que los intereses dignos de defensa jurídica, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de su necesaria protección.

Parece claro, a nuestro juicio, que esa trasgresión se produce con la regulación operada por la legislación de extranjería española (LO 14/2003) respecto de los derechos fundamentales analizados. Y es que, aún cuando aceptemos que el legislador puede introducir, sobre el estatuto jurídico de los extranjeros, un régimen más restrictivo para el ejercicio de algunos derechos; lo que no podemos aceptar es que desconozca un derecho fundamental o lo vacíe de contenido, haciéndolo irreconocible como perteneciente al tipo que corresponda. En cualquier caso, la solución a esta polémica controversia está en manos del Tribunal Constitucional que despejará, más temprano que tarde, todas las dudas al respecto, ofreciendo una solución definitiva.

#### ABSTRACT

This article attempts to analyse in depth the unconstitutional shadows of the regulation of some political rights in the setting of the Spanish aliens legislation, that prevents illegal immigrants to exercise the freedom of association, demonstration, join a union and to go on strike.

Key-words: Democracy, immigration, political rights, "illegal" immigrants.

**O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE  
(*Verhältnismässigkeitsprinzip*)  
E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE UM  
CASO CONCRETO SUBMETIDO AO  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DA ALEMANHA**

*Teodomiro Noronha Cardozo*  
Juiz de Direito. Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Direito Público pela UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Bacharel em Direito pela UFPE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor da Pós-graduação da ESMape e Ex-Coordenador da Esmape.

**RESUMO**

O presente artigo tem a pretensão de analisar a metodologia do princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos em uma perspectiva de ponderação dos direitos fundamentais, em rota de colisão. Como princípio de ponderação, a proporcionalidade, a partir de uma linguagem discursiva e prescritiva, permite ao julgador o controle dos atos do Poder Público, sopesando a constitucionalidade dos direitos em colisão, na forma de princípios, porquanto, a proporcionalidade está presente em toda e qualquer manifestação de poder no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Elementos constitutivos. Ponderação de direitos fundamentais. Análise de caso concreto.

## SUMÁRIO

1 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 2 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: 3.1 Adequação. 3.2 Necessidade. 3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 4 ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO SUBMETIDO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## 1 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, segundo afirma Luiz Francisco Torquato Avólio, remonta aos arquétipos de um pensamento jurídico ocidental, ligado desde o início à concepção de direito e sempre se confundiu com a idéia de direito: o *aeternum*, o *khanón*, a regulação; o *equilibrium* da balança de *Themis*, por exemplo.<sup>1</sup>

A noção de proporcionalidade, apesar da estruturação dogmática da doutrina alemã, em verdade, corresponde ao princípio da razoabilidade da América do Norte, urdido por uma construção judicial, meio século antes da sistematização da dogmática jurídica alemã (*dogmatikdeutsch*), como direito de liberdade dos juizes, na aplicação do direito (*jurisdiction*) compreendendo os sistemas do *common law* e da *civil law*.

Com efeito, o postulado do princípio da proporcionalidade tem tido grande importância no Ordenamento Jurídico brasileiro e, cada vez, mais, ele serve de instrumento de con-

<sup>1</sup> AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55. Nesta perspectiva, a lei do talião (*les talionis*) significava a proporcionalidade entre o fato criminoso e a pena. Talão significa "tal e igual". Qual o castigo para tal crime.

trole dos atos do Poder Público<sup>2</sup>, porquanto, nenhum órgão público é imune ao controle jurisdicional.<sup>3</sup>

Todavia, a aplicação do referido princípio tem suscitado diversos questionamentos. O significado de *proporção*, segundo Humberto Ávila, é bastante recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral o termo *proporção* é utilizado como um signo prescritivo no escopo de atribuir a cada qual a sua parte.<sup>4</sup>

Afirma Suzana de Toledo Barros que o princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo derivado da força normativa dos direitos fundamentais, traduzida nas garantias materiais objetivadas no Estado Democrático de Direito: "O legislador brasileiro deve observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo tal que as restrições impostas observem a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade dos meios."<sup>5</sup>

Na perspectiva da dogmática jurídico-penal, v.g., o princípio da proporcionalidade é utilizado em uma linguagem discursiva, que prescreve a necessidade de aplicação de uma pena proporcional à culpabilidade, como juízo de censura que se faz ao autor de um injusto penal, por haver atuado contrário ao Direito, quando sua liberdade permitia agir conforme ao Direito.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 160.

<sup>3</sup> Conforme construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana da teoria *check and balance*.

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46.

<sup>5</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 88.

Como princípio de ponderação, a proporcionalidade busca saber qual dos direitos em questão, colocados na forma de princípios, deve prevalecer ou como os direitos em rota de colisão devem se comportar, no caso concreto, sopesando-se a constitucionalidade de atos praticados pelo Estado.<sup>66</sup>

Para Gilmar Mendes o vício de inconstitucionalidade substancial decorre do excesso de poder legislativo: "O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador(...)".<sup>67</sup>

## 2 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Robert Alexy, a proporcionalidade é uma metodologia utilizada para a resolução das colisões de princípios. Desarte, ele não seria verdadeiramente um princípio, visto como não entra em colisão com outros princípios. Mas, dada a forma tripartida do chamado sistema de Alexy (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o método (ou princípio) se presta para a solução de colisão de princípios.<sup>68</sup>

Luís Virgílio Afonso da Silva, aluno de Robert Alexy, *mutatis mutandis*, afirma que o chamado princípio da proporcionalidade, por ser aplicado de forma constante e sem variações, não merece ser chamado de princípio, mas de regra de proporcionalidade.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e possibilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109.

<sup>67</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321-322.

<sup>68</sup> AVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

<sup>69</sup> *Apud*, ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola Editora, 2002. p. 32. Francisco F. Araújo não

Dentro de uma visão pragmática, de separação dos poderes e das funções do Estado moderno, o princípio da proporcionalidade, do ponto de vista dos fundamentos jurídico-políticos exerce uma limitação material e formal ao Poder de agir do Estado. Nesta perspectiva, afirma Gustavo Santos, a idéia de proporcionalidade está presente em todos os níveis de poder do Estado Democrático de Direito.<sup>70</sup>

Para Suzana de Toledo Barros o princípio da proporcionalidade também condiciona o exercício da função legislativa, de maneira a impedir o abuso ou fraude à Lei Fundamental pelo legislador infraconstitucional:

Essa visão estrutural e funcional do princípio da proporcionalidade também tem o condão de justificar a sua qualidade de determinante heterônoma, impositiva de limites não somente negativos, mas especialmente positivos, à ação do legislador.<sup>71</sup>

## 3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade - que é um princípio de princípios - em uma acepção ampla - significa também um princípio de proibição de excessos (*Untermassverbot*)<sup>72</sup> pelo Poder Público, conforme o magistério de Lerche.<sup>73</sup>

Como lembra Avólio aos juristas alemães se deve, não só a construção metodológica do conteúdo normativo do princípio

concorda com o posicionamento de Luís Virgílio por contrariar a opinião de parte significativa da doutrina. Todavia, o próprio Robert Alexy trata a proporcionalidade como método - por não colidir com outros princípios - e não como princípio propriamente dito.

<sup>70</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 106.

<sup>71</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 76-77.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional da Alemanha.

<sup>73</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 77.

da proporcionalidade, como também os três aspectos em que o princípio pode ser decomposto, a saber: 1) adequação, 2) necessidade e 3) proporcionalidade em sentido estrito.<sup>14</sup>

Os três elementos devem ser analisados, seqüencialmente, na ordem em que estão estruturados, partindo-se do primeiro, passando-se pelo segundo até o último. O princípio posterior sempre complementa o anterior, por ser deste dependente, como sucede com os termos de um silogismo.

### 3.1 Adequação

O princípio da adequação (*Geegnetheit*) é o primeiro dos sub-princípios, também conhecido corolário da idoneidade e, como tal, é o primeiro a ser trazido à colação para a solução de casos.

Com efeito, tal subprincípio tem por missão indagar se a medida adotada pelo Estado é adequada à finalidade colimada que o legislador visou atingir.<sup>15</sup>

O corolário da adequação possibilita aos operadores do direito um norte a seguir na interpretação da constitucionalidade de uma norma ou de uma omissão do legislador. Assim, afirma Suzana Toledo de Barros que, partindo-se da premissa de que o legislador pode cometer um erro de prognóstico legislativo, a adequação funciona com a finalidade de, naquele momento legislativo, haja adequação dos instrumentos apropriados ao fim pretendido pelo próprio legislador.

<sup>14</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 57. Para Gustavo Santos o princípio da proporcionalidade tem como corolário ou subprincípios: o princípio da adequação e o princípio da necessidade, que constituem o princípio da proporcionalidade stricto sensu, cujo escopo é a ponderação de princípios, valores ou interesses.

<sup>15</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 110.

Destarte, para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha "um meio é adequado quando com sua ajuda pode ser alcançado o resultado perseguido".<sup>16</sup>

*Ad argumentandum tantum*, uma norma que proibisse a venda de certos eletrodomésticos sob o pretexto de causar ruídos aos habitantes de uma cidade não seria proporcional, haja vista que atualmente não existe eletrodoméstico, cujo ruído exceda os limites toleráveis ao bem-estar humano. Logo, tal medida legal não passaria no teste da proporcionalidade, por ser desproporcionalmente adequada ao fim proposto, além de ser inócua pela inexistência de poluição sonora que perturbe a tranqüilidade da sociedade.<sup>17</sup>

Neste caso, pondera-se o direito à livre iniciativa da empresa com o direito ao sossego e à paz pública (ordem social justa), ambos, princípios constitucionais.

Cabe, ainda, assinalar, conforme Suzana Toledo, que em vários casos o que está em julgamento é a proporcionalidade de uma medida restritiva, sendo de difícil identificação o vício que uma lei possa conter, analisada apenas por uma de suas vertentes (formal ou material).<sup>18</sup> Prossegue a autora: (...) "o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o ângulo negativo: apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser invalidada".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 111.

<sup>17</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>18</sup> BARRÓS, *op. cit.*, p. 77.

<sup>19</sup> *Opus citatum*, p. 80.

### 3.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*), ou, ainda, como afirma Avólio da menor ingerência possível<sup>20</sup> é de maior realce no sentido de que o cidadão tem o direito subjetivo a uma menor desvantagem sempre que houver alguma restrição de seus direitos fundamentais, seja no processo penal, civil ou por meio de cautelares pessoais de restrição da liberdade.

Na visão de Robert Alexy os direitos fundamentais têm caráter de princípios e os princípios são mandatos de otimização, isto é, que podem ser ponderados.<sup>21</sup>

Em relação às medidas cautelares, em obséquio ao princípio da necessidade, o legislador deve fixar o tempo máximo de duração excepcional da medida restritiva de direito fundamental, justamente para que a exceção, por via oblíqua (ou *transversa*) como diz Suzana Toledo, não se torne a regra, em flagrante aniquilamento da *garantia constitucional*.<sup>22</sup>

Como adverte Grabitz a exigibilidade é um atributo de relação: examina-se se o meio empregado para a execução do fim proposto era aconselhável, exigível ou não. Isto porque não se pode pensar o princípio isoladamente. Daí: O princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, sob a ótica da sua conexão material entre os meios e os fins.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> AVÓLIO, *op. cit.*, p. 62.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 22, n. 66, p. 13-64, set./dez. 2002.

<sup>22</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 82.

<sup>23</sup> *Passim*.

Desta maneira, o elemento (ou subprincípio) da necessidade também atende às exigências da ponderação que, na visão de Robert Alexy, destina-se ao legislador. Pois bem, o legislador ao girar no art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, a quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, na forma da Lei n. 9.296/96, medida acautelatória no âmbito da investigação criminal ou instrução processual penal, restringiu o alcance e o sentido da interpretação do texto constitucional, para vedar a quebra do sigilo telefônico como meio de prova para o processo civil.

