

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

esmape

VOLUME 14 • n. 29 • Janeiro a Junho 2009



*Ano centenário de
D. Helder Camara*

ISSN 1415-112X



Volume 14 – Número 29
janeiro/junho – 2009

Publicação Científica e Semestral

ISSN 1415-112X



Volume 14 – Número 29
janeiro/junho – 2009

Publicação Científica e Semestral

Revista da 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.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: autores e Profa. Ely Eulene Staudinger
Diagramação: Jocelma Firmino de Souza – (081) 3741-971
Tiragem: 1200 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 I, n.1 (1996 -) - Recife -
ESMAPE, 1996 -
v. Semestral

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

CDD 340.05



"Diante do colar belo como um sonho admirei, sobretudo, o fio que unia as pedras e se imolava anônimo para que todos fossem um."

+Helder Câmara

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA

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 e Coordenador Adjunto do Curso de Preparação à
Magistratura e das Demais Carreiras Jurídicas

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

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

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

Juíz 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

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

Juíz Silvío Romero Beltrão
Coordenador de Estudos Internacionais

Juíz Janduhy 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 Sônia Stamford Magalhães Melo
Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso

Juíza Cíntia 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

Presidente

João Maurício Leitão Adeodato
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Membros

Ana Paula Costa e Silva
Professora Mestra / Universidade Católica de Brasília - UCB-DF

Andreas Krell
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas

Cláudio Brandão
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Dayse de Vasconcelos Mayer
Professora Doutora / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Gustavo Ferreira Santos
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

José de Oliveira Ascensão
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal

José Rogério Cruz e Tucci
Professor Doutor / Universidade de São Paulo

Luiz Rodrigues Wambier
Professor Doutor / PUC-SP

Nelson Saldanha
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Paulo Otero
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sônia García Vásquez
Professora Doutora / Universidad Autónoma de Madrid - Espanha

Coordenação Técnica e Editorial / Novo Projeto Gráfico

Bela. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Editorial.....	13
<i>Editor's note</i>	
Abandono afetivo: Uma questão de personalidade.....	17
<i>Abandonment affective: A question of personality</i>	
Ana Karina Ciriaco Fragoso	
Comentários à Lei nº 11.804/2008: aspectos materiais e processuais dos alimentos gravídicos.....	39
<i>Comments about the Law nº 11.804/2008: Materials and procedural aspects of Childbirth Maintenance</i>	
Breno Duarte Ribeiro de Oliveira	
O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo.....	57
<i>One of the contemporary process's new trends, the judicial activism under the focus of the power of judging</i>	
Bruno de Araújo Sena	
Una análisis comparativa del habeas corpus en los ordenamientos constitucionales brasileño y español.....	87
<i>A comparative analysis of habeas corpus in the Brazilian and Spanish constitutional orders</i>	
Bruno Freire Pimentel	
O Direito do Consumidor frente ao Código Civil: autonomia e perspectivas de futuro.....	111
<i>Consumer law before Civil Code: New opening approaches</i>	
Dayse de Vasconcelos Mayer	
A ética e a função de julgar: garantia da legalidade da decisão.....	153
<i>The ethics and function of judge: guarantee of legality of decision</i>	
Fernando Antonio Sabino Cordeiro	
Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro.....	179
<i>About the application of the "substantial performance doctrine" in Civil Procedural Law</i>	
Fredie Didier Jr.	
O novo paradigma da teoria e da metódica do direito.....	185
<i>The new paradigm of the theory and methods of law</i>	
Friedrich Müller	

O lobby e a lei	195
<i>The lobby and the law</i>	
Hélio Sílvio Ourém Campos	
Despersonalização do inimigo: inadequação do conceito de pessoa adotado pela teoria do Direito Penal do inimigo tendo como referência um Estado democrático de Direito	219
<i>Disregard of the enemy's person condition: Inadequacy of the concept of person which is adopted by the Criminal legal theory of the enemy, assume as reference the foundations of the Rule of Law</i>	
Hugo Leonardo Rodrigues Santos	
A validade e eficácia do artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no ordenamento jurídico brasileiro	241
<i>The validity and effectiveness of article 24 of the Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional in Brazilian jurisdiction</i>	
Jadson Correia de Oliveira	
As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico	253
<i>The Rhetoric in the history of legal ideas in Brazil – originality and continuity as problems of a peripheral thought</i>	
João Maurício Adeodato	
O movimento global de transição de paradigmas e o papel do direito comparado no processo de unificação normativa	289
<i>The global of transition and the role of paradigms of comparative law in the process of unification normative</i>	
José Júnior Florentino dos Santos Mendonça	
Mérito e coisa julgada na execução	311
<i>Merit and res judicata in implementation</i>	
Leonardo José Carneiro da Cunha	
Da arguição de repercussão geral em sede de recurso extraordinário	333
<i>The demonstration general repercussion in resource extraordinary</i>	
Natália Cabral Alves Toscano Caldas	
Atividade econômica na Constituição Federal e os Regimes de privilégio e monopólio	365
<i>Economical activity into federal constitution and regimes of privilege and monopoly</i>	
Nathalia Wolfenson Jambo Farinha	

Condenação de honorários advocatícios em embargos de terceiro julgados procedentes: Teoria da causalidade x Teoria da sucumbência	379
<i>Condemnation of attorney honoraries in Third's Embargoes upheld: Theory of Causality x Theory of Burden of Payment</i>	
Paloma Mendes Campos	
A judicialização da política: disfunção ou pluralidade e circularidade de procedimentos do estado democrático de direito?	407
<i>The judicialization of politics: dysfunction or plurality and circularity of procedures in The Democratic State of Law?</i>	
Paulo Hibernon Pessoa Gouveia de Melo	
Sem culpa de ser a família constitucional	433
<i>No guilt of being the constitutional family</i>	
Raissa Teles Duarte	
Ordem econômica e meio ambiente: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais	459
<i>Economic order and environment: economic and social judgments aspects</i>	
Rogério Gesta Leal	
Os crimes de perigo abstrato e sua (in)constitucionalidade frente ao princípio da lesividade	501
<i>The abstract danger crimes and their (in)constitutionality face the harmlessness principle</i>	
Taísa Cristina Tenório Salvador da Costa	
Controle incidental de constitucionalidade	517
<i>Judicial Diffuse Review</i>	
Teodomiro Noronha Cardozo	
O renascimento do rule of law	525
<i>The rule of law revival</i>	
Thomas Carothers	
Índice por assuntos	541
<i>Subject index</i>	
Normas para publicação de trabalhos	545
<i>Standards for publication</i>	

Na obra Cartas sobre os Ingleses, inicialmente publicada com o nome de Cartas Inglesas, Voltaire anota que, durante a sua estada na Inglaterra no século XVIII, participou de uma discussão interessante promovida por um grupo de intelectuais. Pretendiam escolher a personagem mais importante da história. Voltaire concordou com a indicação de sir Isaac Newton esclarecendo que “É para ele, que domina as nossas mentes pela força da verdade, e não para aqueles que as escravizam pela violência, que devemos a nossa reverência”.

Faço nossas estas palavras tendo o cuidado de anotar que Newton, o célebre cientista inglês – reconhecido como físico, matemático filósofo e teólogo – foi o protagonista mais relevante na discussão encetada por Voltaire. Mas não o é nesta publicação. A decisão da Esmape foi dedicar este volume aos 100 anos de um homem reconhecido pela sua intensa luta pelos direitos humanos, pela justiça social, pelo compromisso com os excluídos, pelo rechaço à escravização da mente pela violência e não pela verdade: Dom Helder de Arruda Camara. Muitos o conhecem pela sua capacidade de diálogo e convivência com os diferentes, pela sua serenidade extrema, pelo seu espírito e poder conciliador, pela sua tolerância nas relações sociais, pela transmissão de valores que animam os espíritos mais evoluídos e comprometidos com uma sociedade mais justa e democrática. Afinal, não foi sem razão que recebeu o prêmio Luther King, nos EUA, e o prêmio Pastor da Paz na Noruega sobretudo por haver assumido foros quase legendários no campo social.

A filosofia de Dom Helder Camara harmoniza-se perfeitamente com os cânones da nossa Justiça e com os nossos propósitos de fé no ser humano, daí a razão maior da nossa escolha para a homenagem neste número 29 da Revista da ESMAPE. À moda de John Rawls, Dom Helder Camara gerou também uma teoria da Justiça. Também à moda de Dom Helder, os articulistas neste volume tentam oferecer o contributo para o alcance da segurança e da justiça, valores maiores prosseguidos pelo Direito.

Escolho, entre uma sucessão de frases que compõem o pensamento de Dom Helder, uma que nos permite maior reflexão: "Diante do colar belo como um sonho admirei, sobretudo, o fio que unia as pedras e se imolava anônimo para que todos fossem um". Esta afirmação é o símbolo perfeito da unidade desejável. E em diferentes planos. Ela está coerente com a filosofia do constitucionalismo moderno e, notadamente, com a Constituição brasileira de 1988, quando fala de uma sociedade mais humana, una e solidária. Una, obviamente, com o significado de coesa ou de coesão.

A coesão significa que as forças que mantêm os homens unidos em sociedade, concorrem para o alcance de uma ordem social e jurídica sem exclusão de qualquer natureza. E quando uso a palavra exclusão desejo exteriorizar a idéia de que toda privação ou repulsa assume o significado claro de isolamento e discriminação de pessoas, de grupos, de trabalhadores de desempregados, de minorias étnicas e ou culturais, de deficientes físicos e mentais, de idosos, etc.

Por tudo isso torna-se fundamental o alargamento da contracena do Poder Judicial com o objetivo de superação das tensões, mormente num tempo de nevropatia ou de neurose grave que estamos a viver e de afastamento do Estado das suas funções. Seguramente, no instante em que o Estado reduz, progressivamente, a sua missão de mediador social, o papel compensatório das entidades extra-oficiais é fortalecido extraordinariamente e o Poder Judiciário começa a se sentir malogrado em seus objetivos ou intentos.

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco vem lutando, obstinadamente, para a ocorrência de mudanças sensíveis em nossa sociedade, fundada na crença de que o conhecimento humano e o relacionamento entre os homens e entre os povos superam tempo e espaço. Nesse grande esforço ela não esquece o fato de que estamos vivendo um ciclo de relações instantâneas e universais em decorrência dos novos sistemas de comunicação. Justamente por isso é que os operadores do Direito, devem gerar energias para assumir a quota de responsabilidade que lhes cabe nesse processo. Esperamos que Dom Helder seja, neste momento, a fonte de inspiração ou norte para o alcance desse novo propósito.

Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves

Diretor



Abandono afetivo: Uma questão de personalidade

Ana Karina Ciriaco Fragoso

Auditora fiscal do tesouro estadual do Rio Grande do Norte.
Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-Universidade
Federal de Pernambuco. Pós-graduanda em Direito Público pelo
ATF Cursos jurídicos.

Resumo

Os direitos de personalidade de crianças e adolescentes são atributos em desenvolvimento merecendo a tutela do ordenamento jurídico brasileiro, que inclusive reconhece os direitos de crianças e adolescentes como um microsistema jurídico. Todos, em especial pais, devem proteger crianças e adolescentes. Sendo evidente o dever de cuidados que os pais devem dispensar aos filhos, como meio de prover-lhes o bom desenvolvimento de seus atributos de personalidade. Uma vez ausentes os cuidados devidos, por abandono

afetivo, e estando configurados os danos aos direitos de personalidade de crianças e adolescentes, restará configurado o dano moral afetivo. Decisões que tornem evidente tal dever tem o escopo, também, de servirem como parâmetros a homens e mulheres ao decidirem ter filhos. De acordo com a função orientadora da decisão judicial apregoada pelo pragmatismo americano.

Palavras-chave: Criança. Abandono. Direito de Personalidade.

Introdução

A tutela jurídica de crianças e adolescentes sofreu profundas transformações ao longo do tempo no Brasil. Passou-se a adotar um novo subsistema jurídico, informado por princípios próprios, como o melhor interesse da criança e sua proteção integral.

Tanto a Ciência como o Direito são assentes em reconhecer que crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento, uma vez que seus atributos de personalidade estão em formação.

O afeto é trazido nesse artigo como um meio ao desenvolvimento pleno dos atributos de personalidade, que são amplamente tutelados pelo sistema jurídico como o fundamento do próprio Direito.

Dentro desse contexto, o dano afetivo é configurado como um dano aos direitos de personalidade de crianças e adolescentes. Então, o que se propõe é que o julgador volte seu olhar verdadeiramente às crianças e adolescentes.

1 Direitos da personalidade

1.1 O que são direitos de personalidade

Ao se falar sobre direitos de personalidade mister se faz separar tais direitos do que seja a própria pessoa. Ensina Pontes de Miranda que:

A personalidade (pessoa) resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico. No suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano e não ainda pessoa. Ou seja, os direitos da personalidade são anteriores a própria noção de pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico.¹

Os direitos da personalidade se mostram como o fundamento do próprio Direito, visto que são atributos indissociáveis à pessoa e é a pessoa mesma que é a razão de ser, a finalidade última do próprio Direito.

Assim, inserida em todo texto constitucional há de haver direitos individuais que limitam a atuação do Estado e de particulares entre si. E, certamente, dentre os direitos individuais estão os direitos de personalidade que garantem assim, a existência do indivíduo como ser integral

¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: São Paulo: Bookeller, 2000. Tomo 7. p. 29

e a sua conseqüente e necessária expressão no mundo social. Dentro desse contexto, a Constituição brasileira elege como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, aparecendo como um lastro que ampara os demais direitos, não só os de personalidade como os individuais.

Pueche define os direitos da personalidade como "categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais e físicas".²

Como se sabe, só há relação jurídica se há sujeitos envolvidos, então, na base de todo o sistema jurídico estão implícitos os direitos de personalidade.

Para se entender a dimensão dos direitos de personalidade, podemos identificar algumas características, quais sejam: ubiquidade, ou seja, onipresença, pois irradiam-se por toda e qualquer relação jurídica: Imprescritibilidade, perdurando enquanto perdurar a personalidade. São direitos subjetivos, pois conferem o exercício dos poderes que se contém nos atributos de personalidade. São direitos inalienáveis, por serem intrínsecos à pessoa humana, logo, estão fora do comércio, por não possuírem valor econômico imediato, sendo negociável apenas o exercício de tais direitos. Os direitos da personalidade são, ainda, absolutos, pois são oponíveis *erga omnes*. E são irrenunciáveis, visto que não foram adquiridos por ato de vontade, irradiando-se da própria personalidade, portanto, não podem ser perdidos por ato de renúncia. Os direitos da personalidade são, ainda, intransmissíveis, pois se assim não fossem, uma pessoa poderia se colocar no lugar da outra.

1.2 Tutela jurídica dos direitos da personalidade

Sem dúvida que a entrada dos direitos da personalidade na ordem jurídica representou um enorme grau de evolução nos sistemas jurídi-

² PUECHE, opus/Beirão, p.25

cos, pois passaram a tutelar suportes fáticos que a princípio só interessavam à moral ou à ordem religiosa.³

A necessidade de serem tutelados os direitos da personalidade, apesar de serem estes atributos inatos à pessoa, dá-se pelo fato de esses não ficarem adormecidos e nem blindados no mundo interno do ser humano. Ao contrário, eles sofrem influência externa em sua formação e também na sua exteriorização, podendo, portanto, sofrer interferência prejudicial de terceiros.

Dentre os direitos da personalidade se encontra o direito à integridade psíquica, relevante aspecto para o tema abordado neste artigo, uma vez que se deve considerar que o recebimento de afeto implica em um bom desenvolvimento da auto-estima, senso de dignidade própria, honra subjetiva, enfim, implica no desenvolvimento de sua própria auto-confiança, dentre tantos outros direitos da personalidade.

No caso da ação ou omissão de pais e mães, a questão é mais profunda e, ao mesmo tempo, delicada, pois as condutas deles oriundas podem causar prejuízo aos atributos da personalidade dos filhos que estão em desenvolvimento. Ou seja, haverá possibilidade de se causar um dano a atributos que ainda não se consolidaram.

1.3 Princípios constitucionais e direitos da personalidade

A constituição brasileira não traz explicitamente em seus artigos uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade, como ocorre, por exemplo, na constituição alemã que em seu art. 2º, alínea I diz: "Todos tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites do direito de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral"⁴. Entretanto, traz a nossa Carta Magna, logo no seu art. 1º inciso III, a dignidade humana como fundamento da República Federativa

3 Cf. MIRANDA, Op. Cit., p. 31

4 ZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119

do Brasil, constituindo tal princípio a estrutura fundante dos demais princípios e de todas as normas a serem produzidas e interpretadas no sistema jurídico brasileiro.

O constituinte brasileiro fez a opção da doutrina do direito geral de personalidade, mas destacou no corpo da Constituição outros direitos especiais dele decorrente. Portanto, são direitos especiais: o direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e ao direito de resposta, entre outros.

É certo, portanto, que a Constituição não quis aí fazer uma enumeração exaustiva, mas sim exemplificativa, visto considerar o ser humano como um ser dotado de dignidade, sendo esse um conceito muito amplo e complexo para ser preenchido de forma tão simplória.

De outra forma, não se pode entender, diante da grandiosidade de nossa Carta Magna, pois como afirma Pontes de Miranda: "Quando os escritores debulham os direitos de personalidade e creem que só ficou a casca, a pele, não atentam em que ainda é direito o que fica; tanto assim que pode ser protegido"⁵.

Assim, a Constituição adotou, por entender mais seguro, um sistema de proteção misto aos direitos da personalidade, adotando a cláusula geral, através do princípio da dignidade, e enumerando alguns direitos de personalidade por entender que são por demais relevantes, merecendo, portanto, um destaque especial.⁶

Diante do contexto da Constituição Federal de 1988, o sistema normativo dos direitos da criança e do adolescente, no Brasil, sofreu profundas transformações ao longo do tempo. Não foram apenas alterações sofridas pelas leis ou mesmo pela Constituição, foram mudanças dos princípios orientadores de todo o subsistema jurídico, que passou a ser os direitos das crianças e dos adolescentes, obrigando a todos que lidam com crianças, inclusive magistrados, a adotar uma postura de especial proteção.

5 MIRANDA, Op. Cit., p. 37

6 CFSZANIAWSKI, Op. Cit., p. 137

2 Criança e adolescente: novos princípios orientadores

Na década de 80, a discussão sobre direitos da criança e do adolescente se tornou mais intensa. Em 1989 foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção Internacional da Criança e do Adolescente, ratificada pelo Brasil em 21/11/1990 pelo Decreto n. 99710, ocasião em que se declararam na Constituição brasileira Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência, inaugurando a doutrina jurídica da proteção integral, abarcada pelo microsistema do Direito da Criança e Adolescente.

A Constituição Federal reproduziu em seu texto, em especial no art. 227, direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1954). Tais direitos são dirigidos a toda e qualquer criança, diferentemente dos sistemas anteriores, cujas normas eram direcionadas ao menor infrator⁷.

Crianças e adolescentes, no novo microsistema jurídico, devem ser tratadas como seres que possuem características que lhes são únicas, possuem atributos próprios de sua idade, fruto de seu processo biopsíquico de desenvolvimento, ensejando, por isso, sua proteção integral.

"A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com seu reconhecimento no grupo familiar e social"⁸. A criança e adolescente são vistos hodiernamente como um ser sujeito de direitos e isso significa "para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos"⁹. A doutrina da proteção integral preconiza que os direitos das crianças e adolescentes têm características especiais, em razão da situação de constante modificação e desenvolvimento dessas pessoas. Afinal, é interesse de todos, pais, sociedade e Estado que

7 Cf. PEREIRA, Tânia de S. *Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. São Paulo: Renovar, p. 20

8 *Idem*, *ibidem*, p. 20

9 *Idem*, p. 20

crianças e adolescentes se tornem adultos plenos, conscientes de suas responsabilidades e aptos a atuarem com plenitude em suas vidas.

O melhor interesse da criança é outro princípio que informa todo o arcabouço normativo que tutela as crianças e os adolescentes. Assim, em qualquer decisão que envolva interesses infanto-juvenis, o tomador da decisão, seja ele juiz, pais, médicos, autoridades públicas, etc, deve tomar como primeiro ponto de referência a ser observado o citado princípio. Ou seja, deve-se voltar o olhar prioritariamente para a criança ou adolescente, pois o que se espera é que seja proporcionado o melhor a elas, não menos.

Destaca-se que o cuidado assumiu valor jurídico, uma vez que é explicitamente mencionado em vários diplomas normativos, como a Convenção Internacional da Criança e do Adolescente, que tem status de norma constitucional, e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Diz, claramente, o art. 7º, da Convenção que a criança tem o direito de conhecer seus pais e de ser cuidada por eles. No art. 18 é dito que os Estados-parte esforçar-se-ão para reconhecer o princípio de que ambos os pais são obrigados a garantir educação, desenvolvimento, e entre outros direitos, instalar serviços para o cuidado das crianças. Corroborando o cuidado que, sem dúvida, é a grande expressão do afeto, declara a Constituição que a convivência familiar e comunitária é direito fundamental das crianças e adolescentes.

O afeto foi trazido ao direito de forma natural, como reprodução do que a sociedade elegeu como imprescindível à própria manutenção da entidade familiar. Como já é sabido de todos, a família ganhou novos contornos, deixando de ser a família patrimonialista e passando a ser a família do afeto. A razão mais importante de pessoas se manterem unidas e compartilhando suas vidas é o afeto, e não mais laços de sangue ou bens materiais. Ou seja, viver sem o sentimento do afeto não parece fazer sentido para a maioria das pessoas. Inclusive, há estudos que demonstram que o cuidado como instrumento é capaz de promover melhorias importantes nas diversas áreas de atuação humana.

“Já foi comprovado, por meio de estudos longitudinais, que crianças cujos pais não puderam se ocupar suficientemente delas na primeira infância têm maior tendência a desenvolver depressão posteriormente”¹⁰. Da mesma forma que “pesquisas recentes têm deixado muito claro com que intensidade as relações humanas influenciam o funcionamento do cérebro”¹¹.

[...] a existência de funções biológicas geneticamente determinadas não são garantia de que elas vão realmente se desenvolver, sobretudo as relacionadas ao cérebro. Tudo indica que se não ‘usarmos’ nossas predisposições genéticas, corremos o risco de ‘perdê-las’. Dependemos de experiências afetivas nos primeiros anos de vida para que nosso programa genético se desenvolva completamente. A importância das relações sociais vai muito além da subjetividade – o afeto deixa suas marcas também genéticas¹².

Tendo o psiquiatra Thomas Insel¹³, diretor do Instituto Nacional para Saúde Mental (NIMH), nos EUA, desenvolvido a expressão cérebro social, pois é um órgão que se molda por interações sociais.

Enfim, parece que a ciência está comprovando que a efetividade dos genes dependerá das relações de afeto vivenciadas pelo indivíduo em sua infância. Finalizando, diz Maurício da Silva: “a cidadania, a ética e a alteridade se constituem na base de sustentação do homem íntegro, cuja preocupação com seu semelhante se constitui no autêntico imperativo ético[...]”¹⁴

10 BAUER, Joachim. **A outra face do genoma**. Revista Mente e Cérebro, n.181, p.47-48.

11 *Ibidem*, p. 48

12 *Ibidem*, *ibidem*, p. 49

13 Cf Insel, apud Bauer

14 PEREIRA, apud da Silva. **Alteridade e cidadania**. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.avirt.com.br/colunistas/Mauricio>>. Acesso em: 19 fev. 2005.

3 O dano moral

A responsabilidade civil consiste na responsabilidade atribuída a quem causou dano moral ou patrimonial a outrem, sendo, portanto, obrigada, por lei, a reparar tais danos. Diz o art.186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É nesse íterim que se afirma a necessidade do estudo do dano moral causado em crianças e adolescentes.

O dano moral, ao contrário do que se possa pensar, não é a dor ou o sofrimento espiritual que a vítima experimenta, posto que tais sentimentos já são consequências do próprio dano moral. O dano moral se configura quando há a privação de um bem jurídico relevante para o direito e de interesse da vítima. Certamente, que o bem lesado, neste caso, é um bem imaterial, ou melhor dizendo, um bem de valor imenso que não é passível de avaliação patrimonial.

“Nos dias atuais, ao influxo das concepções filosófico-sociais mais modernas, às quais o direito não poderia permanecer insensível, busca-se a valoração do ser humano na plenitude de sua existência físico-espiritual, do ser humano dotado de sentimentos e de auto-estima, do ser humano como ente inacabado que anseia a sua progressiva integração nas relações de vida em sociedade.”¹⁵

Na verdade, o bem atingido faz parte dos atributos do próprio indivíduo. O dano moral constitui-se em lesão a esses atributos inatos à pessoa humana, como afirma Paulo Lôbo:

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial [...] e direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos de personalidade¹⁶.

15 CAHALI, Yusef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 225

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Banco de dados. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 03 mar. 2007

Diz a Constituição Federal no inciso X do art. 5º que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Então, em conformidade com a Carta Magna, o ECA tutela à criança e ao adolescente, em seu art. 17 combinado com art. 201, V, VIII e IX, o direito à integridade física, psíquica e moral, ficando caracterizado, portanto, o dever de reparação em caso de dano a esses direitos.¹⁷

A polêmica agora, em termos de danos morais se deslocou para a natureza jurídica da reparação. Assim, há autores que defendem o caráter punitivo, o que não satisfaz a outra parte da doutrina que não vê neste caráter sentido no caso do dano moral. Entretanto, tem prevalecido entre os doutrinadores a natureza dupla da reparação, ou seja, caráter punitivo para o agressor, visando a diminuição do seu patrimônio e compensatório para a vítima, tentando proporcionar uma vantagem ao ofendido, uma satisfação que abrande a ofensa causada a seu patrimônio extrapatrimonial, mas, ainda assim, relevante para o direito.

É certo que a reparação pecuniária em razão de um dano moral se mostra ineficaz, não possuindo o direito civilizado, uma vez causado o dano, uma forma mais eficiente de minimizá-lo. Por outro lado, não pode o ofensor, em razão da impossibilidade de restaurar a situação ao estado anterior, sair impune, após lesar direito indisponível de outrem.

O caráter compensatório se estabelece no fato de trazer ao ofendido alguma vantagem, visto que o dano moral só lhe trouxe desvantagem. Sendo certo que o ordenamento jurídico não dispõe de ferramentas aptas a produzir vantagens morais ao ofendido, fica, portanto, limitado a oferecer-lhe, apenas vantagem pecuniária, sem, no entanto, patrimonializar bens que não tem, pela sua essência, natureza econômica.

Para a quantificação patrimonial do dano moral, necessário se fazer uma distinção, tendo por critério a repercussão do dano nos atributos

17. C/CAHALL, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52

de personalidade, assim ter-se-iam: O dano moral de efeitos permanentes e o dano moral de efeitos transitórios.¹⁸

Assim, o dano moral de efeitos permanentes seria aquele típico da lesão a atributos de personalidade de crianças e adolescentes, que possuem tais atributos ainda em formação, trazendo repercussões bem mais profundas e duradouras em sua personalidade.

Já o dano moral de efeitos transitórios seria aquele que, ofendendo algum atributo de personalidade, não o atinge de forma tão duradoura. Assim, apesar do dano, com o passar do tempo, a própria estrutura psíquica do indivíduo recompõe a lesão sofrida, visto que já possui atributos de personalidade formado.

4 Por que indenizar?!

Afirmam alguns que a única sanção prevista contra a conduta omissiva de um pai em relação a seu filho é a do art. 1638, inc. II do CC. Ora, afirmar que a única punição prevista é a destituição do poder familiar é conceder um benefício a um pai que não quer mesmo ser pai.

Afirmar que a única sanção prevista pelo Direito de família é a destituição do poder familiar é não interpretar o direito de forma sistemática. Afinal, o direito de família está inserido no direito civil inquestionavelmente e, portanto, deve ser informado também por seus princípios. Além do que todos os ramos do Direito devem ser interpretados à luz da Constituição, sendo o direito a indenização por dano moral previsto neste diploma, que não faz qualquer ressalva na aplicação em relação aos direitos de família.

A questão ainda extrapola os direitos de família envolvendo acima de tudo os direitos da Criança e do Adolescente, que são tidos pela própria lei como pessoas em desenvolvimento. Mister se faz que

18. Para fins de elucidação, essa classificação é inspirada na classificação adotada no direito penal, em relação a classificação das lesões corporais de efeitos permanentes.

se interprete a questão do dano afetivo pelos princípios da proteção integral e melhor interesse da criança, bem como da paternidade responsável.

Pertinentes parecem as afirmações de alguns em atribuir o desamparo ao filho a possíveis manipulações por parte do outro genitor. Como se sabe é bastante comum que em processos de separação conturbados os ex-cônjuges se utilizem do filho para atingir um ao outro, sendo a criança a verdadeira vítima. Parece claro, portanto, que seria possível e necessário que se discuta o papel que a mãe desempenha como obstáculo a uma boa relação entre pai e filho, havendo adequada imputação a cada um dos cônjuges, de acordo com a conduta desempenhada.

Portanto, não parece servir como argumento a não indenização o fato da mãe ter se colocado como obstáculo ao relacionamento entre pai e filho, o que parece adequado é a apuração de sua responsabilidade, afinal o dever de zelar e propiciar o bom desenvolvimento dos direitos da personalidade das crianças e adolescentes é tarefa de ambos os pais, além de toda a sociedade. O que não se pode é admitir é que um pai desista do filho, seja qual for a sua razão, pois existe o dever legal de cuidados.

É fato incontestável que a partir do momento que o filho se dispõe a processar seu pai por abandono afetivo a relação afetiva entre os dois já está em processo adiantado de desgaste. E, certamente não é tarefa do judiciário obrigar alguém a amar e nem é isso que se busca ao acioná-lo. Entretanto, é notória a frustração dos que argumentam contra o dever de indenizar ao constatar que não será mais possível o restabelecimento dessa relação afetiva após tal demanda. Talvez, para superar tal sentimento de impotência e frustração devesse o judiciário buscar incessantemente uma conciliação prévia entre pai e filho, em especial, quando este ainda é criança ou adolescente.

Pois, importante aclarar que o objeto de discussão desta demanda é o dano que foi causado aos direitos da personalidade dessa criança/

adolescente, e é claro que se houver possibilidade de amenizar tais danos com o remédio que lhe é próprio, qual seja, atenção, cuidados, proteção, mais eficiente será a atuação do judiciário.

Talvez essa seja uma questão legislativa, que a lei venha a exigir que antes da demanda exigindo indenização por dano afetivo tenha havido ações de caráter inibitório que tentaram resgatar a relação entre pai/mãe e filho, não sendo exitosa.

Isso sem se descuidar da possibilidade de se fazer conciliação em qualquer fase do processo. Devendo-se salientar que tal demanda deverá necessariamente ser ajuizada em uma vara de família, pois é um dano moral decorrente das relações familiares ou da ausência de tais relações.

Dissentindo da posição dos que afirmam que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a concessão da indenização por abandono afetivo, trago à discussão os argumentos do pragmatismo jurídico, que consiste na repaginação do realismo americano, também conhecido como Jurisprudência Sociológica, que introduziu um conceito de direito estritamente instrumental, voltando à tona na década de oitenta com a denominação de pragmatismo jurídico.

Podem-se destacar três características fundamentais do pragmatismo jurídico, que são o contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionalismo. O contextualismo defende que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua adequação às necessidades humanas e sociais. O consequencialismo faz com que toda proposição seja testada por meio da antecipação de suas conseqüências e resultados possíveis. O anti-fundacionalismo, por sua vez, rejeita conceitos abstratos, princípios perpétuos, dogmas, que possam fundamentar o pensamento, ou mais precisamente as decisões.

O pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial, e uma teoria de como usar teoria. É compreender o direito em termos comportamentais. Dentro da ótica do pragmatismo jurídico, nas palavras de Richard Posner "o direito 'é uma atividade, mais do que um conceito

ou um grupo de conceitos¹⁹. É atividade realizada, claro, pelo magistrado.²⁰

O juiz pragmatista decide tentando antever as conseqüências de sua decisão, busca a que melhor corresponda às necessidades humanas e sociais. "Criando com suas decisões, verdadeiras políticas públicas"²¹. Assim, para tais juízes são fontes de suas decisões não só fontes jurídicas, mas também, sociais, éticas e políticas.²²

Dentro desse contexto da finalidade do deferimento da indenização por abandono afetivo, têm que se antever os benefícios e ou prejuízos de tal decisão. O primeiro argumento que se vislumbra é da possibilidade das relações familiares se tornarem patrimoniais e não manter o seu caráter afetivo, entretanto o fato de um filho buscar o judiciário alegando que seu pai não o proveu de atenção causando dano a sua personalidade, já mostra o fim do caráter afetivo dessa relação, não será o judiciário o causador desse mal. Por outro lado, improvável de se cogitar que um filho que recebeu de seu pai/mãe a atenção devida venha a buscar o judiciário alegando abandono afetivo, não se cogitando em falar de patrimonialização das relações familiares.

Mister, portanto, a constatação de que o deferimento da indenização por abandono afetivo, além de possuir total embasamento jurídico, possui o benefício de servir como parâmetro de comportamento a pais/mães para que estes passem a se considerar devedores de cuidados e atenção a seus filhos. Se, como é certo, o direito não pode resgatar a relação *sub judice*, pode vir a influenciar positivamente relações que não chegaram ainda a se deteriorar.

O judiciário assumindo uma postura firme quanto a obrigação de pais/mães oferecerem não só o sustento material como também emocional pode vir a gerar pais e mães mais conscientes de toda a amplitude

19 FOGREBINSCHI, Thamy. Bancode. Disponível em: <daIn: http://cedes.lupej.br/banco/artigos/filosofia/teoriadodireito/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 06 set. 2007

20 Cf. idem

21 Idem

22 Cf. idem.

de seu papel. Pode mesmo levar homens e mulheres a avaliarem bem quanto à decisão de se tornarem pais. Se eles estão realmente dispostos a despenderem tempo, energia e atenção às crianças que desejam gerar ou mesmo adotar.

Em voto recente sobre a ADIN 3510-0, o relator Min. Carlos Brito se pronuncia sobre planejamento familiar, expressando claramente que a paternidade deve ser responsável, tanto do ponto de vista material como amoroso. O voto do relator é claro em garantir o amor como um direito subjetivo dos "porvindouros componentes da unidade familiar"²³, ou seja os filhos. E esse direito é forma de se garantir, segundo o próprio relator a dignidade da pessoa humana.