Com efeito, a cautelar antecipatória da prisão preventiva, prevista nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, tem como requisito a necessidade da medida legal por imperativo da ordem pública, tributária, conveniência da instrução criminal e para garantir eventual aplicação da lei penal em balanceamento com o princípio constitucional da presunção de inocência.

No artigo 29, do Código Penal, o legislador deixa claro o princípio da proporcionalidade da pena aplicada ao crime praticado (pena cominada na medida da culpabilidade); se a participação for de menor importância (§ 1º) a pena será menor; se o réu quis participar de crime mais grave, por desvio de conduta (§ 2º) a pena é agravada.

Com efeito, atende ao subprincípio da necessidade a determinação do legislador do Código de Processo Civil (art. 620 do CPC) que estabelece a execução de bens do devedor, todavia, de forma menos gravosa, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana em balanceamento com o princípio do direito à propriedade. *Ipsa facto*, o art. 659 do aludido CPC, condiciona a penhora de bens do devedor, proporcionalmente, ao *quantum debetur* do credor.

### 3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

É o terceiro elemento (ou subprincípio) em sentido estrito (*Stimmigkeitskontrolle*). Meios e fins são agora ponderados, em uma mesma equação, como um valor de valor, de um dever-ser (*sollen*), (Hans Kelsen) no desiderato de avaliar-se se o meio utilizado é ou não proporcional ao fim colimado pelo legislador. Na visão de J.J. Canotilho trata-se, não obstante, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para que um fim seja alcançado. Neste sentido, ocorre um balanceamento das desvantagens dos meios com vista às vantagens do fim objetivado.<sup>24</sup>

Segundo Gustavo Santos este subprincípio (*stricto sensu*) cuida da ponderação entre direitos, bens ou mesmo interesses. Via de regra uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens ou interesses.<sup>25</sup>

Em um caso concreto, os bens, direitos, ou interesses que estão em colisão, são submetidos a um equilíbrio pelo intérprete, no sentido de proibir o Estado de sacrificar direitos fundamentais em detrimentos de outros, de somenos importância, para a convivência da vida em sociedade.

Todavia, se em um dado caso os dois subprincípios anteriores não forem suficientes para a solução do problema, deve-se lançar mão da proporcionalidade em sentido estrito, como terceiro princípio, que deve buscar um equilíbrio, em razoável proporcionalidade, com o fim submetido à colimação das exigências da sociedade.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 265 e ss.

<sup>25</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 113.

Assim, o princípio da proporcionalidade, *stricto sensu*, complementa os dois outros da adequação e da necessidade (ou exigibilidade) no sentido de se buscar o balanceamento de bens e valores em tensão. Tal equacionamento deve ser feito pelo juiz em um caso concreto.

### 4 ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO SUBMETIDO AO TCA

Como paradigma, traz-se à colação um caso envolvendo a colisão de direitos fundamentais submetido a julgamento pelo Tribunal Constitucional da Alemanha: um fabricante de barrinhas de cereal utilizava uma embalagem de cor escura que lembrava chocolate. Todavia, as barrinhas continham chumbinhos, ou seja, arroz inflado com cobertura de caramelo. Pois bem, o Ministério Público ingressou com uma ação, por lesão ao direito de informação do consumidor, requerendo a retirada do produto de circulação. Neste caso, segundo a teoria de Alexy, teríamos a seguinte equação: M1 (o meio) propicia a melhor realização do direito D1, mas impõe uma carga coativa exacerbada ao direito D2, autorizando uma ponderação entre as vantagens proporcionais a D1 e os prejuízos de D2.<sup>26</sup>

O caso *sub judice* foi solucionado pelo balanceamento de direitos: se o TCA decidisse proibir a fabricação de chumbinhos de arroz inflado caramelado, haveria grande prejuízo ao direito constitucional do fabricante à livre iniciativa empresarial (D2). *Mutatis mutandis*, causaria prejuízo, também enorme, àqueles consumidores que consomem chumbinhos de arroz inflado caramelado e gostariam de ter o direito de continuar a fazê-lo.

Todavia, se o invólucro continuasse sem alteração, teríamos, assim, um prejuízo ao direito do consumidor (D1) porque estava comprando arroz inflado caramelado, pensando estar

<sup>26</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 85.

comprando chocolate. Desta maneira, decidiu o TCA que o melhor meio (M1) para ponderar os direitos fundamentais em jogo, foi determinar que a empresa colocasse na embalagem do produto a inscrição: "não contém chocolate". Com isso, houve uma menor carga coativa para o direito das partes.

Não obstante, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para os fabricantes de cigarros. A menor força coativa, na ponderação de princípios fundamentais, é informar aos fumantes sobre os riscos do consumo do tabaco para o organismo humano.

## CONCLUSÕES

Como foi visto o princípio da proporcionalidade é uma metodologia, de dignidade constitucional, que tem por escopo controlar os atos do Poder Legislativo, para que não haja fraude pelo legislador infraconstitucional das expectativas dos direitos fundamentais consagrados pelo legislador da Constituição.

A metodologia da ponderação de direitos fundamentais, em rota de colisão, permite ao julgador, com segurança, exercer o controle dos atos emanados do Poder Público, como forma de fazer prevalecer os direitos constitucionais de menor carga coativa para os interesses das partes envolvidas.

### ABSTRACT

The present article has the pretension of analyzing the methodology of the beginning of the proportionality and your constituent elements in a perspective of consideration of the fundamental rights, in collision route. As consideration beginning, the proportionality, starting from a discursive and normative language allows to the judge the control of the acts of the Public Power, balancing the normative force of the rights in collision; in the form of beginnings, since, the proportionality is present in all and any manifestation of power in the Democratic State of Right.

Key-words: Beginning of the proportionality. Constituent elements. Consideration of fundamental rights. Analysis of concrete case.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria do princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. rev., ampl. atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: CRITÉRIO DISTINTIVO E REGIMES JURÍDICOS

*Thiago Faria de Godoy Magalhães*

Advogado formado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UFRJ. Pós-Graduação Lato Sensu na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ, Complexo Jurídico Damásio de Jesus e Instituto de Ensino Luís Flavio Gomes. Professor titular da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE, do Espaço Jurídico Cursos, ATF Cursos e professor convidado da pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

### RESUMO

O trabalho investiga os institutos da prescrição e decadência. A proposta é apresentar de forma clara e direta a distinção entre ambos os institutos, o que apresenta significativa relevância prática, em razão de cada um ter um regime jurídico próprio. Tem-se por mister investigar aspectos processuais, demonstrando equivocada a assertiva que diz que a prescrição representa perda da ação e que decadência representa a perda do próprio direito, haja vista a prescrição significar, de acordo com a moderna técnica processual, a perda da pretensão. Finalizando, analisar-se-á regras importantes de cada regime jurídico.

Palavras-chaves: Prescrição. Decadência. Regimes Jurídicos.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CRITÉRIO DISTINTIVO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. 3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DIFERENCIAÇÃO. 4 REGIMES JURÍDICOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA. 4.1 Impedimento, suspensão e interrupção prazo. 4.2 Possibilidade de reconhecimento de ofício. 4.3 Possibilidade de renúncia. 4.4 Possibilidade de renúncia. 5 CONCLUSÕES. 6 REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

Prescrição e decadência, talvez, sejam os temas mais tormentosos na disciplina civil. Muitos profissionais se afligem quando o tema se apresenta, motivando e desafiando a elaboração deste trabalho, que se propõem, em uma linguagem simples e direta, a elucidar dúvidas e organizar idéias de compreensão.

Trata-se de institutos postos para garantir a estabilidade das relações sociais, a paz social e a segurança jurídica. As pessoas têm direitos, mas o ordenamento jurídico lhes confere prazo de atuação, sob pena de sobrevir algum tipo de problema, que irá variar se prescrição ou decadência: o direito não protege a quem dorme.

O grande problema é: qual a diferença de prescrição e decadência? Quando a inércia representará prescrição e quando representará decadência? Esta questão apresenta significativa relevância, não sendo uma questão meramente teórica, haja vista cada um desses institutos possuir um regime jurídico próprio. Outrossim, muito se ouve dizer que na prescrição se perde a ação e que na decadência se perde o próprio direito. Será que isso está correto? Será que essa assertiva, ainda tão prolatada, se coaduna com a moderna técnica processual?

A proposta que aqui se apresenta é diferenciar prescrição e decadência, abordando-se os aspectos processuais do tema, para, a seguir, serem estudados comparativamente os regimes

jurídicos de cada instituto, com destaque para as recentes alterações legislativas do tema e discussões que daí advêm.

## 2 CRITÉRIO DISTINTIVO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Sem dúvida, o melhor critério doutrinário de distinção foi apresentado pelo saudoso magistrado AGNELO AMORIM FILHO, em seu trabalho intitulado *Crítério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência*<sup>1</sup>. Nesta monografia, texto referência do tema, o mestre ensina que a diferença está na classificação entre direito subjetivo e direito potestativo, pois direito subjetivo se sujeita a prescrição e direito potestativo se sujeita à decadência. O que significa isso?

É tradicional a dicotomia direito objetivo e direito subjetivo, sendo aquele o direito posto, a lei e este o direito que a pessoa tem<sup>2</sup>. É uma visão simplista. Na verdade, segundo ensina Chiovenda, quando se fala no direito que a pessoa pode ter, pode ser este de dois tipos: direito subjetivo e direito potestativo<sup>3</sup>. Direito subjetivo é aquele ao qual corresponde um dever jurídico de outra pessoa, v.g., quem compra um relógio, entregando o preço, tem direito a receber o relógio, direito subjetivo, pois a ele corresponde um dever: a entrega do relógio. Já o direito potestativo é diferente, pois é direito ao qual corresponde não um dever de alguém, mas sim mera sujeição, v.g., direito de pedir divórcio, pondo fim ao vínculo conjugal. A sentença judicial desconstitui o estado familiar conjugal, não correspondendo dever jurídico algum do cônju-

<sup>1</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p. 7, out. 1960, reproduzido na *Revista dos Tribunais*, v. 711, p. 725-6, out. 1997.

<sup>2</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 4-5.

<sup>3</sup> Chiovenda apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 465.

ge, mas sim mera sujeição de sua parte. Deve-se perceber que o direito potestativo, em realidade, mais do que um direito, constitui-se em verdadeiro exercício de poder. Por isso, excepcional no sistema.

Direito subjetivo, como corresponde a um dever jurídico, pode ser chamado de direito a uma prestação. O não cumprimento espontâneo da prestação significa violação de um direito. Ao violar o direito, vai nascer para o titular uma pretensão, que significa, nas palavras de Carnelutti, intenção de submissão de interesse alheio ao próprio, ou seja, a exigibilidade judicial de um direito (lide é a pretensão resistida)<sup>4</sup>. A pretensão é exercida através do ajuizamento de uma ação judicial, externando-se a pretensão em um pedido. Só que o titular do direito violado não terá a vida toda para ir a juízo, pois a lei lhe fixa um prazo para reclamar um direito subjetivo: um prazo prescricional.

Percebe-se que a prescrição exige a violação de um direito, ou seja, só se fala em prescrição quando o devedor se recusa a cumprir com sua prestação. Isso significa que o *dies a quo* do prazo prescricional será o momento em que o devedor descumpre a prestação, o dever jurídico correspondente. No exemplo supramencionado, se o devedor tem até o dia 10 para entregar o relógio, só no dia 10 se inicia a contagem do prazo prescricional, pois só nesse momento nasce para o titular a pretensão.