Resta claro o benefício que a decisão pela indenização por dano moral pode trazer ao meio social, mesmo que isso decorra de um eventual prejuízo material. Serve, acima de tudo como uma orientação aos pais.

Conclusão

Consoante demonstrado, os direitos de personalidade são tudo aquilo capaz de construir o indivíduo como ser único no mundo, fazendo da sua individualidade expressão singular capaz de contribuir significativamente às relações interpessoais e sociais de que participa. Crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, em franca evolução física, psíquica, mental, emocional e porque não dizer espiritual.

É nessa fase que seus atributos de personalidade vão desabrochar, podendo se tornar mirrados ou exuberantes, a depender da postura dos pais porque são eles as fontes provedoras não só de recursos materiais como de afeto. A falta de afeto, evidenciado através da falta de cuidados e de atenção que os pais dispensam a seus filhos quando eles ainda são crianças ou adolescentes pode levar à responsabilização civil.

23 Disponível em: <www.stf.jus.br/noticias>. Acesso em: 05 mar. 2008 às 13:00h.

O que torna peculiar a ação de dano afetivo é a situação de desigualdade que há entre os dois pólos. De um lado há uma criança ou adolescente ou mesmo um adulto que está reclamando direitos lesados no tempo em que era criança, do outro lado há um adulto com sua personalidade já perfeitamente consolidada. Ficando demonstrado, portanto, que a falta de cuidados levou a lesão a direitos de personalidade restará configurado o dano moral.

Esse artigo demonstrou, então, a necessidade de se voltar o olhar para o filho que teve seu direito de personalidade lesado, em razão da omissão do seu pai/ mãe. Inaugurou-se, pois, no direito brasileiro, o princípio do melhor interesse da criança, da proteção integral e do afeto. Além de ser dever dos pais a paternidade/maternidade responsável, que deve se orientar pelo planejamento familiar.

É certo que se deve tentar restabelecer as relações de afeto perdidas entre pais/mães e filhos. Se é possível que se pague o bem jurídico lesado com unidades do próprio bem, que se faça. O direito estaria agindo da maneira mais eficaz e acolhedora possível. Propôs-se uma mudança legislativa em que se busque necessariamente o restabelecimento de relações afetivas antes do ingresso em juízo da ação de dano afetivo.

Destaca-se, também, a função orientadora da decisão que reconhece o dever de indenizar, pois, homens e mulheres antes de decidirem ter filhos devem analisar se terão condições de dispensar aos seus filhos os cuidados necessários e exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Abandonment affective: A question of personality

Abstract

The rights of personality of children and adolescents are developing attributes deserving the authority of the Brazilian legal system, which also recognizes the rights of children and adolescents as a legal microenvironment. Everyone, especially parents, to protect children and adolescents. As the clear duty of care that parents should dispense to children as a means of providing them the proper development of their personality attributes. Once absent due care for

emotional neglect and the damage is set to rights of personality of children and adolescents, left set the moral affective. Decisions that should have become clear that the scope, too, serve as parameters for men and women decide to have kids. According to the function of guiding judicial decision heralded by American pragmatism.

Key-words: Child. Abandonment. Rights. Personality.

Referências

Livros

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990. 7 v.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. A família. In: MORRIS, Clarence (Coord.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES JR, Oliver Wendell. Direito natural. In: MORRIS, Clarence (Coord.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. Direito paterno (pais e filhos). In: MORRIS, Clarence (Coord.). **Os Grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 7.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Tânia S. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano Moral e Sua Reparação Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SZANLAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Revistas

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a impossibilidade de sua Desconstituição Posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 39, s.d.

BAUER, Joachim. A outra Face do Genoma. **Revista Mente e Cérebro**, n. 181, a. XV. Fev. 2008.

CAREZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, s.d.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da Pós-modernidade: Em busca de uma dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 235-252, out./dez. 2005.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: A Valoração do Elo Perdido ou não Consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 35, s.d.

Legislações

BRASIL. Código Civil, Lei n. 10.406 de 10.01.2002. In: VADE Mecum RT. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Distrito Federal, 1988. In: VADE Mecum RT. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 757411. Rel. Min. Fernando Gonçalves. **Diário da Justiça**, Brasília, 29 nov. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apc n. 70018130211. Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. **Diário da Justiça**, Brasília, 01 abr. 2004.

Sites

BRITTO, Carlos Veloso. **Voto na ADIN 3510**. Disponível em: <www.stf.gov.br/noticias>. Acesso em 05 mar. 2008 às 13:00 horas.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: 05 fev. 2007 às 11:44 horas.

EISENBERG, José. **Para que serve o pragmatismo jurídico?** Disponível em: <http://cedes.iuperj.br/pdf/paginateoria/paraqueserveoprigmatismojuridico>. Acesso em: 06 set. 2007 às 10:30 horas.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos-AL; em da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: <www.espacovital.com.br/noticias.html>. Acesso em: 05 mar. 2008 às 13:30 horas.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4455>. Acesso em: 05 mar. 2008 às 14:15 horas.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 06 mar. 2008 às 10:30.

NICOLODI, Márcia. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4493>. Acesso em: 06 mar. 2008 às 14:00 horas.

PROGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico?** Disponível em: <http://cedes.iuperj.br/banco/artigos/filosofia/teoriadodireito/pragmatismo>. Acesso em: 06 set. 2007 às 10:00 horas.

REGRAS DE BEIJING. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: 05 fev. 2007 às 14:00 horas.

Referência deste artigo

FRAGOSO, Ana Karina Ciriaco. Abandono afetivo: Uma questão de personalidade. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 17-38, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 18 ago. 2009. Aprovado em: 12 nov. 2009.

Comentários à Lei nº 11.804/2008: aspectos materiais e processuais dos alimentos gravídicos

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Mestre em Direito Processual Civil pela
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP;
Professor da Faculdade Boa Vagem; Juiz de Direito.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo o delineamento dos principais aspectos dos chamados alimentos gravídicos, nos limites da Lei que regulamenta a espécie, com a abordagem das questões mais debatidas na doutrina acerca do tema em apreço. Apesar de sintético, o texto legal, do ponto de vista formal, a inserção do novo instrumento traz a lume a discussão acerca de questões importantes, cujo debate ainda se mostra incipiente.

A definição da legitimidade ativa e passiva, a extensão dos alimentos devidos em função da gravidez e o alcance dos preceitos entranhados no corpo da Lei nº 11.804/2008, impescinde da invocação de diversos princípios, a fim de integrar no esforço hermenêutico natural, o sentido normativo à realidade fática.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos.
Lei nº 11.804/2008.

1 Introdução

Se a constituição é a pedra angular em que se assenta o moderno direito político, conforme assevera Luiz **Pinto Ferreira**¹, as leis infra-constitucionais surgem como decorrência da existência do próprio texto constitucional. Não se admite, portanto, regra jurídica sem raiz na norma suprema do sistema.

¹ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

A supremacia da Constituição, portanto expande o seu espectro para além das fronteiras da conformação das regras e atos normativos, para obter o significado de prevalência material dos valores extraídos do seu texto.

Nesse sentido, aos seis dias do mês de novembro do ano de dois mil e oito, foi acolhida no âmbito do ordenamento positivo nacional a Lei 11.804/2008, mediante publicação no Diário Oficial da União, que trouxe em seu conteúdo a regulamentação dos denominados *alimentos gravídicos*.

O referido instrumento legal disciplina o direito aos alimentos, que serão prestados pelo suposto pai, em face da mulher grávida, e a forma do seu exercício.

A regra legal, indiscutivelmente, concretiza valores expressos no texto da constituição, encontrando correlação direta em dois princípios regentes do sistema normativo pátrio, a saber: a dignidade da pessoa humana e inafastabilidade da jurisdição.

Trata-se, na verdade, de reconhecimento explícito do direito já vislumbrado a partir de uma perspectiva hermenêutica consuetânea com os valores já consagrados no corpo da Constituição, identificado, de maneira prévia à positivação legal, inclusive no âmbito jurisprudencial.

De qualquer sorte, a vigência da Lei 11.804/2008 tem a virtude de fixar de forma clara o norte interpretativo do conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido por *princípio da proteção judiciária*², podendo contribuir para a formação de uma consciência jurídica baseada na dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho tem por escopo o delineamento dos principais aspectos dos chamados alimentos gravídicos, nos limites da Lei que regulamenta a espécie, com a abordagem das questões mais debatidas na doutrina acerca do tema em apreço.

2 WATANABE, Kazuo a abertura da obra Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. n. 1, p. 7, 1980.

2 Direito aos alimentos

2.1 Definição

O Código Civil brasileiro, no subtítulo dos alimentos (Livro IV, Título II, subtítulo III da Lei nº 10.406/2002), não tratou de estabelecer uma definição legal acerca do tema. No entanto, a noção básica pode ser apreendida através da dicção do art. 1.920 do mesmo instrumento, quando disciplina a questão relativa ao legatário de alimentos, no âmbito do direito sucessório: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário, a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se este for menor”

Para o direito, portanto, diferentemente da percepção vulgar, a compreensão do termo não está circunscrita à definição minimalista e restrita, pois, como afirma Silvio de Salvo Venosa “além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade”³

Nesse mesmo sentido, leciona Youssef Said Cahali, para quem os alimentos na modalidade assistencial⁴ constituem uma imposição legal relativa à prestação dos recursos necessários à subsistência e à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo.⁵

Pode-se, então, afirmar que os alimentos, cujo dever é imputado por disposição legal a um sujeito, diante de sua vinculação prévia de parentesco ou decorrente da solidariedade socioafetiva, são aqueles suficientes à manutenção da dignidade humana, abrangendo aspectos físicos, psicológicos e sociais da vivência.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 392.

4 Estes podem decorrer também de ato ilícito nos termos do art. art. 948, II, CC

5 CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p. 16.

A supremacia da Constituição, portanto expande o seu espectro para além das fronteiras da conformação das regras e atos normativos, para obter o significado de prevalência material dos valores extraídos do seu texto.

Nesse sentido, aos seis dias do mês de novembro do ano de dois mil e oito, foi acolhida no âmbito do ordenamento positivo nacional a Lei 11.804/2008, mediante publicação no Diário Oficial da União, que trouxe em seu conteúdo a regulamentação dos denominados *alimentos gravídicos*.

O referido instrumento legal disciplina o direito aos alimentos, que serão prestados pelo suposto pai, em face da mulher grávida, e a forma do seu exercício.

A regra legal, indiscutivelmente, concretiza valores expressos no texto da constituição, encontrando correlação direta em dois princípios regentes do sistema normativo pátrio, a saber: a dignidade da pessoa humana e inafastabilidade da jurisdição.

Trata-se, na verdade, de reconhecimento explícito do direito já vislumbrado a partir de uma perspectiva hermenêutica consuetânea com os valores já consagrados no corpo da Constituição, identificado, de maneira prévia à posituação legal, inclusive no âmbito jurisprudencial.

De qualquer sorte, a vigência da Lei 11.804/2008 tem a virtude de fixar de forma clara o norte interpretativo do conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido por *princípio da proteção judiciária*², podendo contribuir para a formação de uma consciência jurídica baseada na dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho tem por escopo o delineamento dos principais aspectos dos chamados alimentos gravídicos, nos limites da Lei que regulamenta a espécie, com a abordagem das questões mais debatidas na doutrina acerca do tema em apreço.

2 WATANABE, Kazuo à abertura da obra Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. n. 1, p. 7, 1980.

2 Direito aos alimentos

2.1 Definição

O Código Civil brasileiro, no subtítulo dos alimentos (Livro IV, Título II, subtítulo III da Lei nº 10.406/2002), não tratou de estabelecer uma definição legal acerca do tema. No entanto, a noção básica pode ser apreendida através da dicção do art. 1.920 do mesmo instrumento, quando disciplina a questão relativa ao legatário de alimentos, no âmbito do direito sucessório: "*O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário, a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se este for menor*"

Para o direito, portanto, diferentemente da percepção vulgar, a compreensão do termo não está circunscrita à definição minimalista e restrita, pois, como afirma Silvio de Salvo Venosa "além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade"³

Nesse mesmo sentido, leciona Youssef Said Cahali, para quem os alimentos na modalidade assistencial⁴ constituem uma imposição legal relativa à prestação dos recursos necessários à subsistência e à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo.⁵

Pode-se, então, afirmar que os alimentos, cujo dever é imputado por disposição legal a um sujeito, diante de sua vinculação prévia de parentesco ou decorrente da solidariedade socioafetiva, são aqueles suficientes à manutenção da dignidade humana, abrangendo aspectos físicos, psicológicos e sociais da vivência.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6, p. 392.

4 Estes podem decorrer também de ato ilícito nos termos do art. art. 948, II, CC

5 CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 16.

2.2 Definição de alimentos gravídicos

Na mesma esteira da concepção ampla acima delineada, referente aos alimentos de natureza assistencial inespecíficos, o legislador ordinário formulou a disposição normativa contida no art. 2º da Lei nº 11.804/2008, que assim dispõe:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, **além de outras que o juiz considere pertinentes.** (grifei)

Os alimentos gravídicos, portanto, em sua essência, constituem-se adaptação dos alimentos assistenciais inespecíficos e, objetivamente, deles não se distinguem, devendo contemplar todos os recursos suficientes e necessários ao pleno desenvolvimento da gestação, desde a concepção até o parto.

3 Aspectos subjetivos dos alimentos gravídicos

3.1 Legitimidade ativa *ad causam*

Quanto ao aspecto subjetivo dos alimentos gravídicos, questão bastante polêmica na doutrina, diz respeito à titularidade dos alimentos em questão.

Para alguns doutrinadores, como Leandro Soares Lomeu⁶, a legitimidade *ad causam*, para pleitear os alimentos previstos na Lei nº 11.804/2008, pertence ao próprio filho em gestação. Segundo o referido autor:

...dúvidas não restavam de que a tendência apontada pela doutrina e jurisprudência era e o reconhecimento à mãe gestante da **legitimidade para a propositura de ações em benefício do nascituro**. Fato jurídico que foi socorrido e se fez consagrado pela nova legislação alimentícia através da Lei 11.804/08.

Numa outra vertente, encontra-se a posição adotada por Denis Donoso⁷, que não somente admite a legitimidade do feto, como preconiza a existência de um litisconsórcio entre mãe e filho em gestação. Vejamos:

Não me parece, contudo, sem razão a formação de um litisconsórcio (mãe e nascituro) ou o pedido feito direta e exclusivamente pelo nascituro, na medida em que a edição da nova lei não é suficiente para afastar as conclusões a que cheguei logo acima, quando tratei dos "direitos" do nascituro e sua proteção judicial.

Diante da premissa de que o feto exerce, através de sua mãe, um direito próprio, o autor acima citado chega a defender a possibilidade de pedido autônomo de alimentos, ou seja, a genitora pode pedir em nome próprio e em nome de seu filho em formação, conforme explicita textualmente:

Como se não bastasse, o objetivo da lei é dar suporte à gestação. A proteção se dirige, portanto, ao próprio nascituro (que, embora ainda despido de personalidade jurídica, é titular de um sistema especial de proteção de direitos), de modo que não se afasta o pedido autônomo de alimentos da própria mãe.

Entretanto, a despeito dos posicionamentos acima delineados, segundo estabelece o art. 1º da Lei nº 11.804/2008, este instrumento "disciplina o direito de alimentos **da mulher gestante** e a forma como será exercido."

A despeito, portanto, da celeuma travada na doutrina acerca da titularidade dos alimentos pleiteados com fundamento na nova lei, a

6 LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos gravídicos**: Aspectos da Lei 11.804/08.

7 DONOSO, Denis. **Alimentos gravídicos**. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008.

própria expressão “alimentos gravídicos” é capaz de conduzir à percepção de que os alimentos são devidos à mulher gestante, **em função do estado de gravidez.**

A esta, são devidos os alimentos, posto que as necessidades e o estado de saúde da mãe interferirão inevitavelmente, no estado do ser em gestação. Não é possível, portanto, distinguir os alimentos prestados à mãe daqueles prestados ao feto por ela gestado.

Essa conclusão pode ser extraída do próprio texto do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 11.804/2008, que assim prescreve: “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos **ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor** até que uma das partes solicite a sua revisão.”

Admitindo-se que os alimentos prestados são em favor do feto, não haveria necessidade de expressar a **conversão**, posto que a natureza dos alimentos não seria alterada.

Ressalte-se, ademais, que a morte intrauterina por si não deve desobrigar aquele que estiver acometido de prestar os alimentos gravídicos. Essa obrigação cessa com a expulsão do feto do ventre materno. As despesas decorrentes do procedimento, por exemplo, incluindo eventualmente os exames necessários à verificação da ocorrência em questão, devem ser suportados também pelo genitor, na medida da sua possibilidade.

De outro turno, no caso da gravidez representar risco de vida para a própria gestante, na hipótese prevista no art. 128, I do Código Penal Brasileiro, com indicação médica do chamado aborto legal, também conhecido como terapêutico, deve o genitor, obrigado pelos alimentos, prestar os recursos necessários ao procedimento.

Dessa maneira, considerando a hipótese de ser o feto o sujeito ativo dos alimentos, estar-se-ia admitindo que o sujeito passivo, ou seja, o genitor, estaria obrigado a contribuir para o extermínio do filho em gestação, no interesse do próprio credor dos alimentos.

Assim, os alimentos gravídicos são devidos em qualquer hipótese de gravidez, independentemente da situação do nascituro. Nesse sentido, são devidos alimentos inclusive na seara gestacional do anencéfalo, ainda que posteriormente o aborto venha a ser pedido pela gestante e, eventualmente autorizado pelo Poder Judiciário.

Por outro modo, seria forçoso num entendimento lógico, que também se admitisse que o nascituro pudesse figurar como sujeito passivo da obrigação alimentar. Ou seja, admitindo-se a possibilidade de os alimentos possuírem como destinatário direto o feto em gestação (e não indireto, através da mãe), dever-se-ia admitir que o genitor que necessite de alimentos possa reclamá-los a cargo do patrimônio que pertencer ao filho (no caso de posse em nome do nascituro), como no exemplo dado por Yussef Said Cahali.⁸

Observe-se que não é o objetivo direto deste breve texto a discussão acerca do exercício de direitos antes mesmo do nascimento, mas a busca dos limites de aplicação e do alcance da lei nº 11.804/2008; nesse sentido e sob este aspecto, conclui-se que o direito consagrado no instrumento legal em análise é exercido pela gestante em função da gravidez.

3.2 Legitimidade passiva *ad causam*

O sujeito passivo primário dos alimentos é o futuro pai, na medida em que assim estabelece o art. 2º, parágrafo único da lei nº 11.804/2008. ⁹A dicção literal da lei, porém, não pode ser tomada como restrição à ampliação subjetiva aplicada aos alimentos assistenciais gerais.

Assim, quanto aos limites da responsabilidade, ou seja, a extensão da obrigação de prestar alimentos gravídicos, a ampliação a outros supostos ou futuros parentes do nascituro, bem como a complementação

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 540.

⁹ “Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.”

da prestação alimentar-gravídica, insuficientemente, prestada devem ser perfeitamente admitidas.

Segundo prescreve o art. 1.696, 2ª parte, do Código Civil, a obrigação de pagar alimentos é extensiva a todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

De outro turno, o art. 1.697 do Código Civil dispõe que cabe a obrigação aos descendentes, na falta dos ascendentes e na falta dos descendentes a obrigação recairá nos irmãos.

Outra disposição importante, acerca da extensão subjetiva dos alimentos, é aquela contida no art. 1.698 do Código Civil, segundo a qual serão chamados a concorrer na prestação os parente de grau imediato, se aquele que deve em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, e que, sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Estabelece-se com isso um verdadeiro princípio da solidariedade familiar, no que pertine a alimentos. Essa solidariedade não pode ser negada também em relação aos alimentos prestados à gestante, que carrega no ventre o feto em gestação, posto que os princípios que regem a espécie não se afastam, nesse ponto, daqueles que regem os alimentos assistenciais gerais, decorrentes do parentesco.

Se os alimentos são devidos pelo suposto pai, em função da gravidez, na sua falta ou impossibilidade parcial ou total de prestá-los, devem ser aplicadas as disposições do Código Civil referentes à extensão subjetiva da obrigação em exame, por absoluta adequação à finalidade da regra.

4 Da irrepetibilidade dos alimentos gravídicos como regra geral

Na doutrina e jurisprudência nacionais prevalece, amplamente, o entendimento de que os alimentos provisionais ou definitivos, desde que prestados, **não** são passíveis de restituição. Nesse sentido, Yussef Said Cahali é taxativo ao afirmar:

...ainda que não haja em nosso direito disposição semelhante à do art. 2.007, n.2 do CC português, expresso no sentido de que 'não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos', considera-se pacífica, na jurisprudência dos nossos tribunais, a irrepetibilidade das pensões ou de parcelas pagas pelo obrigado.

Arnoldo Wald¹⁰, no entanto, posiciona-se pela possibilidade da restituição em casos específicos, porém, não em relação à parte que os recebeu, e sim, em relação ao terceiro que devia os alimentos, condicionando-se evidentemente à prova de que o pagamento ocorreu por equívoco.

No caso dos alimentos gravídicos, a questão da restituição dos alimentos prestados chegou a suscitar dúvidas no legislador ordinário, que no projeto de Lei nº 7.376/2006, do qual se originou o Lei nº 11.804/2008, inseriu o artigo 10, que previa a responsabilização da autora (gestante), por danos morais, quando do resultado negativo da paternidade.

O mencionado comando, após diversas críticas da doutrina especializada, foi alvo de veto presidencial, deixando finalmente, com acerto, de integrar o corpo da lei dos alimentos gravídicos.

Sobre a redação original, ora vetado, art. 10 da Lei, já se posicionava Maria Berenice Dias¹¹:

¹⁰ Direito de Família, 13, p.32

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Alimentos gravídicos? *Jus Navigandi*, Teresina, a.12, n. 1853, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em: 11 maio 2009.

Apesar de aparentemente consagrar o princípio da proteção integral, visando assegurar o direito à vida do nascituro e de sua genitora, nítida a postura protetiva em favor do réu. Gera algo nunca visto: a responsabilização da autora por danos materiais e morais a ser apurada nos mesmos autos, caso o exame da paternidade seja negativo. Assim, ainda que não tenha sido imposta a obrigação alimentar, o réu pode ser indenizado, pelo só fato de ter sido acionado em juízo. Esta possibilidade cria perigoso antecedente. Abre espaço a que, toda ação desacolhida, rejeitada ou extinta confira direito indenizatório ao réu. Ou seja, a improcedência de qualquer demanda autoriza pretensão por danos materiais e morais. Trata-se de flagrante afronta ao princípio constitucional de acesso à justiça, dogma norteador do estado democrático de direito.

A disposição, que impunha responsabilidade(objetiva) à gestante em caso de confirmação de negativa de paternidade, contrariava preceitos constitucionais e processuais basilares, como o acesso à justiça e o caráter abstrato da ação, elementos absolutamente entranhados no ordenamento nacional.

Convém, no entanto, apontar que a irrepetibilidade dos alimentos, inclusive dos alimentos gravídicos, não se coaduna com a má-fé, e o seu exercício abusivo do direito em exame pode ser alvo de apuração ordinária de responsabilidade, nos termos do direito comum.

Esse também é o entendimento expressado por Marcelo Truzzi Otero¹², quando assevera que:

O Código não compadece com a má-fé(art.110), reprime o exercício abusivo de um direito(art.187), pune a postura desleal (art.422), mesmo que o negócio jurídico, em seu aspecto formal, esteja revestido das formalidades legais. Se uma das partes celebrou um contrato com reserva mental, este ato, mais que uma violação ao artigo 110 do Código, contraria o princípio ético norteador das condutas humanas imposto pela nova lei.

12. OTERO, Marcelo Truzzi. **Alimentos no novo código civil**. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marcelo_truzzi/Alimentos.pdf> Acesso em: 23 maio 2009.

Essa mudança de postura principiológica do Código de 2002 é o que nos conduz a repensar a irrepetibilidade dos alimentos quando o alimentando houver agido com dolo, má-fé ou abuso de direito.

Assim, o credor de alimentos que, abusivamente, protela o desfecho da ação exoneratória de alimentos com recursos infundado e manifestamente protelatórios apenas para manter a pensão durante o transcurso do tempo ou que, ciente da causa extintiva da obrigação de alimentos, age com inescandível má-fé e, por isso, deve sim ser compelido a devolver os alimentos recebidos indevidamente.

Dessa maneira, em relação aos alimentos, especialmente em virtude da recepção positiva da teoria do abuso do direito, não se pode fugir à regra de sua incidência em casos de comprovada má-fé, como por exemplo, o caso típico da gestante que sofre aborto logo nos primeiros meses de gravidez e, de forma dolosa, oculta o fato para continuar a perceber os alimentos durante todo o período gestacional natural da espécie.

Também incide na hipótese a gestante que, de forma absolutamente dolosa, investe contra aquele, que sabe ela não ser o pai do seu filho. Não se pode, porém, responsabilizá-la de maneira objetiva, posto que máxima irrefutável no nosso ordenamento é a de que "a má-fé não se presume".

A regra geral, portanto, é a de que os alimentos gravídicos são irrepetíveis, mas podem gerar a responsabilização com base no direito comum, no caso de dolo manifesto e má-fé demonstrada.

5 Fixação do valor dos alimentos gravídicos

Quanto ao valor a ser fixado no âmbito dos alimentos gravídicos, este deve ser modelado de acordo com os parâmetros especificados no art. 2º da lei nº 11.804/2008, em consonância com o preceito geral pertinente aos alimentos em geral, contido no art. 1695 do Código Civil vigente.

Dessa maneira, os alimentos gravídicos compreendem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais típicas e atípicas do período da gravidez, de acordo com parâmetros médicos e a critério do juiz, no tocante *“à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”*.

Assim, os alimentos especiais culminam por adotar a regra geral, sustentada no binômio necessidade-possibilidade, ou seja, na necessidade de quem pede e possibilidade de quem deve pagar, **considerando a repartição do dever entre os responsáveis pela gestação.**

6 Competência

Com o veto presidencial ao art. 3º inicialmente contido na lei dos alimentos gravídicos¹³, a regra a ser adotada na espécie, indiscutivelmente, é aquela contida no art. 100, II do Código de Processo Civil, que prescreve ser competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.

7 Termo inicial da obrigação

Os alimentos gravídicos, por definição, são aqueles compreendidos desde a concepção até o parto. O momento inicial da obrigação, no entanto, a despeito do veto ocorrido em relação ao art. 9º da lei¹⁴, não pode ser confundido com o lapso em que são compreendidos os alimentos classificados na espécie.

A questão, no entanto, não é pacífica, havendo respeitadas vozes a preconizar, que os alimentos são devidos desde a concepção, como no exemplo de Maria Berenice Dias, para quem:

¹³ Na redação anterior ao veto, o foro competente era aquele em possuísse domicílio o suposto pai.

¹⁴ O art. 9º previa que os alimentos seriam devidos desde a data da citação do réu.

Mesmo explicitado que os alimentos compreendem as despesas desde a concepção até o parto, de modo contraditório é estabelecido como termo inicial dos alimentos a data da citação. Ninguém duvida que isso vai gerar toda a sorte de manobras do réu para esquivar-se do oficial de justiça. Ao depois, o dispositivo afronta jurisprudência já consolidada dos tribunais e se choca com a Lei de Alimentos, que de modo expresse diz: ao despachar a inicial o juiz fixa, desde logo, alimentos provisórios.

Sem embargo, a fixação dos alimentos provisórios assistenciais genéricos, porém, não implica no vencimento da obrigação, é dizer a sua exequibilidade sem que tenha havido ciência da decisão que os fixou. Da mesma maneira, em relação aos alimentos gravídicos, não há dever de pagar que se sustente antes da citação.

Relembre-se que, no caso, o veto ao art. 9º da Lei nº 11.804/2008 implica a incidência do disposto no art. 11 do mesmo instrumento legal, que determina a aplicação supletiva da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.

Nestes termos, e de acordo com o art. 13§ 2º da Lei 5478/68, *“em qualquer caso os alimentos fixados retroagem à data da citação”*.

8 Tutela antecipada

Não há qualquer restrição à antecipação dos efeitos da tutela no âmbito dos alimentos gravídicos. Portanto, presentes os requisitos autorizadores, desde que requerido pela parte, na hipótese do art. 273 do Código de Processo Civil, deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela finalmente pretendida, que pode ser revogada à vista de fatos novos, que podem ser vislumbrados, por exemplo, após a resposta do demandado.

9 Conclusão

Sem dúvida, a lei dos alimentos gravídicos consolidou a tendência moderna de garantir a assistência integral e o respeito da dignidade da pessoa humana.

É uma lei singela e sintética, possui apenas 06 artigos, incluído nestes aquele que determina a vigência da lei na data da sua publicação¹⁵, de modo que mais do que revolucionário conteúdo possui o elemento simbólico, de provocar no meio social a repercussão de moldar a consciência acerca da paternidade responsável.

Não é desprezível, porém, o seu valor jurídico imediato, posto que serve como arma a ser utilizada contra aquele julgador de visão mais formalista, que enxergava na disposição contida no art. 2º da Lei de alimentos uma barreira insuperável à concessão dos alimentos em favor da gestante e em função da gravidez¹⁶.

Comments about the Law nº 11.804/2008: Materials and processuals aspects of Childbirth Maintenance.

Abstract

The present study has as a scope to define the principal aspects of childbirth maintenance, in the boundaries of the law that regulates the sort, approaching the most debated questions in the doctrine concerning the topic in esteem. Though synthetic, the legal text, from a formal point of view, the insertion of the new instrument brings to light the discussion regarding important matters, of which debate is still held incipient. The definition of

active and passive legitimacy, the extension of maintenance supplied due to pregnancy and the reach of the precepts found odd in the body of Law nº 11.804/2008, cannot do without the innovation of various principals, as to integrate in the natural hermeneutic effort, the normative meaning to a laborious reality.

Key-words: Childbirth maintenance. Law nº 11.804/2008.

15 Os demais artigos da redação original oriunda do poder legislativo, no total de 12, foram alvo de veto do presidente da República.

16 O art. 2º da Lei 5.478/68, exige como requisito para a sua aplicação e conseqüentemente para concessão dos alimentos a prova do parentesco

10 Referências

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos gravídicos?. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1853, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em: 11 maio 2009.

DONOSO, Denis. Alimentos Gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37997>>. Acesso em: 23 maio 2009.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

LOMEU, Leando Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08**. Disponível em: <<http://ibdfam.org/?artigos&artigo=4767>>. Acesso em: 23 maio 2009.

OTERO, Marcelo Truzzi. Alimentos no novo código civil. Disponível em: <www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/marcelo_truzzi/Alimentos.pdf>. Acesso em 23 maio 2009.

WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ANEXO:

LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.

Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10º (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nº 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008; 187ª da Independência e 120ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Dilma Rousseff

Referência deste artigo

OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. Comentários à Lei nº 11.804/2008: Aspectos materiais e processuais dos alimentos gravídicos. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 39-56, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 28 ago. 2008. Aprovado em: 27 nov. 2008.

O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo¹

Bruno de Araújo Sena

Pós-Graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Advogado.

Resumo

O artigo focaliza o estudo, sobretudo, num relativamente novo paradigma, a saber, o da ampliação dos poderes do magistrado para instruir o processo. Seu objetivo é disseminar a idéia dessa não só possibilidade, mas necessidade, e extirpar a visão privatista do processo oriunda do Estado Liberal Clássico. Para a realização do trabalho fez-se necessária a leitura de obras sobre as quais se debruçou o autor. Ressalte-se, ademais, que com o fito de demonstrar a, ainda tímida – mas crescente de modo exponencial – aceitação da tese ora defendida foi elaborada uma pesquisa jurisprudencial. O trabalho

está dividido nas seguintes partes:

1) Generalidades acerca do Processo Instrumental Contemporâneo;
2) A urgente necessidade duma igualdade substancial no processo;
e 3) Poderes instrutórios do juiz. Conclui-se, finalmente, no sentido de que um amplo plexo de poderes instrutórios concedidos ao magistrado não arranha os princípios do processo, ao contrário, traduz-se num modo justo e efetivo de julgamento que acarreta a pacificação social, escopo magno da jurisdição.

Palavras-chave: Instrumentalidade do Processo. Prova. Instrução probatória.

¹ O arcabouço deste artigo consiste numa extração de parte do trabalho monográfico de conclusão de curso do autor. Monografia defendida publicamente na Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, no dia 28/10/2008, perante os professores doutores Alexandre Freire Pinentel e Sérgio Torres Teixeira e o mestre em Direito Fábio de Menezes de Sá Filho, recebendo a nota máxima.

Introdução

O momento histórico no qual se encontra qualquer nação está, como é sabido, imbricado visceralmente com o Direito.

Estamos em pleno século XXI, imiscuidos num sistema político-econômico voraz e altamente devorador que, em grande medida, estratifica classes acarretando desigualdade econômica. Este bacilo arraigado em quase toda sociedade moderna, de modo global, produz, conseqüentemente, também, uma diferença abissal do ponto de vista sócio-cultural; é um efeito dominó causador de caos, enfim.

Por outro lado o Estado tem como meta primaz instaurar a paz e o Bem-Estar social. E o processo traduz-se como uma grande arma em potencial para o alcance desse desiderato maior.

De posse desse arsenal bélico é que o Estado, representado pelo juiz, digladiaria (ou pode digladiar) contra as discrepâncias mencionadas, trazendo à luz as injustiças e acintes à ordem jurídica obscurecidos pela desigualdade em suas várias formas.

O magistrado ocupa uma posição de grande destaque, pois quanto melhor desenvolva seu ofício, mais próximo do escopo magno jurisdicional estará. E, por derradeiro, melhor conviverá a sociedade.

Essas são, a vôo de pássaro, algumas das razões pelas quais ao juiz deve ser deferida uma maior amplitude acerca de seus poderes instrutórios no processo.

“A prova é a alma do processo” e assim sendo imobilizar o magistrado à plenitude da disposição das partes como já ocorrera noutro momento, significaria fomentar a perpetuação das iniquidades e injustiças. Aliás, o que não se coaduna com a atual publicização do processo. Afinal, como um provimento judicial pode se mostrar efetivamente justo se não houve paridade entre as partes no momento da instrução processual (fundamento para a sentença) nem tampouco o julgador nada pôde fazer para balizar?

O Estado não só pode, como deve, e assim tem agido (a jurisprudência está começando a se enfartar), no sentido de ampliar os poderes do juiz na colheita das provas.

Este artigo, a título de conclusão, presta-se para sedimentar a idéia contemporânea duma maior abertura do manejo processual pelo juiz afastando a noção de processo privatista, haja vista a adequação aos novos moldes de sua publicização.

1 Generalidades acerca do Processo Instrumental Contemporâneo

Vivemos, hodiernamente, o Estado Social de Direito ou Constitucional cuja principal marca consiste na estima à igualdade substancial. Esse contexto histórico não permite, ao contrário do vivido outrora (Estado Liberal), que o profissional do Direito, sobretudo o magistrado, tenha uma tímida participação no processo ou que se limite apenas às partes envolvidas na lide. Existe, no processo, e de modo contundente, a natureza teleológica. “O Estado Contemporâneo passa a enfrentar questões que transcendem a dimensão individual, para as quais a lógica retrospectiva do positivismo, inspirada no pensamento iluminista, não oferece respostas”.²

No Estado liberal cabia ao juiz dizer somente as palavras da lei. Vivia-se na era da “certeza do direito” onde a lei abstrata, pelo menos em tese, albergava todas as hipóteses futuras possíveis. Essa generalidade impossibilitava ao juiz a consideração das circunstâncias concretas.³ Esse foi o motivo pelo qual Montesquieu afirmou que o poder de julgar era um “poder nulo” (*em quelque façon, nulle*)⁴.

Nesse período da História, para os doutrinadores, carregados – obviamente – das idéias liberais, o processo tinha como único e isolado

2 MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p.13

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v, p. 401.

4 TARELLO, apud MARINONI, Op. cit., p.402

escopo a tutela dos direitos. Consubstanciava-se numa visão altamente individualista ligada ao sincretismo privatista, onde, ainda, os estudos gravitavam, preponderantemente, em torno da ação.⁵

Pela visão tradicional da justiça e do processo, à moda do Estado Liberal oitocentista e da processualística das primeiras décadas deste século, no fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição; e o processo achava-se então dissociado do pensamento social do tempo.⁶

Por outro lado, no Estado Social de Direito prevalece

o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais no caso concreto.⁷

As palavras do eminente processualista Cândido Rangel descrevem, de modo sintético, o momento vivenciado atualmente pelo processo, a saber,

A instrumentalidade é [...] tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo.⁸

A mira dos estudos na seara da ciência processual não é mais nos conceitos fundamentais ou no dos institutos dessa ciência. Atravessa-se

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.184.

6 *Ibidem*, p.189.

7 MARINONI, Op. Cit., p.402.

8 DINAMARCO, Op. Cit., p. 25.

um momento em que o processo é considerado um instrumento por meio do qual o Estado alcança seus escopos sócio-político-jurídicos. Esta contemporânea tendência do processo aponta para o alcance das expectativas da nação em meio ao novo cenário político em que vivemos. Tem-se em vista a equanimidade societária. O conceito de igualdade substancial está intrinsecamente ligado a essa nova realidade tanto da ciência processual como também da política.

Há, hoje, destarte, uma preponderância ínsita no processo do interesse social. E o juiz, por conseqüência – representante do Estado – tem o dever de nele intervir diretamente com o fito de pacificar e trazer o bem-estar social em face do singular aspecto de sua atividade puramente jurisdicional.⁹

A visão puramente jurídica do direito e, portanto, cega quanto às investigações teleológicas não tem proeminência nos dias atuais. “[...] os estudos constitucionais do processo foram capazes de descortinar novos horizontes para a ciência processual, despertando curiosidades quanto às implicações sociais e políticas do sistema”¹⁰.

Dentro dum novo ângulo, da interdisciplinaridade, o subsistema jurídico-processual passa a ser preenchido, além do direito, por outras ciências.¹⁰ Hodiernamente, o direito processual e o sentido teleológico da jurisdição propagam-se para além das partes. Os limites são expandidos em lugar à restrição da atuação intra-processual (autor-réu). “Constitui um grande erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais”¹¹.

9 ALVES, Jones Figueredo. **Do Poder "Ex Officio" no Processo Civil**. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco; Escola Superior da Magistratura, 1989. p. 13

10 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 56.

11 ZANZUCCHI apud DINAMARCO, Op. cit., p. 184.

2 A Urgente necessidade dum a igualdade substancial no processo

Inobstante possa parecer, *prima facie*, descontextualizado ou desarrazoado, é bastante oportuno que se esclareça acerca do conceito de verdade. É cediço que todos têm uma idéia de sua definição, porém este tema é grande relevância – conseqüentemente reclama certa atenção – uma vez que para o alcance dum a isonomia real dentro do processo, necessária faz-se a busca da verdade material.

A definição de verdade não é consentânea com a utilizada pela filosofia clássica. Sabe-se, atualmente, que verdade é uma noção intangível, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto). “Jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta que determinado produto encontrado, por meio de prova, corresponde à verdade”.¹² Impossível é a reconstrução de determinado fato por alguém sem que este o desvie, mesmo que inconscientemente, influenciado por aspectos subjetivos. “Sempre o sujeito que percebe uma informação [...] altera seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade”.¹³

Nem, sequer, quem presenciou algum fato consegue alcançar a neutralidade no momento de reproduzi-lo. Impensável, dessarte, é que o juiz, receptor de teses e antíteses, capte como tudo ocorreu, de fato, fielmente.

Portanto o conceito aqui utilizado será o de Miguel Reale de quase-verdade ao compreendê-lo em substituição ao da definição da verdade pura e absoluta, uma vez que esta é inatingível.

Feito essa primaz elucidação adentrar-se-á no tema em apreço, especialmente,

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e empl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2 v. p. 252.

13 *Ibidem*, p. 252.

Na contemporaneidade além da prestação jurisdicional efetiva e em tempo hábil, uma das preocupações da processualística é “que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real, devendo ter este uma participação ativa no processo.”¹⁴

O ativismo seria a conseqüência de uma postura menos inerte do julgador, que não mais tem que se restringir às solicitações das partes para produzir as provas que julgar indispensável para a formação de seu livre convencimento, mas pode solicitá-las sempre que as entender imprescindíveis à boa consecução da justiça.

Tal mudança de postura do juiz é uma decorrência da sedimentação do caráter público do processo, que não exige tão-somente um decisor desinteressado no objeto litigioso do feito, mas que pugna por uma magistratura comprometida com uma prestação jurisdicional consentânea com os anseios de justiça de uma sociedade.¹⁵

O professor Lúcio Grassi ainda é mais contundente ao defender que diante da dúvida, na hora de esclarecer a verdade dos fatos o magistrado não tem a faculdade de agir, mas sim o poder-dever determinando a produção de provas *ex officio*.¹⁶

Os poderes de instrução segundo o comando judicial condizem com a moldura social do processo por seus escopos jurídico-sociais e objetivam a investigação da verdade, por desígnio de uma boa justiça que não se limite à verdade formal.¹⁷

O processo é utilizado como instrumento técnico e ético a serviço de uma noção de justiça. É um modo de concretizar o princípio da

14 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O Ativismo Judicial como Garantia da Paridade das Armas no Processo Civil. In: Manoel Severo Neto (org.). **Direito, cidadania & processo**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches - FASA, 2006. v. 3. p. 187.

15 RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo Judicial: o papel da jurisdição num paradigma constitucionalmente adequado**. 2008. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, p. 92.

16 GOUVEIA, Op. cit. p. 187.

17 ALVES, Op. Cit. p. 55.

igualdade substancial entre as partes haja vista que não mais vivemos no Estado Liberal onde preponderava a igualdade meramente formal.

Continua, prelecionando, Lúcio Grassi, que um juiz ativo se “coa-duna com a de um processo civil que busca a aplicação plena do princípio da igualdade de armas, aproximando as decisões do que se convencionou chamar de verdade real.”¹⁸

O processo, segundo Barbosa Moreira, é realmente efetivo, do ponto de vista social, quando possibilite aos hipossuficientes combater em pé de igualdade com os dotados de maiores forças, sejam, econômica, política e/ou culturais.

O órgão jurisdicional não pode se furtar de, oficiosamente, se utilizar dos poderes persecutórios da prova que a lei lhe confere. Essa recomendação presta-se para qualquer que seja a natureza do pleito.¹⁹

Vivemos numa sociedade caracterizada por contradições e desigualdades. Imerso nesse cenário o juiz deve utilizar-se da igualdade substancial como caminho indispensável para a produção de decisões justas.²⁰

Segue, Barbosa Moreira, preconizando que esse desequilíbrio entre as partes surge logo no início comprometendo, em regra, a igualdade de possibilidade de vitória ao cabo do processo. Para aclarar a desigualdade cultural, que não é a única, o processualista traz à luz o caso de um analfabeto ou semi-analfabeto. A desvantagem é nitida quando, *verbis gratia*, há um déficit informativo que dificulta ou até o priva da consciência de seus direitos e a conseqüente possibilidade de pleiteá-los em juízo.²¹

Não é, diga-se de passagem, diversa a preleção do prudente e vanguardista jurista José de Moura Rocha. Para ele:

Não mais podemos ver no juiz a figura que dirige o processo a fim de assegurar-lhe um andamento rápido e sem prejuízo da defesa dos inte-

18 GOUVEIA, op. cit., p. 204.

19 Ibidem, p. 24.

20 MARTINS, op. cit., p. 13.

21 MOREIRA, op. cit., p. 19.

ressados”. Temos de ver o processo sob um ‘impulso oficial’ no sentido de participação efetiva do juiz. [...]”

O processo vigente não é mais do que uma conseqüência do momento histórico (universal) que vivemos. Na verdade o processo é uma manifestação de carência social.²²

Ada Pellegrini Grinover leciona no sentido de ser a atitude inerte do julgador, cujo traço advém do liberalismo, incompatível com o processo justo. Esta só se verificaria se houvesse a igualdade técnica e econômica, ou seja, substancial, e não meramente a jurídica.²³

A própria lei, por vezes, em razão do nível crescente que o processo vem galgando dia-a-dia, concede oportunidades para que o juiz atenuie essas discrepâncias. O exemplo recorrente, aliás, alvo das discussões trazidas ao presente artigo, diz respeito à fase de instrução processual.

Facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encartadas, aqui e agora, da realização da Justiça.²⁴

Se o fim da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento e conseqüente pacificação social, deve o juiz atuar desempenhando todos os seus esforços, uma vez que inalcançada arranha-se a jurisdição. A prova, em especial, assume grande importância na decisão final da causa tornando-se inconcebível a idéia segundo a qual o juiz – representante estatal – deve ser inerte e esperar o empenho tão-somente das partes. Deve, sim, procurá-las quando entender necessário.²⁵

22 ROCHA, José de Moura. *Estudos Sobre Processo Civil*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1982, 2. v. p. 206-207.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 14-15.

24 MOREIRA, op. cit., p. 66.

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 12-13.

A prova é, irrefutavelmente, a essência do processo para o deslinde final da ação com o provimento judicial. Em virtude desse condão deve ser buscada pelo magistrado, com participação ativa, de modo a sustentar sua consciência de uma convicção mais aproximada da verdade para melhor servir o direito.²⁶

José Roberto Bedaque segue afirmando que é “impossível aceitar a intransigente defesa que a maioria da doutrina brasileira faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória.”²⁷

Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. [...] o juiz vê-se convocado a dar mais que o mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. Por difícil que lhe seja, com a carga de trabalho que o oprime, corresponder a esse chamamento, não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais se poderia atribuir. Pois a verdade é que, sem a sua colaboração, por melhores leis que tenhamos, jamais logtaremos construir um processo socialmente efetivo.²⁸

“Ao juiz cumpre interferir no processo para determinar e selecionar os meios de prova que sejam eficientes para a demonstração e descoberta da verdade”.²⁹

A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como *processo justo*, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova [...] prevalece o compromisso com a verdade real.

[...] essa *ativização* do juiz não visa apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma assistência judicial.³⁰

26 ALVES, op. cit., p. 57.

27 BEDAQUE, op. cit., p. 12.

28 MOREIRA, op. cit., p. 27.

29 MARTINS, op. cit., p. 169.

30 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v. p. 477.

3 Poderes instrutórios do juiz

Embora haja resistência, ainda, seja na doutrina, legislação ou jurisprudência, em virtude dos vestígios deixados pela antiga concepção do processo eminentemente privatista, “hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz mais amplos poderes instrutórios”.³¹

Esse plexo de poderes concedidos ao magistrado – a propósito, insito, de modo geral, no art. 130 do CPC – no que se refere à instrução processual é um entendimento relativamente recente. No Brasil as raízes históricas remontam o início do séc. XX.

Em 1916, portanto um vanguardista pátrio, Eduardo Espínola, ao anotar o código de processo civil baiano dizia:

o juiz, que não é, na processualística moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatórios que de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da causa. Os clássicos princípios – o juiz deve julgar pelo alegado e provado – e – compete provar àquele que allega – já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos Códigos modernos.³²

Logo depois, em 1922, Manuel Aureliano Gusmão, afirma que “o juiz, órgão actuante do direito não póde ser pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”³³.

31 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvim, 2007. 2 v. p. 52.

32 ESPÍNOLA, apud DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 52.

33 GUSMÃO, apud BEDAQUE, op. cit., p. 75-76.

De lá até hoje um grande percurso foi jornadaado, inobstante, falte ainda o que andar. Temos hoje, na doutrina, por exemplo, quase que majoritariamente, a atribuição de amplos poderes probatórios do juiz.³⁴

Julgar de modo mais justo possível é o juízo embasado mais aproximadamente do que ocorreu factualmente. O juiz deve, para alcançar esse fim, determinar prova de ofício quando não esteja convicto da situação alegada. De posse de amplo conjunto probatório pode julgar mais acertadamente, uma vez que assim agindo cumprirá proficuamente com seu dever como representante do Estado.

Nesse sentido orienta Marinoni:

Impor ao juiz a condição de mero espectador da contenda judicial [...], quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à resolução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa.³⁵

Nas palavras de Humberto Theodoro o “juiz deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”.³⁶

Cândido Rangel faz uma digressão no sentido legislativo. O autor, patrocinando sua tese de uma atuação judicial, relata uma série de dispositivos normativos que investe o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias nalguns casos. São eles:

a) a genérica imposição de assegurar a igualdade entre as partes (art.125, I); b) a determinação, também ampla, de que o juiz, a requerimento, ou mesmo *ex officio*, faça realizar todas as provas necessárias à instrução da causa (art. 130); c) a ordem de convocar, a qualquer tempo, as partes para deporem sobre fatos da causa, também sem que necessariamente

34 Neste sentido: Fredie Didier Jr. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Humberto Theodoro Jr. Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto Bezaque, José Carlos Barbosa Moreira.

35 MARINONI, op. cit. p. 285.

36 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 476.

isso haja sido requerido (art. 342); d) a autorização de inquirir *testemunhas referidas* [...] (art.418, I); e) a autorização de mandar *fazer nova perícia* quando a primeira tiver sido insatisfatória (art.437); f) *idem* quanto às inspeções judiciais a serem feitas por iniciativa do juiz (art.440).³⁷

O tempo em que era firme e fixado pela disponibilidade da parte o seu interesse numa intenção engessada do pedido é o dos romanos. Nessa esteira é que do Direito Romano vários são os aforismas extraídos tais como o de não poder o juiz ir além do pedido das partes (*ne est index ultra petitapartium*), ou o de dever ser a sentença conforme o pedido (*sententia debet esse conformis libelo*), entre outros.³⁸ Todavia na verdade sabemos que não existe nada de absoluto em direito sobretudo atualmente, onde impera uma desigualdade estratosférica. Enrijecer o direito em detrimento de sua própria causa de existência seria fechar os olhos para a injustiça. E no processo é que se pode, não raramente, fazer esses balanços e equações.

O processo não será mais o “brinquedo” em mãos de advogados, insinceros ou pouco escrupulosos a jogar com alegações de “direito” e “direitos”, de poder provar e de reprovar, tudo ao seu inteiro e completo alvitre. A parcialidade das partes, justificadora de atitudes das mais diversas ordens de defesa de seus direitos, coloca o Estado a imparcialidade do juiz frente a um processo que, na linguagem de Eduardo Couture “é um meio” do qual não se pode exigir “um dispêndio superior ao valor dos bens que estão em debate, seu fim”.³⁹

3.1 Objeções às Críticas da Doutrina Liberal fundadas na transgressão dos princípios dispositivo, Igualdade, contraditório e imparcialidade

Nesse novo momento vivenciado pela ciência processual, o modo, ritmo e impulso do processo deixam de ser disponíveis, mediata ou

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 3 v. p. 54-55.

38 ROCHA, op. cit. p.204.

39 *Ibidem*, p.209.

imediatamente, às partes sendo regidas por normas de Direito Público e exercidos pelo juiz (representante estatal) em ativa colaboração com aquelas. O dogma da posse das partes no que diz respeito à disponibilidade probatória não é consentânea com a atual fase de aprimoramento científico. O juiz é dotado de poderes de intervenção e estímulo para que o processo seja um meio de alcançar o bem-estar social.⁴⁰

Hoje, exige-se do magistrado uma participação mais intensa para a viabilização da finalidade última sociopolítica da jurisdição.⁴¹

Infelizmente ainda há quem sustente a tese segundo a qual cabe, exclusivamente, às partes a iniciativa de instruir o processo e ao juiz tão somente recebê-las e processá-las. Essa passividade judicial denota a visão dos moldes do processo dispositivo liberal.⁴² Esse é um dos princípios alegado pela doutrina mais tradicional como barreira ao ativismo judicial.

Hoje, todavia, o processo civil é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público. Diante da omissão das partes, o juiz deve determinar de ofício a realização das provas.⁴³

A própria legislação abre a possibilidade, embora criticada pela corrente adepta do processo dispositivo clássico⁴⁴, ao juiz de agir. O art. 130 do CPC é cristalino e dele se infere a não consagração do princípio dispositivo em sua plenitude.⁴⁵

Ainda no campo das críticas à rigidez do princípio dispositivo, Bedaque ensina que este se reflete tão-somente na relação jurídica de direito material, sendo esta sim quase sempre disponível.

40 CAPPELLETTI, apud MARTINS, op. cit. p. 188.

41 MARTINS, op. cit. p. 189.

42 Neste sentido, v.g., Liebman segundo o qual a iniciativa probatória traz um efeito perverso de favorecer o excessivo envolvimento psicológico do juiz nos conflitos o que lhe comprometeria a imparcialidade. apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p. 52. Pontes de Miranda, por sua vez, afirma que ao se conferir poderes para o juiz determinar a produção de prova testemunhal ou documental significa "quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d. Tomo II apud BEDAQUE, op. cit. p. 10).

43 DINAMARCO, op. cit., p. 52 e 55.

44 Além dos já referidos acrescenta-se MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. II e GRECO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. I apud, BEDAQUE, op. cit., p. 65.

45 THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 476.

Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor através de atos processuais. Não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual. [...]

O Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível. Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela prestada não o é. A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista sua finalidade, o seu objetivo. A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos.⁴⁶

O princípio da disposição dos direitos subjetivos permanece intacto com a inércia da jurisdição. Quando da utilização do direito de ação, o interesse estatal entra em cena com a finalidade de que o conflito seja composto com rapidez e regularidade, tendo sempre em vista os escopos jurisdicionais. O princípio da disposição dos direitos subjetivos não aniquila o do impulso oficial e conseqüente poder instrutório do juiz, ao contrário, eles coexistem.⁴⁷

Outro princípio do processo civil que se infringiria em razão de uma atuação judicial, segundo a doutrina influenciada pelo liberalismo clássico, seria o da igualdade.

O Estado ao proibir a autodefesa tem o dever de garantir à sociedade meios idôneos e eficazes de satisfazer os interesses dos jurisdicionados. Em isso não ocorrendo o senso de revolta e descrédito preponderará sendo, por conseguinte, o fim da jurisdição elidido.⁴⁸

O meio adequado de pacificar é o processo como já visto. O processo, então,

46 BEDAQUE, op. cit., p. 70-71.

47 ALVES, op. cit. p. 13.

48 BEDAQUE, op. cit. p. 73.

não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende chegar ao verdadeiro titular do direito. [...]

Não se pode aceitar que em razão de hipossuficiência de um dos litigantes, se chegue a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria um verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional.⁴⁹

E justamente em razão disso é que o ordenamento, às vezes, concede oportunidades ao magistrado para que, atuando, elida ou diminua as desvantagens de alguma das partes fazendo, ou tentando fazer, com que impere a paridade das armas.⁵⁰

“Por isso é absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias. [...] Em não se considerando possível o ativismo judicial, ficando a mercê das partes, a pacificação, escopo máximo jurisdicional, corre sério risco”⁵¹

Essas atitudes do juiz prezam pela preponderância da igualdade substancial já que a meramente formal não deve, sozinha, reinar.

A igualdade jurídica não elimina a desigualdade econômica e, portanto, não basta a garantia de igualdade formal e negativa. [...] Faz-se necessário o respeito à igualdade substancial na conceituação positiva de isonomia, de maneira que sejam ofertadas a todos pelo Estado iguais oportunidades.⁵²

O princípio da isonomia é que deve orientar o juiz ao desenvolver o processo conferindo aos litigantes o acesso a uma ordem jurídica justa.⁵³

As desigualdades, sejam econômicas ou culturais, devem ser corrigidas pelo juiz (Estado) com a arma que tem em mãos que é o princípio

49 *Ibidem*, p. 73.

50 MOREIRA, *op. cit.*, p. 25.

51 BEDAQUE, *op. cit.*, p. 75-76.

52 MARTINS, *op. cit.*, p. 159.

53 *Ibidem*, p. 154.

da igualdade real.⁵⁴ Este princípio, ainda, é elevado à categoria geral e jurídica do Direito Constitucional Processual e garantia dos direitos subjetivos expressos outorgados na Constituição.⁵⁵

Sábias e oportunas são as palavras de Barbosa Moreira. Diz o processualista: “nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juizes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção.”⁵⁶

Há doutrinador que crer em que havendo essa movimentação judicial, com o fito de equilibrar as partes, violar-se-ia o contraditório.

o contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas a eventual omissão da parte pode decorrer exatamente da inexistência de uma paridade *real*. [...] Hoje pensa-se mais em justiça e menos em técnica.⁵⁷

A última, dentre as principais críticas que se faz quanto ao ativismo, é a concernente à imparcialidade. Um juiz que participa ativamente da instrução probatória é um juiz parcial, diz uma parte da doutrina. Preconiza-se que ao investigar, unilateralmente, o magistrado inclina-se, do ponto de vista psicológico, a crer no direito que tenha sido objeto de sua perquirição.⁵⁸

Bedaque e Barbosa Moreira argumentam no sentido contrário trazendo, aquele, argumentos, embora muito simples, capazes de rechaçar o pensamento levantado.

quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instru-

54 BEDAQUE, *op. cit.*, p. 72.

55 MARTINS, *op. cit.*, p. 158.

56 MOREIRA, *op. cit.*, p. 26.

57 BEDAQUE, *op. cit.*, p. 78.

58 *Ibidem*, p. 78-79 e MOREIRA, *op. cit.*, p. 25.

tório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente.⁵⁹

Segue, ademais, questionando se parcial não seria o juiz que sabendo de alguma prova esclarecedora deixasse de produzi-la. O juiz deve é prezar pela verdade prolatando uma sentença favorável a quem realmente seja detentor do direito material. Agindo assim a magistratura, de modo algum, estará comprometendo sua imparcialidade. Demonstra, ao contrário, estar a favor dos fins sociais da jurisdição. A ótica do processo publicista, hoje inegável, reclama do juiz um comprometimento com os fins maiores.^{60*}

José de Moura Rocha perfilha o mesmo entendimento aqui esposto quando afirma que “entre os fins do Estado encontra-se o de, através do processo, alcançar a justiça. Assim, o juiz não estará protegendo ninguém, pelo contrário, armando-se para melhor alcançar a sua função específica, a de prestar justiça.”⁶¹

Juiz parcial não é juiz atuante, como costumeiramente se pensa. Parcial é o que “aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos.”⁶²

Professa, Dinamarco, que:

a experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas probatórias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*.⁶³

59 BEDAQUE, op. cit., p. 80.

60 Ibidem, p. 80-81.

61 ROCHA, op. cit., p. 211.

62 BEDAQUE, op. cit., p. 82-83.

63 DINAMARCO, op. cit., p. 54.

3.2 Direito estrangeiro e a construção da jurisprudência pátria

Esse ativismo ao qual se fez referência não se delimita, obviamente, geograficamente ao Brasil. A tendência da publicização do processo já vem de algum tempo e nasceu na Europa com, sobretudo, a imensa colaboração de Oscar Von Bülow. Há, em verdade, uma irradiação, a nível mundial, desse entendimento do Velho Continente. Portanto dignos de notas são alguns esclarecimentos acerca do direito comparado.

A doutrina e grande parte dos diplomas legais na Europa posicionam-se no mesmo sentido no que tange ao ativismo judicial no segmento da instrução probatória.

A implementação efetivamente legal da publicização do processo consubstanciou-se em razão, como já dito, do momento histórico vivenciado na Europa. No século XIX, quando o capitalismo já havia corroído quase toda aquela proximidade econômica das classes sociais, é que surge o Estado Social de Direito. O processo, como instrumento para o bem estar social, advém, precisamente, da ZPO em 1895. Este revolucionário estatuto processual civil austríaco, diga-se de passagem, traduz as idéias de Franz Klein, e teve como base fundamental a intenção duma norma para a proteção simultânea dos bens jurídicos individuais e dos interesses comunitários de ordem pública.

Este foi o primeiro passo rumo à visão não mais endoprocessual, mas exógena do ponto de vista das partes, isto é, não mais são detentoras do processo as partes mas o Estado e, por conseguinte, todo o corpo social.

Daí em diante um sistema de irradiação passou a imperar na Europa e atualmente existem vários diplomas com essa marca arraigada. Dentre eles estão a ZPO alemã, o código de processo civil português, código de processo civil francês e o código de processo federal da Suíça. Essa mútua atividade com vistas à verdade real é encampada no “ins-

tituto-princípio da cooperação intersubjetiva na sua face – cooperação dos juízes e tribunais (em alguns países a primeira instância pode não ser monocrática) com as partes.”⁶⁴

É, então, de certa valia tecer-se sucintas considerações acerca de alguns institutos dos referidos sistemas processuais, os quais se coadunam com a tese ora defendida do ativismo do magistrado.

O direito alemão possibilita o recurso, mesmo não tendo sido interposto pela parte desfavorecida com a decisão, com a finalidade de esclarecimento de posições, de fato ou de direito, das partes. É a situação na qual deveria o perdedor interpor recurso entretanto não o faz. Casos, enfim, em que fosse aconselhável. “O juiz tem o dever de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação ou as provas necessárias à solução do litígio.”⁶⁵

Todavia a jurisprudência alemã tem se posicionado de modo resistente no que tange a uma atividade persecutória judicial sob a alegação de que comprometeria a imparcialidade do juiz em sendo atuante. Tal posicionamento não pode imperar como já se demonstrou. Há críticas da doutrina daquele país quanto a essa postura adotada por aqueles tribunais.

O dever de esclarecimento do tribunal se acompanha logicamente de um direito – e dever – de questionamento decorrente da necessidade de clarificar os fatos a fim de alcançar uma solução concreta do litígio. Esse dever não contraria o princípio dispositivo. O tribunal não pode por ele mesmo introduzir fatos e provas novos, mas tem o direito de solicitar às partes que complementem informações ou provas a partir dos fatos alegados por elas.⁶⁶

Esse direito do tribunal encontra-se estampado no § 139, I da ZPO (*Zivilprozessordnung*) alemã.⁶⁷

64 GOUVEIA, op. cit. p. 187.

65 Ibidem, p. 188-189.

66 FERRAZ, apud GOUVEIA, op. cit., p. 189-190.

67 GOUVEIA, op. cit., p. 190.

Acrescente-se, também, a crítica de K. G. Deubner endereçada ao judiciário da Alemanha ao afirmar que “parece porém que o princípio contido no § 139 ZPO seja bastante freqüentemente ignorado na prática dos tribunais e que os juízes reduzam freqüentemente sua importância a algumas perguntas aos advogados das partes”⁶⁸

Assim como no direito processual alemão, no português estabelece-se um “poder-dever ou dever funcional do Tribunal de colaborar com as partes.”⁶⁹ Este poder-dever ou dever exterioriza-se por quatro facetas, são elas: o dever de esclarecimento, de prevenção, de consultar as partes e o de auxiliar as partes.⁷⁰

O primeiro consiste no dever do tribunal de se esclarecer, no que tange as suas dúvidas acerca das teses das respectivas partes, e tem a finalidade de evitar que a decisão seja embasada em inverdade ou careça de informações. No Brasil existe sob a forma da oitiva das partes pelo magistrado (art. 340, I e 342 do código de processo civil); o dever de prevenção é o dever do tribunal de prevenir as partes de falhas nas alegações de suas respectivas teses. Consubstancia-se na ordem de emenda dos articulados. Em nosso código de processo está estampado no art. 284; o dever de consultar as partes, inexistente no direito pátrio, consiste no dever do tribunal dar oportunidades às partes a se pronunciarem quando for conhecer de matéria, de fato ou direito, sobre a qual a elas não tenha sido permitido falar. É, por fim, o dever de auxiliar as partes. O órgão jurisdicional tem o dever de facilitar o exercício das partes exercitarem seus direitos ou faculdades quando do cumprimento de ônus ou deveres processuais. Têm o direito de serem auxiliadas, as partes. A título de exemplo no direito nacional tem-se o mando de exibição de coisa (art. 355 e 360). Outro caso é o da inspeção judicial (art.440).⁷¹

68 DEUBNER apud GOUVEIA, op. cit., p. 190.

69 GOUVEIA, op. cit., p. 191.

70 SOUSA, apud GOUVEIA, op. cit., p. 191.

71 GOUVEIA, op. cit. p. 191-204.

A mesma linha de juízo seguem a Suíça e a França. Naquele país o código de processo civil federal, no artigo 37, 2ª parte autoriza o juiz a “ordenar provas que as partes não tenham proposto.” A França, por seu turno, abre a possibilidade do juiz “ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis”. Tal disposição encontra-se estampada no artigo 10 do Código de Processo Civil Francês.⁷²

No Brasil inobstante haja uma corrente doutrinária contrária, da qual faz parte Pontes de Miranda⁷³, v.g., a maioria tende a possibilitar amplos poderes da iniciativa probatória ao juiz.

A nossa jurisprudência vem assentando o entendimento da possibilidade.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...] 2. “A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo”⁷⁴.

Outra decisão do STJ, na mesma esteira, é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PERÍCIA MÉDICA. DETERMINAÇÃO *EX OFFICIO* PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Em se tratando de ação para concessão de benefício acidentário, é possível ao juiz determinar *ex officio* a realização da perícia médica, tendo

72 MOREIRA, op. cit., p. 54.

73 MIRANDA, Pontes de. Comentários, p. 514) apud BEDAQUE, op. cit., p. 10.

74 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. REsp 62931. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 mar. 2008.

em vista sua importância para a solução da lide, ainda que o segurado, motivado pelo deferimento do benefício no âmbito administrativo, tenha requerido o julgamento conforme o estado do processo, por entender desnecessária a prova técnica⁷⁵.

Há, outras mais, ainda, recentes no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTA INDENIZAÇÃO. PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. De acordo com os arts. 130 e 131 do CPC, o magistrado deve assegurar a produção das provas que considera necessárias à instrução do processo, de ofício ou a requerimento das partes, bem como apreciá-las livremente para a formação de seu convencimento.

2. O juiz pode determinar *ex officio* a realização da perícia técnica com vista à apuração da justa indenização constitucionalmente garantida. [...] ⁷⁶

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL *EX OFFICIO* PELO TRIBUNAL A QUO. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o juiz tem a prerrogativa de determinar a produção de provas que reputar necessárias ao deslinde da causa, a qual poderá ser utilizada em qualquer fase do processo. [...] ⁷⁷

75 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. Félix Fischer. REsp 285872. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 abr. 2001.

76 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Rel. min. Ministro HERMAN BENJAMIN, AgRg no REsp 993680. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2009.

77 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, REsp 783202. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 mar. 2009.

Essa tendência, há de se ressaltar, ainda é relativamente recente porém crescente entre nossos tribunais. O que se espera é que se alastre sim, uma vez que o ativismo consiste numa forma de se alcançar os objetivos precípuos da jurisdição. Um bom julgamento é aquele cujo esteio seja a verdade real. Só assim tem-se um processo justo.

O ativismo judicial é uma realidade emergente, que começa a surgir e se sedimentar, primeiramente na doutrina apenas, todavia já foi de alguma forma tratada em precedentes judiciais. A significação em formação para a comunidade jurídica nacional.⁷⁸

É, como se pôde inferir, uma tendência da processualística contemporânea as alterações legislativas e jurisprudenciais dando um poder maior ao órgão julgador para que haja uma maior qualidade na sua tarefa. Porém há vezes em que não há, literalmente, na lei esses permissivos. Nesses casos a jurisprudência, baseada no espírito que se alastra por muitos países, abre a porta. E é nessa linha que Dinamarco leciona:

o juiz deve, em todos os casos, interpretar a lei precisamente pelo modo que conduza à conclusão mais justa para o problema colocado perante sua jurisdição [...]

Com esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados.⁷⁹

O ordenamento jurídico é composto de condutas, lícitas ou não, que devem ser obedecidas por todos e que, pelo menos em tese, são frutos da convivência social. São comandos lastreados em juízos de valores oriundos dos costumes de determinada sociedade. Uma das falhas reside no fato das transformações sociais consubstanciarem-se com muito

78 RIBEIRO, op. cit., p. 99.

79 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16.

mais velocidade que as normativas, acarretando uma cristalização de valores que muitas vezes não mais se prestam para representar aquela sociedade.

Além disso há o fator da falibilidade humana. Quem faz as leis são os homens e impossível seria que o legislador tivesse a capacidade de antever todas as possibilidades do mundo fático. E em virtude da superior riqueza da vida em detrimento da imaginação dos homens surgem situações inusitadas.

Temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar de textos.⁸⁰

O que, resumidamente, deve preponderar é a igualdade substancial por meio de uma participação ativa do juiz, vislumbrando-se a Justiça. Infelizmente traços são, ainda, carregados do Estado Liberal de onde irradiou a visão positivista segundo a qual o ordenamento é perfeito e acabado. No estágio atual em que vivemos (Estado Social de Direito) as vistas do processo devem ser voltadas, sobretudo, para o fim e não para os meios.

80 *Ibidem*, p. 21.

Conclusão

É de fácil observação que a realidade clama por um maior desapego aos meios e proximidade dos fins no que diz respeito ao processo.

E em sendo assim pôde-se inferir que tanto a doutrina – mais precocemente, como de costume – como também a jurisprudência e até mesmo os diplomas legais têm reconhecido a relevância e concedido ao magistrado maiores poderes instrutórios para que melhor desempenhe seu mister.

A verdade formal – marca inseparável do Estado Liberal Clássico – vem dando lugar à material, na contemporaneidade, com a conseqüente efetividade da prestação jurisdicional. Afinal, lógica é a dedução: quanto mais se aproxime da verdade (ou quase-verdade), mais qualidade subsistirá nas decisões judiciais. São grandezas diretamente proporcionais. Ademais, por derradeiro, maior será a pacificação social. É o efeito dominó referido no intróito do presente artigo, sendo que em sua versão invertida.

A processualística moderna, como se demonstrou ao longo deste trabalho, vem galgando gradualmente mais espaço (adeptos) no sentido da publicização do processo. Com o surgimento dessa novel tendência, restou-se evidenciada a reação em cadeia entre a concessão de maiores poderes para a magistratura quando da instrução processual, repercutindo em provimentos jurisdicionais mais acertados, seguidos duma maior efetividade do processo, e, por fim, maior paz e Bem-Estar social (escopo magno da jurisdição).

One of the contemporary process's new trends, the judicial activism under the focus of the power of collecting

Abstract

This article focus on the study of a almost new paradigm: the expansion of the magistrate's power to collect evidences to the cases. It's goal is to spread the idea, no only of this possibility, but about it as a necessity and eradicate the limited conception of the law suit, born from the Classic Liberal State. It was necessary, to produce this work, the reading and searching about the subject upon wich the author merged into. It's important to emphasized that, with the aim to demonstrate the still shy, but growing exponentially like, acceptance of the thesis, now defended, a jurisprudential research

was made. The article is divided in: 1) General conceptions about the contemporary instrumental process; 2) The urgent need for a substantial equality in the process; 3) The judge's powers to collect evidences. So, in conclusion, in the sense that a large plexus of investigative powers given to magistrates does not hurt the process's principles, on the contrary, it becomes a fair and effective way of judgement, generating a social pacification.

Key-words: Lawsuit. Contemporary Process. Evidence. Power of Collecting.

Referências

- ALVES, Jones Figueiredo. **Do Poder "Ex Officio" no Processo Civil**. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, Escola Superior da Magistratura, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, REsp 62931. **Diário da Justiça**, Brasília, 28 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, REsp 285872. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, rel. min. Ministro Herman Benjamin, AgRg no REsp 993680. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, REsp 783202. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 mar. 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvim, 2007. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 3 v.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta transformação das estruturas do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O Ativismo judicial como garantia da paridade das armas no Processo Civil. In: SEVERO NETO, Manoel (Org.). **Direito, Cidadania & Processo**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 2006. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2 v.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo Judicial**: o papel da jurisdição num paradigma constitucionalmente adequado. 2008. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

ROCHA, José de Moura. **Estudos Sobre processo civil**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1982. 2. v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v.

Referência deste artigo

SENA, Bruno de Araújo. O ativismo judicial sob o enfoque da instrução probatória, uma das novas tendências do processo contemporâneo. **Revista do ESMape**. Recife, v. 14, n. 29, p. 57-86, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 03 set. 2009. Aprovado em: 27 nov. 2009.

Una análisis comparativa del *habeas corpus* en los ordenamientos constitucionales brasileño y español

Bruno Freire Pimentel

Professor universitário. Doutorando pela
Universidade de Castilla La Mancha – UCLM

Resumo

Este artículo tiene por objeto investigar el origen y el funcionamiento de *habeas corpus* en las órdenes constitucionales de Brasil y España, poniendo de relieve las similitudes y las diferencias en la doctrina y la jurisprudencia.

Palavras-chave: Habeas corpus.

Introducción

Este artículo trata de mostrar como nació y se desarrolló el procedimiento jurídico del *habeas corpus* y aún su previsión, desde su previsibilidad en el derecho romano antiguo y su evaluación en los ordenamientos jurídicos de Europa Occidental y de Brasil, del punto de vista del derecho fundamental de los ciudadanos, con una análisis amplia de las fuentes del derecho, en términos: de la doctrina, legislación y jurisprudencia actuales.

El núcleo de la investigación consiste en que, además de demostrar como funciona el sobredicho Instituto, mostraremos también, como un trabajo de derecho comparado, las características y fases del *habeas corpus*, de acuerdo con las normas constitucionales y infra-constitucionales brasileña y española, demostrando así sus similitudes y diferencias, con los posicionamientos de los doctrinadores, legisladores y juzgadores del derecho, de los dos países.

Además, hablaremos también como fue desarrollado ese principio tan importante, a partir, del sistema jurídico de *Common Law*, cuando da promulgación del "Habeas Corpus Amendment Act" (Ley de Enmienda del Habeas Corpus), en el derecho inglés.

Nuestro trabajo, por tanto, demostrará cuan importante es la necesidad de existir ese *ius* constitucional, como instrumento garantizador de la libertad personal del ser humano, una vez puesto en riesgo la libertad: de **locomoción**, de **ir** y **venir**, de las personas naturales.

La metodología utilizada consiste en la investigación teórica e histórica, con el estudio de libros especializados y consultas a páginas electrónicas.

iii Este es el objeto central de nuestra búsqueda!!!

1 La previsión de la libertad personal y sus límites

Antes de hablar sobre el instituto jurídico del *habeas corpus*, vamos analizar un poco a libertad personal de una manera bien general y amplia.

1.1 La libertad como un derecho fundamental intrínseco

En principio, fue en virtud del entendimiento del hombre como receptor ideal de los derechos fundamentales se mostrar insuficiente, a

lo largo de la historia, que el contenido de esos derechos se amplió. Hoy en día, los derechos fundamentales, principios necesarios en casi todas las constituciones del mundo, que abarca tanto los derechos inicialmente considerados como tales, ahora derechos individuales, como toda una nueva serie de prerrogativas y garantías que buscan asegurar el pleno ejercicio de la ciudadanía, entendida esta en su concepto más amplio. (ADÃO, 1999).

Otro punto importante en el ámbito de los derechos individuales es que era y sigue siendo para siempre el *derecho de libertad*. Las teorías que se prestan a presentar el contenido filosófico de la libertad son numerosas. Surge, este derecho individual, principalmente como una forma de liberar el hombre de las ataduras del Estado absolutista. Las entidades ya no pueden ser restringidas por el Estado de manera deliberada y absoluta. (ADÃO, 1999)

Por eso, creemos ser la libertad, así como la vida, un derecho fundamental que nunca, jamás y en tiempo ningún, podrá ser violado o vilipendiado por terceros (particulares) o por el propio Estado, excepto en los casos de cometimiento de delito, según los dispositivos legales, constitucionales.

1.2 Las diversas limitaciones de la libertad

El origen de la mayor parte de los problemas vinculados al estudio de las medidas limitativas de la libertad se encuentra en que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han usado los términos de detención, retención, privación y restricción de libertad indistintamente, sin precisar ni su alcance ni su sentido, como por ejemplo la restricción, retención, privación, detención de libertad y aún la detención privativa. (BANACLOCHE, 1996)

Primeramente, las Cortes Máximas del Poder Judicial español han utilizado el término "restricciones de libertad" haciendo alusión a

situaciones de limitación de la libertad, de carácter leve o poco intenso, que se practican con objeto de llevar a cabo determinadas averiguaciones vinculadas no a un posible proceso penal, sino a la función preventivo-policia y de mantenimiento de la seguridad ciudadana que la Constitución encomienda a las autoridades gubernativas (art. 104.1 CE) y también en los casos de "inmovilizaciones", como se ve en las Sentencias del Tribunal Constitucional. (BANACLOCHE,1996)

La segunda medida sería la retención, que nada más es que una "situación material de imposibilidad de determinar libremente su movimiento a que se ve sometido un sujeto durante el tiempo que dura una medida restrictiva de libertad que se está desarrollando en relación a su persona.", según el entendimiento del Profesor Banacloche Palao. Entonces, llegamos a conclusión que la retención sólo se diferenciaría de la detención por cuestiones del objetivo a los cuales se pretende atingir, como entendió el Tribunal Constitucional ser una situación puramente fáctica, véase en su sentencia proferida (STC 98/86).

Ya en el caso de la privación de libertad, podemos hablar que serían situaciones en que la libertad personal de una persona limitase de forma gravosa o, alternativamente, intensa, una vez que hay una vinculación a un futuro o ya instaurado proceso de naturaleza criminal, se relacionando a otro *facto* otrora previsto por la ley.

El Tribunal Constitucional español se posicionó en la STC 98/1986, de 10 de julio, tenido determinado que la detención no es una decisión que se adopta por un órgano administrativo o judicial en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica que tiene lugar siempre que a una persona se le impida realiza una conducta exterior que se lo imposibilita. Tale situación podemos aseverar que se realiza por la previa adopción de una medida privativa de libertad, de forma que nadie puede estar privado de libertad si no ha sido primeramente detenido, tampoco no cabiendo hablar de detención sino en los supuestos en los que se pretende dar cumplimiento a una medida privativa de libertad. Además, aun comentando acerca de las detenciones existen también,

en el ordenamiento jurídico hispánico, las llamadas "detenciones preventivas", en esos casos hay una vinculación a un caso concreto de privación de libertad, o sea, una persona es detenida y después se le ha impuesto un hecho delictivo por las autoridades policiales, eso se da sin cualquier mandado judicial previamente establecido, poniendo tal detenido a disposición del Poder Judicial. (BANACLOCHE,1996)

2 Formación histórica del *habeas corpus*

Haremos ahora algunas consideraciones acerca del principio del *habeas corpus*, sobre el punto de vista de su nacimiento muy lejos en la Roma Antigua y como se fue desarrollándose el citado instituto jurídico en Europa y algunos otros países; bien como, su grado de desarrollo que atingió en el derecho inglés, español y en el derecho de Brasil. ¡Cómo veremos luego abajo!

2.1 Una visión general del *habeas corpus* al largo del tiempo

Diferentemente de algunos autores, se deriva el instituto del *habeas corpus* del Derecho Romano Antigo, donde, en aquella época, todo ciudadano podría ya reclamar la *exhibición* de lo hombre libre, que era detenido ilegalmente, a través de una acción privilegiada, que se llamava *interdictum de libero homine exhibendo*. En verdad, sin embargo, entre los romanos, apuntábase *actio ad exhibendum* contra lo particular que *retenía* indebidamente el hombre libre. Y allí, se registra en el fragmento del Digesto (que sería una evaluación del *Corpus Juris Civilis*, del emperador Justiniano): "*Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit: sed si nom defendatur, in bona ejus erundum ait.*"

Por otro lado, registran, en general, su institución en Inglaterra, en virtud de la ley que da a cualquier vasallo Inglés de ser puesto en

libertad bajo fianza, cuando contra él se decreta la prisión (Silva, 2004). Allí, de hecho, la medida obtuvo su aplicación efectiva, tan pronto enumerada en la Carta Magna, concedida en 1215 por el rey Juan Sin Tierra. Además, la mayoría de la doctrina entiende también, que esa institución del proceso de *habeas corpus* (que tengas el cuerpo o andes con el cuerpo); locución compuesta del verbo latino *habeat*, de habeo (tener, tomar, andar con) y *corpus*, tiene su origen, verdaderamente, en el "*writ de habeas corpus*" inglés, como una manifestación de derecho de la costumbre en el common law inglés, aseverando que su codificación solamente aparecería en el Habeas Corpus Act de 1679 (Rebato Peño, 2006), también llamado de "Habeas Corpus Amendment Act", el cual se promulgara como "Statute" (ley escrita) para casos penales bajo la inspiración ideológica del republicano Shattersbury, como reacción frente a los abusos del absolutismo monárquico y de la nobleza y con el evidente fin, junto con otras "Acts", de preservar los principios de la Revolución de 1640 y lograr la consolidación efectiva de la soberanía popular residenciada en el Parlamento. (LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, 1992)

Otra cosa importante, en relación al *habeas corpus* inglés, es que los Tribunales a los cuales detenían competencia para juzgarlos en la jurisdicción del derecho común (*common law*, conceptuándose sería: las decisiones de las jurisdicciones reales creadas en Inglaterra en el siglo XII) (Gilisen, 1995) eran el "Courts of Queen's Bench", el "Chancery and Common Pleas" y para los aforados y personales privilegiadas el "Court of Exchequer". Hoy en día la sobre dicha competencia para juzgar está entregue al "High Court of Justice" (Tribunal Superior de Justicia) y es ejercido por intermedio de la "Divisional Court of The Queen's Bench Division" y por Magistrados del "High Court of Justice" de conformidad con los "rules of court" (Reglamento de la Corte). (LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, 1992)

En continuación, el desarrollo de la institución en otros países fuera inexorablemente conseguidos por los ingleses, puesto que los principios fundamentales garantizadores de la libertad personal de

los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los Poderes Públicos, son considerados como meritos de aquellos, donde se ve muy fácilmente con la institución del "Habeas Corpus" y el Bill of Rights de 1688, se hacen igualmente presentes en la Declaración de Derechos del Congreso de Filadelfia de 1774 y poco más tarde son enunciados nuevamente por la Asamblea Legislativa Francesa de 1789, encontrándose también plasmados en forma muy similar por las Cartas Fundamentales de casi todas las Monarquías Constitucionales surgidas después del Congreso de Viena de 1815 y del Segundo Tratado de París del propio año, así como en las Constituciones de las Repúblicas surgidas de los posteriores movimientos revolucionarios e independentistas en América y en Europa. (LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, 1992)

Es, además, de gran relevancia destacar que a partir de Inglaterra el dicho *writ* – que eran acciones judiciales, por medio de ordenes del rey, desarrollado en el siglo XIII – (Gilissen, 1995) – constitucional protector de la libertad, que en su principio solamente era aplicado en casos de detenciones por personas públicas (en su labor efectivo), no se aplicando a detenciones de personas comunes, llegó, incluso, a todas las colonias, colonizadas por los ingleses y a toda América, o sea, en principio, en las 13 colonias pertenecientes a Inglaterra, y después en todo los EE.UU., y aun en la Constitución estadounidense de 1787, de manera escrita (Rebato Peño, 2006); en Canadá, también, con excepción de la Provincia de Québec, cuya base de su derecho era de origen francesa. (GILISSEN, 1995)

De ese modo, el hablado *habeas corpus* de Inglaterra, "sería aquel proceso legal empleado para la sumaria reivindicación del derecho a la libertad personal cuando está ilegalmente restringida. Su nombre proviene de las palabras en las que se contiene cuando era escrito en latín. No obstante existían distintos mandamientos, aunque estos se diferenciaban los unos de los otros por los términos a través de los cuales se ponía de relieve el propósito particular para el que eran utilizados; *ad respondendum*; *ad faciendum et recipiendum*; *ad prosequendum*; *ad satisfaciendum*; *ad testificandum*; *ad subjiendum et recipiendum*. Sólo el último de estos era el

utilizado para procurar la liberación de un confinamiento ilegal. Estaba dirigido a la persona que estaba deteniendo a otra y le ordenaba que pusiese en su presencia a la persona detenido o al prisionero.” (REBATO PEÑO, 2006, p. 244)

2.2 El *habeas corpus* en Brasil en los siglos XIX y XX

Fue a partir del sobredicho modelo inglés que el *habeas corpus* se insertó en la legislación brasileña definitivamente en 1832, en el Código de Procedimiento Penal, desde el apoyo jurídico que ofreció la Constitución del Imperio, de 1824, y el Código Penal de 1830. Brasil, en menos de diez años de vida legislativa autónoma, procuró una importar diversos institutos de origen liberal, con voluntad de acercarse a los logros liberales de Inglaterra y Francia. Sin embargo, el mayor problema fue para imponer estas medidas en una estructura que ni de lejos se aproximaba con la reconocida en estos lugares, adoptando, tal instituto, a los ideales democrático-liberal en la estructura jurídico-política del período imperial, pos-independencia de Portugal. (OVINSKI DE CAMARGO, 2004)

Como vimos en los párrafos anteriores, el origen del *habeas corpus* se apoya en el derecho romano y después en el derecho inglés y el significado de sus palabras es “tener el cuerpo” o “mostrar el cuerpo” o “presente la persona”. En las tres primeras décadas del siglo XX surgió la llamada doctrina del HC de Brasil, una construcción de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal-STF, a partir de una lectura ampliativa del dispuesto en el párrafo 22, del artículo 72 de la Constitución de 1891 (primer constitución republicana brasileña), que declaró en su redacción original, prescribía: “Se dará el *habeas corpus* cuando la persona sufrir o se sentir en peligro inminente de sufrir violencia, o coacción, por ilegalidad o abuso de poder”. (ADÃO, 1999)

A la luz de esa declaración, el STF, a partir del trabajo abocaticio que hizo Ruy Barbosa y del poder judicial del Ministro Pedro Lessa,

pasó a otorgar las órdenes de *habeas corpus* no sólo en los casos de libertad de locomoción, pero adelante de la afrenta a las libertades de cualesquiera personas. Esa doctrina fue predominante en Brasil entre los años 1909 a 1926. En ese último año pasado la Constitución de 1891 fue modificada en el aludido párrafo 22, del artículo 72 que pasó a tener la siguiente redacción: “Se dará el *habeas corpus* cuando alguien sufrir o se sentir en peligro inminente de sufrir violencia, por medio de prisión o sufrimiento ilegal en su libertad de locomoción”. A partir de allí para aquí, la el HC, como es llamado en Brasil, ha sido diseñado para proteger la libertad de locomoción. Los otros derechos previamente protegidos por el HC, recibieron un nuevo “remedio o *writ*” judicial: la orden de la seguridad. (ADÃO, 1999)

2.3 El derecho español y el *habeas corpus* en los siglos XV y XVI

En principio, el instituto del *habeas corpus* empezó con la introducción en el Reino de Aragón de un procedimiento más o menos igual al *writ* inglés, que tenía la denominación de “Manifestación de Personas ante el Justicia Mayor de Aragón”, eso en los años de 1428-1592. Podría ser entendido como una orden, la Manifestación, donde el Poder Judicial Mayor de Aragón, imponía que se trajera a su presencia a los detenidos ilegalmente, sobre todo con el fin de evitar la violencia física, alojándolos en lo que se llamaba “Casa de los Manifestados”, con mucha similitud, según el Profesor Gimeno Sendra, al que llamamos hoy de libertad condicional. (REBATO PEÑO, 2006)

Esta dicha “manifestación”, también es tratada por el Catedrático López Muñoz y Larraz, en su libro “El Auténtico *habeas corpus*”, cuando habla que, *ipsis litteris*: “Son dos, fundamentalmente, las figuras jurídicas españolas que guardan semejanzas, en su proyección histórica, con el instituto del ‘Habeas Corpus’: En primer lugar, la denominada por algunos autores ‘Manifestación de personas’ del Derecho Aragonés;

y en segundo lugar, aunque con un carácter menos específico y expreso, el Fuero de Vizcaya [...] Por consiguiente, el mismo Profesor complementa, *ipsis verbis*: "La figura de la "Manifestación" ha sido estudiada contemporáneamente con gran dedicación y vehemente apasionamiento por Fiaren Guillén al punto de intentar por todos los medios a su alcance, con "fallido resultado" como él mismo reconoce explícitamente, la resurrección de la "Manifestación" en nuestra Constitución o, cuando menos, disfrazar al 'Habeas Corpus' con la denominación de 'Manifestación' en línea con la enmienda número 18 del grupo de Progresistas y Socialistas Independientes ante el Senado, argumentando que 'la expresión' 'Habeas Corpus' que figura en el n.º 4 del art. 16 del proyecto del Congreso no está consagrada por la tradición jurídica española." (LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, 1992)

3 Una análisis comparativa del *habeas corpus*

3.1 Aspectos generales

Primeramente, del punto de vista conceptual, la doctrina enseña en el Brasil que el *habeas corpus*, es un instituto jurídico que tiene el propósito primero de proteger la *libertad de locomoción* o el derecho de *camionar con el cuerpo*. Y, por lo tanto, para garantizar a la persona frente a toda violencia o coacción ilegal en su libertad para *ir, venir, moverse hacia arriba, abajo, permanecer, quedarse, entrar y salir*, que tiene fundamento el derecho de locomoción al cual le atribuye: *jus manendi, Ambulandi, eundi ultra citroque*. (E SILVA, 2004)

A pesar del *habeas corpus* tener sido antes el remedio para los diversos tipos de violencias y coacciones ilegales contra la persona, en esta época se dice, simplemente, para defender la libertad de locomoción, cuando no se opone a la privación de libertad, como medida de punición disciplinaria o para el cumplimiento de una sanción penal. (E SILVA, 2004)

O sea, interpretando lo que ha dicho el Profesor brasileño Alexandre de Moraes, el *habeas corpus* es un tipo de acción penal popular constitucional, una vez que provoca el Poder Judicial para resolver un conflicto entre la persona que tiene su libertad de locomoción amenazada o violada y el agente u órgano constringedor que causó tal violación. La situación establece un delito, entonces el carácter de naturaleza criminal. Nada, sin embargo, el HC se asienta en el texto constitucional. Esto es lo que se ve como el remedio o *remédium* constitucional. Como puede ser promovido o impetrado por cualquiera de las personas comunes, este es el carácter popular de la acción.

El objetivo del HC es el acto del agente o órgano estatal o que actúa con la atribución pública constringedora, en relación a la libertad de locomoción de la persona. Es el acto inviabilizador del derecho de ir, venir y quedar sin haber constringimiento ilegales o abusivos. Es el derecho de acceso, entrada, salida, estancia y desplazamiento dentro del territorio nacional (MORAES, 2005, p. 112).

Ya analizando en el derecho español, "tal dispositivo legal es como un mecanismo de protección que el constituyente previó para el derecho de libertad personal principalmente, y que de manera complementaria sirve también para salvaguardar otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física o psíquica del detenido, ya que este procedimiento puede hacer cesar cualquier trato contrario a su dignidad o integridad física que pueda estar sufriendo." (REBATO PEÑO, 2006)

3.2 El *habeas corpus* en los ordenamientos jurídicos: brasileño y español

Estaremos estudiando en sucesivo, el instituto del *habeas corpus* en la óptica comparativa de los doctrinadores y legisladores de Brasil y España, en principio, podemos afirmar que el dicho procedimiento tenía una doble naturaleza, siendo: la del *habeas corpus* como derecho subjetivo público constitucional y como procedimiento penal especial (Gimeno

Sendra, 1985), como bien afirma el Profesor Gimeno Sendra. Tanto en el derecho brasileño cuanto en el derecho español, el *habeas corpus* tiene una dupla actuación en los dos ordenamientos, o sea, podemos encontrarlo en el derecho constitucional y en el derecho procesal penal en los dos países, como se vendrá en continuación.

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, tiene su supremacía normativa jurídica garantizada por dos modelos de control de constitucionalidad: el concentrado ante el Supremo Tribunal Federal – STF y el difuso ante cualquier órgano judicial infra-constitucional. (ADÃO, 1999)

En el control concentrado, la demanda judicial de defensa de la supremacía normativa de la Constitución es directamente propuesta al STF, ya que este es el único órgano judicial competente para conocer y decidir la mencionada acción. En el control concentrado, la acción propuesta se dirige a atacar una norma judicial que, en teoría o abstractamente, está en contradicción con un principio constitucional. (ADÃO, 1999)

En estos casos, no hay un caso concreto, una situación en la cual haya intereses subjetivos en conflicto. Hay, simplemente, una norma jurídica en vigor que desafía la supremacía normativa del texto constitucional. Hay un conflicto de jerarquía normativa que debe resolverse. Los intereses subjetivos son indirectos. El interés directo es la defensa de la supremacía de la Constitución. (ADÃO, 1999)

Dadas estas premisas, el texto constitucional señala directamente una lista de acciones abstractas y concretas. Debemos tener en cuenta que el las acciones abstractas y concentradas de defensa de la supremacía normativa de la Constitución Federal sólo pueden ser propuestas originalmente al STF, mientras que las concretas pueden ser demandadas en cualquier órgano judicial, de acuerdo con la competencia de ese órgano. (ADÃO, 1999)

Son consideradas acciones constitucionales concentradas abstractas: la Acción Directa de Inconstitucionalidad, Acción Declaratoria de

Constitucionalidad y la Argüición de Descumplimento (sin traducción para el castellano) de Precepto Fundamental. (ADÃO, 1999)

Ya en el control difuso hay un caso concreto, hay intereses jurídicos inter subjetivos que buscan el refugio de la norma constitucional. En tales circunstancias, no existe un conflicto en vista de una norma jurídica en confrontación con la norma constitucional, sino una situación concreta – y no abstracta o hipotética – de la vida en que debido a una norma jurídica es una violación de la supremacía de la orden constitucional. (ADÃO, 1999)

En nuestra opinión, son acciones constitucionales concretas, también conocidas como “remedios o *writs* constitucionales”: el *Habeas Corpus*, el *Habeas Data*, el Mandado de Seguridad, el Mandado de Injunção (sin traducción para el español) y la Acción Popular. Esto se debe a que tales acciones pueden ser ajuizadas por persona o por un ciudadano o un grupo de personas, incluyendo el cumplimiento con las asociaciones o colegios profesionales. (ADÃO, 1999)

Por otro lado, analizando el procedimiento del *habeas corpus* a la luz del derecho español, podemos aseverar que la Constitución Española cierra el artículo que dedica al derecho a la libertad personal, contemplando un procedimiento denominado de *habeas corpus* que tiene como principal y exclusiva finalidad “*la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*”, y que será regulado mediante ley tal y como manifiesta el artículo 17.4º CE. (REBATO PEÑO, 2006, p. 243)

Con mucha propiedad en sus consideraciones el Profesor Gimeno Sendra, completa cuando ha dicho que tal dispositivo constitucional, “*se nos manifiesta como un derecho subjetivo, público, cívico y activo, perteneciente a esa categoría, acuñada por la doctrina administrativista, de los derechos subjetivos reaccionales (García de Enterría)*”, vinculando, además, a los derechos considerados como fundamentales, una vez que eston previstos en el artículo 24.1.º de la Constitución Española. (GIMENO SENDRA, 1985, p. 44-45)

En continuación, el catedrático considera que el derecho de *habeas corpus* “*podría afirmarse que constituye la primera manifestación del derecho de*

defensa, realizada por el detenido, en la instrucción. Pero la posibilidad que el Juez tiene, también por vez primera, de conocer, a través del referido procedimiento, de la imputación sobre el detenido existente, unida a su similitud con otra institución, que vamos a examinar a continuación, aconsejan que, en primer lugar, examinemos las relaciones del *habeas corpus* con los actos de investigación, para pasar a encuadrarlo con los de defensa”.

Volviendo, a hablar en la naturaleza doble del *habeas corpus* el derecho brasileño así considera tal argumentación. En principio, la Constitución Federal considera que el derecho al *habeas corpus* está garantizado, cuando se analiza en contenido del inciso (sin traducción para el castellano) LXVIII, del art. 5º, pudiendo ser *preventivo* o *suspensivo*. Medidas preventivas, cuando se trata de prevenir o evitar la ilegalidad o el ataque previsto se realice o se cumpla. Suspensivo cuando, ya ocurriendo el mal, eliminar a la víctima a la acción de la misma, liberándose de la vergüenza y trayendo a la libertad en la medida en que la acción proporciona.

El *habeas corpus* brasileño podrá ser otorgado de oficio, es decir, los jueces y tribunales tienen la facultad de enviar orden de *habeas corpus*, aun cuando no haya sido expresamente solicitado por el interesado, donde se encuentra en cualquier otro caso, que alguien que sufre o se ve amenazado ilegal vergüenza a su derecho de locomoción. No caberá el *habeas corpus* en relación con castigos disciplinarios militares, esta es la previsión del párrafo 2º, del artículo 142, de la Constitución Federal de Brasil de 05 de octubre de 1988. (DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, p. 671)

Veamos a hora, cuanto a su aplicación de acuerdo con la legislación infra-constitucional de Brasil. De conformidad con los artículos 647 y 648, del Código Procesal Penal-CPP (Decreto Ley No. 3689, de 03.10.1941) cabe el HC *siempre que alguien sufre o si encontrar en la inminencia de sufrir violencia o coacción ilegal en su libertad de ir y venir, salvo en los casos de castigo disciplinario. La coacción se considerará ilegal cuando: a) cuando no existir una causa justa; b) alguien es detenido por más tiempo que la ley estipula; c) quien ordenar la coacción no tiene jurisdicción para hacerlo; d) haber cesado el motivo por*

el que autorizó la coerción; e) alguien no está autorizado a prestar fianza, en los casos en que la ley permite; f) el proceso es claramente nulo; g) cuando se extinguió la punibilidad (sin traducción). (E SILVA, 2004)

Comparativamente en el derecho hispánico, en principio, no se ve existencia o ninguna vinculación entre el procedimiento de *habeas corpus* y los actos considerados como de investigación, sino existe una institución en el derecho comparado alemán, con respecto a la cual el nuestro no es del todo ajeno, que pudiera guardar cierta analogía, es lo que está previsto como una “declaración de urgencia” (la traducción literal sería *sofortige Vertnehmung*) del parágrafo 135 de la StPO alemana, de conformidad con la última interpretación de la doctrina y jurisprudencia. (GIMENO SENDRA, 1985)

Frecuentemente viene denominándose el procedimiento, objeto de nuestro estudio, como un “recurso”. En tales términos se pronuncia, por ejemplo, el artículo 5.4.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos: “Toda persona privada de su libertad...tendrá derecho a presentar un *recurso* ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad y ordene su puesta en libertad si fuere ilegal.”, (GIMENO SENDRA, p. 51)

Sobre la naturaleza del procedimiento cautelar del *habeas corpus* en Brasil, podemos decir que ser el mismo instituto puede ser preventivo o de carácter de liberación. Como medida preventiva, el HC se impetra cuando sólo hay temor de que está amenazando la libertad de locomoción de la persona, de forma ilegal. En el HC en su forma de liberación, es impetrado para hacer frente a la violencia o la coacción ilegal cometida en contra la libertad ambulatoria de la persona. En ambas especies, las posibilidades de “peligro en la demora” (*periculum in mora*) y “el humo de una buena ley” (*fumus boni iuris*), es decir, que haya una mínima verosimilitud de la petición con el riesgo de su ineficacia, en caso de cualquier retraso en la prestación jurídica, el HC puede concederse *in limine*, incluso sin audiencia previa del agente u organismo constringedor la libertad de locomoción. (ADÃO, 1999)

El procedimiento cautelar en España, según afirma el Profesor Gimeno Sendra, tendría la tesis, consistente en reclamar la naturaleza cautelar del procedimiento de *habeas corpus*, propugnada por Fairén para el procedimiento aragonés de manifestación, adonde se constituiría como un tipo de procedimiento que confirmaría o haría la revisión de los requisitos para la aplicación de una medida cautelar propia, como es el caso de la detención, por ejemplo.

Sin duda alguna, el dicho instituto, como en el derecho brasileño, concurren ciertas notas propias del procedimiento cautelar, como se observa con facilidad la “instrumentalidad” con otro proceso penal, el examen jurisdiccional de los presupuestos materiales el “humo de una buena ley” y formales el “peligro en la demora” y de elementos (la provisionalidad o plazo de la detención) propios de las medidas cautelares, así como la posibilidad de que dicho procedimiento desemboque en la confirmación de la detención o modificación en cuanto a su ejecución (el cambio de lugar de custodia del detenido), pero tampoco cabe desconocer que la dicha “instrumentalidad” no lo es respecto a un procedimiento principal en curso (que todavía no se sabe si se incoará), sino con respecto a la privación de libertad de una persona, acometida por una autoridad no jurisdiccional o por un particular (de aquí que la detención, más que medida cautelar, como pre-cautelar debiera ser configurada). (GIMENO SENDRA, 1985)

Veáse aun el Profesor Sendra, cuando concluye sobre el procedimiento cautelar, textualmente: [...]

Por otra parte, también se advierte que, en cuanto a la posibilidad de que el procedimiento finalice con la confirmación de una detención ya adoptada, ni es esta la única (puesto que también es procedente para el internamiento de dementes, de dudosa naturaleza cautelar) ni la principal misión del habeas corpus, sino la de reinstaurar el derecho a la libertad de movimientos del ciudadano, sometido a una ilícita privación de su libertad.

A cerca de la competencia para juzgar el principio jurídico del *habeas corpus*, es necesario aludir a las siguientes consideraciones. En primer

lugar, en la corte máxima juzgadora del Brasil en el Supremo Tribunal Federal-STF, la disciplina constitucional del HC está establecido en las líneas *b, c, d, e i*, del inciso (sin traducción para el castellano) I del art. 102 y en la línea *a*, del inciso II, del mismo artículo. Ya en el Superior Tribunal de Justicia-STJ, la disciplina constitucional del *habeas corpus* está regulado en las líneas *a y c*, en el inciso I, del art. 105 y en la línea *a*, del inciso II del mismo artículo.

La competencia constitucional de los Tribunales Regionales Federales-TRFs y los jueces federales son disciplinados en los artículos 108 y 109, CF/88, donde el inciso VII del citado artículo se establece que los jueces federales que el juzgaron el *habeas corpus* en materia penal de su competencia o cuando la vergüenza proviene de autoridad cuyos actos no estén directamente sujetas a otra jurisdicción.

Las justicias la laboral, electoral y militar juzgaron el HC, cuya cuestiones involvan materia de su jurisdicción (artículo 114, IV, art. 121, y art. 124, CF).

Por último, la justicia estadual (provincial) tendrá su competencia definida por las Constituciones de sus Estados y sus leyes de organización judicial, adonde seran observados los principios de la Constitución de la República (artículo 125, CF).