De se concluir que, na prescrição, o titular não perde o direito, afinal, se entregou o preço correspondente, tem direito a receber o bem. Perde a pretensão, ou seja, a exigibilidade judicial do direito. Isso importa em relevância prática: imagine-se que A deve entregar um relógio rolex a

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Estúdios de derecho Procesal*. Trad. Esp. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952. v. 2, p.5

B, sobrevivendo inadimplemento de A (violação do direito) e posterior prescrição em razão da inércia de B. Insatisfeito com a perda da amizade, mesmo sem poder mais ser demandado judicialmente, A resolve cumprir sua obrigação, entregando o caro relógio a B. Em rompante de arrependimento pelo alto valor do bem perdido, A ajuíza ação de repetição de indébito, pedindo a devolução do bem. Em razão de na prescrição se perder a pretensão, mas não o direito, a sentença será de improcedência, pois válido o pagamento a destempo. Não à toa, o artigo 882 do Código Civil diz ser caso de *soluti retentio*, ou seja, retenção de pagamento, ao rezar: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.<sup>5 6</sup>

Ante todo o exposto, claro fica o texto legal trazido pelo artigo 189 do Diploma Civil, a seguir transcrito: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Diferentemente, a decadência recai sobre direito potestativo. Não é direito a uma prestação, pois a outra parte nada tem a fazer, senão se sujeitar. Não há aqui possibilidade de violação de um direito, como ocorre no direito subjetivo, pois nada se tem que prestar<sup>7</sup>. Como a decadência se insere nesse contexto? A pessoa tem verdadeiro poder, mas, às vezes, a lei exige que se exerça esse poder judicialmente. Em alguns casos, não há prazo para exercício desse poder, como ocorre com o divórcio, mas, em outros casos, em prol da estabilidade das relações sociais, da paz social e da segurança jurídica, o titular terá um prazo para exercer o poder, o direito potestativo.

<sup>5</sup> Obrigação judicialmente inexigível é chamada de obrigação natural, ou seja, a obrigação em que existe o débito, mas não existe responsabilidade.

<sup>6</sup> Divergência se dívida prescrita é ou não obrigação natural. Pelo texto legal parece não ser, mas como se perde a pretensão, mas não direito, se assemelha muito. Todavia, essa discussão é infrutífera, na medida em que sendo ou não, a lei confere a mesma consequência a ambos, ou seja, a *soluti retentio*

<sup>7</sup> Chiovenda apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 465

A título de exemplo, o contratante tem direito potestativo de anular o contrato se vítima de coação. Todavia, a lei exige seja feito judicialmente, fixando prazo de quatro anos a contar da cessação da coação, como previsto no artigo 178 do Código Civil<sup>8</sup>. É nesse sentido que se diz anulável o ato quando eivado de defeito do negócio jurídico, caracterizado pelo convalidamento, ou seja, se não argüido em certo prazo, o que era inválido torna-se válido. Qual a natureza jurídica desse prazo? Decadencial, como se infere da própria leitura do dispositivo legal invocado, pois é prazo para exercício de direito potestativo.

O que se deve perceber é que a inércia leva à perda do próprio direito na decadência. O ato anulável convalesce, ou seja, se não requerida a anulação do ato no prazo dado pela lei, este se tornará válido.

### 3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DIFERENCIAÇÃO

Processualmente, como diferenciar prescrição e decadência? Direto subjetivo é exercido através de ação condenatória, onde se pede a condenação do réu a cumprir sua prestação. Por sua vez, o direito potestativo é exercido através de ação constitutiva, onde o juiz vai constituir ou deconstituir uma situação jurídica, independentemente da atuação do réu<sup>9</sup>.

Assim sendo, a ação condenatória se submete à prescrição e ação declaratória se submete à decadência. E ação declaratória? Como visa apenas a uma declaração judicial, não se sujeita nem à prescrição nem à decadência. É por essa razão que a ação declaratória de nulidade não se submete a prazo, haja vista o ato nulo não convalescer<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Art. 178, CC: "É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar"

<sup>9</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. v. I, p. 115

<sup>10</sup> AMORIM FILHO, op. cit.

Como apresentado no intróito deste trabalho, é comum se ouvir dizer que na prescrição se perde a ação e que na decadência se perde o próprio direito. Essa idéia está correta do ponto de vista da técnica processual? Não, pois na prescrição se perde não o direito de ação, mas sim a pretensão. A boa compreensão do que isso significa exige a abordagem de noções processuais, que se passa a descrever.

Quando se estuda a ação judicial, é vista a existência de teorias que se propõe a explicá-la. A primeira é a teoria concreta ou concretista da ação, que sustenta só haver direito de ação quando sobrevier sentença de procedência. Quem sucumbe não exercer direito de ação, mas mera demanda, enquanto ato de primeira provocação judicial. Sobreveio a teoria abstrata ou abstratista pura da ação, que sustenta haver ação seja qual for a sentença. Qual dessas teorias foi adotada pelo Estado Brasileiro? Nenhuma delas, pois Liebman veio ao Brasil, influenciando os estudiosos pátrios, razão pela qual se adotou aqui a teoria abstrata ou abstratista eclética da ação. Trata-se de uma teoria intermediária, que sustenta que o direito de ação é o direito de receber uma resposta de mérito. Isso significa que haverá ação quando sobrevier uma sentença de mérito, ou seja, não se exige a procedência, mas, ao menos, a resolução do mérito. Em conclusão, o direito de ação, no Brasil, é condicionado, de modo que a ausência de qualquer das condições da ação significa inexistência de ação, mas existência de mera demanda. Não à toa, a ausência de condição da ação é caso de carência de ação.<sup>11</sup>

Se o juiz reconhece prescrição ou decadência, resolve ou não o mérito? Conforme artigo 269, IV, CPC, resolve sim, pois previsto como causa de extinção do processo com resolução

<sup>11</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I, p. 86-88.

do mérito<sup>12</sup>. Assim sendo, se se ajuíza ação de cobrança, sendo reconhecida a prescrição, houve exercício do direito de ação, pois houve sentença de mérito. Não se perdeu o direito de ação, o que se perdeu foi a pretensão, ou seja, a exigibilidade do direito. Se prescrição estivesse arrolada no artigo 267 do Código de Processo Civil, como causa de extinção do processo sem resolução do mérito, seria caso de perda do direito de ação, pois sobreviria sentença terminativa.

Será que se deve aceitar isso pacificamente? Será há mesmo resolução do mérito quando o juiz reconhece prescrição e decadência? Dispõe o art. 295 da Lei Processual Civil: “A petição inicial será indeferida: IV – quando o juiz verificar, desde logo a decadência ou prescrição”.

Ora, se indeferida a petição inicial, o mérito não é apreciado e resolvido. Então, o artigo 269 da Lei Processual diz que prescrição e decadência são casos de extinção do processo com resolução do mérito, diferente do art. 295 da mesma Lei, que diz ser caso de extinção do processo sem resolução do mérito. Como explicar essa aparente incongruência? Na verdade, quando o juiz reconhece a prescrição ou a decadência, ele não examina o mérito, pois são matérias prejudiciais, justificando o texto do art. 295 supracitado. Só que, por opção legislativa, prescrição e decadência foram colocados no artigo 269 e não no artigo 267 do Diploma Processual Civil. A razão é simples: sentença terminativa faz coisa julgada meramente formal, o que significa poder o autor repropor a demanda. Para evitar que o autor vitimado pela prescrição ou decadência já reconhecida reproponha a demanda, optou o legislador dizer ser caso de extinção do processo com resolução do mérito. Assim sendo, reconhecida a prescrição, sentença de mérito, exercido o direito de ação. Não por outra razão,

<sup>12</sup> Art. 269, CPC: “Haverá resolução do mérito: IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”

como ensina o processualista Marcus Vinicius Rios Gonçalves, a sentença que pronuncia prescrição e decadência são chamadas de “falsas sentenças de mérito”.<sup>13</sup>

Se a pretensão prescreve, pode-se dizer que a exceção prescreve? Exceção é defesa em direito processual. São dois os tipos de exceção (*lato sensu*): exceção *stricto sensu* (quando defesa é matéria de ordem privada) e objeção (quando matéria é de ordem pública, o que faz com que a chamada exceção de pré-executividade deva ser chamada de objeção de pré-executividade)<sup>14</sup>. Essa defesa prescreve?

Vislumbremos o seguinte caso prático elucidativo: A é devedor de mil reais a B, mas não cumpre a obrigação no prazo, tornando-se inadimplente. Diante da inércia de B, houve prescrição. Tempos depois B causa um dano a A, que ajuíza ação indenizatória para reparação do dano. Poderá B alegar compensação em defesa? Em tese poderia, pois na prescrição há perda da pretensão, mas não do direito, ou seja, não se pode exigir judicialmente, mas o direito de crédito ainda existe. Todavia, por expressa previsão legal, impedido está o réu de alegar compensação em sua defesa. É o artigo 190 do Código Civil, que preceitua: “A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”. Isso significa que o *dies ad quem* do prazo prescricional impede não só a cobrança judicial da prestação devida, mas também a alegação da matéria em sua defesa.

Em conclusão, equivocado se dizer que a prescrição é a perda da ação. Na verdade, correto e completo é dizer que a prescrição representa a perda da pretensão e da exceção. Não à toa, como supracitado, o artigo 189 do Código Civil dispõe que violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que se extingue pela prescrição.

<sup>13</sup> Idem, p. 7-8.

<sup>14</sup> Idem, p. 102.

## 4 REGIMES JURÍDICOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Conforme acentuado, importante saber se o prazo em análise é prescricional ou decadencial, pois cada um tem o seu regime jurídico próprio, estando a prescrição previstas nos artigos 189/206 do Código Civil e a decadência nos artigos 207/211 do mesmo Diploma Legal. São essas regras que se passa a analisar em tópicos comparativos.

### 4.1 Impedimento, suspensão e interrupção prazo

Em regra, o prazo decadencial se inicia e chega a termo sem sofrer ataques. Já o prazo prescricional pode ser impedido, suspenso ou interrompido. Qual a diferença? As causas suspensivas se prolongam no tempo, durante o qual o prazo prescricional não corre. Ao final, o prazo volta a correr de onde parou. Já as causas interruptivas são pontuais e fazem reiniciar o prazo desde o início, independentemente do prazo já transcorrido. Por fim, as causas impeditivas são as mesmas causas temporárias que suspendem o prazo. Essas causas serão impeditivas quando já se verificarem no início do prazo, pois, ao invés de suspender, impedirá que o prazo prescricional se inicie.<sup>15</sup>

As causas impeditivas ou suspensivas estão previstas nos artigos 197/200 do Código Civil. Entre as causas, destaque para o artigo 198, I, que preceitua não correr o prazo prescricional contra absolutamente incapaz. Isso significa que o absolutamente incapaz jamais poderá perder a pretensão pela prescrição, pois contra ele o prazo está parado. A razão é evidente, desprovido de qualquer discernimento, será protegido pela lei. Isso leva a uma indagação: o relativamente incapaz

<sup>15</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 471 e 475

pode perder a pretensão pela prescrição? Pode, pois o prazo não corre apenas contra o absolutamente incapaz. Todavia, a lei não o desampara, na medida em que o artigo 195 da Lei Civil legitima direito de regresso em face do seu assistente pelos prejuízos decorrentes da prescrição<sup>16</sup>.

Já as causas interruptivas estão previstas nos artigos 202 do Código Civil, provocando o reinício da contagem do prazo. O titular de um direito subjetivo sofre da prescrição diante de sua inércia; se ele agir na tentativa de fazer valer o seu direito, não poderá perder sua pretensão, sendo o prazo interrompido, pois a idéia é que transcorra todo o prazo sem essas atitudes positivas do titular do direito subjetivo.