3.3 Comparación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español e del Supremo Tribunal Federal brasileño

En relación a las decisiones jurisprudenciales, los tribunales brasileño y español, a cerca del instituto jurídico del *habeas corpus*, así tienen decidido, ¡sucesivamente!

En resumen, en el Superior Tribunal de Justicia-STJ inexisten sùmula (que son el conjunto de decisiones uniformes de un mismo órgano juzgador). En el STF, los panoramas son las siguientes:

208: El asistente fiscal no puede utilizar, extraordinariamente, la toma de decisiones concessiva de "hábeas corpus".

299: El recurso ordinario y extraordinario interpuesto en el mismo proceso de orden de seguridad, o "hábeas corpus", serán juzgados conjuntamente por la Corte en pleno.

319: El plazo del recurso ordinario ante el Supremo Tribunal Federal, en "hábeas corpus" o de orden de seguridad, es de cinco días.

344: Sentencia de primera instancia concessiva de "hábeas corpus", en los casos de crimen practicado en detrimento de bienes, servicios o intereses de la Unión, está sujeta a recurso "de oficio".

431: Es nulo el juzgado de recurso penal, en segunda instancia, sin previo aviso, o la publicación de los funcionarios, salvo en el "hábeas corpus".

690: Compete originariamente al Supremo Tribunal Federal el juzgado de "hábeas corpus" contra decisión de turma de juzgados especiales criminales.

691: Compete al Supremo Tribunal Federal conocer del "hábeas corpus" impetrado contra decisión de una turma de segunda instancia (órgano colegiado) de Juzgados Especiales Criminales.

692: No cabe "hábeas corpus" contra la omisión de un ponente para la extradición, se basada, de hecho o de la ley extranjera cuando las pruebas no era el caso, ni se ha traído.

693: No cabe "hábeas corpus" en sentencia condenatoria la pena de multa, o relativo a proceso en curso por infracción criminal a que la pena de multa sea la única aplicada.

694: No cabe "hábeas corpus" contra la imposición de la pena de exclusión de los militares o la pérdida de la patente o de su función pública.

695: No cabe "hábeas corpus" ya extinguida la privación de libertad. (Alves Adão, 1999)

Aquí están algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal-STF y del Tribunal Contitucional-TC, de España, *ipsis litteris*:

AI-QO 559.904 – Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

EMENTA: I. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE: incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante – evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção – seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (vg. RE 273.363, 1ª T, Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância".

AI-QO 544.607 - Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

EMENTA: I. Agravo de instrumento de indeferimento do RE: mentor: intempestividade que se verifica quando, endereçados ao STF, que o remeteu ao juízo a quo, neste só foi recebido após o termo final do prazo: agravo não reconhecido. II. Habeas corpus de ofício: sua concessão para declarar extinta a punibilidade pela prescrição, não obstante a intempestividade do recurso da competência do Supremo Tribunal (cf. RHC 47428, Thompson, RTJ 56/487).

HC-QO 85.298 – Redator p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO

EMENTA: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR QUE SE APÓIA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO, NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA "CREDIBILIDADE DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA", NO CLAMOR POPULAR E NO PODER ECONÓMICO DO ACUSADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO.

HC-MC-QO 84.539 - Min. CARLOS BRITTO

EMENTA: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA LIMINAR. PACIENTE CONDEANDO A TRÊS ANOS DE

RECLUSÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE DEMORA EXCESSIVA NO JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. SUCESSIVOS PEDIDOS DE INFORMAÇÕES AO TRIBUNAL DE ORIGEM. RISCO DE O ACUSADO VIR A CUMPRIR, EM SEDE CAUTELAR, A INTEGRALIDADE DA SANÇÃO PENAL QUE LHE FOI IMPOSTA.

Título: STC 31/85 | **Autor:** Tribunal Constitucional | **Año:** 1985 | **Tipo:** Sentencia | **Ambito:** España | **Materia:** Debido Proceso, Libertad y Seguridad Personales y Sistema Penitenciario ==> Detención, Libertad y Seguridad Personales y Sistema Penitenciario ==> Habeas corpus, Conceptos generales ==> Recurso de amparo, Derechos de los administrados ==> Sanciones administrativas, Derechos de los administrados ==> Información administrativa | **Apartado:** España | **Idioma:** Español | **Fichero:** STC 31-1985_espaa.pdf (89,44 KB)

STC 303/2005, de 24 de noviembre de 2005

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2182-2003, avocado al Pleno, y promovido por el Letrado don Luis Miguel Pérez Espadas, en interés de doña Nwal Zaitouni, a la que por el turno de justicia gratuita se le designó el Procurador de los Tribunales don Joaquín Pérez de Rada González de Castejón, contra el Auto de 26 de marzo de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Puerto del Rosario, por el que se inadmite a trámite la solicitud de habeas corpus presentada por el primero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Pleno.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 14 de abril de 2003 el Letrado don Luis Miguel Pérez Espadas, manifestando defender de oficio a doña Nwal Zaitouni, interpuso recurso de amparo contra la resolución del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Puerto del Rosario citada más arriba. En su escrito solicitaba el Letrado que se oficiara al Colegio de Procuradores de Madrid a efectos de que nombrase a uno de sus colegiados para representar a la demandante y se indicaba que si la afectada no había solicitado personalmente el amparo del Tribunal se debía a que se desconoce su paradero.

2. La demanda de amparo trae causa, en síntesis, de los siguientes hechos:

a) El Letrado afirma en su demanda que la Sra. Zaitouni fue detenida el 24 de marzo de 2003, por agentes de la policía de la comisaría de Puerto del Rosario, cuando trataba de acceder al territorio nacional en una embarcación de las denominadas pateras.

b) El día 25 de marzo de 2003, por medio de escrito firmado por la int...

Las jurisprudencias de dos más altos tribunales de justicia brasileño y el Tribunal Constitucional español demuestra una lectura adecuada de la garantía fundamental del *habeas corpus*. Con la excepción de errores gruesos o claramente fuera de lugar, por lo general las peticiones de ese sobredicho instituto se utilizan en los tribunales, y hay una interpretación favorable del derecho a la libertad protegida por ese instrumento procesal.

Conclusiones

La finalidad del trabajo que aquí se presenta se acaba de mostrar las diferentes fases del instituto jurídico del *Habeas Corpus*, donde hemos mostrado la previsibilidad del supradicho instrumento de protección de las garantías individuales de la persona, desde su nacimiento hasta los días actuales.

También, y creemos que se debe considerar la posibilidad de realizar un examen a fondo de la formación y el origen histórico del principio del *habeas corpus*. En particular, hemos demostrado la importancia que el *writ* posee y merece, en una perspectiva de los ordenamientos jurídicos: brasileño y español.

Por tanto, creemos importante que se mantenga de manera inexorable, el procedimiento del *Habeas Corpus*, no solo en los ordenamientos jurídicos occidentales, o sea, en el sistema de la *Common Law* (Derecho Inglés y en los países colonizados por la corona inglesa) y naciones que adoptan el sistema romano-germánico, pero también en todos los derechos orientales (desde el proximo oriente hasta extremo oriente), como forma de garantizar y mantener las garantías individuales en su plenitud, esto es los principios basilares preconizados en las constituciones que adoptan los *Bill of Rights*, que son, los derechos de IR, VENIR Y QUEDAR.

Además importante comentar también, que el procedimiento de *Habeas Corpus* aquí abordado tuvo un enfoque de un de los ramos del derecho muy utilizado en los ordenamientos jurídicos actuales, que es el Derecho Comparado. Consideramos ser este ramo de gran importancia, una vez que demuestra los varios aspectos y peculiaridades de los sistemas judiciales, en plena vigencia, de diferentes países, en particular el derecho codificado, como fue desarrollado en este trabajo de investigación, especialmente los derechos hispano-brasileño.

Por último, subrayar que no es la intención de este trabajo agotar el tema, o sea, no pretende ser un trabajo de investigación concluyente ya que no hay sistema o modelo que pueda ser perfectible; por el contrario, se pretende instar a otros, a seguir desarrollando, ya que en nuestra opinión es de gran importancia para todos los niveles académicos, en lo que se refiere, específicamente, al Derecho Constitucional y Procesal Penal de Brasil y España, analizados de forma comparativa.

A comparative analysis of habeas corpus in the brazilian and spanish constitutional orders

Abstract

This article one intends to investigate the origin and the function of habeas corpus in the constitutional orders of Brazil and Spain, highlighting the similarities and differences in the doctrine and jurisprudence.

Key-words: Habeas corpus.

Bibliografía

ALVES ADÃO, Marco Aurélio. Ética, liberdade, legalidade e legitimidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=19>>. Acesso em: 02 maio 2008.

ALVES JR., Luis Carlos Martins. O habeas corpus. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1257,10 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9248>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

BANACLOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones*. Detenciones y retenciones en el derecho español. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. [S.l.]: [s.d.], 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de "habeas corpus"*. Madrid: Tecnos, 1985.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. *El auténtico habeas corpus*. Colex, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Derecho constitucional*. 2005, p. 112.

REBATO PEÑO, Maria Helena. *La detención desde la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OVINSKI DE CAMARGO, Mônica. *O habeas corpus no Brasil Império: liberalismo e escravidão*. *Revista Sequência*, n. 49, p. 71-94, dez. 2004.

Referência deste artigo

PIMENTEL, Bruno Freire. Una análise comparativa del habeas corpus en los ordenamientos constitucionales brasileño y español. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 87-110, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 20 set. 2009. Aprovado em: 10 dez. 2009.

O Direito do Consumidor frente ao Código Civil: autonomia e perspectivas de futuro

Dayse de Vasconcelos Mayer

Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito de Lisboa.
Professora e advogada.

Resumo

O objetivo deste trabalho é realizar um estudo sobre o direito do consumidor em termos de autonomia, natureza e perspectivas de futuro. Tudo sem esquecer os mecanismos capilares de integração com outras disciplinas do Direito Público e Privado, notadamente com o Direito Civil. Privilegiamos, nesse último aspecto, o pensamento sempre inovador do cientista português José de Oliveira Ascensão. Não se perdeu de vista, num contexto de globalização, a relevância que vem assumindo o direito do consumidor no contexto internacional – máxime europeu. A razão principal encontra-

se, entre outros, no objetivo dos órgãos supranacionais de se harmonizarem com as ordens jurídicas internas estabelecendo-se um intercâmbio permanente entre os dois planos: o nacional e o supranacional. Considerando que o direito do consumidor é fruto de um longo processo de aquisições ou conquistas históricas, o trabalho oferece uma taxionomia da evolução desse direito ao longo dos últimos séculos.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Interdisciplinaridade. Código Civil – proteção internacional.

1 Conceito, autonomia, interdisciplinaridade e natureza jurídica do direito do consumidor

O direito do consumidor é um direito em processo de organização ou desenvolvimento. A sua própria autonomia é objeto de controvér-

sia doutrinária. Para uns, sendo matéria de Direito Civil, poderia estar inserida num livro próprio do Código correspondente. Para outros, integrar-se-ia no plano dos direitos fundamentais de terceira geração – e também de quarta –, sendo matéria, portanto, de Direito Constitucional. Para outros, é um ramo autônomo do Direito.

Menos emblemática é a sua natureza interdisciplinar. Pouco se discute ou se refuta nesse plano, isto é, acerca da relação estreita com outros ramos do direito: penal, civil, constitucional, processual em geral, administrativo, trabalhista, econômico, tributário, etc.

Encrava-se, em nossa opinião, numa linha cinzenta de interpenetração recíproca, isto é, entre os ramos do direito privado e do direito público, embora tal linha de entendimento admita dissidências. Na opinião de Oliveira Ascensão, por exemplo, ele não teria ainda localização precisa ou certa entre os ramos do Direito¹.

Esta diversidade de entendimentos não é fenômeno ímpar. Assim se passa, por exemplo, com o direito da internet, o direito ambiental, o direito industrial, o direito dos valores mobiliários, o direito sanitário, o direito econômico, o biodireito, etc.

Define-se como conjunto de normas e princípios epistemológicos e instrumentais que visam à tutela jurídica de um grupo especial: o dos consumidores. Por outras palavras, *a que é constitutivo deste Direito é a própria defesa do consumidor*.

O conceito de consumidor adotado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1999 foi exclusivamente de natureza pessoal. Foi levada em conta, nuclearmente, a pessoa que adquire bens ou contrata a prestação de serviços, como destinatário final no *mercado de consumo*².

1 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Europeu do Consumidor e Direito Brasileiro**. Afirma ainda o autor que tal direito "é um ramo emergente, didaticamente falando, mas não é seguro que seja um ramo autônomo do Direito". Poderia integrar-se nalguns dos ramos de Direito já existentes: no Direito da Economia, desde que localizámos sempre uma atividade econômica e, ainda, um fornecedor que age profissionalmente. De igual modo, no Direito Comercial ou no Direito dos Comportamentos do Mercado uma vez que o consumo é uma função econômica regularia, nesse caso, as várias condutas que se praticam no mercado e a conduta do consumidor. Mas o autor considera que se integra no Direito Civil. No prelo.

2 V. ZANELATO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, 2003 e PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo. [Coord.] **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. 2000 e GOUVÊA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como "destinatário final". **Revista do Consumidor**, 1997.

2 Direito do consumidor e Código Civil: a posição jurídica de José de Oliveira Ascensão

Indaga-se se o Direito Civil brasileiro não regularia a matéria disciplinada pelo Direito do Consumidor ou se o próprio Direito do Consumidor não constituiria um capítulo ou parte do Direito Civil³.

Oliveira Ascensão defende a idéia de que o Direito Civil é o Direito comum do homem comum. É aquele de que participa toda a pessoa, como membro da comunidade, simplesmente por ser pessoa. É o Direito que define as pessoas como os atores sociais, em si e nas relações de integração e solidariedade com as outras pessoas e com a comunidade em geral⁴. Na base de toda a ordem jurídica encontra-se a figura plena do *cives* ou cidadão e o estatuto do *cives* é a própria lei civil.

O autor reforça essa linha de raciocínio no momento em que assinala: se o Direito Civil regula o que há de geral e comum entre todas as pessoas, há que reconhecer que nada há de mais comum que a qualidade de consumidor. Na realidade todos nós somos consumidores. Donde se inferir que as relações da pessoa na qualidade de consumidor pertencem, *por natureza*, ao Direito Civil. Razões históricas determinaram a autonomização da proteção jurídica do consumidor sem que isso implicasse a perda da índole civil⁵.

Igualmente acentua que parte do atual Direito do Consumidor deveria ser integrada no Direito Civil, porque se justifica para o público em geral. Um aliado nesse caminho seria todo o movimento de eticização

3 Dal o registro de TEPEDINO, Gustavo de que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não devem ser considerados diplomas contrastantes mas sim complementares. Revelam-se, na complexidade do ordenamento jurídico, instrumentos de promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais. "Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento". **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, p. 2, 2005. O art. 7º, caput do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade do CDC estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas, aplicadas e, inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões.

4 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Europeu do Consumidor e Direito Brasileiro**, cit.

5 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Europeu do Consumidor**. cit. V. ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**, 2000.

do Direito Civil, máxime após a publicação do Código Civil vigente⁶. Tal movimento teria apoios sólidos na própria Constituição Federal de 1988. A função social, por exemplo, logrou acolhimento maior que em qualquer outra Constituição. No Código Civil expande-se à *função social do contrato*. Da Constituição flui igualmente o suporte ao instituto das *cláusulas abusivas*.

Partindo desta linha de inteligência ainda assinala que “as exposições cientificamente fidedignas de Direito Civil dão abertura às grandes questões do Direito do Consumidor. O “dolo bom”, a resolubilidade ou arrependimento do contrato celebrado a distância, a integração da publicidade no conteúdo dos contratos e assim por diante”⁷. Adverte, todavia, que tal nível de entendimento não significa a perda da autonomia didática do Direito do Consumidor. Aceita e estimula a integração da matéria do consumidor no Direito Civil. Mas isso não deve significar a inclusão formal em novo Livro do Código Civil a ele dedicado.

As ponderações que presidem a tal entendimento são claras:

a) Os dois códigos vigentes se encontram em tensão entre si: o Código Civil, sendo mais recente, acabou por ficar obsoleto em virtude do decurso do tempo para a sua aprovação. Exemplo disso é a disciplina da matéria do contrato de adesão e das cláusulas abusivas. No Código Civil “apenas encontramos os arts. 423 e 424; e as únicas cláusulas declaradas nulas são as que ‘estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio’ Mas o Código do Consumidor vai muito além. Não só contém regras sobre o contrato de adesão como multiplica os tipos e modalidades de cláusulas inválidas porque abusivas”⁸.

b) O Código Civil revela-se antiquado se comparado com o Código do Consumidor. E tal raciocínio persiste mesmo quando se põe em discussão o fato de que o Código Civil vigente “é um diploma aberto a cláusulas gerais que permitem arejar e dinamizar o sistema, e pela preocupação de eticizar o conteúdo”⁹.

6 Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Direito do Consumidor*. In: THEMIS – “Código Civil Português – Evolução e perspectivas atuais”. Edição especial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade, 2008.

7 V. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Direito do Consumidor*. cit. V. KHOURI, Paulo Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*, 2002, p. 58 e LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, p. 78-79.

8 Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *idem*.

9 Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *idem*.

c) Já existem propostas de revisão, no âmbito da doutrina e do próprio Poder Legislativo, visando à atualização do Código Civil¹⁰.

Para o autor, a revisão ou atualização do Código Civil resolveria muitos pontos atualmente em discussão pela doutrina e que estão presentes, inclusive, na aplicação do direito pelo julgador. É o caso, além doutros já assinalados, do esclarecimento das questões respeitantes à situação do destinatário de serviços financeiros e à proteção do investidor.

Outros aspectos são ainda realçados no que se prende com a atualização sugerida:

a) O afastamento das marcas próprias de um diploma elaborado antes da Constituição;

b) A revisão à luz da experiência já consolidada do Código do Consumidor com inserção de novas matérias, reequilibrando, assim, posições e corrigindo previsões que se revelaram demasiado unilaterais;

c) A harmonização em termos de linguagem e conjugação de princípios fundamentais nas duas leis referidas.

3 Antecedentes históricos do direito do consumidor

O estudo do Direito do Consumidor, *grasso modo*, transitou, ao longo da sua história, por diferentes ciclos:

a) filosófico-antropológico;

b) econômico e sócio-político;

c) constitucional.

10 Há que prestar homenagem aos esforços do deputado Ricardo Fiuza, que tanto batalhou neste domínio. Pouco antes de falecer, em reunião em sua residência em Brasília, sugeriu a um grupo de juristas (em que se incluía o autor) a criação de uma Comissão independente para elaboração de projeto de reforma do Código Civil. A sua morte prematura impediu que tal iniciativa prosperasse.

do Direito Civil, máxime após a publicação do Código Civil vigente⁶. Tal movimento teria apoios sólidos na própria Constituição Federal de 1988. A função social, por exemplo, logrou acolhimento maior que em qualquer outra Constituição. No Código Civil expande-se à *função social do contrato*. Da Constituição flui igualmente o suporte ao instituto das *cláusulas abusivas*.

Partindo desta linha de inteligência ainda assinala que “as exposições cientificamente fidedignas de Direito Civil dão abertura às grandes questões do Direito do Consumidor. O “dolo bom”, a resolubilidade ou arrependimento do contrato celebrado a distância, a integração da publicidade no conteúdo dos contratos e assim por diante”⁷. Adverte, todavia, que tal nível de entendimento não significa a perda da autonomia didática do Direito do Consumidor. Aceita e estimula a integração da matéria do consumidor no Direito Civil. Mas isso não deve significar a inclusão formal em novo Livro do Código Civil a ele dedicado.

As ponderações que presidem a tal entendimento são claras:

- a) Os dois códigos vigentes se encontram em tensão entre si: o Código Civil, sendo mais recente, acabou por ficar obsoleto em virtude do decurso do tempo para a sua aprovação. Exemplo disso é a disciplina da matéria do contrato de adesão e das cláusulas abusivas. No Código Civil “apenas encontramos os arts. 423 e 424; e as únicas cláusulas declaradas nulas são as que ‘estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio’ Mas o Código do Consumidor vai muito além. Não só contém regras sobre o contrato de adesão como multiplica os tipos e modalidades de cláusulas inválidas por que abusivas”⁸.
- b) O Código Civil revela-se antiquado se comparado com o Código do Consumidor. E tal raciocínio persiste mesmo quando se põe em discussão o fato de que o Código Civil vigente “é um diploma aberto a cláusulas gerais que permitem arejar e dinamizar o sistema, e pela preocupação de eticizar o conteúdo”⁹.

6 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Direito do Consumidor*. In: THEMIS – “Código Civil Português – Evolução e perspectivas atuais”. Edição especial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade, 2008.

7 V. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Direito do Consumidor*. Cf. V. KHOURL, Paulo Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*, 2002, p. 58 e LOPES, José Rainaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, p. 78-79.

8 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *idem*.

9 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *idem*.

- c) Já existem propostas de revisão, no âmbito da doutrina e do próprio Poder Legislativo, visando à atualização do Código Civil¹⁰.

Para o autor, a revisão ou atualização do Código Civil resolveria muitos pontos atualmente em discussão pela doutrina e que estão presentes, inclusive, na aplicação do direito pelo julgador. É o caso, além doutros já assinalados, do esclarecimento das questões respeitantes à situação do destinatário de serviços financeiros e à proteção do investidor.

Outros aspectos são ainda realçados no que se prende com a atualização sugerida:

- a) O afastamento das marcas próprias de um diploma elaborado antes da Constituição;
- b) A revisão à luz da experiência já consolidada do Código do Consumidor com inserção de novas matérias, reequilibrando, assim, posições e corrigindo previsões que se revelaram demasiado unilaterais;
- c) A harmonização em termos de linguagem e conjugação de princípios fundamentais nas duas leis referidas.

3 Antecedentes históricos do direito do consumidor

O estudo do Direito do Consumidor, *grasso modo*, transitou, ao longo da sua história, por diferentes ciclos:

- a) filosófico-antropológico;
- b) econômico e sócio-político;
- c) constitucional.

10. Há que prestar homenagem aos esforços do deputado Ricardo Fiúza, que tanto batalhou neste domínio. Pouco antes de falecer, em reunião em sua residência em Brasília, sugeriu a um grupo de juristas (em que se incluía o autor) a criação de uma Comissão independente para elaboração de projeto de reforma do Código Civil. A sua morte prematura impediu que tal iniciativa prosperasse.

3.1 Ciclo filosófico-antropológico

O homem era, na visão filosófico-antropológica grega, um ser da *polis*, um *cives* ou cidadão da cidade – e sempre interessado na discussão de questões a ela inerentes. De igual modo, era um ser não indiferente à sua condição fundante. A própria idéia de realização pessoal coincidia com a realização na *polis*.

Partindo dessa ética de cunho coletivizante, a visão do *cives* não poderia ser outra: ou tudo para a cidade, ou a desordem ou caos para o indivíduo.

No projeto político-filosófico aristotélico, a felicidade aparece como cerne da vida, mas numa dimensão ou perspectiva racionalizada. O homem deveria procurar a felicidade no exercício da razão e sempre a partir de situações ou condições concretas. Mas não havia igualdade porquanto estariam fora do alcance da cidadania as mulheres e os escravos.

Com o passar dos séculos a realização pessoal agrega outros elementos a partir de uma exegese compatível com a evolução das sociedades. Há uma certa reinvenção e até reversão da lógica seguida pelos antigos.

Tal afirmação poderia ser confirmada com o surgimento do capitalismo e a finalidade historicamente nova de alcançar a felicidade dos povos. Uma verdade capitalista repleta de ingredientes novos e numa ótica predominantemente de mercado. É obviamente excludente, considerando que mais de 2 bilhões de pessoas no mundo passaram a viver sem o mínimo de condições indispensáveis a uma vida digna. Nem mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantidora do direito à segurança social, logrou alterar tal cenário.

Paradoxalmente, a ética cristã foi ao encontro dos objetivos deste sistema econômico. O cristianismo transferiu o alcance da felicidade para o universo extraterreno. Passou-se a conviver com dois tipos de

felicidade: a real, excludente e individualista e a ideal ou abstrata fora das condições concretas da vida social.

No século XVIII – século que inaugura o Estado moderno – a ética dos filósofos iluministas e materialistas franceses, distancia-se do pensamento aristotélico acerca da necessidade de condições concretas para a realização humana. Altera-se a forma de entender ou perceber a felicidade, agora enredada no culto exagerado do individualismo expresso na idéia: ou tudo para mim ou o “inferno” para o os outros.

O agravamento do individualismo – traço observado no século XX – é estimulado pela desagregação e desconstrução familiar, pela perda gradativa de muitos referenciais socioculturais e, finalmente, pela incapacidade do poder público de oferecer respostas urgentes ou imediatas aos reclamos da sociedade.

O processo de globalização, o aparecimento de novos mecanismos de relacionamento interestadual e intersocial; o pluralismo social e a sociedade tecnocrônica de massas passam a exigir, cada vez mais, a fragmentação do saber e, na área do direito, a autonomização de vários conteúdos antes inseridos nas disciplinas clássicas. Transita-se nesse caso de uma concepção insular para uma concepção multidisciplinar ou em rede.

Por outras palavras, a consciência de que nada existe fora da esfera social pressuporá um estudo mais particularizado do fenômeno jurídico – notadamente naquelas questões que versam sobre a violência, a segurança, as drogas, a preservação do meio ambiente, a proteção do investidor e a defesa do consumidor.

A primeira ilação decorrente das novas particularidades apontadas diz respeito à idéia de que as disciplinas jurídicas converteram-se em disciplinas transversais, pressupondo, neste caso, o concurso de várias outras. Daí que não haja nenhuma área do saber, ou área de intervenção, que possa reclamar para si o monopólio, quer da sua explicação, quer da sua resolução. Obviamente, fala-se aqui do paroxismo do fenô-

meno na medida em que em sua gênese o saber é uno e indivisível. As partições existentes sempre ocorreram pela especialização de funções, complexidade da vida social e necessidade didática.

Volvendo ao nosso raciocínio inicial – naquilo que diz respeito à felicidade – vamos observar que o vocábulo acaba por confluir ou desaguar no princípio da dignidade da pessoa humana. Ter uma vida digna é ser dotado daquelas condições materiais e espirituais indispensáveis a qualquer ser humano: paz, segurança, liberdade, moradia, alimentação saudável, educação, assistência médica, lazer, afeto, etc.

Obviamente, tais condições não podem ser iguais para todos os homens. As diferenciações existem e fazem parte da lógica da sociedade. Por outras palavras, não há sociedades igualitárias, mesmo num contexto democrático avançado. Nesse aspecto, o princípio da igualdade, tão fervorosamente convertido numa bandeira a partir da Revolução Francesa de 1789, e recepcionado por todas as constituições democráticas, não erradica a visão de uma sociedade dividida entre fortes e fracos, entre aqueles que têm em excesso e os que vivem apenas em condições razoáveis ou indispensáveis à sobrevivência ou a uma vida digna.

No âmbito das relações de consumo, tal linha de conclusão converge para a compreensão de que o fornecedor será sempre mais forte economicamente do que o consumidor, detendo maiores condições para impor sua vontade e logrando vantagens econômicas em detrimento do segundo.

Essa tomada de consciência pela sociedade poderia justificar ou explicar os consideráveis avanços na tutela jurídica do consumidor e, necessariamente, na independência ou autonomia progressiva desse ramo do direito frente aos demais.

3.2 Ciclo econômico e sócio-político: a relevância dos grupos de pressão

O Direito do Consumidor nasce e se desenvolve numa economia de mercado¹¹, reflexo das preocupações sociais do pós-guerra 39-45. É este enquadramento econômico, portanto, que se põe nas origens deste direito.

Tal linha de raciocínio dirige-se para a conclusão de que o protagonismo não cabe ao consumidor: cabe ao *mercado*. É a fluidez do mercado que se busca assegurar, e essa só existe se se instigar ou estimular a confiança no consumidor que é condição para que ele acorra ao mercado.

Assinale-se que a sociologia do direito ofereceu um importante contributo ao direito do consumidor ao debruçar-se sobre o estudo das sociedades de massa, na perspectiva dos mercados de produção, de distribuição e de consumo.

A sociedade de massa, a sociedade capitalista por excelência, é a norte-americana. Por isso mesmo nenhum estudo do direito do consumidor pode prosperar sem uma incursão histórica que privilegie essa realidade. A própria globalização, se erroneamente encarada apenas em sua dimensão econômica, também tem seu nascedouro nos EUA.

É nessa sociedade capitalista de massa que surge, em 1890, a *Sherman Anti Trust Act*, conhecida como Lei Sherman¹² destinada a reprimir as fraudes praticadas no comércio, além de proibir as relações comerciais desleais ou fruto da combinação preço e monopólio.

Mas a história norte-americana no âmbito do Direito do Consumidor poderia ser descrita ou exposta, aqui, de forma não vertical, tomando como ponto de partida o término da Guerra de Secessão americana, em 1865 quando a economia do país volta a se expandir, agora com o concurso, também, de grupos de imigrantes europeus dispostos a fincar raízes nos EUA.

11 V. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Europeu do Consumidor*, etc.

12 Cf. NUNES, Rizzatto, *Comentários ao Código do Consumidor*, 1995, p.2.

Nessa fase, quatro setores econômicos – ferrovias, finanças, siderurgia e petróleo – assumem relevo notável concorrendo para a concentração de capitais e de recursos em poucas mãos. O processo de formação das grandes fortunas data precisamente dessa fase, caso de John Pierpont Morgan, Andrew Carnegie e John Davison Rockefeller, entre 400 outras menos exuberantes.

As grandes fortunas sulistas do tabaco e do algodão, que antes dominavam o cenário dos Estados Unidos a partir da independência em 1776, reduziram, sensivelmente, a sua relevância ao cederem espaço compulsório às grandes fortunas cravadas em outros setores industriais e no sistema bancário.

Tal concentração de riquezas afrontava ou violava os sentimentos fortes de justiça e de igualdade democrática dos cidadãos norte-americanos. Estavam notadamente em causa os instrumentos, recursos e procedimentos considerados prejudiciais à sociedade e ao sistema capitalista em geral (prática de *dumping*, sabotagens, coação, etc.) e postos em prática pelas grandes empresas com a finalidade de barrar a justa concorrência. Esse contexto de emulação perversa fez crescer ainda mais o espírito de luta nos grupos, temperado pela aversão pelos trustes.

O primeiro grupo de pressão a se rebelar contra as grandes empresas aparece em 1870, formado pelos Patronos da Lavoura conhecidos pela denominação de a “Granja”, por arregimentar mais de 80 mil fazendeiros. O objetivo era agir sobre o poder político com a finalidade de obter do Executivo uma legislação controladora das atividades econômicas das ferrovias barrando, desse modo, a articulação em cartel para manutenção dos preços elevados dos fretes.

Tal grupo contava com o apoio da imprensa¹³ e com a opinião pública em geral e era chamado pelo Presidente Theodor Roosevelt de *muckrakers*¹⁴, denominação conferida, naquela época, àqueles que exercitavam, na época, a atividade de *lobby*.

13 As matérias mais conhecidas, em 1904 foram publicadas pela jornalista Ida Tarbell (*The History of the Standard Oil Co.*) revelando os instrumentos espúrios adotados pela empresa petrolífera de John Rockefeller, que naquela época refinava 84% do óleo americano.

14 “Removedores de esterco” ou “apanhadores de lixo”

Vitoriosos na pressão exercida sobre o Executivo, foi aprovada, em 1887, a Lei Antitruste. Ainda assim, as grandes empresas conseguiriam contornar ou mesmo burlar a lei por meio de estratégias torpes, caso da empresa petrolífera Standard Oil Co. – o maior truste petrolífero dos Estados Unidos – fundada por John Davison Rockefeller¹⁵ e mais quatro sócios em 1870.

Em 1891 constituiu-se a *New York Consumer's League* como primeiro órgão de defesa do consumidor. Em 1899 as associações de Nova York, Chicago, Filadélfia e Boston fundem-se com a finalidade de instituir a *National Consumer's League* ou NCL liderado por Florence Kelly incentivando a compra de produtos a empresas respeitadoras dos direitos humanos e do meio ambiente, notadamente no âmbito do acatamento aos direitos da mulher e das crianças que operavam nas indústrias têxteis.

Nos início do século XX generalizou-se a convicção de que, não obstante o crescimento de órgãos e movimentos de consumidores, a liberdade das corporações aumentara consideravelmente sem que houvesse travões por parte do poder político. O sentimento de indignação popular contra o despontar ou emergir dessa nova dinastia do dinheiro espalhou-se pelos Estados Unidos. Novamente, a pressão exercida pelos grupos, pela sociedade em geral e pela imprensa mais aguerrida concorreu para que, em 1906, o próprio Presidente Roosevelt entrasse na justiça federal com um processo contra a Standard Oil Co. acusando-a de práticas monopolistas.

Mas a pressão dos grupos de interesses não cessava. O estopim foi a subida exagerada dos preços especialmente no setor dos medicamentos e na indústria da carne. As denúncias e a eclosão de movimentos

15 Até 1911, quando a Suprema Corte Federal confirmou a sentença proferida em 1909: a Standard Oil Co. deveria de fato ser desmembrada. O grande polvo foi obrigado pela lei a desfazer-se dos seus tentáculos. A Standard Oil de Nova Iorque passou a denominar-se Esso (depois Exxon), outra se chamou de Móbil Oil, outra Chevron (as demais foram batizadas de Sohio; BP; Amoco; Continental Oil; e ainda a Atlantic). Quanto a Rockefeller nada de mal lhe ocorreu. A viva rejeição dele à sugestão que lhe deram de vender uma boa parte das suas ações (ele controlava 24% do Truste) antes que o Supremo Tribunal esse manifestasse pela dissolução da Standard Oil, foi seu último lance de gênio. Mesmo divididas, as empresas de petróleo, graças à proliferação da indústria automobilista, a continuaram a render fabulosas aos seus proprietários. Em 1912, um ano depois da perda do processo, Rockefeller viu seu patrimônio acionário duplicar. Com isso passou a ser considerado o homem mais rico de toda história da América do Norte.

sociais concorreram para a adoção de medidas legislativas importantes, caso do *Pure Food and Drug Act* em 1906. Seguiu-se a criação, em 1914, da *Federal Trading Commission* que daria origem ao *Food and Drug Administration* – FDA –, com a função precípua de controle dos gêneros alimentícios e dos medicamentos¹⁶. Novamente em 1936 surge a *Consumers Union* considerada, hoje, o maior ou mais importante órgão de proteção ao consumidor nos EUA. Não se deve esquecer – mesmo considerando que os fins deste artigo inviabilizam discussões paralelas – que a *Consumers Union*, numa perspectiva mais política do que jurídica, constituiu um obstinado e incansável exercício de cidadania do povo norte-americano. A palavra cidadania, aqui, não está entaipada no cumprimento na expressão “votar e ser votado”. Algo mais se requisita das sociedades democrático-liberais além da visão marshalliana circunscrita, *grasso modo*, à plena expressão ou realização na vida política pela via do sufrágio. O vocábulo no Estado pluralista reclama um significado mais pujante e invoca outros conteúdos, entre eles, a mobilização ou exercício livre e responsável da atividade grupal. Dito de outra maneira, o engessamento da vida associativa ou a travagem das vias tradicionais de expressão da vontade popular é diretamente responsável pelo fenómeno do déficit democrático. A restrição ou mesmo apoucamento da vida grupal implica, não se duvida, uma visão até certo ponto estéril e indigente da democracia. Por isso mesmo, a *International Organization of Consumers Union*, criada em 1960, deve ser vista como um referencial importante na história do direitos dos consumidores. Na esteira dessa associação surgiram outros movimentos inseridos no esquema maior de grupos de pressão – permanentes ou transitórios. Todos concorreram para embaraçar ou perturbar o avanço desmedido do poder dos mais fortes na relação de consumo. Foi o caso dos grandes frigoríficos de Chicago que operavam contra as regras e princípios sanitários. A ação dos grupos concorreu para a criação pelo governo federal do *Food and*

16 Convém observar que função equivalente é exercida, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) de São Paulo e pelo Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) com pesquisas no plano de vários produtos, entre eles, chupetas para recém-nascidos, água mineral, contraceptivos, brinquedos, etc. Tudo com o objetivo de preservação da vida, da saúde e da incolumidade dos usuários ou consumidores.

Drug Act e, na seqüência, do sistema federal de fiscalização sobre as fábricas de alimentos.

Em 1960 o trabalho notável do advogado Ralph Nader somaria esforços com os grupos e instituições já referidas e com a associação *Public Citizen* dando origem a um verdadeiro movimento consumerista independente e vigoroso.

Mas o Direito do Consumidor possui data certa de nascimento: o discurso do Presidente Kennedy dos Estados Unidos da América, em 15 de março de 1962, numa declaração ao Congresso Norte-Americano: *Consumer, by definition, include us all* (somos todos consumidores). Neste mesmo discurso foram listados quatro direitos fundamentais inerentes aos consumidores: *direito à saúde e à segurança; direito à informação; direito à escolha; direito a ser ouvido*. A partir daí desenvolvem-se iniciativas de proteção jurídica do consumidor e de autonomização desse direito em diferentes países. Relevante nesse quadro foi a promulgação da Carta Européia de Proteção do Consumidor e as Diretrizes das Nações Unidas em fins da década de 80.

Chama-se a atenção, neste particular, para a criação, em Coimbra da Associação Internacional de Direito do Consumo, considerada a primeira instituição científica internacional. Na seqüência, surge a Associação Portuguesa de Direito do Consumo – APDC também em Coimbra, em 1989. O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, foi criado segundo o modelo da APDC.

3.3 Ciclo constitucional

É preciso deixar assente que os direitos dos consumidores plasam-se nas Constituições do Brasil, Portugal e Espanha. Na realidade, é do Direito Constitucional que emana grande parte dos ramos do Direito¹⁷. Mas isso não significa que tudo está contido na Constituição.

17 Daí a afirmação de Jorge Miranda de que “Mais do que um ramo a par de outros, o Direito constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I.

Comprova a assertiva o fato de a Constituição dos EUA nada incluir a respeito do tema consumidor, exceto naquilo que diz respeito aos grandes princípios que devem balizar as relações de consumo.

Poderia ter sucedido o mesmo com a constituição de outros países. Mas é verdade que a ampliação dos direitos fundamentais ou o surgimento da terceira geração¹⁸ desses direitos concorreu para um maior nível de conscientização dos consumidores e para surgimento de uma lei especial para proteção dos direitos a ele relativos.

O Direito do Consumidor brasileiro (CDC) – direito de cunho ou natureza predominantemente social – surge com a Constituição Federal de 1988. Antes do advento desta Constituição as relações de consumo eram disciplinadas pelo Código Civil de 1916 e o consumidor era identificado pelos nomes de cliente, contratante etc. (como categoria mais restrita dentro do público em geral). Nesse caso, é possível afirmar que no Brasil o direito do consumidor nasce por efeito do choque da Constituição de 1988. O inc. XXXII do art. 5º, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, diz textualmente que entre os deveres impostos ao Estado brasileiro, está o de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Também o art. 170, que trata da ordem econômica, confere especial realce à defesa do consumidor quando funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa de forma a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados certos princípios, entre a eles a defesa acima referida. Por sua

18 Os constitucionalistas apontam a existência de três gerações de direitos fundamentais, embora já se forme na doutrina um grupo que admite a existência de uma quarta. Constituem direitos de primeira geração os direitos individuais, caracterizados por uma obrigação de não-fazer (prestação negativa) por parte do Estado. São os direitos civis e políticos, compreendidos nas liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida e segurança). Essa geração de direito tem como principal finalidade a proteção da pessoa contra as arbitrariedades do Estado. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais. Eles correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais. Obriga ao Estado a fazer (prestação positiva) em benefício da pessoa que necessite desses direitos. São direitos eminentemente sociais ou que se orientam para o alcance de uma ordem social mais justa. Os direitos de terceira geração são os direitos coletivos, também chamados de direitos de solidariedade e fraternidade. O Estado tem obrigação de proteger a coletividade e não o ser humano isoladamente considerado. São assim considerados o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, à paz, à autodeterminação dos povos, à defesa do consumidor, da criança, do adolescente e do idoso. Os direitos de quarta geração são os novos direitos. Surgem a partir da globalização. Envolvem questões relacionadas à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco. Para alguns autores ainda se incluem nesse grupo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

vez, o art. 48 do ato das disposições transitórias determina que dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, se elaboraria o código de defesa do consumidor¹⁹.

A preocupação com o consumidor também se insere no art. 150 ao tratar das limitações do poder de tributar do Poder Público, nos níveis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4 O Código de Defesa do Consumidor de 1990

4.1 Influências recebidas de outros ordenamentos jurídicos

Revedo o que já foi dito, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, promulgado em 11 de setembro de 1990 com um período de *vacatio legis* de seis meses, surge para cumprimento do programa constitucional e como instrumento para instilar na ordem jurídica o espírito novo da Constituição.

O Código recebeu a influência de outros ordenamentos jurídicos sem que tal signifique qualquer idéia de recepção de inovações distanciadas das nossas condições históricas, econômicas e sociais. Apontam os autores as influências recebidas de outros ordenamentos:

- a) *Projet de Code de la Consommation*, da França;
- b) Leis gerais da Espanha: *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei nº. 26/1984;
- c) Lei 29/1981, de Portugal;
- d) *Ley Federal de Protección al Consumidor* (Lei nº. 28/81) do México;
- e) Lei de Quebec – *Lai sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979.

19 - Cf. ALYIM, Arruda Teresa. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995 e GRINOYER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, 2004. p. 26.

f) na legislação portuguesa vamos localizar, especialmente, o Decreto-Lei nº, 446/85, de 25 de outubro, que trata do controle das cláusulas gerais de contratação;

g) na legislação alemã, temos a *Genetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976;

h) no Direito americano:

– *Federal Trade Commission Act*;

– *Consumer Product Safety Act*;

– *Truth in Lending Act*;

– *Fair Credit Reporting Act*;

– *Fair Debt Collection Practices Act*.

Além desse amplo leque legislativo estrangeiro, o nosso CDC também buscou inspiração no Direito Comunitário europeu e notadamente:

– na Diretiva nº 84/450 sobre publicidade;

– na Diretiva nº 85/374 sobre responsabilidade civil pelos acidentes de consumo;

4.2 As relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor

A relação de consumo advém de um fato jurídico em que estão presentes de um lado consumidores, como destinatários finais e entidades a ele equiparadas – a universalidade de pessoas participantes da relação de consumo, aquele que estiver exposto às práticas empresariais, ou mesmo em decorrência de um acidente de consumo²⁰.

20 V. MARRAS, Jaime. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo, 1993.

O CDC disciplina a situação do consumidor especialmente em quatro artigos: art. 2º, caput, contendo a definição básica de consumidor; no parágrafo único do mesmo artigo, quando equipara ao consumidor a coletividade de pessoas; no art. 17, quando iguala todas as vítimas de acidentes de consumo ao consumidor; e no art. 29, quando dispõe que estão equiparados aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Do outro lado, temos os fornecedores, isto é, aqueles que são responsáveis pelo abastecimento, ou aquele que presta o serviço, o provedor habitual ou com caráter profissionalizante de bens e/ou serviços.

O que qualifica o consumidor não é o objeto da relação obrigacional (dar, fazer ou o não fazer), mas a destinação final que ele dá ao produto ou serviço.

Não se misturam, em nenhum momento, a situação de consumidor e a do provedor. O comerciante não pode ser considerado consumidor, já que ele adquire o produto para a sua revenda, isto é, exerce a condição de provedor com o caráter de profissão.

Uma questão relevante se impõe nessa ordem de idéias. Será que em nosso ordenamento jurídico é possível a generalização do Direito do Consumidor a institutos gerais, protegendo todas as pessoas e não apenas o indivíduo, inclusive as pessoas jurídicas?

A resposta, em nosso entender é afirmativa. A palavra consumidor abrange todas as pessoas, tanto as pessoas físicas como as jurídicas. A nossa legislação difere das legislações européias, que só consideram o consumidor pessoa física.

A doutrina minimalista afasta-se desta posição. Aponta alguns requisitos ou pressupostos para tal aceitação²¹:

21 V. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo.

- a) que os bens adquiridos sejam necessariamente de consumo e não bens de capital;
- b) que exista um desequilíbrio evidente entre o consumidor e o fornecedor com favorecimento do segundo.

Numa posição maximalista, o CDC seria um código de grande amplitude sobre o consumo. Dentro daquela concepção de que o direito do consumidor nasce e se desenvolve numa economia de mercado. Em tal mercado os indivíduos poderão assumir o papel ora de consumidor, ora de fornecedor. O art. 2º do CDC assim deve ser interpretado. Não importa, portanto, se a pessoa é física ou jurídica. Mas o preceito de maior significado, no sentido da generalização ou ampliação da proteção dos consumidores está contido no art. 29 do mesmo código. Diz respeito a práticas comerciais. O capítulo V registra, expressamente “Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não *expostas* às práticas nele previstas”.

O destinatário final – pessoa física ou jurídica de acordo com o art. 2º do mesmo código -, age com a finalidade de atender uma necessidade pessoal e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial²². Num entendimento rigoroso, uma multinacional do setor automobilístico que necessitasse construir uma viga para aumento do espaço de um dos salões de exposição de veículos, seria considerada consumidora se o serviço contratado com uma empresa de engenharia viesse apresentar, posteriormente, fissuras graves em razão da qualidade e quantidade do material utilizado ainda que, nesse exemplo, pareça um tanto paradoxal ou irracional admitir a fragilidade de uma empresa dessa natureza..

4.3 O conceito jurídico de consumidor no CDC

Vários autores partilham da opinião de que há no Direito do Consumidor duas relações jurídicas de direito material diversas, isto é, uma

22 Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro, 2004, p. 26.

entre iguais (dois iguais consumidores ou dois iguais fornecedores entre si),²³ disciplinada pelo Código Civil, e uma entre “diferentes” (consumidores e fornecedores)²⁴, açambarcada pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁵ Entrementes, as duas leis possuem princípios afluentes, como função social dos contratos, boa-fé objetiva, havendo, portanto, harmonia principiológica nas citadas leis, e não de divergência²⁶.

Além do mais, se os agentes de uma relação jurídica forem consumidores e fornecedores e aquela for uma relação de consumo aplicar-se-á, prioritariamente, o CDC e, subsidiariamente, no que couber e for necessário, o Código Civil de 2002, sendo certo que o Código Civil trouxe novos direitos aos consumidores, devendo ser aplicada a estes agentes a lei que lhes for mais favorável²⁷.

O Fornecedor de bens e/ou serviços está definido no art. 3º do CDC, como toda a pessoa humana, jurídica ou entes despersonalizados, que exercem uma atividade típica e profissional, mesmo que irregular, de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização, mediante a remuneração direta ou indireta, de serviços e/ou bens no mercado de consumo.

A doutrina brasileira pouco se afasta desse entendimento. Todavia, alguns desvios ou reforços nos elementos conceituais existem. Paulo Roque Khouri, por exemplo, anota que fornecedor é:

“(…) aquele que oferece ao mercado, habitualmente, bens e serviços visando ao lucro, a que participa da cadeia produtiva, ou pratica alguns atos dentro desta cadeia, seja produzindo diretamente, ou distribuindo ou simplesmente intermediando o fornecimento de bens e serviços. E, para que assim seja enquadrado, não importa que seja nacional ou estrangeiro, público ou privado, pessoa jurídica regularmente constituída

23 V. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2003.

24 Cfr. MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit. p.29.

25 Cfr. CDELO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2002, p. 164-165.

26 Cfr. MARQUES, Cláudia Lima et al. *idem*, p. 30 e 34.

27 V. ZANELATO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2003.

ou não (entes despersonalizados). O que vai importar para o conceito de fornecedor é que ele esteja oferecendo bens e serviços, com habitualidade e profissionalismo, ao mercado".²⁸

Claudia Lima Marques estabelece a distinção entre atividade do fornecimento de produto e prestação de serviço. O primeiro seria caracterizado pela *atividade habitual e profissional*, na forma prevista no caput do artigo 3º supracitado. Tais elementos excluem da aplicação da norma do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, porquanto tais relações ocorrem no âmbito civil aplicando-se, nesse caso, o Código Civil de 2002.²⁹ No que se prende com o fornecimento ligado aos serviços, a presença do elemento profissional é dispensável. Basta que a atividade seja realizada com habitualidade.³⁰

Acerca da posição da autora, registra Rizzatto Nunes que a atividade pode ser habitual (típica) ou eventual, tanto de bem como de serviço:

"O uso do termo "atividade" está ligado a seu sentido tradicional. Têm-se, então atividade típica e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. É a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria. Por exemplo, uma estudante que, para pagar seus estudos, compra e depois revende lingerie entre seus colegas exerce atividade que a põe como fornecedora para o CDC. Se essa compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial".³¹

Tudo parece indicar que a profissionalização é o elemento essencial tanto para o fornecimento de bens, como para o fornecimento de

28. V. KHOURL, Paulo Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 58.

29. Cf. MARQUES, Cláudia Lima et al., cit. p. 93.

30. Cf. MARQUES, Cláudia Lima et al., cit. p. 93.

31. Cf. NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101.

serviço, consoante é possível observar da posição da doutrina mais festejada:

"Não é considerado fornecedor, todavia, aquela pessoa, física ou jurídica, que eventualmente aliena um bem ou preste um serviço sem caráter de habitualidade ou profissionalidade".³²

"Aqueles que participem do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com caráter de profissionalidade (exercício habitual do comércio). Tal profissionalidade pode existir, todavia, ainda que de forma irregular, como ocorre, por exemplo, com os vendedores ambulantes que praticam, em sua maioria, atividade ilegal, mas sujeita as normas de consumo".³³

"Pelo simples fato de o legislador ter utilizado a expressão "qualquer atividade", não se autoriza a exclusão dos elementos da habitualidade e profissionalidade, pelo mesmo motivo que não seria justo impor a um prestador de serviços eventual no mercado o rigor do tratamento que lhe impõe o CDC. Isso porque, na relação com o consumidor, pode ser este "fornecedor" o mais fraco, o verdadeiro hipossuficiente. Imagine-se, a propósito, alguém que tenha deixado de exercer sua função de mecânico há muito tempo e, diante de uma urgência de um terceiro na estrada, com uma pane qualquer no motor de um veículo, resolva utilizar seus conhecimentos na área, para tentar consertar o veículo, cobrando pelo serviço prestado. Ora, se assim ele se apresentou, como um prestador de serviços eventual, e, nessa qualidade, seus serviços foram aceitos, como impor-lhe, segundo a própria Lima Marques adverte "amplos deveres" previstos no CDC? Aquele que vai ao mercado esporadicamente oferecer um bem ou serviço não pode ser qualificado como fornecedor, porque lhe falta o caráter da habitualidade".³⁴

Já a palavra consumidor possui várias acepções. Para o dicionário Houaiss, consumidor é "1. (o) que consome 2. que(m) compra para

32. Cf. REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A Nova Concepção Contratual e os Negócios jurídicos Imobiliários*. Rio de Janeiro, 2001, p. 22.

33. Cf. MARINS, Jaime. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo, 1993, p. 76-77.

34. Cf. KHOURL, Paulo Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília, 2002, p. 60.

usar; comprador, freguês³⁵; para as ciências econômicas a palavra significa “qualquer agente econômico responsável pelo ato de consumo de bens finais e serviços”³⁶, não possuindo, para tal acepção, diferença entre consumo final ou intermediário. Para a sociologia consumidor é todo o indivíduo que usufrui bens e/ou serviços e pertence a uma classe social ou categoria profissional.³⁷

Heloisa Carpena afirma que para o CDC existem quatro espécies de consumidores:

“(1) consumidor *stricto sensu* (art. 2º), (2) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo: universalidades e categorias de potenciais consumidores (art.2º, par.único); (3) o bystander: as vítimas do acidente de consumo (art. 17); (4) o consumidor por equiparação: aquele que estiver exposto às práticas comerciais, tais como publicidade, oferta, cláusulas gerais e práticas abusivas (art.29). Assim, além de estabelecer o conceito legal, a própria lei estendeu o seu campo de aplicação para alcançar outros sujeitos, que a rigor não são consumidores...”³⁸.

Uma parte significativa da doutrina compartilha da ideia de que o art. 2º do CDC adotou de forma expressa o conceito econômico de consumidor, sendo aquele que obtém ou usa bem e/ou serviço advindos do mercado de consumo como destinatário final, posição esposada por José Geraldo Brito Filomeno³⁹.

35 Cf. HOUAISS, Antônio; SALLES VILLAR, Mauro. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, 2004. p. 184.

36 Cf. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1988. p. 71.

37 Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Consumerismo: marketing e a defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 27.

38 V. CARPENNA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, 2004.

39 V. FILOMENO, José Geraldo Brito. Registra o autor que “o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços como destinatário final, pressupondo-se que assim age para atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial”. **Manual de Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro, 2007. p. 26-27.

Assim sendo, a pessoa física, o empresário, a pessoa jurídica e os entes despersonalizados podem ser enquadrados como consumidores desde que sejam destinatários finais dos bens e/ou serviços adquiridos.⁴⁰

O conceito de consumidor *stricto sensu* é composto por três elementos: o *subjetivo*, sendo constituído pela pessoa humana, jurídica ou o ente despersonalizado; o *objetivo*, formado pelo bem e/ou serviço adquirido e/ou utilizado pelo consumidor, na forma do art. 3º do CDC e o *teleológico*, adstrito à destinação final dada ao serviço e/ou bem obtido ou usado, ou seja, consumido pelo sujeito de direitos na relação de consumo. É consumidor, portanto, aquele que obtém ou utiliza o bem ou serviço, sem o fito de transformá-los, repassá-los, parcelá-los, revendê-los, ou seja, explorá-los obtendo vantagem econômica, adquirindo ou utilizando os objetos da relação de consumo como intermediários do ciclo de produção⁴¹.

Como o exame do elemento teleológico é complexo, deve-se analisar, preferencialmente, o núcleo do conceito de consumidor, qual seja, a *vulnerabilidade*, para que se equilibre a sociedade de consumo, na medida em que são os consumidores as partes mais frágeis de uma relação de consumo, sendo expostos muito freqüentemente às adversidades do mercado de consumo⁴².

4.4 O conceito jurídico de vulnerabilidade no CDC

A *vulnerabilidade* é a pedra de toque do direito em questão⁴³. Busca explicar ou mesmo justificar a proteção dada pelo CDC ao consumidor. Pretende minimizar a diferença entre as partes no bojo de uma relação

40 Cf. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo, 2002. p. 168-179. Cf.

41 Cf. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código do Consumidor**: direito material. São Paulo, 2005. p. 88.

42 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. in: PRINCÍPIOS do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro, 2006.

43 Cf. PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p.52.

consumerista⁴⁴. Ela vem inserida na palavra *expostas*, entendida como fragilidade dos consumidores em face dos fornecedores, quer sob o aspecto econômico, quer sob o aspecto técnico, quer no grau – maior ou menor – de amplitude nas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor⁴⁵ ou colocadas à disposição do consumidor. Não há qualquer diferença, nesse aspecto, entre pessoas físicas ou jurídicas.

Heloisa Carpena⁴⁶, na esteira de Lima Marques, classifica a *vulnerabilidade* em técnica, jurídica ou científica e fática ou econômica. *Técnica* quando o consumidor que adquire ou usa bens e/ou serviços não detém conhecimentos técnicos essenciais ao processo de avaliação da qualidade e risco dos objetos da relação consumerista, sendo presumida em relação ao consumidor não profissional e excepcionalmente ao profissional⁴⁷. Seria *jurídica ou científica* quando o consumidor não detém conhecimentos específicos – no âmbito jurídico, contábil ou econômico – do objeto da relação consumerista em que se insere, sendo presumida em relação ao consumidor não profissional, mas não ao profissional e à pessoa jurídica, que devem deter conhecimentos mínimos acerca do bem e/ou serviço oferecidos no mercado de consumo. Seria, finalmente, *fática ou econômica*, no instante em que o consumidor se depara, na ambiência de uma relação consumerista, com a superioridade econômica ou monopólio de determinada atividade por parte do fornecedor, sendo presumível em relação ao não profissional, mas devendo ser demonstrada em relação à pessoa jurídica ou ao profissional.

Cláudia Lima Marques ainda põe em relevo outro tipo de *vulnerabilidade*: a *especial* que é aquela que requer maior proteção do Poder Ju-

44 Cf. MARQUES, Cláudia Lima assim define a vulnerabilidade: "... a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente ao risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas "explicação" destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa". *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2002, p. 269 e 270.

45 Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito, 2007, cit. p. 12.

46 Cf. CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2004.

47 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2002, p. 270.

diciário para evitar para a violação do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Estariam inseridos nesse tipo de *vulnerabilidade* as crianças, idosos, trabalhadores desempregados, deficientes ou pessoas privadas de saúde.

Vale a pena um parêntesis, acerca da *vulnerabilidade especial*, no que se prende com o interesse que o segmento idoso vem despertando na doutrina, máxime dos constitucionalistas. Ela ainda é incipiente no setor publicitário. As campanhas realizadas são mais direcionadas para a família dos idosos no sentido de minimizar os efeitos ruinosos da velhice⁴⁹. Por isso o idoso vem sendo colocado à margem do tipo de publicidade mais sedutora: compra de automóveis, apartamentos, cosméticos, grifes famosas, etc. Não obstante tal constatação, os estudos mais recentes realizados por cientistas sociais revelam que no próximo decênio novas regras nortearão o mercado de consumo nacional. Na estimativa desses pesquisadores, 20% da população brasileira ultrapassará, em 2010, a faixa dos 50 anos, razão pela qual novas demandas serão geradas por esse nicho de consumo. Admitem, inclusive, que uma verdadeira indústria de combate à velhice será implementada num curto espaço de tempo. Seguindo o modelo norte-americano, os idosos receberão informações mais efetivas sobre turismo, lazer, tecnologias de rejuvenescimento, aplicações financeiras, construção civil, transportes, seguros de saúde, etc. Tais necessidades poderão se converter em armadilhas aos consumidores desinformados ou carentes de informação.

A *vulnerabilidade* afeta mais o consumidor como pessoa física, especialmente em matéria informacional. Na realidade, o poder desfrutado pelas grandes empresas e as facilidades oferecidas pelo mercado e pela legislação para que as mesmas prosperem – notadamente aquelas que se agasalham sob o manto das sociedades anônimas – é extraordinário. Por isso mesmo é muito difícil o desejado equilíbrio entre os dois sujeitos da relação de consumo.

48 Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana consulte-se OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 1988, p. 54 a 56 e *Instituições Políticas e Constitucionais*, p. 55 e ss.

49 Medicamentos para a impotência sexual, fraldas geriátricas, casas de repouso, terapias especializadas, planos especiais de saúde, tratamentos rejuvenescedores, etc.

A *vulnerabilidade* que mais preocupa os estudiosos é a fática ou sócio-econômica por ser a mais ruinosa, mais comum e previsível. O fornecedor, na condição de pessoa jurídica, detém experiência e conhecimentos financeiros que maximizam seus lucros, permitindo-lhe dominar o mercado. Com isso também é capaz de se manter a salvo da ação do Judiciário em razão das dificuldades que os consumidores encontram de enfrentamento de ações comuns.

Registre-se que as indenizações por ato abusivo, têm afetado muito pouco o patrimônio das grandes corporações. Por isso mesmo parece irrelevante a repressão existente contra as infrações cometidas pelos fornecedores. Até porque as decisões do Judiciário são movidas, em parte, pelo princípio de que não se podem permitir a instituição da indústria das indenizações, máxime aquelas com a finalidade de reparação do dano moral. Existe a convicção da magistratura, nesse caso, de que as indenizações buscam, grosso modo, o enriquecimento sem causa, o que nem sempre sucede.

Um relance de olhos pelos bancos de dados das entidades responsáveis pela defesa do consumidor (PROCON'S, Associações de Defesa do Consumidor e congêneres) e pelos Tribunais brasileiros revela que as empresas mais reclamadas e acionadas judicialmente são as sociedades anônimas: telefonia, energia elétrica, saneamento básico, bancos, financeiras, seguradoras etc.

Outro aspecto importante a realçar diz respeito aos bancos de dados e cadastros de consumidores – informacional, portanto. Eles estão sempre à disposição dos fornecedores a que se destinam os serviços referidos, situação do Cadin – Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados, CFN – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos; SERASA – Centralização de Serviços de Bancos S/A e SPC – Serviço de Proteção ao Crédito. Contudo, da banda dos consumidores – ainda que o CDC garanta, por força do art. 43 e seus parágrafos, o acesso dos mesmos às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados

sobre eles e exigir, sempre que necessário, a imediata correção de dados incorretos, a prática revela que não há equipotência, em termos informacionais, entre fornecedor e consumidor. A celeridade destes serviços só existe em benefício do primeiro. Da banda do segundo as informações revelam-se precárias e repleta de obstáculos. Inexistem, por exemplo, dados cadastrais acerca da idoneidade dos fornecedores que permitam ao consumidor se resguardar de possíveis danos futuros, por força de uma escolha considerada errada ou duvidosa.

A *vulnerabilidade* do consumidor objeto de tratamento especial pela ONU, desde logo por meio da Resolução 39/248 de 1985, encontra-se prevista no art. 4º, I, do CDC.

4.5 A distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência

A *vulnerabilidade* não deve ser confundida com a hipossuficiência, embora a doutrina não seja assente nesse aspecto.

Para a doutrina majoritária, o conceito de hipossuficiência apenas deve ser aplicado no âmbito processual, isto é, quando o consumidor se depara com grave obstáculo à obtenção da prova do fato constitutivo de seu direito. Trata-se de requisito necessário a fundamentar a inversão do ônus da prova e somente nessa perspectiva cabe ser invocada.

Por outras palavras, a *vulnerabilidade* diz respeito ao direito material e a hipossuficiência ao direito processual⁵⁰. Para que um sujeito de direitos seja vulnerável devem-se constatar os elementos subjetivos, objetivos e teleológicos que formam o conceito de consumidor *stricto sensu*. Já para a hipossuficiência deve o magistrado verificar, pelas regras de experiência, “as dificuldades de arcar com os custos processuais, com a produção de provas, com a insuficiência ou incompletude das fontes de informação e tudo mais que indique a disparidade razoável entre os

50. Cfr. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos*. cit. p. 276.

litigantes⁵¹, daí a afirmação de que todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente⁵².

4.6 O conceito jurídico de bem e serviços

Acerca da expressão *bens e serviços*, a idéia mais assente é aquela que considera a palavra *bens* como gênero e o vocábulo *coisa* como espécie.

Já os *serviços* estão conceituados no art. 3º, § 2º, do CDC: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito, securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". *Serviço* é necessariamente uma atividade exercida pelo fornecedor com habitualidade e profissionalismo, mediante remuneração direta ou indireta, podendo ser durável, não durável, público, privado, aparentemente gratuito, como se extrai dos arts. 22 e 26, I e II do CDC.⁵³

4.7 Os preceitos de maior relevância do CDC

O art. 4º é um dos mais importantes do CDC na medida em visa atender não apenas às necessidades dos consumidores mas, especialmente, respeitar a sua *dignidade*. Mais: além de oferecer especial relevo à saúde, à segurança e à proteção de interesses econômicos, com a finalidade de melhorar as condições de vida do ser humano, ele enfatiza a necessidade da transparência e harmonia nas relações de consumo.

Entre os vários direitos básicos do Consumidor, assume destaque o *direito à informação*, que possui sua base constitucional no art. 5º, XIV da

51 Cf. BONATTO, Cláudio. MORAIS, Paulo Valério Dal Pal. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre, 1999. p. 80.

52 Cf. CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, p. 29-48, 2004.

53 Cf. REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, cit. p. 24.

CF/88 e no art. 150 supra referido. Em seu par. 5º estabelece medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

O *direito à informação adequada*, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor, o que é comprovado pela simples constatação de que o substantivo "informação" ou o verbo "informar" são citados 28 vezes no corpo dos 119 artigos do CDC.

O consumidor tem o direito de conhecer e compreender todas as informações que abarcam o produto objeto de consumo. Estas abrangem tanto as especificações técnicas como a tributação embutida no produto⁵⁴.

Entre os diferentes instrumentos constitucionais postos à disposição dos consumidores a Constituição de 1988 inclui:

- a) A assistência jurídica gratuita para as pessoas carentes;
- b) A instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor;
- c) As Delegacias Especializadas para atendimento;
- d) Os Juizados Especiais e Varas Especializadas para a solução de conflitos;
- e) As Associações de Defesa do Consumidor.

A nossa lei maior contempla vários institutos que se referem ao consumidor mas que na realidade protegem as pessoas em geral e não o consumidor como categoria particularmente *vulnerável*. É o caso da legislação sobre publicidade, que protege todo o destinatário da *publicidade enganosa*, sem demarcar um setor especial de "consumidores"⁵⁵.

54 Isto porque o consumidor/contribuinte, pelos princípios da capacidade contributiva e da transparência, deve saber, com exatidão, o montante do valor do produto que corresponde aos tributos.

55 Cf. SERENS, Nogueira. A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou proteção de alguns concorrentes?. *Boletim de Ciências Econômicas* (Universidade de Coimbra), v. XXXVII, 1994, n. 4.2.3, p. 94. Conclui o autor que beneficiários da proteção são afinal "alguns concorrentes".

Sem dúvida, o Direito Industrial (a vulgarmente chamada “Propriedade Industrial”), não tem por escopo principal a proteção do consumidor mas sim uma proteção de natureza essencialmente empresarial. Tradicionalmente – refere o mesmo autor – “era alheio a toda a referência a consumidor: a Convenção de Paris de 1883, mesmo na versão hoje vigente, nunca o menciona. Não é aliás surpreendente, pois é quase de um século anterior à eclosão do movimento de defesa do consumidor”.

Entre as principais inovações inseridas no CDC brasileiro figuram:

- a) O conceito amplo de fornecedor com inclusão de todos os agentes económicos que atuam direta ou indiretamente no mercado (com inserção das operações de crédito e securitárias);
- b) Os direitos básicos dos consumidores e respectivos instrumentos de implementação;
- c) A proteção contra os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação);
- d) O aperfeiçoamento do regime jurídico dos prazos prescricionais e da decadência;
- e) A ampliação da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades;
- f) O disciplinamento do *marketing* (oferta de publicidade);
- g) O controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo;
- h) A facilitação de acesso à justiça;
- i) O incentivo a práticas de mediação entre consumidores e fornecedores, especialmente com a previsão de convenções coletivas de consumo, etc.

Dois aspectos essenciais merecem realce nesta epígrafe:

- a) A legitimidade processual das associações para defesa dos consumidores ou proteção dos seus associados, decorrentes de previsão constitucional. Deve ser vista da forma mais ampla possível. As associações

só deixariam de intervir, se as regras de proteção em vez de apenas restritas aos consumidores, fossem gerais ou quando os interesses fossem exclusivamente dos consumidores.

b) Ainda que alguns direitos dos consumidores tendam a ser objeto de ampliação ao público em geral, nem por isso as associações apartam-se desses direitos, “pois eles não estão dependentes de os interesses que tutelam serem juridicamente reconhecidos apenas aos consumidores”⁵⁶. Ao contrário, a generalização deixaria sempre espaço para regras próprias do Direito do Consumidor.

5 Os mercados

O mercado de que trata esta epígrafe é o de consumo. A questão mais relevante a comentar prende-se com a ação ou intervenção direta do Estado – imprescindível em todos os setores da vida económica, máxime nos setores de transporte aéreo, alimentos e medicamentos. A segurança dos consumidores, em termos, especialmente, de preservação da vida e da saúde, é objetivo maior do Estado. Nesse aspecto, seria irreal a afirmação de existência de um mercado de consumo livre ou sem controle e sem fiscalização estatal.

A Constituição de 1988 no art. 173 e seguintes é muito clara nesse particular. Mesmo nas hipóteses de concessão ou privatização de certos setores, o Estado ainda assim não pode e não deve se eximir de tal responsabilidade. E tal sucede porque os fins do Estado são diferentes daqueles que as empresas prosseguem, designadamente as grandes corporações. Estas têm como objetivo precípuo ou nuclear a obtenção do lucro, pouco importando os custos sociais dos altos rendimentos auferidos, a eliminação de postos de trabalho, a erradicação de benefícios, a baixa de salários, a depreciação ou queda na qualidade dos produtos fabricados, etc.