Dentre as causas interruptivas, destaque para o primeiro inciso, que diz que o despacho liminar positivo interrompe a prescrição, se promovida no prazo da lei processual, que, nos termos do seu artigo 219, §§ 2º e 3º, é de 10 dias prorrogáveis por mais 90 dias. Como asseverado, se o titular do direito violado vai a juízo reclamar o seu direito, não pode ser prejudicado pela prescrição, pois não se evidencia a inércia.

Este ponto reclama por aprofundamento. O *caput* do artigo 219 da Lei Processual<sup>17</sup> diz que é a citação válida que interrompe a prescrição. Veio o novo Código Civil em 2002, dizendo que é o despacho do juiz que ordenar a citação<sup>18</sup>. O que interrompe a prescrição?

<sup>16</sup> Art. 195, CC: "Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação regressiva contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição ou não a alegarem oportunamente".

<sup>17</sup> Art. 219, CPC: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição".

<sup>18</sup> Art. 202, CC: "A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual"

Alguns autores, de forma apressada, sustentam a existência de antinomia nesse ponto, ou seja, mais de uma lei para o caso concreto. Não é bem assim, pois a Lei Civil dispõe que o despacho liminar positivo interrompe a prescrição, *se o autor promover a citação no prazo legal*, ou seja, é a citação válida que interrompe a prescrição, mas os efeitos da interrupção, segundo o novo Código Civil, retroagem à data do despacho citatório, se o autor a promover no prazo legal.

Se fosse apenas isso, grandes problema não haveria. Só que a questão não é tão simples assim. O Código de Processo Civil afirma que citação válida interrompe a prescrição, mas vai além, afirmando que a interrupção retroage à data da propositura da demanda, se o autor promover a citação no prazo legal. Aqui sim há antinomia, o conflito de leis, pois o Diploma Civil diz retroagir à data do despacho liminar positivo. Ora, se o autor promover a citação no prazo legal, para que momento retroage a interrupção da prescrição: à data do despacho liminar positivo ou da propositura da demanda?

Alguns autores, novamente de forma apressada, afirmam valer o disposto no Novo Código Civil, pois havendo conflito entre leis gerais de mesma hierarquia, a antinomia é aparente, pois a lei posterior afasta a aplicação da lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Assim, a interrupção da prescrição retroagiria à data do despacho liminar positivo<sup>19</sup>.

Data vênua, esta é uma solução muito simplista, que não investiga a fundo a questão. O novo Código Civil, embora de 2002, estava em trâmite legislativo desde a década de 70, década do atual Código de Processo Civil, que é de 1973. Ato

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. I. p. 557.

do processo que interrompe a prescrição é tema processual, razão pela qual o Projeto do Novo Código Civil, ao tratar da prescrição, já na década de 70, foi buscar na Lei Processual inspiração para o tema, que preceituava, em seu texto original, no art. 219, §1º: “A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação”. Não à toa, o novo Código Civil tem essa redação. Ocorre que, em 1994, o Código de Processo Civil foi alterado pelas leis 8950 a 8953, sendo alterada a redação do citado art. 219, §1º, que passou a dispor: “A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”.

O que deveria fazer o Poder Legislativo com relação ao projeto do novo Código Civil? Se adequar à nova regra processual durante o trâmite legislativo. Ocorre que o legislador se esqueceu de fazer a atualização. As revisões foram feitas sem que se atentassem ao problema, como acentua Marcus Vinícius Gonçalves:

O Projeto de reforma do Código Civil brasileiro tramitou durante mais de vinte e cinco anos no Congresso Nacional de tal sorte que a regra constante do art. 202, I, da nova lei não pode ser tomada apenas em sua literalidade, mas sim no confronto com a opção feita pelo legislador quando da edição da citada lei 8952/94 e que, como visto, alterou o sistema para fazer o efeito interruptivo retroagir ao momento do ajuizamento. Na realidade, o legislador não se lembrou, por ocasião da votação do projeto do novo Código, de corrigir a redação do aludido dispositivo, para harmonizá-la com a atual redação do CPC.<sup>20</sup>

Em conclusão, vale o disposto no Código de Processo Civil, que ordena retroatividade da interrupção da prescrição à propositura da demanda, mesmo indo contra a literalidade da novel Legislação Civil, que é lei posterior. E o motivo é

<sup>20</sup> GONÇALVES, op.cit., p. 364

simples: o novo Código Civil errou! Nesse sentido, com maestria, leciona Flávio Luiz Yarshell:

Ora, o art. 219 do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original (...) já dizia - e a rigor continua a dizer - que a interrupção ocorre pela citação, embora depois ressalve a retroação desse efeito para o momento do despacho que ordenara o ato. (...) se a retroação desse efeito para momento anterior ao da citação foi e é admitida pelo sistema, parece mais correto dizer que a retroação alcança o ajuizamento e não apenas o despacho que ordenar a citação, porque essa é a forma ditada pela lei processual, à qual, como dito, reporta-se expressamente a nova lei civil.<sup>21</sup>

E ratifica Carlos Roberto Gonçalves, quando assenta esse entendimento:

Tal dispositivo [art. 202, I, CC] não pode, todavia, sofrer uma interpretação literal, sob pena de constituir indesejável retrocesso doutrinário e legal. A interpretação sistemática conduz à conclusão de que a interrupção da prescrição continua a retroagir à data da propositura da ação desde que o autor cumpra o ônus de promover a citação do réu no prazo estabelecido<sup>22</sup>.

De se concluir, portanto, que a citação válida interrompe a prescrição, mas, se promovida no prazo legal de 10 dias prorrogáveis por mais 90 dias, a interrupção da prescrição retroagirá a data da propositura da demanda, valendo o disposto no Código de Processo Civil. O Novo Código Civil não se estabeleceu para contradizer a citação válida como causa interruptiva da prescrição. Em realidade, a divergência é com relação ao momento da retroatividade, se feito no prazo e na forma da

<sup>21</sup> YARSELL, Flávio Luiz. **A Interrupção da prescrição pela citação**: Confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 13.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto et al. **Prescrição**: Questões relevantes e polêmicas. Novo Código Civil, Questões Controvertidas. São Paulo: Método, 2003. p. 96. Série Grandes Temas de Direito Privado.

lei processual. Pelo Código de Processo Civil, retroage à data da propositura da ação, diferente do Novo Código Civil, que estatui retroatividade à data do despacho liminar positivo. Não obstante seja a novel Legislação Civil lei posterior, prevalece a regra esculpida na Lei Processual.

Aliás, essa retroatividade da prescrição para o momento da propositura da ação é muito mais justa, razão pela qual o Código de Processo Civil foi alterado em 1994 para consagrar tal entendimento. Não é justo retroatividade à data do despacho liminar positivo, haja vista existir um procedimento entre a propositura da demanda e despacho liminar positivo que foge à esfera de atuação do jurisdicionado. Dizer retroagir à data do despacho liminar positivo é prejudicá-lo pela morosidade do Poder Judiciário. Basta pensar na situação em que falta um mês para a prescrição se consumir. O que fazer para não perder a pretensão pela prescrição? Basta ajuizar ação nesse prazo e praticar os atos que lhe cabe para a citação. Se a retroatividade fosse para a data do despacho citatório, será que este seria proferido no prazo remanescente? Poderia, portanto, o titular da pretensão se ver prejudicado pela morosidade do Poder Judiciário, o que não se pode admitir.

Voltando à análise comparativa, no que se refere à decadência, conforme já assentado, seu prazo não sofre de ataques, chegando a termo sem tormentos de qualquer natureza. Essa é a regra, mas não absoluta, pois o art. 207 do Código Civil ressalva a possibilidade da lei prever causa suspensiva, impeditiva ou interruptiva do prazo decadencial, o que já faz no seu artigo seguinte: não corre prazo decadencial contra absolutamente incapaz. Significa que o absolutamente incapaz, tal como ocorre na prescrição, jamais poderá perder o direito pela decadência. O relativamente incapaz poderá sofrer com a decadência, mas a lei lhe confere direito de regresso contra o assistente pelos prejuízos

decorrentes da decadência. Essa é uma causa de natureza impeditiva ou suspensiva. A questão é: pode o prazo decadencial ser interrompido? Se expresso em lei, sim, o que vem previsto no artigo 220 do Código de Processo Civil, que estende o efeito da citação válida interromper a prescrição a todos os prazos extintivos, por isso também aplicável à decadência.<sup>23</sup>

#### 4.2 Possibilidade de reconhecimento de ofício

A decadência sempre foi vista como uma questão de ordem pública, diferente da prescrição vista tradicionalmente como questão de ordem privada, de interesse apenas das partes. Por isso, a Legislação Civil pretérita estatuiu que o juiz poderia reconhecer a decadência de ofício, mas não a prescrição, caso em que se exigia o requerimento das partes. Sobreveio o novo Código Civil, mantendo, em linhas gerais, essa regra. Todavia criou uma exceção, conforme preceituava o artigo 194<sup>24</sup>: o juiz poderia reconhecer a prescrição de ofício para favorecer absolutamente incapaz. A razão clara: devedor absolutamente incapaz, por ser desprovido de discernimento por completo, não está apto a alegar eventual prescrição, sendo protegido pela lei.

Só que no ano de 2006 essa questão mudou em decorrência da lei 11280/06, que revogou o artigo 194 do novo Código Civil concomitantemente à alteração do disposto no §5º do artigo 219 do Código de Processo Civil<sup>25</sup>, que estatui que juiz pode declarar de ofício da prescrição. Com a atual redação legal, o juiz pode reconhecer de ofício tanto a prescrição como a decadência, o que erigiu a prescrição à matéria de ordem

<sup>23</sup> Art. 220, CPC: "O disposto no artigo anterior [causas interruptivas da prescrição] aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei

<sup>24</sup> Art. 194 do Código Civil: "O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer absolutamente incapaz". Artigo revogado pela lei 11280/06.

<sup>25</sup> Art. 219, §5º, do Código de Processo Civil: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição"

pública. Trata-se de um poder-dever, pois mais do que poder, deve o magistrado reconhecê-lo de ofício.

Todavia, em se tratando de decadência, a questão tem que ser minudenciada. Existem dois tipos de decadência: legal e convencional<sup>26</sup>. Parece que uma decorre de lei, outra da vontade das partes. É um equívoco assim pensar, pois ambas decorrem da lei. Será convencional quando a lei não dá um prazo certo, mas sim um prazo máximo, podendo as partes convencionar um prazo dentro dos limites legais. A título de exemplo, o artigo 505 do Código Civil<sup>27</sup> trata da chamada cláusula de retrovenda no contrato de compra e venda, que permite ao vendedor recomprar o bem vendido. Trata-se de direito potestativo com prazo decadencial máximo de 3 anos. Se a decadência for convencional, o juiz não pode declarar de ofício, exigindo-se requerimento das partes, como estatui os artigos 210 e 211 do Código Civil<sup>28 29</sup>.

Seja qual for o caso, prescrição ou decadência, as partes podem alegá-las no processo judicial e a lei dispõe que poderão fazê-lo em qualquer grau de jurisdição. Prescrição e decadência podem ser alegados em Recurso Especial ou Extraordinário, mas nesses casos, somente se houver pré-questionamento, ou seja, não se pode alegar originariamente.

E na fase de execução, podem as partes alegar prescrição e decadência? Assim enuncia a súmula 150 do Supremo Tribu-

<sup>26</sup> GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 469

<sup>27</sup> Art. 505 do Código Civil: "O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de 3 (três) anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias".

<sup>28</sup> Art. 210 do Código Civil: "Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

<sup>29</sup> Art. 211 do Código Civil: "Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação".

nal Federal: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. A prescrição e a decadência podem ser alegadas até mesmo na execução, cujo prazo é o mesmo da pretensão. É a prescrição ou decadência superveniente a sentença, para ajuizar a execução extrajudicial ou dar início à segunda fase do processo sincrético, ou seja, a fase de execução judicial que se segue à fase cognitiva. Estas podem ser alegadas em embargos à execução e até em objeção de pré-executividade, pois além da decadência, a prescrição passou a ser questão de ordem pública com a possibilidade de ser decretada de ofício pelo juiz.