Tema muito discutido nos últimos tempos é o que diz respeito ao direcionamento do mercado de consumo para os bens descartáveis. Existe,

56. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil e Direito do Consumidor. In: THEMIS - Código Civil Português - Evolução e Perspectivas Atuais, cit., p. 165-182.

presentemente, pouco ou nenhum interesse na durabilidade do produto e na fabricação de peças de reposição. De igual modo, a celeridade da técnica vem implicando a rápida obsolescência dos modelos em uso, exigindo do consumidor alta rotatividade na troca do produto por outros mais atualizados. Concorre para a exacerbação do fenómeno o custo da mão-obra pressupondo, nas condições de avaria do bem fora de garantia, a sua substituição total determinada pelo custo da mão de obra, pela inexistência de peças de reposição ou pelo arcaísmo do equipamento. Nesta última hipótese foi o que sucedeu com o vídeo cassete, substituído pelo DVD.

O fenómeno da globalização agravou este quadro por conta da abertura do mercado de vários países à importação e permuta de tecnologias, da celeridade das comunicações e do aperfeiçoamento do processo de distribuição.

Fator de corrosão do mercado de consumo foi a mudança dos pólos de produção das grandes corporações para outros países onde a mão-de-obra era excedente e barata, embora sem preocupações ou condições de qualidade. Os resultados têm sido catastróficos em função da baixa qualidade dos produtos oferecidos, especialmente no Terceiro Mundo. Estimula esse tipo de produção degradada o baixo poder aquisitivo das camadas párias das sociedades, máxime do Terceiro Mundo.

Acresce a tudo isso o volume cada vez maior dos investimentos em *marketing*, com a finalidade de divulgação de determinada *grife*. Muitas empresas detentoras da propriedade intelectual das marcas com grande aceitação do público colocam elas próprias no mercado produtos fabricados em países não desenvolvidos como se fossem imitações ou refugos industriais comercializados sem autorização. Tal prática ilude os consumidores que, fascinados pela marca, esquecem a qualidade do produto comercializado ou adquirido.

6 Direito comparado: o Direito do Consumidor na Europa e a proteção dos organismos internacionais

A Europa encara o consumidor, como todo aquele que não age no exercício profissional duma atividade⁵⁷.

Todos merecem ser protegidos contra a indução em erro. Se só o merecessem os consumidores, justificar-se-ia uma regra específica. Mas como todos estão na mesma posição, é realmente o público que é o destinatário dos preceitos.

A Comunidade Europeia aprovou, em 1975, um Programa Preliminar de Defesa do Consumidor. A partir daí multiplicaram-se as intervenções legislativas da Comunidade e as dos vários Estados-membros, ainda que os avanços não tenham sido iguais ou uniformes.

Na Alemanha, com a reforma de 2001 do Livro do Direito das Obrigações do Código Civil (BGB), os princípios do Direito do Consumidor são depurados e integrados no livro. Das previsões existentes apenas cerca de 50 preceitos disciplinando a situação do consumidor ficam assentes no BGB. O restante ou é deixado para legislação complementar, por ser demasiado específico, ou pelo contrário é generalizado, por se entender que se justifica para as pessoas em geral e não apenas para os consumidores. Nesse aspecto, seria possível afirmar que a opção alemã implicou o enriquecimento do Direito Civil nesse campo sem se preocupar com as especificidades do direito do consumidor.

Diferente foi o caminho trilhado pela Itália quando, em 2005, fez aprovar o *Codice del Consumo* com a pretensão de regular toda a matéria referente ao consumidor, embora tal se revele impossível. É o que se passa, por exemplo, com o comércio eletrônico.

A França aprovou o *Code de la Consommation*, de 1993, que continua vigente, mas a Holanda optou – seguindo o modelo alemão – pela inte-

⁵⁷ Cf. ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito Industrial e Consumidor*.

gração da matéria no Código Civil.

Na Suécia, o Direito do Consumidor incorporou, a partir de 1971, a figura do *ombudsman* cujo modelo seria seguido, especialmente, pela Noruega, Dinamarca e Finlândia.

Como se observa, a implantação do Direito do Consumidor, mesmo na Europa comunitária, não foi semelhante. Cada país revela singularidades ou especificidades distintas. Assim aconteceu, também, em Portugal.

Nesse país o direito do consumidor surge com o golpe militar de 1974, que encara as intervenções no campo da defesa do consumidor como uma arma de agressão à empresa capitalista⁵⁸.

Mas os Códigos Penais de 1852 e 1886 já regulavam certas situações encaradas hoje como relações consumeristas, caso do crime de ofensa à saúde pública e da prática de relações comerciais desonestas. Também em 1954 o Decreto-Lei n.º 41.204, de 27 de julho de 1954, ao condensar a legislação sobre delitos anti-econômicos e contra a saúde pública, até então dispersa, apresenta os primeiros passos para o surgimento desse direito. Sem falar, naturalmente, no Código Civil de 1966 que introduziu o regime de vendas a prestações começando a revelar alguma preocupação com a posição do comprador e com o modelo de responsabilidade objetiva para os danos causados por instalações de energia elétrica ou gás.

Todavia, foi com a Constituição da República de 1976 – publicada numa altura em que a Europa revelava uma profunda preocupação com o social – que o direito do consumidor alcança o *status* de ramo autônomo. Pela primeira vez os direitos dos consumidores alcançam um significativo grau de proteção.

Conferiu a Constituição portuguesa ao Estado a incumbência de “proteger o consumidor”, notadamente por meio do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores (artigo 81^o)

Por ocasião da sua primeira revisão, em 1982, o título VI passou

58. É assim que se chega a criminalizar o envio ao consumidor de produtos não solicitados por este.

a designar-se “Comércio e Proteção do Consumidor”, e no artigo 81^o, alínea j, relativamente às incumbências prioritárias do Estado no âmbito econômico e social, inseriu-se a proteção do consumidor. No artigo 110^o, n.º 1, definiram-se vários direitos dos consumidores, em termos de se poderem considerar direitos fundamentais de natureza econômica.

Na segunda revisão da CRP de 1976, resultante da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, houve especial alargamento dessa modalidade de direitos. Mas foi a legislação ordinária que logrou concretizar, embora de forma lenta, a vontade do legislador constitucional, regulamentado, inicialmente, o regime de vendas pelo correio e o regime de contratos de promessa de venda de prédios urbanos e a publicidade.

Em 22 de agosto de 1981 publica-se a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 29/81) configurando a primeira experiência legislativa de tal amplitude e alcance na Europa⁵⁹.

Em 2006 um Anteprojeto de Código do Consumidor é apresentado à discussão pública. Caracteriza-se por uma grande abrangência nas matérias compreendidas. Mas ainda deixa de fora o comércio eletrônico, que fora objeto de regras importantes (e recentes) de proteção do consumidor⁶⁰; e ainda matérias que podem ser ou não consideradas de Direito do Consumidor, consoante o conceito de consumidor adotado, como a proteção do investidor em valores imobiliários⁶¹.

No plano das organizações internacionais a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1985 deixou assente que o direito do consumidor é um direito fundamental de nova geração, um direito econômico e um direito social.

59. Cf. VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor - sua abrangência. Lei de Defesa do Consumidor. *Cadernos IBCB*. São Paulo, v. 22, p. 10 e 12, 1991.

60. Cf. o Dec. - Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro, que transpõe a Diretriz n.º 00/31/CE, de 8 de Junho.

61. Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira, 2001, p. 63-75.

Prognósticos ou caminhos possíveis do direito do consumidor

A dinâmica das relações de consumo após o advento da Lei nº. 8.078/90 poderia levar à precipitada conclusão de que a evolução e as transformações presentemente verificadas no Direito do Consumidor serão cada vez mais intensas e positivas. Não há, todavia, certezas nesse campo. Sabe-se, não obstante, que a velocidade ímpar dos meios de comunicação, a intensidade das negociações pactuadas por meio cibernético, a transferência de tecnologia, o planejamento industrial em grande escala, os meios eletrônicos de distribuição, as transformações operadas pelo sistema bancário cada vez mais liberto de controle do Estado, provocarão alterações substanciais no universo globalizado. No âmbito das relações de consumo, há que contar com o apagamento cada vez maior dos laços de solidariedade, a exacerbação do individualismo, o aniquilamento ou extermínio da moral e da ética. Deste modo, a força dos interesses do capital serão determinantes para modificação das regras que disciplinam os direitos do consumidor e do fornecedor.

Todas essas questões de topografia privatística – em grande parte relacionadas com os efeitos iníquos ou traiçoeiros do fenômeno da globalização – dificultarão a intervenção do Estado e, máxime, do Poder Judiciário. Sob outro ângulo, o avanço progressivo do capitalismo implicará a inclusão de outros atores internacionais. Estes deterão papel central na configuração da economia e da própria sociedade nacional e internacional. Esse novo Leviatã com diferentes cabeças será responsável pela existência de um mundo sem fronteiras, sem ilusões e sem grandes expectativas. Com isso, além da história, sucumbirá em definitivo a geografia.

Os novos protagonistas desse cenário já estão em evidência para alterar, substancialmente, o equilíbrio de forças: o poder triádico representado pelos EUA, a União Européia e o Japão, a que se agregam gradualmente os impérios emergentes. Por outro lado, temos o império

bancário, as grandes corporações e organizações financeiras internacionais. Os três últimos passaram a exercer poderes paralelos e concorrentes aos poderes constituídos.

Indaga-se, por isso: Será que essa nova reconfiguração do cenário internacional, aparentemente catastrófica, conduzirá à geração de mecanismos e instrumentos mais ágeis e refinados, criados pelo Estado, para a proteção do consumidor? Isso parece difícil por várias razões: o fosso cada vez maior entre Estado e comunidade; a produção de uma massa acrítica e manipulável; a conversão da constituição em algo meramente simbólico – constituição também plurívoca e autopoietica⁶² –, a morte do axioma da supremacia do interesse público em face do interesse privado. Confirma tal linha de raciocínio a fragmentação dos interesses públicos em primários e secundários e o *boom* de privatizações, especialmente na década de 90.

Na situação brasileira, o cenário é agravado pela instabilidade das nossas instituições e fragilidade da nossa democracia. Nesse último aspecto, vale a pena recordar que mesmo nos países do Primeiro Mundo a democracia está cada vez mais assumindo a sua dimensão totalizante.⁶³ Exemplo do que se afirma são os direitos individuais que, gradativamente, vão cedendo espaço aos direitos coletivos. Nesse contexto restritivo, ou o homem se agrupa, ou se perde no emaranhado das pressões do universo privado.

O desenho traçado se exacerba com a expansão do consumo e a valorização do petróleo. Ambos concorrem para o apagamento do ciclo ou era do alimento barato. Tal fenômeno não está circunscrito ao Brasil. Ele se estenderá por todos os países. Por isso mesmo, a escassez dos produtos de subsistência irrompe como a preocupação mais séria a ser enfrentada pela população mundial neste início de século.

Como se observa, os caminhos do Direito do Consumidor são ainda obscuros ou encobertos. Pressupõe tempo e obstinação para aprimoramento do estatuto do cives. Há, contudo, que perseverar no sentido

62 Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, p. 53.

63 V. OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária – do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, 2001.

de encontrar as trilhas corretas para o progressivo avanço e autonomia desse direito. Em qualquer circunstância considerada é preciso não esquecer que a Constituição Federal assume relevo especial em razão da superioridade hierárquica que desfruta e da sua enorme capacidade para a unificação valores do ordenamento jurídico⁶⁴.

Há que caminhar ainda no sentido de aglutinar, coordenar e harmonizar as fontes existentes. Possivelmente, no diálogo das fontes e entre fontes, o Direito Civil não perderá o seu protagonismo. Ao contrário, caminhará sempre como direito mais robusto ao lado das leis especiais (planos de saúde, atividade bancária, locação de imóveis, transporte aéreo, incorporação imobiliária, atividade educacional, etc.). Não se deve esquecer, também, a relevância que vem assumindo, modernamente as convenções e tratados internacionais sobre a matéria. É um assunto que está a merecer a atenção não só dos publicistas mas também daqueles que se debruçam sobre as relações privadas.

Consumer law before Civil Code: New upcoming approaches

Abstract

The purpose of this work is to make a study about the autonomy of consumer rights in characteristics present and future perspectives. And all that without losing sight of the capillary mechanisms of integration with other Public and Private Law subjects, especially in relation to Civil Law. We favor, in this last aspect, the Portuguese scientist José de Oliveira Ascensão always innovative ideas. In a globalization context, we did not lose sight of the consumer rights increasing relevance in an international context, mainly in Europe. The main reason is, among other things, in the

supranational organisms need in harmonizing with the internal law orders, establishing, this way, a permanent interchange between the two levels: the national and international. Taking into consideration that consumer right is a result of a long process of historical achievements and acquisitions, the article offers a taxonomy of the evolution of that right, along the last centuries.

Key-words: Consumer law. Interdisciplinary. Civil Law – international protection.

64. V. BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 89. V., do mesmo autor. *O Consumidor e seus Direitos ao Alcance de Todos*. Brasília, 2002.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. A ação popular e a proteção do investidor. *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n. 11, ago., p. 63-75, 2001.

_____. Direito Civil e Direito do Consumidor. In Themis – “Código Civil Português – Evolução e perspectivas atuais. Edição especial da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, p. 165-182, 2008.

_____. *Direito Europeu do Consumidor e Direito Brasileiro* (no prelo).

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Teresa Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 628, p. 71, 78, fev. 1988.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e seus direitos ao alcance de todos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Aplicação do código de defesa do consumidor: Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BONATTO, Cláudio; MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, v. 2, p.10-12, s.d.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, a. 5, p. 29-48, jul./set. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. MORAES, Maria Celina Bodin (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Consumerismo: marketing e a defesa do consumidor, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Manual de Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Alfa, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como "destinatário final". **Revista do Consumidor**, n. 23-24, p. 187-192, jul./dez.1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS, Antônio Herman et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOUAISS, Antônio; SALLES VILLAR, Mauro. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KHOURI, Paulo Roque A. **Contratos e Responsabilidade Civil no CDC**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

MARINS, Jaime. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, s.d. tomo I.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OTERO, Paulo. **Lições de introdução ao estudo do Direito**. Lisboa, 1988. v. I.

_____. **A Democracia Totalitária – do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI**. 1 ed. Cascais: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

_____. **Instituições Políticas e Constitucionais**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. I.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, p. 52, s.d.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RÊGO, Wêrson. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 22, 2005.

_____. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 22, 2005.

VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor – sua abrangência. Lei de Defesa do Consumidor. **Cadernos IBCB**, São Paulo, v. 22, p. 10 e 12, 1991.

ZANELATO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p. 172-191, jan./ mar, 2003.

Referência deste artigo

MAYER, Dayse de Vasconcelos. O direito do consumidor frente ao Código Civil: autonomia e perspectivas de futuro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 111-152, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 10 set. 2009. Aprovado em: 01 dez. 2009.

A ética e a função de julgar: garantia da legalidade da decisão

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Juiz de Direito Titular da Comarca de Orobó - PE.

Resumo

O ato de julgar situa-se além da aplicação da lógica formal, alcança a realidade social, atravessa a frieza da abstração normativa, para tornar concreta a parcela de liberdade abdicada pelo cidadão ao confiar ao Estado a distribuição de justiça. O julgamento ético consubstancia-se na valoração real da resolução de conflitos, superando a ineficiência de paradigmas e de fórmulas estáticas, geradoras da descrença na

Justiça. A decisão judicial deve levar em consideração os efeitos práticos para tornar-se concreta. A sociedade e cada cidadão esperam do magistrado conduta compatível com a dignidade da função que exerce, na qual se ressalte a independência, a imparcialidade e a visão de prevalecer o direito em equilíbrio com a segurança jurídica.

Palavras-chave: Julgamento. Ética. Juiz.

1 Introdução: a função de julgar

A prestação jurisdicional de forma efetiva realiza o próprio direito, e o uso adequado do processo como meio, torna eficaz a entrega do direito buscado. A partir do momento em que se afastou a autotutela, coube ao Estado o desenvolvimento de mecanismos, a fim de que os meios utilizados alcançassem a efetiva entrega do direito. Questiona-se

a eficiência do Estado-Juiz no desempenho da função de dizer o direito, de fazer chegar a cada cidadão a justiça.

As técnicas desenvolvidas, ao longo do tempo, sofrerem diversas modificações, motivadas por diversos fatores de ordem política, social e econômica, culminando com o aperfeiçoamento do estado de direito.

A responsabilidade atribuída ao Poder Judiciário e mais especificamente aos juizes é de capital relevância no próprio processo de evolução da sociedade, no que se refere à teia de relações entre os mais diversos segmentos desta mesma sociedade, quer na área privada, quer na dimensão pública, porque a aplicação da lei ao caso concreto, descortina, aponta, faz tornar realidade o fim ao qual é destinada a norma, identificando as necessidades e tornando real a dialética sócio-política.

O ato de julgar vai além de mera aplicação de técnica, mas opera verdadeiro ato de criação. Neste aspecto verificamos que a decisão judicial vai além do ato de conhecimento em si da norma, é ato de vontade, em que pontificam ideologias, emoções e opções valorativas (GOUVEIA, 2000, p.114-115). O método lógico-dedutivo mesmo que não possa ser totalmente afastado, não se revela suficiente no amplo espectro das questões suscitadas ao julgador.

Não há compatibilidade absoluta entre o Direito e a lógica formal, porque o ato de julgar sempre implica avaliações valorativas ou axiológicas.

Ressalta Strenger (1999, p.110): "Não há dúvida que pertence à lógica formal estabelecer a conclusão solidária de premissas, mas cabe à lógica jurídica mostrar a aceitabilidade das premissas, a qual resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se opõem no litígio".

Cândido Dinamarco (1996, p.196) comenta:

[...] a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em cate-

gorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e, sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei [...].

Entre a descrição do fato jurídico e a norma jurídica não existe a harmonia pré-estabelecida num simples silogismo, porque o fato por vezes não é facilmente verificável, e a norma aplicável constantemente revela-se obscura ou incompleta, cabendo ao juiz o ajuste para a obtenção da decisão. Deve-se, entretanto, afastar a idéia de que o julgamento se faz na livre intuição do julgador, porque o ato de julgar exige a aplicação de uma metodologia, em que os fatores éticos e sociais integrantes da realidade não podem ser desprezados.

A consideração da norma geral e abstrata, qual seja premissa maior, o fato concreto, tal qual como premissa menor, levando-nos à norma individual e concreta, como conclusão, unidas apenas por procedimentos lógicos e sem qualquer valoração do juiz, revelam-se insuficientes para realização do direito, porque a linguagem utilizada nos comandos normativos não corresponde à linguagem de uma lógica axiomatizada, em que as circunstâncias as relações intersubjetivas aplicadas ao caso concreto afetam a decisão.

Destaca Eduardo Cambi (2001, p.195): "Com efeito o Direito não pode ser considerado uma "ciência exata", na medida em que pode contemplar a existência e mais uma resposta contemplar a existência de mais de uma resposta correta para o mesmo caso concreto".

O estudo das formas de raciocínio não é prestigiado pela lógica formal, como ciência social não se pode aplicar ao Direito simplesmente regras intelectivas ou empíricas, próprias das ciências exatas, porque para se chegar a uma decisão jurídica aceitável, há outras implicações em decorrência de relações concretas, e, portanto sujeitas a um complexo processo, que envolve debates, deliberações, escolhas, sanções, convencimento, que não se limita a padrões da lógica analítica, muito menos de mera observação. (PERELMAN, 1996, p.112).

Adverte Menezes Direito (2000, p.37) sobre a decisão judicial:

O Juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo. Na velha lição de Henry Cambell Black, "se a linguagem da lei é ambígua, ou se enseja duas construções, o Tribunal pode e deve considerar os efeitos e as conseqüências de uma e de outra para adotar a que torne a lei efetiva e produza os melhores resultados" (Interpretation of Laws, West Publishing Co, 2ª ed., 1911, p. 100).

É necessário ir além, a formação da vontade do juiz e a própria capacidade de julgar têm como exigência o comprometimento com a argumentação moral. Isto ocorre porque no desenvolvimento do processo de argumentação, a racionalidade da ética deverá ocupar lugar como interlocutora na constituição do próprio sistema jurídico (WARRAT, PÊPE, 1996, p.84-85).

Leciona Ferrajoli (2006, p. 42): "[...] o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela [...]".

Mesmo em construções jurídicas em que intervêm quer legisladores, quer juizes ou ainda juristas é necessária a utilização de conceitos para qualificação, a fim de que ocorra a subsunção pela norma jurídica, assim ao identificarmos determinado fato jurídico, recorre-se a conceitos trazidos pela ética e pela moral, tais como, boa fé, bons costumes, bom pai de família dentre outros (RIGAUX, 2000, p.92-93).

O ato de interpretação, de criação do Juiz ao julgar, ao apresentar a sentença, não significa, por outro lado, a insubmissão a lei, ao orde-

namento jurídico, à ética, mas, pelo contrário, requer uma minuciosa análise dos dados fáticos para encontrar uma decisão justa.

Neste sentido a lição de Gademer (1998, p. 320):

[...]La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en ella está desde luego reservada al juez, pero éste está a su vez sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido en que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto. Todo el que haya profundizado en toda la concreción de la situación estará en condiciones de realizar esta ponderación. En esto consiste, precisamente, la seguridad jurídica de un estado de derecho: uno puede tener idea de a qué atenerse [...].

Ao magistrado cabe afastar concepções, doutrinas ou teorias alheias à realidade no procedimento decisório, porque se assim não proceder irá produzir um decisão vazia de conteúdo e de direito.

Lembra Menezes Direito, (2000, on-line) referindo-se ao ato de julgar, ao citar Ronald Dworkin, em O Império do Direito:

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.

2 A ética

Quando falamos de Ética devemos estabelecer, em termos gerais, a diferença entre ética e moral. A ética conceitua-se como ciência que trata do comportamento humano em sociedade, e tem como objeto a moral (VÁSQUEZ, 1995, p.12).

A Ética situa-se como reflexão crítica sobre os valores morais, embora não se possa dizer que seja pura teoria, pois se identifica como o conjunto de princípios direcionados para a ação. Investiga, identifica a essência dos valores da conduta do ser humano, na realidade social em que se encontra. Neste sentido a moral encontra-se circunscrita à regulação de determinados valores ou comportamentos de natureza mais particular do que universal, relacionadas a uma dada sociedade, cultura, religião, comunidade.

Situamos a Ética no campo da conduta humana em contraposição a simples hábitos ou costumes de uma determinada sociedade.

A importância da ética para o homem reside no fato de que é uma referência a regular o desenvolvimento a sociedade humana. Na medida em que a degradação moral da sociedade como um todo se faz sentir, verificamos, com mais frequência, a comunidade humana debruçar-se sobre o papel da Ética, porque diz respeito à própria convivência humana. Neste aspecto, redescobrimos as relações da ética com o sistema econômico, com a justiça social, com o meio ambiente, com a educação, com a Biologia, com a política, com a cidadania, com as relações profissionais, com o Direito. Note-se em todos estes referenciais a presença do ser humano, como ponto de partida para a Ética.

O relacionamento humano apresenta constantes transformações num processo natural de evolução diante dos acontecimentos, das descobertas, do aparecimento de novas situações, próprios da organização e inteligência do ser humano.

A ética tal qual a humanidade não é estática, acompanha a própria evolução da conduta humana na sociedade, fornecendo os balizamentos necessários para o inter-relacionamento. Existem, não obstante, valores éticos permanentes tais quais o respeito à vida, à liberdade.

Bullara (2009, on-line) adverte, todavia, para a exacerbação do relativismo e o papel da ética na sociedade: “[...] Se tudo é subjetivo, esfuma-se o conceito de verdade. É quando se perde o conceito de verdade,

o homem perde a sua identidade. A ética se transforma num conjunto de regras que dizem respeito a um certo grau de dignidade e de paz social”.

Preciso é o magistério de João Paulo II (2003, p.546), na encíclica “*Evangelium Vitae*”:

[...] urge, pois, redescobrir a existência de valores humanos e morais essenciais e congêntos, que derivam da própria verdade do ser humano, e exprimem e tutelam a dignidade da pessoa: valores que nenhuma maioria e nenhum Estado poderá jamais criar, modificar ou destruir, mas apenas os deverá reconhecer, respeitar e promover.

Na “*Veritatis Splendor*” encontramos:

É à luz da dignidade da pessoa humana que a razão apreende o valor moral específico de alguns bens, aos quais a pessoa está naturalmente inclinada. [...] a exigência moral de amar e respeitar a pessoa como um fim e nunca como um simples meio. [...] (JOÃO PAULO II, 2003, p.449).

Aplicada ao Direito, a Ética fornece os critérios de aferição das normas aplicadas aos casos concretos, prescreve condutas exigíveis na condução do processo de julgamento de modo a garantir a imparcialidade na formação do juízo.

Aplicada a Ética ao agir profissional, mais especificamente no tema da conduta do magistrado, falamos de um deontologia, de um dever, como conduta desejada e esperada. A atividade do juiz, no desempenho das funções de julgar, influencia diretamente a vida das pessoas, as relações privadas e públicas, razão pela qual na interpretação e aplicação da lei, o juiz revela-se como intérprete da sociedade contemporânea em que atua (DIREITO, 2002, on-line).

Preciso é o magistério de Miguel Reale (1981, p.35-36):

[...] as normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma

diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica resulta a imperatividade da via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma nua decisão, arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado o poder que decide.

O exercício da função judicante não se encontra alheio ao conjunto de características e qualidades exigidas do julgador pela sociedade, considerando-se os valores e princípios existentes nesta mesma sociedade que confiou ao juiz a nobre e grave função de julgar.

Verifica-se também um relacionamento estreito entre Ética e Direito, como conseqüência deste fato, encontramos normas de natureza ética inseridas no ordenamento jurídico-normativo. No próprio preâmbulo do texto constitucional brasileiro, encontramos inseridos princípios éticos de liberdade, de justiça, de igualdade, da dignidade da pessoa humana entre outros, fundamentos do Estado brasileiro. Além destes princípios éticos, outros princípios como a moralidade, por exemplo, encontram-se alçados à categoria de norma constitucional. Outros textos legais como o Código Civil referem-se à boa-fé, aos costumes, à indignidade, a equidade.

O agir do juiz segundo princípios éticos produz ao lado da certeza da decisão reta, a afirmação da serenidade, da firmeza, da justiça no ato de julgar, restabelecendo-se o equilíbrio das relações sociais.

Ilumina Mota de Sousa (1987, p.101):

[...] o julgamento como opção ética é aquele resultante da atuação do juiz sintonizado com a realidade social que o envolve, que procura, a cada demanda que lhe é posta a julgamento, decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da justiça.

A pretensão do atuar normativo deve ir além da simples dicção do direito, para almejar não apenas o sentido lógico da decisão, mas alcançar o próprio sentido de justiça.

Conclui Perelman (1996, p.516):

Cada vez que o recurso à lógica basta para conhecer a resposta de uma questão, esta poderia ser fornecida por uma máquina programada para tanto, e o recurso ao juiz poderia ser evitado. Mas cada vez que uma decisão de justiça deve ser capaz de apreciar a importância dos valores em jogo, que deve poder pesar o pró e o contra, para chegar a uma decisão bem-motivada, que leve em conta, de uma forma equilibrada, as exigências da equidade e da segurança jurídica, o juiz não poderá limitar-se ao cálculo de um autômato, mas deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, em sua tomada de decisão, quanto na redação de uma sentença que comprometerá sua responsabilidade pessoal.

Embora na interpretação da norma jurídica e conseqüente aplicação da norma ao caso concreto, o juiz não possa ir além dos parâmetros da própria lei, tomada em consonância com o ordenamento jurídico, deve o julgador atender à realidade existente no seio da sociedade, sem olvidar o ser humano como destinatário final daquela decisão.

Ensina Manoel Teixeira Filho (1994, p.298):

"[...] o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto, a despeito de poder dar-lhe uma interpretação que, sem desvirtuar-lhe o sentido, faça com que ela se torne mais justa, ou menos injusta, e, nisto se insinua o contributo jurídico do magistrado para indispensável adequação do sentido teleológico da norma à realidade social, política e econômica e às inomináveis transformações orgânicas que esta apresenta".

3 A legalidade do julgamento e os parâmetros éticos

A atividade de julgar requer uma deontologia específica, a função do juiz ultrapassa a função de burocrata do Estado, porque personifica o próprio Estado na entrega, na distribuição da justiça (DIREITO, 2002, on-line).

A legalidade apresenta-se ligada ao agir conforme os parâmetros do ordenamento jurídico, mas em seus contornos éticos não se encontra dissociada da legitimidade, compreendida como a substância da própria aplicação normativa ao caso concreto, ou a seja entrega do direito almejado.

A extrapolação da simples lógica não significa a arbitrariedade da decisão judicial, porque há a necessidade da fundamentação levando-se em consideração os parâmetros e os princípios do direito aplicados. O juiz deve procurar a solução mais justa possível, afastando-se as paixões, "achismos" e subjetivismos.

Questão crucial para o juiz é a verificação da aplicação da lei dentro dos parâmetros éticos possíveis, isto porque, em sentido restrito constatamos que nem tudo admitido por lei, é ético, é justo, haja vista que o próprio legislador pode agir despido dos parâmetros éticos. Não se deve perder de vista o fim da norma, a que e a quem é destinada a norma, ultrapassando-se o estrito legalismo, para se alcançar o destinatário: o próprio ser humano, a pessoa.

A visão idealista da justiça e a análise da conduta humana são componentes esperados das decisões judiciais comprometidas com a ética, porque permitem a compreensão dos conflitos, descortina a verdade e resulta numa sentença em que se encontram presentes o convencimento integral e seguro, revelando-se a "consciência ética plena do verdadeiro e do justo" (ALVES, 2001, p.207).

É dever do Juiz repelir condutas antiéticas, superando um julgamento de caráter apenas formal, mas com a consciência de que a decisão tomada irá causar efeitos, modificar a realidade social.

A estabilidade social deve ser procurada nas decisões tomadas pelo juiz, razão pela qual o julgamento engloba responsabilidade ética.

Adverte Nalini (2004, p.313): "[...] o juiz burocrata e insensível troca a função de solucionador de conflitos pela de multiplicador de injustiças".

O julgamento ético pressupõe a atividade jurisdicional em sintonia com a realidade social das partes envolvidas e da própria sociedade. Há a efetiva necessidade de superar as fórmulas estáticas, quer do processo, quer da norma em si, a fim de que a prestação jurisdicional não se torne ineficiente e, por conseguinte causa da descrença na Justiça.

Leciona Perelman (2002, p.19):

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas e considerações pragmáticas de natureza social e política, moral e econômica.

O ordenamento jurídico, a norma jurídica, não apresentam o mesmo grau de velocidade de crescimento, de multiplicação, dos mais variados fatos de interesse jurídico ocorridos na sociedade, nos meus científicos, basta citar como exemplo, a questão do genoma humano e suas implicações para o Direito.

Deve-se entender o ordenamento jurídico como um sistema aberto, e cabe ao juiz, por meio da adequada argumentação, desenvolver o seu raciocínio a fim de que a decisão judicial atenda, precisamente, não somente o aspecto legal e formal, mas em última "ratio", a proteção ao exercício dos direitos do cidadão e da dignidade da pessoa humana.

A sentença prolatada pelo Juiz deve ser traduzida como o exercício do poder pelo próprio Estado que tomou para si, em tempos imemo-

riais, o monopólio da Justiça, portanto, não deve se encontrar distanciada da realidade dos fatos, não é ato isolado, sem vínculo com a sociedade. A chamada “solidão do julgamento” deve ser vista apenas como pressuposto da independência do julgador, de momento de reflexão, mas, o ato de julgar, é algo concreto, presente no mundo (DIREITO, 2002, on-line).

Ilumina Carlos Maximiliano (1995, p.21):

[...] interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais [...].

Nesta perspectiva, a própria eficácia, a eficiência da sentença, é resultante da compatibilidade entre a realidade social, a lei, e a razoabilidade da decisão. A autoridade da sentença reside também na fundamentação como reflexo da atividade desenvolvida pelo julgador.

Questiona-se até que ponto é eticamente possível a aplicação da norma considerada injusta. Noberto Bobbio soluciona o problema, inicialmente, com a verificação da existência da norma no sistema jurídico, em seguida com a posição da norma dentro dos valores socialmente aceitos em dada sociedade e em dado momento, e por fim para identificar a validade da norma, se teria sido lei sancionada por autoridade competente (Bobbio, 2008). Apresenta-se como crítica a este posicionamento a falta de solução para a questão ética aplicada à lei, pois se mantiveram como válidas as normas da escravidão, do III Reich, mesmo que injustas.

As leis que privaram os judeus de seus bens, que exterminaram milhares de judeus, não poderiam ser consideradas direito, porque eram

contrárias ao próprio direito, por serem contrárias às convicções jurídicas comuns a todas as nações civilizadas. O Tribunal de Nuremberg na análise da legalidade e legitimidade do sistema normativo instalado no III Reich ultrapassou a simples aferição formal, para constatar a natureza criminosa do regime nazista e, por conseguinte reconhecer a ilegitimidade do sistema normativo implantado (RIGAUX, 2000, p.146).

O entendimento do Direito, além da construção meramente formal, pressupõe a consciência de que o Direito não pode ser entendido enquanto ciência, desvinculado de conceitos éticos, políticos, morais e sociais. Reidentificar as fontes do Direito, da norma, além da norma fundamental de Kelsen, é o modo para encontrar o Direito sob o aspecto da ordem social, como matriz do Direito, distinguindo-o das fontes de criação do Direito, de matriz positivista (MAYER, 2004, on-line).

Não se trata de excluir a lei, os costumes, a jurisprudência como fontes do Direito, mas considerar a existência de uma ordem social como justificativa do comportamento do homem enquanto ser social.

José Oliveira Ascensão (2005, p.247) destaca: “[...] a verdadeira fonte do Direito é sempre e só a ordem social; só desta deriva afinal a juridicidade de qualquer regra [...] as fontes singulares só ganham o seu sentido enquanto integradas na ordem jurídica total [...]”.

Vislumbra-se o Direito como uma ordem em si mesmo, um todo, dotado de dinamismo e funções integradas dotadas de hierarquia, que conduzem à vida social. Na aplicação da norma a justificação é encontrada se a mesma norma, encontra-se integrada à ordem social e jurídica, tal qual definida. O Direito parte da pessoa, pré-existente ao ordenamento jurídico, portanto, razão de ser da própria norma posta.