### 4.3 Possibilidade de renúncia

O que aqui se indaga é se a prescrição ou decadência podem ser renunciadas. A princípio não, pois seria renunciar a estabilidade das relações sociais, a paz social e a segurança jurídica. Por essa razão o artigo 209 do Código civil diz nula a renúncia à decadência fixada em lei. Nada obsta renunciar a decadência convencional, pois faculdade para as partes preverem em prazo máximo.

Só que a prescrição, por ser perda da pretensão, mas não do direito, apresenta uma peculiaridade: pode ser renunciada, mas só depois consumada. Por quê? Não se pode renunciar antes de consumir a prescrição, já no contrato, pois geraria insegurança jurídica e instabilidade das relações sociais. Agora, quando se paga dívida prescrita, se está renunciando a prescrição, o que se viu ser válido em razão da perda da pretensão, mas não do direito. Não precisava mais pagar, porque prescreveu, mas mesmo assim se pagou. O pagamento é válido, cabendo *soluti retentio*. Só que além da exigência de já consumada, há outra: não prejudicar terceiro, ou seja, inválido será o pagamento de dívida prescrita se tornar a pessoa insolvente para adimplir obrigação ainda não prescrita. É o que se depreende da leitura do artigo 191 do Diploma Civil, que dispõe:

“A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

Uma questão de relevo pode ser levantada: conforme já abordado, desde 2006, com a lei 11280/06, a prescrição tornou-se matéria de ordem pública ante a possibilidade do reconhecimento judicial de ofício. Será que esse novo entendimento revoga o artigo que permite renúncia da prescrição, haja vista questão de ordem pública ser irrenunciável? Não, está certo que apenas questões de ordem privada podem ser renunciadas e que a prescrição tornou-se questão de ordem pública, mas ainda assim, se permite a renúncia nos termos vistos, pois a prescrição representa perda da pretensão, mas não do direito. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 295 das Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal: “A revogação do art. 194 do CC pela lei 11280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado”.

### 4.4 Possibilidade de renúncia

Nem prescrição, nem decadência podem ter seus prazos alterados pela vontade das partes, pois são prazos previstos em lei<sup>30</sup>. O detalhe é a possibilidade de alterar prazo de decadência convencional, desde que dentro dos limites legais, pois não representa desrespeito à lei.

## 5 CONCLUSÃO

Resta evidente a diferenciação de prescrição e decadência, tema tão tormentoso até entre os estudiosos da Ciência Jurídica.

<sup>30</sup> Art. 192, CC: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”

O direito subjetivo, enquanto direito a uma prestação, se submete à prescrição. Com a violação de um direito, trazido no não cumprimento da prestação correspondente ao direito subjetivo, nasce para o titular uma pretensão, que se extingue pela prescrição. Isso significa que a partir descumprimento da obrigação, o credor terá um prazo prescricional para exigir judicialmente a prestação descumprida espontaneamente. É a ação condenatória que se submete à prescrição, pois é esta a ação em que se busca a tutela jurídica de um direito subjetivo.

O direito potestativo, enquanto direito que corresponde à mera sujeição, submete-se à decadência. A lei concede um verdadeiro exercício de poder, mas exige o exercício através do Poder Judiciário e, às vezes, impõe um prazo, decadencial, para exercício judicial do direito potestativo. É a ação constitutiva que se submete à decadência, pois é o instrumento de exercício judicial do direito potestativo. Ação declaratória não se submete nem a prescrição, nem à decadência, pois visa-se apenas a uma declaração.

Restou demonstrado no plano processual a incorreção na afirmativa de que na prescrição se perde a ação e que na decadência se perde o direito. Na verdade, o que se perde na prescrição é a pretensão, que é a exigibilidade do direito violado, pois a sentença que reconhece a prescrição é uma sentença de mérito por ordem do artigo 269 do Código de Processo Civil, o que significa haver exercício do direito de ação mesmo com a prescrição consumada. Considerando o disposto no artigo 190 do Código Civil, de forma completa, o correto é: na prescrição se perde a pretensão e a exceção.

#### ABSTRACT

This dissertation investigates the prescription and decadence institutes. The propose is to demonstrate in a clear and direct forms the distinctions between both, what it presents significant practical relevance, in a reason of each one have a proper legal regimen. These rules will be analyzed, as well as, the procedural aspects in order to demonstrate the mistake of the sentence: prescription is the lost of the law-suit and the decadence is the lost of the right, what is wrong because prescription is the lost of the pretension.

Word-Keys: Prescriptions. Decadence. Legal Regimen.

## 6 REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, p.7, out. 1960 e também v. 711, p. 725-6, out. 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. v. I

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

\_\_\_\_\_, *Estudios de Derecho Procesal*, Trad. Esp. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires : EJEA, 1952. v. 2

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2.ed. *Novo Curso de Direito Civil*: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I

GONÇALVES, Carlos Roberto et al. *Prescrição: Questões relevantes e polêmicas*. Novo Código Civil, Questões Controvertidas. São Paulo: Método, 2003. Série Grandes Temas de Direito Privado.



# O BEM JURÍDICO PROTEGIDO E SUA APLICAÇÃO NO DELITO DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA<sup>1</sup>

*Vanessa Alexandra de Melo Pedrosa*

Doutoranda pela Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha), onde desenvolve investigação na área de Direito Penal, tendo realizado seu estágio doutoral na mesma área de conhecimento, na Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (Itália). Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

## RESUMO

Ainda em tempos atuais, percebe-se o reconhecimento dos valores sociais para o estabelecimento dos mais diferentes conceitos. No entanto é necessário observar que o sistema econômico atual exerce uma grande influência e, porque não dizer, determina a importância que julga necessária aos referidos conceitos, de maneira a unificá-los como elementos que giram em torno de um mesmo feixe, ou seja, o sistema político-econômico-financeiro. Dessa maneira, note-se que determinada circunstância termina por promover uma mudança nos topois sócio-culturais de todo o mundo, pois que os conceitos passam a ser regido pela economia de mercado, restando uma perda do conceito de Estado em si e para si. O presente artigo visa, a priori, observar a importância deste câmbio no que tange à proteção do bem que pretende o legislador proteger quando da tipificação de uma determinada conduta ofensiva à sociedade, é dizer, qual o conceito *stricto sensu* do bem jurídico a ser protegido pelo Estado? Ultrapassada esta idéia se aplicará referida conclusão na promoção do bem jurídico do delito de tráfico

<sup>1</sup> O artigo consiste em um resumo da monografia exigida no doutorado para a conclusão da disciplina: *Delitos contra la Administración Pública*, ministrada pelo prof. Emilio Octavio de TOLEDO UBIETO.

de influência. Por fim, este trabalho observa, também, se ao Direito Penal corresponde a tarefa de tentar evitar a realização do tráfico de influência, já que esse delito, antes de ser anti-jurídico, é anti-ético, manifestando a possibilidade de combatê-lo a partir de instrumentos não jurídicos que, por sua vez, guardem relação com a educação cívica do cidadão, preservando, portanto, o Direito Penal. Sem embargo é necessário destacar que se deve ter muitíssimo cuidado ao observar referidos instrumentos sócio-culturais, pois que eles são mutáveis já que cada época tem o seu próprio contexto social.

Palavras-chave: Bem jurídico. Tráfico de influência. Valores sociais do sistema político-econômico-financeiro.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 O BEM JURÍDICO ENQUANTO ELEMENTO COMUM AOS DELITOS. 1.1 Do conceito de bem jurídico protegido. 1.1.1 Do conceito material de bem jurídico e sua espiritualização. 2 O BEM JURÍDICO A SER PROTEGIDO NO TIPO PENAL TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. 2.1 O bem jurídico e a tipicidade. 2.2 Do conceito não jurídico do tráfico de influência. 3 DA NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

Não se pode negar que um dos maiores problemas do Direito penal, seja no passado ou na atualidade, consiste fundamentalmente na identificação dos elementos gerais, bem como dos valores sociais que determinam ser um fato em específico considerado ofensivo o suficiente para acatar-se como delito e, portanto, tipificado no ordenamento jurídico<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cumpre destacar, que não se pretende adentrar na problemática que envolve a normativa do delito de tráfico de influência, até mesmo porque esse não é o tema ao qual se propõe o presente trabalho analisar. Portanto o presente trabalho pretende identificar, em um primeiro momento, o bem jurídico a ser protegido nos delitos realizados em contra da administração pública, já que o referido elemento é considerado de finalidade comum a esses delitos e, especificamente, no que é concernente ao delito de tráfico de influência.

A autora, por sua vez, quando da realização de seus estudos para elaboração do presente trabalho, percebeu a deficiência de material específico que trate de referido tema aplicado ao delito de tráfico de influência, circunstância que terminou por solicitar da autora a necessidade primária de promover o entendimento de referido delito em razão da sua compreensão perante a sociedade.

É possível afirmar que referida problemática, é dizer, a identificação do instituto que o legislador pretendia proteger quando da tipificação do tráfico de influência, encontra fundamento na pergunta: em que consiste a expressão tráfico de influência fora do ordenamento jurídico? Ora, resta claro que, somente a partir dessa compreensão, se pode passar à análise de tal conduta na condição de ofensiva e, portanto, tipificada.

Dessa maneira, note-se que este trabalho aborda, em grosso modo, as conseqüências de como a Lei seleciona os comportamentos sociais, para identificá-los e logo poder tipificá-los enquanto delito, circunstância que demonstra uma certa complexidade, sendo necessário, então, advertir que esse estudo não tem pretensão de esgotar a matéria em análise. Pelo contrário, são brevíssimas considerações, sem qualquer ânimo exaustivo, dispondo, sucintamente, conceitos e considerações em torno do bem jurídico a ser protegido quando da tipificação do delito de tráfico de influência.

## 1 O BEM JURÍDICO ENQUANTO ELEMENTO COMUM AOS DELITOS

### 1.1 Do conceito de bem jurídico protegido

Neste primeiro momento, é importante perceber que, antes de considerar que determinada conduta deve ser com-

preendida como um delito, é necessário perguntar a que valor ofende referida conduta? É exatamente esse valor o que se deve chamar de bem jurídico a ser protegido pelo Direito, tema central da análise deste trabalho.

Não resta dúvida de que a identificação de determinado valor consiste em um processo trabalhoso e desgastante. No entanto referido processo é de extrema necessidade, posto que, como antes dito, possibilita identificar os interesses sociais - como, por exemplo, o patrimônio, a vida, a liberdade sexual, entre outros - que, posteriormente, são personalizados em institutos jurídicos.

Cumpra, a este momento, conhecer em que consistem, fundamentalmente, referidos patrimônios, pois que, somente a partir de sua compreensão, é possível estabelecer determinados interesses ou, melhor dizendo, bens sociais como bens jurídicos a serem protegidos.

É em razão de dada circunstância que se pode afirmar que o legislador ou estudioso não deve estabelecer teorias que tenham a finalidade de definir o bem jurídico de um determinado instituto, sem que antes se possa identificar se essas mesmas teorias respondem à seguinte pergunta: em que consiste, fundamentalmente, o bem jurídico?

Ora, dessa maneira então, a pergunta qual é o bem jurídico torna-se conseqüência da anterior, posto que a simples identificação do bem jurídico, enquanto patrimônios sem fundamentação, termina por estabelecer o bem jurídico como “um dado acrítico dispensado de justificativa e fundamentação”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> “Un dato acrítico dispensado de justificar y fundamentar”. MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991. p. 140.

Com grande pertinência, acrescenta Hormazabal Malaree:

Que uma teoria sobre o bem jurídico deve, em primeiro lugar, ser capaz de responder à pergunta: o que faz com que uma ação se transforme em um delito? E, em segundo lugar, por que uma sociedade penaliza, no seu ordenamento jurídico penal, exatamente essas ações lesivas e não outras?<sup>4</sup>

Referida afirmação encontra fundamento na idéia de que somente as teorias que encontram embasamento em razões sociais, isto é, aquelas teorias que visam identificar não só a dinâmica social mas também os desequilíbrios particulares de determinada sociedade onde serão aplicadas, bem como as formas de exercício do poder frente ao cidadão desta mesma coletividade, é que tornam possível uma concepção de bem jurídico propriamente dito, posto que

Está na natureza das coisas que, além de (...) conceito jurídico *positivo* do delito, tem que existir um conceito *natural* dele (...) Quando falamos de um conceito *jurídico natural* de delito, entendemos por isso aquilo que, segundo a *natureza do direito penal*, pode ser razoavelmente valorado como punível pela sociedade e resumido em um conceito geral.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “Que una teoría del bien jurídico, en primer lugar ha de ser capaz de contestar a la pregunta ¿qué es lo que hace que una acción se transforme en delito? Y en segundo lugar ¿por qué penaliza una sociedad en su ordenamiento jurídico penal exactamente esas acciones lesivas y no otras?”. MALAREE, Ob. Cit., p. 140.

<sup>5</sup> “Está en la naturaleza de las cosas que además de (...) concepto jurídico *positivo* del delito tiene que haber un concepto *natural* de él (...) Cuando hablamos de un concepto *jurídico natural* de delito entendemos por esto aquello que según la *naturaleza del derecho penal* puede ser razonablemente valorado como punible por la sociedad y resumido en un concepto general”. BIRNBAUN. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. *Archiv des Kriminalrechts*, Neue Folge, p. 149, 1834. *Apud*. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del Estado Actual de la Discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: MODERNAS TENDENCIAS EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA CRIMINOLOGÍA. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 372-373.

Em razão do que se encontra exposto, é possível, portanto, afirmar que o bem jurídico se constitui essencialmente em “tudo o que aos olhos da lei é valioso para a comunidade jurídica, enquanto que condição de vida sã”<sup>6</sup>.

Resta claro, então, que, dessa forma, o conceito de bem jurídico exige do legislador uma visão voltada, direcionada para a ciência criminal, sob condições políticas do que é possível punir e do que se deve deixar impune, posto que

Cada ordem jurídica tem a missão geral de servir direta ou indiretamente à proteção de interesses humanos materiais ou ideais. Não significa, no entanto, que o interesse humano exigido deva ingressar na definição do bem jurídico individual, antes de ser bem, é suficiente que ele constitua o motivo legal para a sua proteção pela ordem jurídica.<sup>7</sup>

Por outro lado, é de extrema necessidade destacar que não se trata, neste momento, de discutir o valor dos atos realizados por uma pessoa em particular, até mesmo porque referidos atos não necessitam, em um primeiro plano, da proteção jurídica de cunho penal.

O que se pretende, neste momento, é, simplesmente, identificar a garantia, a segurança de que os interesses de uma pessoa serão respeitados, desde que esses interesses se amoldem, no bem da verdade, às condutas protegidas por dada sociedade onde se insere determinada pessoa, ou seja, referida

<sup>6</sup> “Todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta *Binding*, handbuch, t. I, p. 353 s. In: JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – parte general. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 50.

<sup>7</sup> “Cada orden jurídico tiene la misión general de servir directa o indirectamente a la protección de intereses humanos materiales o ideales. No significa, sin embargo, que el interés humano exigido deba ingresar en la definición del bien jurídico individual, antes bien es suficiente que ello constituya el motivo legal para su protección por el orden jurídico”. cf. HIRSCH. Kühne/Miyazawa (Comps.), *Neue Strafrechtentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, p. 11,16 *Apud* HIRSCH, Ob. Cit., p. 386.

garantia individual termina por consistir, fundamentalmente, no gozo de uma situação valorada positivamente.

É bem verdade que estabelecer um conceito do que vem a ser << bem jurídico >> é o que se pode chamar de tarefa bem complexa, posto que o bem jurídico não deve ser compreendido como objeto de caráter estático. Ao revés, por tudo que foi aclarado até aqui, resta claro que o bem jurídico surge em razão de preceitos sociais e, como é de conhecimento geral, os valores sociais são mutáveis, pois mudam de acordo com as estruturas políticas, econômicas,<sup>8</sup> entre tantas outras, de um momento histórico em particular.

Não obstante, deve-se levar em conta que não basta o fato de que um determinado interesse tenha surgido na sociedade<sup>9</sup>, para que venha, posteriormente, a ser considerado um bem a ser protegido. Faz-se necessário, também, que esta mesma sociedade se manifeste de forma a expor e exigir do legislador a realização de seus conceitos. Em outras palavras, a promoção do que deve ou não deve ser punido. Referida afirmativa encontra fundamento no fato de que é a realidade social que impõe os objetos merecedores de proteção penal. O Direito, por meio do legislador, somente tem a função de outorgar categoria jurídica a determinados e preexistentes interesses.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Principalmente em tempos atuais que se vivencia uma sociedade que fundamenta seus valores em razão do poder das relações de mercado, isto é, uma sociedade reflexo do processo de globalização. Cumpre, então, questionar em que consiste a globalização? Ora, “a globalização, enfim, é processo contraditório, seletivo e que oferece perspectivas diferenciadas para cada país. (...) Por fim, igualmente falso é crer que a globalização constitui um fenômeno universal, inclusivo e homogeneizador, ignorando o forte dualismo econômico e a exclusão social, à qual está relacionada.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e Direito do Consumidor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coords.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad & School of Global Law SPDF, 1999. p. 226.

<sup>9</sup> Note-se que “El concepto de bien jurídico tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites para el derecho penal. Sus comienzos pertenecen, por ello, al círculo de los esfuerzos por desarrollar um concepto material del delito.” HIRSCH, Ob. Cit., p. 372.

<sup>10</sup> Cfr. SINA, *Die Dogmengeschichte* cit., p. 53. *Apud*: UBIETO, Emilio Octavio de Toledo

Ora, dessa maneira, é possível, então, afirmar que o bem jurídico, embora seja, inicialmente, resultado de um processo legislativo, é, sobretudo, reflexo do exercício da democracia propriamente dita, isto é, uma democracia exercida a partir da observação da dinâmica das práticas sociais. Referida circunstância, por sua vez, termina por provocar uma certa dificuldade no que tange à possibilidade de uma definição determinada, específica do que seja bem jurídico.

Por outro lado, cumpre destacar, também, que não basta garantir a observação dos anseios e da dinâmica social. Faz-se necessário, ainda, que o Estado garanta e promova o livre exercício de discussões, reflexões e manifestações sociais sobre temas relacionado a relações e desequilíbrios desta sociedade, na intenção de que esta mesma sociedade, de maneira clara e consciente, possa expressar-se com relação aos seus anseios e necessidades.

### 1.1.1 Do conceito material de bem jurídico e sua espiritualização

Uma vez compreendido que o bem jurídico tem sua origem nos processos democráticos, visto que “somente de uma sociedade democrática pode surgir o bem jurídico”<sup>11</sup>, faz-se necessário estabelecer o que se pode chamar de conceito material de bem jurídico.

Em verdade, o bem jurídico se constitui em um valor social e em um valor normativo ao mesmo tempo,

Por exemplo, a vida, a liberdade (...) enquanto objetos protegidos por uma norma penal, estão como uma relação

y. Sobre el concepto de derecho penal. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1984. p. 337.

<sup>11</sup> “Solo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico” MALAREE, Ob. Cit., p. 152.

social concreta. (...) Quando o tipo castiga o homicídio, está castigando uma relação social específica que nega a relação social concreta vida. Quando castiga a coação, está castigando uma relação social que nega o bem jurídico liberdade na forma específica estabelecida no tipo das coações.<sup>12</sup>

Em suma, o que se pretende afirmar, neste momento, é que “os bens jurídicos são **relações sociais concretas** de caráter sintético, protegidas pela norma penal que nasce da própria relação social democrática como uma superação do processo dialético que tem lugar no seu seio.”<sup>13</sup>

Sem embargo, cumpre destacar que não se pode, também, negar a crescente debilitação<sup>14</sup> pela qual o conceito de bem jurídico vem passando, posto que referido conceito “entrou em crise devido a ampliação constante do círculo dos bens jurídicos universais”<sup>15</sup>, observando-se uma progressiva espiritualização dos bens jurídicos.

Há que se perguntar, então, em que consiste referida espiritualização? É possível afirmar que a espiritualização do bem jurídico consiste, fundamentalmente, em compreender determinado instituto não mais como um conceito prévio à norma, como antes dito.

<sup>12</sup> “Por ejemplo, la vida, la libertad (...) en cuanto objetos protegidos por una norma penal lo están como relación social concreta. (...) Cuando el tipo castiga el homicidio, esta castigando una relación social específica que nega la relación social concreta vida. Cuando castiga la coacción, está castigando una relación social que niega el bien jurídico libertad en la forma específica establecida en el tipo de las coacciones”. *Idem, ibidem.*, p. 152 e 153.

<sup>13</sup> “los bienes jurídicos son **relaciones sociales concretas** de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar em su seno.” *Idem, ibidem.*, p. 152.

<sup>14</sup> Referida debilitação do conceito de bem jurídico fundamenta-se na crescente necessidade de extensão de referido conceito em razão das novas disposições penais como, por exemplo, no Direito penal do tráfico vial e Direito penal do meio ambiente.

<sup>15</sup> “Ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales”. HIRSCH, Ob. Cit., p. 381

Ora, então, referida espiritualização do bem jurídico consiste no fato de não mais considerar válida a idéia de que o bem jurídico se consagra em raízes sociais para depois ser normatizado pelo legislador, fato que termina por considerá-lo como meio de interpretação propriamente dito.

Esta tendência, favorecida (...) por um positivismo jurídico de princípios do século, acaba (...) separando o conceito de bem jurídico de sua *ratio* histórica, atribuindo-lhe como «entidade meramente lógica dentro de um sistema formal criado ao arbítrio do Estado», uns «cometidos técnico-sistemáticos» (qual seja, por exemplo, uma mais ou menos acabada ordenação da Parte Especial): esta corrente (...) «abriria o caminho de uma fatal evolução».<sup>16</sup>

É bem verdade, e não se pode ter nenhuma dúvida, que o Estado tem o poder de arbítrio no que tange à precedência e disposição dos objetos que são merecedores de proteção jurídica. No entanto não se pode negar que o Estado é responsável pela promoção da paz social e é por essa razão que se faz necessário a esse mesmo Estado determinar qual objeto receberá a proteção jurídica penal por meio de uma decisão política que envolve, além da observação dos anseios sociais, a ressalva da dinâmica imposta pelas leis de mercado.

Dessa maneira, resta claro que referida dinâmica de seleção dos bens jurídicos a serem protegidos reflete, por sua vez, os interesses sociais, separando-os em dois tipos essenciais, quais sejam, “os bens jurídicos que se referem às bases e condições de subsistência do sistema e os que se referem ao

<sup>16</sup> “Esta tendencia, favorecida (...) por el positivismo jurídico de principios de siglo, acaba (...) separando el concepto de bien jurídico de su *ratio* histórica y atribuyéndole, como «entidad meramente lógica dentro de un sistema formal creado al arbitrio del Estado», unos «cometidos técnico-sistemáticos» (cuál sería, por ejemplo, una más o menos acabada ordenación de la Parte Especial): esta corriente (...) «abriria el camino de una fatal evolución»”. UBIETO, Ob. Cit., 1984. p. 338.

funcionamento do sistema”.<sup>17</sup>

O primeiro faz menção a bens que constroem e estabelecem a estrutura social do Estado, posto que são elementares. São exemplos, a vida, a liberdade, enfim. Já os que se referem ao funcionamento do sistema devem ser compreendidos em três grandes grupos, é dizer: os considerados bens jurídicos institucionais, como a administração de justiça; os coletivos, que se pode citar, como exemplo, a saúde pública; e, por último, os bens de controle, qual seja, a seguridade exterior e interior do Estado.<sup>18</sup>

Note-se que a tendência da espiritualização do bem jurídico a ser protegido pelo Direito não é de toda uma negação do sistema democrático disposto no item anterior, mas, a promoção de um preceito adaptado ao sistema de capital vivenciado na atualidade, posto que consiste, fundamentalmente, na identificação do fato de que o Estado não se restringe à proteção do bem jurídico em razão, unicamente, da sociedade mas também em razão do que determina as leis de mercados.

Tal circunstância não é digna de surpresa ou críticas, uma vez que são referidas leis, isto é, as leis de mercado que ditam, na atualidade, as normas e até os costumes das mais diferentes sociedades, terminando, então, por ditar, quer de forma objetiva, quer de forma subjetiva, o próprio sistema normativo estatal.

## 2 O BEM JURÍDICO A SER PROTEGIDO NO TIPO

<sup>17</sup> “Bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y los referidos al funcionamiento del sistema”. MALAREE, Ob. Cit., p. 155.

<sup>18</sup> BUSTOS, J. *Introducción al derecho Penal*. Bogota: Temis. 1986. p.161. *Apud*: MALAREE, Ob. Cit., p. 155.

## PENAL TRÁFICO DE INFLUÊNCIA

### 2.1 O bem jurídico e a tipicidade

Pelo que foi dito até este momento, faz-se necessário a partir de agora, compreender em que consiste o bem propriamente dito, uma vez que referido instituto se constitui de objetos corporais e não corporais e, ainda, estados e processos e/ou, também, feitos determinados que, por sua vez, recebem um valor positivo da sociedade.

Ora, resta claro que o tipo penal é o processo de valoração desse bem, isto é, desses objetos corpóreos ou não corpóreos, posto que o tipo penal contém em si mesmo uma situação interativa social, que se realiza através das circunstâncias pessoais e objetivas que nele se manifestam de forma abstrata e genérica.

Dessa maneira, percebe-se que a tipificação de uma dada conduta consiste em uma proteção de um bem em específico que possui um verificado valor positivo, circunstância que leva à conclusão de que a real finalidade do ato de << tipificação >> consiste na garantia de realização de uma vida socialmente sã, pois que a proteção jurídica tem a função de elevar o interesse de uma situação de cunho social e coletivo à condição de bem jurídico e, assim, garantir o seu pleno exercício a partir do amparo legal.

Referida afirmativa encontra amparo na idéia anteriormente disposta de que “os bens jurídicos protegem situações ou relações da realidade social e não meros direitos ou faculdades subjetivas ou, dito de outra maneira, interesses sociais e não simples pretensões subjetivas”.<sup>19</sup>

Note-se que o tipo penal do tráfico de influência deter-

<sup>19</sup> “Los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas”. RIPOLLES, José Luis Díez. *Libertad sexual y lei penal*. In: REDONDO, Santiago (Coord.). *Delincuencia sexual y sociedad*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 108.

mina a circunstância de que, sempre que praticado o referido delito, se altera o bom funcionamento da administração pública. Então, é necessário refletir se o bom, assim como o correto desempenho da administração pública está diretamente relacionado à imparcialidade de seus funcionários<sup>20</sup>, de maneira que seja possível atribuir ao prestígio dessa mesma instituição a condição de bem jurídico protegido no que tange ao delito de tráfico de influência.

Importante trazer à baila que há autores que se fundamentam no fato de que a função da administração pública deve ser motivada por valores como legalidade, imparcialidade e bom funcionamento da função pública, não podendo, portanto, fixar referido bem em outro valor que não seja o prestígio da referida Administração. Dessa maneira, note-se o comentário que se segue:

A tutela penal visa garantir a honorabilidade e o prestígio da Administração Pública junto à comunidade, já que a conduta do agente a expõe ao descrédito perante os cidadãos, inculcando falsamente a idéia de que o exercício funcional do agente público seja motivado pela corrupção ou de que ele seja facilmente influenciável por ingerências ilícitas<sup>21</sup>.

Por outro, lado não se deve compreender a Administração como um bem inatingível, de maneira a isolar as suas atividades da sociedade. Por essa razão, torna-se possível afirmar que, sempre que o serviço público seja alvo de prejuízos em sua dignidade, isto é, na realização de suas atividades de for-

<sup>20</sup> Não se pretende afirmar que o sujeito ativo de referido delito consiste fundamentalmente no funcionário público, até mesmo porque a referida afirmativa seria uma negação desnecessária, já que é equivocada. Sabe-se que o sujeito ativo do delito “tráfico de influência” tipificado no art. 332 do Código Penal Brasileiro admite que qualquer pessoa possa ser considerada o sujeito ativo do referido delito, admitindo, inclusive, a pessoa do funcionário público.

<sup>21</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, parte especial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 559.

ma imparcial, termina por afetar diretamente a relação dessa Administração com a sociedade.

É por essa circunstância que não se pode levar a cabo a idéia de que o bem jurídico está inserido no instituto da Administração propriamente dita, mas na relação que existe entre essa administração e a sociedade na qual se encontra inserida.

Neste momento, cumpre destacar que, quando a autora se refere à sociedade, entenda-se esta sociedade enquanto o indivíduo cidadão, pois o bem jurídico a ser defendido nos delitos contra a Administração pública em geral consiste, fundamentalmente, na correta prestação dos serviços públicos aos seus cidadãos, atendendo, portanto, aos interesses destes mesmos cidadãos, bem como a sua função essencial.

Porém não se pode negar que os delitos contra a Administração pública guardam reservas entre si, fato que já é suficiente para que se estabeleça, de maneira mais aprofundada, o bem jurídico específico ao delito que dá nome ao referido trabalho *in examine*.

## 2.2 Do conceito não jurídico do tráfico de influência

Uma vez ultrapassada a fase de estabelecimento do que vem a ser o bem jurídico a ser protegido, quando da tipificação de uma determinada conduta suficientemente considerada ofensiva, bem como da identificação dos valores a serem considerados, quando da determinação dos delitos praticados contra a Administração pública propriamente dita, faz-se necessário apreciar o conceito, a idéia do que vem a ser o tráfico de influência fora dos limites jurídicos, posto que, somente depois de compreendida referida conduta, será possível estabelecer, de maneira mais precisa, o bem jurídico

a ser protegido, quando da tipificação normativa de referido procedimento.

O tráfico de influência propriamente dito, isto é, fora da esfera jurídica, consiste fundamentalmente no que Muñoz Conde chama de

Amiguismos (...) e toda a gama grande e pequena de favoritismos em benefício econômico, evidentemente, de uns poucos e em prejuízo dos interesses coletivos ou do interesse de todos em um correto e íntegro funcionamento da administração pública, estatal, autônoma e municipal.<sup>22</sup>

Em suma, com base na referida afirmação resta claro que o tráfico de influência consiste, fundamentalmente, na sobreposição dos interesses particulares aos públicos quando da realização da função pública. Determinado fato, antes de ser antijurídico, é antiético, posto que macula a imparcialidade da atuação administrativa.

Faz-se necessário destacar que é com grande pesar que se observa a realização constante do tráfico de influência na vida política e administrativa dos mais diferentes Estados, principalmente ocidentais. Tal fato, possivelmente, é reflexo de uma cultura fundamentada em princípios patrimonialistas da função pública, terminando, então, por provocar práticas viciadas e corruptas que se manifestam em situações como recomendações, considerações de favoritismos, amiguismos, obséquios. Enfim, como é de conhecimento geral, diversas

<sup>22</sup> "Amiguismos, enchufes y toda la gama grande y pequeña de favoritismos en beneficio económico, por supuesto, de unos pocos y en perjuicio de los intereses colectivos o del interés de todos en un correcto e íntegro funcionamiento de la administración pública, estatal, autonómica y municipal". MUÑOZ CONDE, Francisco. Los nuevos delitos de tráfico de influencia, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada. Comentarios sobre la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo por la que se reforma el Código Penal. Apéndice a Muñoz Conde. In: DERECHO PENAL, parte especial. Valencia: Tirant lo blanch, 1990. p. 09.

são as formas de atuação para a realização e manifestação dos pedidos a fim de lograr êxito na realização de interesses particulares.

### 2.3 O bem jurídico do delito de tráfico de influência

Depois de consignar, com profundidade em que se fundamenta o estabelecimento do bem jurídico de um determinado tipo penal, bem como, depois de avaliar o conceito que esse mesmo tipo penal possui fora dos limites jurídicos, isto é, antes de se tornar delito com tipificação do Código penal, pode-se, de maneira clara e segura, identificar o que o legislador pretendia proteger, quando do estabelecimento de específica conduta como delito no ordenamento jurídico.

Note-se que, anteriormente, a autora trouxe para reflexão o pensamento de que o bem jurídico da função da administração pública pode implicar o << prestígio dessa mesma administração >> ou, ainda, a << correta prestação dos serviços públicos aos cidadãos >>. Sem embargo, é importante destacar que determinados institutos somente são passíveis de comprometimento, quando fundamentados em valores que vão de encontro ao princípio da imparcialidade.

Portanto a autora busca as palavras de Muñoz Conde para fundamentar a idéia de que o bem jurídico, no delito de tráfico de influência, não pode ser outro que não aquele que consiste: “na imparcialidade da função pública e que tenha uma mesma finalidade político-criminal: evitar o desvio do interesse geral pelos fins particulares”.<sup>23</sup>

Com outras palavras e de maneira mais cuidadosa, Can-

<sup>23</sup> “La imparcialidad de la función pública y una misma finalidad político criminal: evitar la desviación del interés general hacia fines particulares”. MUÑOZ CONDE. Francisco. *Derecho Penal*, parte especial. Decimocuarta edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 986.

didado Conde-Pumpido Ferreiro aduz que “o bem jurídico protegido é o correto funcionamento da Administração Pública, (...) e muito especialmente, o princípio da imparcialidade”<sup>24</sup>

Está claro que cada autor expõe suas idéias a partir de correntes diversas. No entanto não resta dúvida de que todas as definições terminam por estabelecer a <<imparcialidade da atividade pública>> como preceito de maior importância para o bom desempenho de referida função, que tem como fim maior, o cumprimento dos interesses da coletividade.

Dessa maneira, então, é possível afirmar que se tem, a partir de agora, estabelecido o conceito do bem jurídico a ser protegido quando da promoção do tipo penal tráfico de influência, podendo, portanto, passar à análise da tipificação, fase que, seguramente, encontrará menos dificuldade, já que se compreende o que pretendia o legislador, quando da normatização de dada conduta.

### 3 DA NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA

Então, uma vez compreendida a necessidade de proteger um determinado bem, é necessário pensar como pode o Estado, por meio do Direito, garantir referida proteção e se esta mesma proteção atende aos anseios daquilo a que se pretende, em verdade, proteger.

Inicialmente é necessário ter em mente que o Direito penal, em todos os ordenamentos jurídicos mundiais cumpre com a função do Direito público de definir as infrações penais, ao mesmo tempo em que estabelece as penas e medidas de

<sup>24</sup> “El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, (...) y muy especialmente, el principio de imparcialidad”. FERREIRO, Cándido Conde-Pumpido. *Código Penal Comentado*. Barcelona: Bosch, s.d. Tomo II, p. 1258.

segurança para os delitos ora cometidos contra a tipificação estabelecida pelo Estado.

Neste talante, é possível afirmar que existem duas funções específicas para o Direito Penal: a primeira faz menção à tipificação do delito, isto é, à reunião, em um conjunto de normas, das condutas que se julgam atentatórias a uma comunidade; e em um segundo momento, o exercício do direito de punir do Estado.

É de suma importância refletir sobre a tipificação dos delitos, posto que a consciência de determinado fato, é dizer, o porquê da normatização de determinada conduta, consiste na identificação da maneira como o legislador seleciona, agrupa e denomina comportamentos específicos que, por sua vez, considera delitivos e tipifica-os como antijurídicos com o fim de evitar a sua realização, em razão da possibilidade de aplicação penal.<sup>25</sup>

Por outro lado, note-se que, quando o legislador não estabelece, com anterioridade, o que pretende de fato proteger, isto é, não conhece aquilo que pretende normatizar, termina por promover a elaboração de uma lei que apresenta conseqüências irremediáveis como, por exemplo, divergência entre o que diz a lei e o que realmente pretendia ter dito ou, ainda, entre as condutas tipificadas e o objeto de proteção penal.

Ora, a promoção de dada circunstância termina por incriminar condutas tendenciosas ou, também, comportamentos proporcionais, posto que, como se pode observar, não existe o fenômeno que se pretende tipificar, mas somente a sua possibi-

<sup>25</sup> Somente a título de reforço note-se o comentário de Jescheck no sentido de que "la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles". JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, parte general. 4. ed. Granada: [S.l.], 1993. p. 25.

lidade de existência. Dessa maneira, resta claro que uma lei mal redigida levanta dúvidas com relação à viabilidade de subsidiariedade, fragmentalidade e efetividade dos delitos no que tange às exigências dos princípios de proteção dos bens jurídicos<sup>26</sup>.

Note-se que, quando da aplicação de referidas disposições ao delito de tráfico de influência, faz-se necessário questionar a necessidade de outras normas penais, preexistentes a referido delito, com o intuito de comparar a proteção de bens jurídicos frente a comportamentos de intensidade ofensiva do delito de tráfico de influência, legitimando, assim, a intervenção do Direito Penal.

Determinada circunstância encontra fundamento no fato de que o princípio da efetividade<sup>27</sup> dispõe que o Direito penal só deve intervir quando seja minimamente eficaz e adequado para a prevenção do delito e, por isso, não deve ser utilizado em caráter político criminal, posto que, se torna inoperante e ineficaz.

Importante perceber o comentário de Muñoz Conde no que tange ao delito de tráfico de influência, pois conforme o autor, referido delito "é mais um problema de sensibilidade, de moderação e honestidade no manejo dos principais interesses públicos, que de Código Penal. (...) Se cada um patrimonializa o poder e faz dele sua residência particular, dificilmente se poderá

<sup>26</sup> Paralelamente tem-se o caráter fragmentário do Direito penal que possibilita refletir que esse Direito "ni ofrece protección a todos los bienes jurídicos, ni a aquellos que se la ofrece es contra cualquier ataque, sino unicamente contra las modalidades de ataques más graves." UBIETO, Emilio Octavio de Toledo Y. Los delitos relativos al tráfico de influencia. *La Ley: revista jurídica*, n. 4619, Sep., 1998. Fecha entrada: 04/09/98, p. 1516.

<sup>27</sup> Neste talante, o referido princípio é de extrema importância, pois que refere-se a um verdadeiro conjunto de direitos e garantias constitucionais no que tange a possibilidade de provocar a atividade jurisdicional para reivindicar bem que se considera titular. ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. *Revista da ESMESC*, v. 5, n. 6, p. 4, 49-58, maio 1999.

erradicar o problema pela via do Direito Penal".<sup>28</sup>

O professor Ubieto questiona, de maneira muito pertinente, se

Ao Direito penal corresponde (...) a tarefa de tentar evitar, por meio da via jurídica, o fenômeno (...) de tráfico de influência e reflete se não é possível combater ou, pelo menos, atenuar as causas de referido instituto através de outros ramos do Direito ou, ainda, de instrumentos não jurídicos de socialização e educação cívica.<sup>29</sup>

Além disso, há que se perguntar se a utilização do Direito Penal, nesse caso, não consiste, fundamentalmente, na "fuga do Direito penal, posto que pode servir de pretexto ou de fachada formal dos interesses que realmente movem as teias da atuação pública".<sup>30</sup>

## CONCLUSÃO

Restou evidente que o presente trabalho não se propôs, em nenhum momento, a expor traços genéricos ou específicos comum ao delito de tráfico de influência. De maneira muito clara, a autora se propôs, desde o princípio, a prestar atenção ao que concerne, em um contexto geral, à delimitação específica do que vem a ser, em *stricto sensu*, o bem

<sup>28</sup> Es más un problema de sensibilidad, de sobriedad y honestidad en el manejo de los caudales intereses públicos, que de Código Penal. (...) Si se patrimonializa el poder y cada uno hace de él su finca particular, difícilmente puede erradicarse el problema por la vía del Derecho Penal". MUÑOZ CONDE, Ob. Cit., 1990. p. 10.

<sup>29</sup> "al Derecho Penal corresponde (...) la tarea de intentar evitar, por medio de la conminación jurídica, el fenómeno (...) de tráfico de influencia. Y si sus causas no pueden combatirse o, al menos paliarse mejor mediante otras ramas del Derecho o, sobre todo, a través de instrumentos no jurídicos de socialización y educación cívica". UBIETO, Ob. Cit. 1998, p. 1517.

<sup>30</sup> "huida al Derecho Penal, puesto que puede servir de pretexto o de fachada formal de los intereses que realmente mueven los hilos de la actuación pública". MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., 1990. p. 10.

jurídico, pois, somente depois de referida análise, é possível a realização de uma política penal de exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Por sua vez, referida política pressupõe não somente o estabelecimento da democracia mas também a manifestação popular desse mesmo instituto, pois garante o seu livre exercício através da participação e concorrência nos processos públicos, circunstâncias pelas quais se realiza a liberdade política, isto é, a liberdade de pensamento, de ação e, principalmente, a liberdade de oposição e alternância de poder.<sup>31</sup>

Entretanto não se pode negar que, quando da redação da ordem jurídica propriamente dita, o legislador segue necessitando de inovações conceituais e, essencialmente, de elementos que fundamentem a sua opção, perante a conduta ofensiva ainda não tipificada.

Referida preocupação é louvável, posto que proporciona uma maior precisão no ordenamento jurídico e, neste momento, entenda-se que a autora não pretende trazer à baila a discussão da necessidade ou não de engessamento do ordenamento jurídico, mas a possibilidade de interpretação e aplicação de um ordenamento com menos lacunas.

A afirmativa *supra* citada encontra fundamento na simples observação do fato de que, muito embora o tráfico de influência seja considerado delito em muitos ordenamentos penais do mundo, é dizer, esteja devidamente tipificado no Código penal dos mais diversos países, o referido delito possui muito mais um cunho antiético que antijurídico, fato que leva muitos autores a refletir se as causas do tráfico de influência podem, ou melhor, devem ser

<sup>31</sup> BUNGE. *Mente y sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 1989. p.153 Apud: MALAREE, Ob. Cit., p. 143.

combatidas a partir de instrumentos não jurídicos.

Referida indagação traz junto consigo uma gama de imensa complexidade, posto que termina por questionar a aplicação da << pena justa >>. Ora, sabe-se que “a pena deve se encontrar em uma adequada relação com a culpabilidade do autor (...) uma pena que (...) excede a medida da culpabilidade se considera violadora da dignidade humana”<sup>32</sup>, matéria de tão grande complexidade como o trabalho *sub examine* e que, portanto, deve ser desenvolvida de maneira mais profunda em artigo futuro.

Por fim, falso é crer que o delito de tráfico de influência consiste essencialmente no ato de exercer influência. Circunstância que cobra a necessidade de perceber que referida influência deve ter finalidade, pretensão antijurídica ou, pelo menos, antiética, de forma que venha acompanhada do ato de se prevalecer de outrem ou, ainda, de obter vantagens de qualquer forma de exercício.

Dessa maneira, faz-se necessário, portanto, um maior cuidado quando da análise dos elementos que compõem referidos delitos bem como de suas conseqüências, na intenção de que se possa ter um ordenamento claro e de perfeita aplicação, quando de sua necessidade.

<sup>32</sup> “la pena debe encontrarse pues en una adecuada relación con la culpabilidad del autor (...) Una pena que (...) excede la medida de la culpabilidad se la estima violatoria de la dignidad humana”. ROXIN, Claus. Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. In: NUEVAS FORMULACIONES DE LAS CIENCIAS PENALES. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Lerner. 2001. p. 213.

## ABSTRACT

Still today social values are recognized and used to establish the most different concepts. However, it is necessary to note that the current Economic System exercises great influences, or more, determinates the importance of these concepts, unifying them as elements which manages around a same bunch, the political-economic-financier system. It means that referred circumstances promotes changes in partner-cultural topois of the whole world, because such concepts proceed being governed by the economy market, trying the concept loss of State itself and for itself. The present article, a priori, aims to observe the importance of this exchange rate in what tolls the goods protection intended by the legislator when incriminates conducts which offends the holly society, it is to tell, which is the stricto sensu concept of juridical good that must be protected by the State? Overtaken this idea, the referred conclusion will be applied to the study development of juridical goodies tutored by the influences of traffic delict. Finally, this work observes, as well, if to the Penal Right corresponds the task of avoiding the influences of traffic accomplishment, because such delict, before being anti-juridical, is anti-ethical, fact that manifests the possibility of combating him with not juridical instruments which, keep relations with citizen's civic education, preserving, therefore, the Penal Right. Without seizure, it is necessary to highlight that we must care about observing referred partner-cultural instruments, because they are changeable as society is, since each time has your own social context.

Key-words: Juridical good. The influences of traffic delict. Social vawes of the politic, economic and financial system.

## REFERÊNCIAS

BINDING, Handbuch T. I. In: JAKOBS, Günther. **Derecho penal** – parte general. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 353

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del Estado Actual de la Discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: MODERNAS TENDENCIAS EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA CRIMINOLOGÍA. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. El objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

FERREIRO, Cândido Conde-Punpido (Director). **Código**

**Penal Comentado.** Barcelona: Bosch, 2004. Tomo II

JAKOBS, Günther. **Derecho penal** – parte general. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrch. **Tratado de derecho penal**, parte general. 4. ed. Granada, [S.l.], 1993.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad & School of Global Law SPDF, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Los nuevos delitos de tráfico de influencia, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada. Comentarios sobre la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo por la que se reforma el Código Penal. Apéndice a Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial. Valencia: tirant lo blanch. 1990.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**, parte especial. Decimo-cuarta edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**; parte especial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v; 3

RIPOLLES, José Luis Díez. Libertad sexual y lei penal. In: REDONDO, Santiago (Coord.). **Delinqüência Sexual y Sociedad.** Barcelona: Ariel, 2002.

ROXIN, Claus. Transformaciones de la teoría de los fines de

la pena. In: NUEVAS FORMULACIONES DE LAS CIENCIAS PENALES. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Ed. Lerner. 2001.

UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y. Los delitos relativos al trafico de influências. **La Ley: revista jurídica**, n. 4619, Sep., 1998. Fecha entrada: 04/09/98.

\_\_\_\_\_. **Sobre el concepto de Derecho penal.** Madrid: facultad de derecho de la Universidad de Madrid, 1984.

ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da ESMESC**, v. 5, n. 6, p. 4, 49-58, maio 1999.

ESMAPE - BIBLIOTECA

340.05

P-01

CONSULTA



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**  
**DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA**  
Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837  
Site: <http://www.esmape.com.br>