A verificação da legalidade e da legitimidade da norma aplicada ao caso concreto, deve ser precedida de minucioso exame do fato, porque aquele direito buscado pode ter como fonte um ilegalidade preexistente, uma motivação ilegítima, a buscar no pronunciamento judicial a justificação para a pseudo-legalidade.

Neste aspecto o ato interpretativo do juiz vai além do simples raciocínio jurídico, embora não o descarte, mas deve encontrar o coeficiente axiológico e social presentes ao fato, levando-se em consideração o próprio momento histórico (DINIZ, 1998, p.417).

4 A conduta do juiz

A confiança depositada pela sociedade na pessoa do juiz, enquanto julgador exige do magistrado uma conduta ética específica, haja vista que as decisões judiciais marcam o destino da sociedade como um todo e dos cidadãos individualmente considerados. O desvio de conduta do Juiz põe em risco toda a estrutura judiciária e, por conseguinte a organização da própria sociedade, ao gerar um ambiente de descrença na própria Justiça.

Comenta Menezes Direito (2009, on-line):

[...] O Juiz que bebe até cair, aquele que joga, que aceita favorecimento, que despreza as suas vestes talares, que não tem compostura no trato individual com os seus semelhantes, não tem condições deontológicas de exercer a Magistratura. Não são sinais exteriores supérfluos, como pode parecer à primeira vista; ao contrário, são sinais que marcam a sua presença como responsável para fazer valer o poder do Estado e que ficam maculados com o descrédito da sociedade, em uma relação de causa e efeito sobre a força da decisão judicial, da própria função judicante. (MENEZES DIREITO, on-line).

As prerrogativas atribuídas ao Juiz, no exercício da atividade jurisdicional são garantias para que o magistrado exerça sua função de modo a garantir a independência no julgamento dos litígios. A conduta do Juiz deve ser o respaldo justificador das garantias atribuídas pela sociedade, de modo que o desvio de conduta além de gerar na sociedade a perda da confiança naquele magistrado, gera igual desconfiança em toda a magistratura, e a interpretação de que as garantias legais são meros favores, e mecanismos para encobrir atos de corrupção e falta de compostura.

A busca pela justiça deve se afirmar por si própria, não se concebe ao magistrado qualquer tipo de benefício pessoal, nem mesmo as retribuições internas compensatórias, mas o sentido buscado deve o propósito inabalável de não cometer injustiças. O juiz deve estar sempre atento para não se afastar do dever que tem para com a sociedade, recusando-se desta forma degradar a atuação jurisdicional a ponto de transformá-la em mera função burocrática.

Advertem Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez (2009, on-line):

O direito somente concorrerá para a epifania do ser humano se os magistrados lograrem pessoal, cultural e institucionalmente a virtude desse compromisso ético: de um operador do direito que incentive e priorize a implicação do direito com uma postura republicana e democrática do Estado e, portanto, que se distancie da paroquiana concepção de sacerdote da dogmática, travestido do manto da infalibilidade jurídica e autoinvestido da suposta virtude que faz com que funcionem como "*les hommes qui prononcent les paroles de la loi*" (Montesquieu).

A sociedade exige a demonstração, a justificação, de que as prerrogativas atribuídas aos magistrados objetivam a proteção da própria sociedade, nos julgamentos contra fatos cujas pessoas busquem de alguma forma corromper o Juiz nas decisões. Quando o magistrado externa conduta que agride os valores éticos e morais exterioriza sinais de que se encontra vulnerável às pressões das partes, da mídia, do poder econômico.

A independência do juiz como valor ético primordial requer do juiz o equilíbrio suficiente para decidir com consciência e serenidade, acima de emoções pessoais, individuais ou coletivas.

O agir com probidade, com equilíbrio, com independência, com imparcialidade, com competência, com presteza, com serenidade, deve ser característica rotineira do magistrado, pois somente assim se mantém a autoridade e a confiabilidade das decisões judiciais.

Passemos à análise de alguns destes parâmetros éticos.

Como procedimento ético a ser seguido pelo magistrado nas decisões, identificamos a imparcialidade do juiz, conceito por demais exaustivo, contido em norma, mais muitas vezes deturpado e apresentado como justificativa de decisões marcadamente injustas.

A imparcialidade com conduta ética do juiz não significa o "alheamento" da realidade social, da realidade em que se encontra, por parte do magistrado, mas é caracterizada pelo afastamento de fundamentações meramente subjetivas por parte de quem julga, sem que isto se configure assepsia de personalidade, da carga ideológica que cada ser humano carrega, e como tal o juiz.

A imparcialidade não é sinônimo de indiferença ao resultado da demanda, porque é dever do juiz, ao decidir, realizar o próprio direito. Lapidar é a lição de Barbosa Moreira (1988, p.389):

[...] Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito concreto [...].

Não quebra a regra da imparcialidade o interesse do juiz, como órgão do próprio Estado, em buscar e entregar a decisão justa. Neste atuar do juiz há a busca da Justiça, do Direito, sem interesse de beneficiar a qualquer das partes (MOREIRA, 1984, p.181).

A imparcialidade deve ser mantida, como princípio ético, mas, a interpretação ou conceituação errônea deste princípio tem causado, não raras vezes, o abandono ou o não uso dos poderes instrutórios destinados pelo legislador ao juiz, o que vem ocasionar o funcionamento inadequado do próprio sistema judicial. Há necessidade de que o magistrado tenha consciência das funções exercidas pelo julgador na relação processual, a fim de que seja afastada a mentalidade de um juiz passivo, mero espectador e sem iniciativa (NALINI, 2000, p.129-130).

O dever de constante atualização profissional, no que se refere à formação intelectual, é postulado ético do agir do Juiz, diante da missão da resolução de conflitos dos mais variados, e sob as mais diversas circunstâncias. Necessita o magistrado manter-se constantemente atualizado, porque não se entende uma decisão segura e justa diante de um julgador cuja formação intelectual e doutrinária, encontra-se estagnada no tempo, principalmente na atualidade, com a evolução acelerada da jurisprudência e dos conceitos do Direito. Neste aspecto é fundamental que aja um aperfeiçoamento das Escolas da Magistratura voltada às necessidades de um constante processo de formação do magistrado.

O dever da pronta entrega da prestação jurisdicional reflete na própria crença da Justiça e do Direito. A demora imotivada torna ineficaz o direito reclamado. Exige-se do magistrado a consciência de que o cidadão, a parte, ao procurar a Justiça, espera encontrar uma resposta eficiente, a qual deve ser dada no menor espaço de tempo possível.

O relacionamento com as partes, com os advogados, membros do Ministério Público e serventuários deve ser feito com respeito mútuo e devido, transmitindo confiança, segurança, em vez de receio, ao ponto do cidadão encontrar-se desencorajado de perguntar sobre o simples andamento do processo.

O dever de fundamentação das decisões de forma adequada, com a preocupação da entrega de uma prestação jurisdicional justa, afasta os procedimentos arbitrários ao arbítrio, os quais ferem os princípios democráticos.

A motivação dos atos jurisdicionais além de ser postulado constitucional, delimita o exercício do poder do Estado, e fortalece os postulados das liberdades exigidas pelo Estado Democrático de Direito.

A independência do juiz como valor ético primordial requer do juiz o equilíbrio suficiente para decidir com consciência e serenidade, acima de emoções pessoais, individuais ou coletivas.

A independência do magistrado requer a exteriorização de uma conduta social esperada pelos cidadãos integrantes desta sociedade. Exige, muitas vezes, que o juiz se abstenha de manifestações públicas as quais possam ensejar interpretações desfavoráveis ao exercício da judicatura, afastando desta forma qualquer risco de convivência social.

Deve o juiz ter consciência de que não raras vezes a decisão judicial representa para o cidadão o último fio de esperança no restabelecimento da justiça, portanto, o juiz encarna o símbolo vivo da própria Justiça.

Quanto à independência do magistrado, quer como valor ético a ser perseguido, quer como garantia de imparcialidade dos julgamentos, em benefício da própria sociedade, emerge a necessidade de que o próprio Poder Judiciário, por seus tribunais, aos quais o juiz encontre-se funcionalmente vinculado, seja capaz de desenvolver mecanismos para que esta independência seja garantida, não só de direito, como também de fato, inclusive exteriorizando com atitudes próprias.

Muitas vezes esquecemos que não há hierarquia entre magistrados nos moldes do direito administrativo, ocorre muitas vezes confusão entre vinculação funcional e subordinação hierárquica, em decorrência de desrespeito às normas de conduta, ou até mesmo prática de crimes por não cumprimento de decisões judiciais pelos magistrados. Se o magistrado deixa, por exemplo, de cumprir uma decisão judicial oriunda de um tribunal de 2º grau, o que ocorre é um crime de desobediência ou delito com outra tipificação conforme o caso, mas não se pode dizer que houve insubordinação hierárquica, porque nenhum magistrado encontra-se submetido à hierarquia, isto seria quebrar o próprio princípio da independência dos julgamentos.

O fato de existir diferentes instâncias, com diferentes graus, não significa relação hierárquica, de subordinação, mas devem ser entendidos como mecanismos postos à disposição das partes para obtenção de um julgamento justo.

O respeito entre magistrados pares ou de instâncias diferentes deve ser recíproco, como dever de natureza ética, garantindo o reconhecimento, pela

sociedade, da independência dos julgadores, em qualquer das instâncias. A sociedade não poderá confiar no Poder Judiciário cujos membros travem entre si disputas não próprias para quem exerce a função de julgar.

A respeito da independência do juiz destaca Alexandre Oliveira (2000, on-line):

[...] ainda que devido o sentido de cooperação com os órgãos de administração centralizada dos Tribunais, nenhum Juiz, deles integrantes ou aos mesmos vinculados, está subordinado a outros que temporariamente exerçam funções diretivas, ou ainda a integrantes de Tribunais superiores, por inexistência de qualquer hierarquia judiciária, mas apenas hierarquia funcional de natureza orgânica-competencial, caracterizando abuso de autoridade a tentativa de submeter-se qualquer magistrado a ordens ou instruções não decorrentes de exame recursal judicial ou de ações originárias especiais.

5 Conclusão

A Ética não é estática evolui conforme a realidade da sociedade humana, contudo, existem valores éticos imutáveis tais como o direito à vida, à liberdade, dignidade da pessoa, os quais não podem ser olvidados nas decisões judiciais.

Não apreciação dos valores éticos deve-se proceder ao ajustamento entre a conduta idealizada e realidade posta, necessário o conhecimento das causas, da origem, do significado de tal e qual conduta. O julgamento justo enfrenta problemas relacionados às causas subjacentes que contribuíram para esta ou aquela atitude.

Os julgamentos segundos os parâmetros do Direito e da Ética fortalecem a legitimidade do Poder Judiciário como um todo.

O desvio ético de um só juiz traz reflexos em toda magistratura, razão pela qual mesmo a conduta na vida privada do magistrado deve ser pautada dentro dos valores éticos aceitos pela sociedade e esperado dos magistrados.

A imparcialidade no julgamento não significa uma conduta mecanicista e passiva por parte do julgador, nem afasta a persecução pelo magistrado de procura por um julgamento justo, adequando a norma à realidade dos fatos. Não mais se admite o juiz inerte e descomprometido com a realidade em que vive.

A aplicação da ética pelo magistrado, ao julgar, auxilia a tomada de uma decisão levando-se em consideração os aspectos da realidade social e da própria vida humana.

Espera-se do magistrado, na aplicação do Direito, na entrega da prestação jurisdicional, muito além de um mero exercício lógico e racional, mas a compreensão de que a decisão atua diretamente na vida da sociedade, das pessoas, das partes. A atualização da norma ao contexto dos fatos além da estrita legalidade, é paradigma para vivificar a Justiça.

A independência do magistrado é requisito para que as decisões sejam tomadas com a imparcialidade desejada, sobrepondo-se às pressões, sejam de grupos políticos, sociais, religiosos, o aos apelos populares carregados de carga emocional.

O respeito entre magistrados, advogados, Ministério Público deve ser recíproco, conseqüentemente, igualmente deve haver respeito entre magistrados das mais variadas instâncias, pois os Juizes no ato de julgar são órgãos do Estado, e as diferenças de instâncias não significam a hierarquização jurisdicional.

As Escolas da Magistratura têm papel fundamental para que haja uma nova postura dentro do próprio Poder Judiciário na modernização e na conscientização de cada magistrado na aplicação de conceitos éticos seja nos julgamentos, na atividade profissional e na vida privada.

O reconhecimento das diversidades culturais nas tomadas de decisões não deve significar a implantação de um relativismo absoluto nas resoluções dos conflitos apresentados ao juiz, porque este tipo de atitude resulta na quebra de confiança das decisões tomadas, diante da im-

previsibilidade absoluta, além do risco de levar ao paradoxo de construir novas injustiças na tentativa de repor ou compensar injustiças outrora cometidas.

A busca da verdade dos fatos deve ser tarefa incansável a ser buscada pelo julgador. A falta de fundamentação das decisões é incompatível com o estado de direito, mas, o legalismo exacerbado conduz ao abuso de poder e a interpretações não condizentes com os parâmetros do Direito e da Justiça.

A virtude da coragem para um julgamento justo sobrepõe-se à força, afasta a descrença, o ceticismo, renova a esperança do ser humano em busca do Bem, da Verdade, e da Justiça.

The ethics and function of judge: guarantee of legality of decision

Abstract

The act of judging is beyond the scope of the formal logic, it achieves the social reality, it goes through the coldness of normative abstraction to become concrete the portion of freedom which was lost by citizen when he trusts the state distribution of justice. The ethical trial embodies real valuation in the conflict resolution, overcoming the inefficiency of paradigms and static

formulas that lead to disbelief in justice. The ruling should take into account the practical effects becoming concrete. The society and every citizen expect a compatible conduct of the magistrate with the dignity of the position he holds, in which it's stressed independence, impartiality and view of prevailing law in equilibrium with legal security.

Key-words: Trial. Ethical. Judge. Conduct.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. Ética, justiça e poder. **Cidadania e Justiça**, Brasília, p. 203-221, 2001, 1º semestre.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito, introdução e teoria Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José. **A Participação do Juiz no Processo Civil**. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**, São Paulo, p.178-184, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª. Turma.HC 69.013-1-PL. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24.03.1992. **Diário da Justiça da União**, 01 jul. 1992, p.10.556.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Cidadania e Justiça**, Brasília, 2. semestre, p.193-220, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Ética do Juiz**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9385>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Função judicial e ética da virtude. **Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37908/2>>. Acesso em: 17 ago.2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, José Ricard. Fundamentos axiológicos da hermenêutica. In: BOUCAULT, C.E.; RODRIGUEZ, J.R. (Org). **Hermenêutica Plural – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação criativa e realização do Direito**. Recife: Bagaço, 2000.

JOÃO PAULO II, Papa. **Encíclica Evangelium Vitae**. João Paulo II Encíclicas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

JOÃO PAULO II, Papa. **Encíclica Veritatis Splendor**. João Paulo II Encíclicas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. O Direito como Realidade Global: Monismo versus Pluralismos das Fontes do Direito. **Argumentum**, n. 1., v. I., set. 2004. Disponível em: <<http://www.maristaspe.com/argumentum/volume1/artigos.htm>>. Acesso: 21 fev. 2009.

MAXILMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense Bastos, 1995.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Ética e Direito**. Tradução Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIGAUX, François. **A Lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIGAUX, François. **A Lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

STRENGER, Irineu. **Lógica jurídica**. São Paulo: Ltr, 1999.

TARUFFO, M. A. Corte de cassação e a lei. **Revista Trimestral de Direito e Processo Civil**, São Paulo, v. XX, p. 372, 1990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A sentença no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1994.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

WARAT, Pépe, Luís Alberto; BATOS, Albano Marcos. **Filosofia do Direito: Uma Introdução Crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

Referência deste artigo

CORDEIRO Fernando Antonio Sabino. A ética e a função de julgar: garantia da legalidade da decisão. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 153-178, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 25 ago. 2009. Aprovado em: 23 nov. 2009.

Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Federal da Bahia - UFBA e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-Americano de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico.

Resumo

O ensaio propõe-se a examinar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial ao direito processual civil.

Palavras-chave: Boa-fé. Adimplemento substancial. Processo Civil.

Um dos efeitos do princípio da boa-fé é limitar o exercício das situações jurídicas ativas. A vedação ao abuso do direito é uma dessas conseqüências.

Há diversas modalidades de exercício inadmissível de situações jurídicas. Fala-se, por exemplo, em *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* etc.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada *teoria do adimplemento substancial*, "estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimpli-

não vier a supri-lo no prazo de cinco dias". *Preparo insuficiente* é preparo feito; preparo que não foi feito não pode ser adjetivado. Insuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor. Isto significa que a deserção, por insuficiência do preparo, é sanção de inadmissibilidade que somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para que proceda à complementação. O legislador atentou para seguinte circunstância: interposto o recurso e feito o preparo em valor menor do que o devido, a inadmissibilidade é sanção drástica demais; a invalidação do recurso, no caso, é um caso *típico* de exercício inadmissível de um poder jurídico processual. Mais consentânea com a boa-fé é a necessária intimação do recorrente para proceder ao complemento do valor devido. Protege-se, aqui, ainda que em outro contexto, situação semelhante àquela protegida pela teoria do adimplemento substancial. A inspiração e a preocupação da teoria do adimplemento substancial são as mesmas que motivaram o legislador a proceder à inclusão do § 2º no art. 511 do CPC brasileiro. O poder de invalidar (situação jurídica ativa) o recurso com preparo insuficiente é, aqui, limitado pela boa-fé. Tem-se aqui um exemplo de *regra jurídica* que aplica a mencionada teoria.

É possível, porém, aplicar essa teoria em situações *atípicas*, a partir de uma concretização do princípio da boa-fé processual pelo órgão julgador.

Vejamos alguns exemplos, que, não obstante sem exaurir a casuística, podem iluminar a identificação de outras situações semelhantes.

Sabe-se que a afirmação do *inadimplemento* é um dos pressupostos para a instauração do procedimento executivo (art. 580 do CPC). Constatado o *inadimplemento mínimo*, pode o órgão jurisdicional recusar a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão do bem, por exemplo. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que, em execução de contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu correta a decisão judicial que se recusou a determinar a busca e apreensão liminar do bem alienado, tendo em vista a insignificância do inadimplemento¹¹.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n. 469.577/SC. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. em 25 mar. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 05 maio 2003. p. 310.

Em sentido semelhante, já se impediu a decretação de falência, em razão da pequena monta da dívida¹². O entendimento jurisprudencial repercutiu na nova lei de falências (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005)¹³.

O inciso II do § 1º do art. 694 do CPC brasileiro determina que a arrematação do bem penhorado será *resolvida*¹⁴, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução. A resolução da arrematação não pode ocorrer se o inadimplemento for *mínimo*. Isso não quer dizer que haverá prejuízo ao exequente, que não receberia integralmente da arrematação, ou ao executado, que teria seu bem expropriado por um valor menor do que o devido. Continuará o arrematante obrigado a exibir o preço ou prestar caução, que poderá ser demandado para tanto, inclusive com a incidência de multa (fixada pelo juiz) e juros sobre a parcela não adimplida; mas, sendo mínimo o inadimplemento, não é aceitável *resolver* a alienação judicial.

Certamente há outras situações em que essa teoria pode ser aplicada ao processo. Este ensaio tem o propósito apenas de despertar o estudioso e o aplicador do Direito para esta possibilidade.

12 "FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp n. 136.565/RS. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 23.02.1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 14 jun. 1999. p. 198). Em sentido contrário, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp n. 515.285/SC. Rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 20.04.2004. *Diário da Justiça*, Brasília 07 jun. 2004. p. 220).

13 Art. 94 da Lei 11.101/2005: "Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cujo soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência".

14 O texto normativo refere a "tornar sem efeito" a arrematação. O caso é, porém, rigorosamente, de resolução por inadimplemento. A propósito, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno de OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 5, p. 657; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 759; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 10, p. 298-300; ROCHA, José de Moura. *Sistêmico do novo processo de execução*. São Paulo: RT, 1978. p. 406.

About the application of the "substantial performance doctrine" in Civil Procedural Law.

Abstract

In this essay the author intends to verify the possibility of application of the "substantial performance doctrine" in Brazilian Civil Procedural Law.

Key-words: Good faith, Substantial performance doctrine, Civil Procedure.

Referência deste artigo

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009.

*Artigo recebido em: 10 set. 2009. Aprovado em: 30 set. 2009.

O novo paradigma da teoria e da metódica do direito

Friedrich Müller

Professor Emérito da Universidade de Heidelberg.

**Tradução do Prof. João Maurício Adeodato*

Resumo

O artigo trata das características do pós-positivismo e de como o autor participou da fixação de seus pressupostos, dentre os quais destaca-se a diferenciação entre texto e norma, entre a lei e a norma jurídica. A teoria estruturante do direito concebe o trabalho do jurista como um processo a ser realizado no tempo e vê os enunciados nas codificações como textos (no sentido da lingüística moderna, i.e. pragmática), como "formulários

de textos", no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce, expressões com "significância", mas ainda não com "significado", vale dizer, como pré-formas da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão.

Palavras-chave: Concretização normativa – diferenciação entre texto e norma. Trabalho interpretativo dos juristas.

Introdução

O que define as transformações de tempos em tempos na ciência jurídica? O modo de formular a pergunta pela justiça? Ocorre que a estrela polar da justiça é comum ao direito de todos os tempos, sem que alguma vez tenha levado a um fundamento confiável. Na terminologia de Kant, "justiça" é apenas uma idéia regulativa, mas nenhum dado, nenhum objeto que poderia conferir ao direito uma solidez prática.

Ou será que a posição diante do direito natural define as transformações na ciência jurídica? Ocorre que a história do direito natural até os nossos tempos, tal como foi apreendida pela ciência, não oferece mais do que um caos catalogado. Assim como a justiça, o direito natural também é um *problema* enquanto houver conflitos entre os homens e enquanto houver ordenamentos jurídicos positivos. Mas ele tampouco é mais nenhum fator concreto que respalde o trabalho dos juristas.

Em contrapartida o centro de todo o trabalho jurídico efetivo, cotidiano é algo que pode ser formulado concretamente: a norma jurídica. Os enfoques fundamentais da ciência jurídica distinguem-se quanto ao posicionamento das suas concepções diante da norma jurídica.

II

Ora: Na *democracia* a lei é, por um lado, o centro sistêmico da ação jurídica; por outro lado, ela é uma prescrição que vincula todos os envolvidos, juristas bem como não-juristas, e que deve – ao menos em última instância – partir do povo. Disso seguem duas exigências fundamentais: respeito irrestrito à lei na vida da sociedade e do Estado, bem como sua realização cuidadosa e insubornável pelo trabalho especializado dos juristas e mormente dos juizes.

Isso é a única coisa que pode justificar o governo “of the people, by the people and for the people”.

Mas o que é “a lei” e o que é “a norma jurídica”? Paradigmas de grande longevidade divergem nas respostas a essa pergunta.

III

O paradigma positivista nem formulou conscientemente essa pergunta fundamental, pois a “lei” é para o positivismo ainda dominante algo de inquestionavelmente dado: os caracteres sobre o papel dos textos legais.

O positivismo que caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos desde meados do séc. XIX confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal. Por essa razão ele pretende “aplicar” a norma jurídica conclusivamente ao caso jurídico – de forma mais ou menos conforme à lógica formal, mais ou menos hermenêutica, mais ou menos sociológica ou crítica.

Esse modelo fracassa diante de inúmeros problemas individuais, o que ficou patente no final do séc. XIX e conduziu às conhecidas tentativas de “superção” no decorrer do séc. XX. Esse fracasso não é casual, pois ele já afeta as questões fundamentais: realidade e direito, “ser e dever ser”, as questões da teoria do significado e da referência, da produtividade (*Leistungsfähigkeit*) da língua natural e, *not least*, do caráter processual da decisão jurídica de conflitos.

Os discursos antipositivistas do século – a Escola do Direito Livre até o sociologismo e a análise econômica do direito, da Hermenêutica até a teoria do discurso neofrankfurtiana – caem na armadilha do paradigma positivista, nesse sentido não superado. Eles atentam para fenômenos de superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma. Eles são para o positivismo mais ou menos o que as suposições cada vez mais complicadas sobre os “epiciclos” foram para o sistema ptolomaico tardio na astronomia: um “deslocamento degenerativo do problema” (no sentido da teoria da ciência de Imre Lakatos).

IV

Para avançar no objeto em questão, precisamos não do antipositivismo, mas de uma teoria **pós**positivista do direito (esse termo vem sendo empregado desde a 1ª ed. da *Juristische Methodik* em 1971). Ela foi concebida desde meados dos anos 60 e publicada a partir de 1966 (*Normstruktur und Normativität*). Ela concebe o trabalho jurídico como um **processo** a ser realizado no tempo e vê os enunciados nas codificações como **textos de normas** (no sentido da lingüística moderna, i.e. pragmática), como “formulários de textos”, no sentido da filosofia

da linguagem de Charles Sanders Peirce, como expressões com “significância”, mas ainda não com “significado”, vale dizer, como **pré-formas** legiferantes da norma jurídica, que por sua vez **está por ser produzida** no decurso temporal da decisão. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*; o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo o “programa da norma” e o “âmbito da norma”; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido entre “ser e dever ser” operacional e trabalhável. Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como “norma/caso”, “direito/realidade” podem ser aposentados, assim como a ilusão da “aplicação” do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo, ou enquanto construção lingüisticamente não realizável de um “limite do teor literal” definível, reificado, coisificado na linguagem. Todos esses dualismos são representações fracassadas do positivismo histórico.

V

O lugar desses dualismos é doravante ocupado por um *modus operandi* racionalmente recapitulável, inteiramente indutivo: por uma teoria do direito que finalmente se torna realista e, nada obstante, não dissolve a pretensão normativa do direito nem trai sua função social. Esse novo paradigma é indutivo, à medida que desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica: partindo da práxis, dos problemas do próprio universo jurídico, sem “dedução” filosófica ou “transferência” de cima para baixo e sem colonização por visões de mundo advindas de fora. Ele é indutivo por trabalhar **de baixo para cima**: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social. A partir daí ele desenvolve gradualmente, em contato com essa realidade, esquemas conceituais teóricos. Ele também é indutivo porque principia com a dogmática do direito positivo e examina reiteradamente as inferências subseqüentes para a metódica, a teoria, a teoria constitucional e a lingüística jurídica com

base nos seus efeitos para a dogmática. Ele é ainda indutivo com vistas à questão da interdisciplinaridade: o seu conceito composto de norma inclui o trabalho das **ciências sociais** no trabalho jurídico. Ele concebe a atividade dos juristas e dos profissionais do direito como atividade social, sendo portanto refletido **em termos de teoria da ação**. Finalmente, por seu enfoque **lingüístico**, ele abrange, decididamente, a **dimensão pragmática**.

VI

Partindo originalmente da dogmática, a nova teoria do direito torna-se concreta na **metódica** até os menores detalhes. O Estado Democrático de Direito necessita de racionalidade e **determinabilidade** – mas de que fatores? Em termos realistas, isto é, dentro dos limites da eficiência da língua natural, trata-se da determinabilidade **do trabalho jurídico** (no sentido da possibilidade de recapitulação, da transparência, da honestidade nos métodos); e *não* e.g. da determinabilidade dos **conceitos** jurídicos e do seu **significado** (pois isso seria e sempre foi uma ilusão em virtude dos limites da língua natural). Por força da polissemia natural da linguagem, o “significado” existe somente no plural; tanto maior se torna a plurisignificância fora da semântica relativamente simples de palavras isoladas. As tarefas complexas da ação jurídica não podem ser resolvidas sem as semânticas da frase, do texto e do contexto. Ao passo que as formas tardias do positivismo legalista (na forma de enfoques oriundos da filosofia analítica e do positivismo lógico) gostariam de restringir-se, hoje como no passado, à semântica dos traços distintivos de expressões individuais (i.e. das palavras isoladas). Uma metódica pós-positivista que enfrente essa realidade deve aproximar-se da complexidade efetiva da linguagem do direito e da decisão jurídica com meios também mais complexos.

VII

A concepção estruturante, que é o enfoque mais abrangente e exigente da teoria do direito na virada do séc. XX para o séc. XXI, é recebida

e.g. na Itália no sentido de que, além da sua “dimensão teórica precisa”, ela está “também orientada num sentido política e eticamente determinado, a saber, em prol do Estado Social de Direito e da democracia social moderna” (*Diritto e Cultura*); nos Estados Unidos, ela é percebida pela crítica como “a departure from the abstract-logical towards the empirical-pragmatical (which) brings this method closer to that of Anglo-American law” (isto é: como uma despedida do método lógico-abstrato, seguindo rumo ao empírico-pragmático, o que o aproxima do direito anglo-saxão) (*Modern Law and Society*); na França, menciona-se e.g. o “tournant pragmatique” (virada pragmática) da ciência jurídica, paralelamente à virada pragmática na ciência da linguagem desde Wittgenstein (*Droits*). No Brasil ela foi saudada imediatamente após a publicação da primeira edição da *Teoria Estruturante do Direito* (1984) por Paulo Bonavides, decano da Ciência Jurídica e Política, como “um monumento de saber jurídico” (*Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*), como uma concepção que representa “um enorme esforço de reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousadas por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do Direito”.

Queria acrescentar aqui o seguinte: não se trata, neste contexto, de elogios. Acho elogios na ciência supérfluos. O que conta na ciência são argumentos e argumentações. Mas estou citando estes comentários porque indicam de modo agradavelmente sucinto aspectos característicos da TED: a saber, o esforço sintetizador – o procedimento empírico-pragmático tanto na metodologia como na lingüística –, o engajamento não partidário, mas político, em prol do Estado social de direito e da democracia efetiva.

O Brasil, um país de dimensões continentais, deveria ser um terreno fértil, enquanto “portentoso laboratório do futuro”, para tal teoria do direito (que de resto foi aceita tanto pela corte constitucional federal brasileira quanto pela espanhola, com uma série de concepções parciais, nas suas respectivas jurisprudências): um campo de atuação para o caminho rumo a um novo paradigma que finalmente mereça esse nome.

É pertinente o fundo material das constatações contidas nesses enunciados sobre a teoria, que até agora nunca foi juspoliticamente neutra, nunca se restringiu a descrever e em seguida enviar apelos ao mundo, confiar na honestidade dos poderes estatais e dos poderes econômicos. No Estado Democrático de Direito a precisão (*Genauigkeit*) máxima possível e a racionalidade igualitária em termos ótimos do trabalho jurídico não estão abandonadas a uma opção de confiança. São dever de direito de todos os titulares de cargos públicos e precisam ser cobradas e acompanhadas criticamente pela teoria jurídica com recursos analíticos: por uma teoria enquanto forma generalizável, verificável e democraticamente discutível da experiência refletida. Nesse sentido a concepção estruturante é “empírico-pragmática”, conforme sugerem os norte-americanos. Ela visa uma argumentação e decisão integrais, cujo processo pode ser mentalmente refeito (i.e., controlado por outros juristas, juizes e tribunais), e que tem natureza igualitária, com base no direito vigente – e isso sempre amparado no caso individual e nos fatos/suportes fáticos genéricos do tipo do caso. Não se trata, portanto, de um pragmatismo generalizado, ideológico, mas de um pragmatismo operacionalizado pelos conceitos e *modi operandi* teórico-metodológicos. Assim o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem (*Sprachhandeln*), é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito.

Citemos, por fim, mais um juízo sobre a teoria estruturante, também em virtude da constatação de fundo material que ela contém. Em *Droits. Revue Française de Théorie Juridique* afirmou-se, à guisa de resumo: “Se o valor de uma teoria é ajuizado segundo a extensão da sua capacidade de prestar contas sobre fatos, podemos ter certeza de que a *Teoria Estruturante do Direito* tem um grande futuro pela frente.”

Ora, todo e qualquer autor deseja isso para sua teoria. Mas aqui se faz um prognóstico, diante do qual o autor faria bem em ser neutro.

Mas o seu ponto de partida deve ser sublinhado: aos meus olhos é, com efeito, tarefa da teoria tratar dos fatos. A Teoria Estruturante do Direito sempre se empenhou em testemunhar em todos os seus campos de trabalho a **realidade** na qual o direito é usado e na qual ele se orienta; ela sempre se empenhou em testemunhar **o que é o caso no direito**.

Em outras palavras: ela é inteira e autenticamente pós-positivista.

“Pós-positivista” significa, naturalmente, também: **depois de Kelsen**. Hans Kelsen marcou cientificamente o ponto mais alto do positivismo. Mas ele permanece ainda prisioneiro dos erros de positivismo: primeiramente, não ver as fronteiras, os limites da língua jurídica – ele queria mesmo logicizar o Direito, traduzi-lo para uma lógica abstrata, uma lógica formal. E, em segundo lugar, excluir a realidade e querer considerar a jurisprudência como “pura”. Com isso, retira-se do Direito o seu próprio conteúdo. Mas em toda nossa atividade trata-se, sim, dos conteúdos materiais.

Como se deve explicar esse paradoxo? Ao analisar a obra de Kelsen, eu entendi o seguinte: ele foi um jurista excepcional, mas seu interesse real era a teoria da ciência – na verdade, mais do que a teoria do direito. E essa teoria da ciência da sua época já foi há muito suplantada, assim como o positivismo jurídico histórico.

Kelsen foi, além disso, um homem de convicções: democrata (numa época dos totalitarismos), socialista, reformista. Pensamos nele com grande respeito – mas não precisamos ficar imobilizados por seus questionamentos e respostas neo-kantianas do penúltimo final de século.

Então: A *Teoria Estruturante do Direito* é intencionalmente “impura”. Ela se despede paradigmaticamente de Kelsen. Mas, como disse, é uma despedida com respeito. Isso se expressa também simbolicamente: A primeira edição da *Teoria Estruturante do Direito* foi publicada em Berlim, em 1984 – portanto, exatamente 50 anos depois da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*. Isso não foi uma coincidência – eu quis que fosse assim para, através desse símbolo, tender a minha reverência a Kelsen.

Então, para concluir, mais umas consequências teóricas e práticas:

Descrevendo **normativamente**, dizemos: A Constituição é a norma suprema no Direito positivo nacional. Isso é correto; mas parar aqui é um equívoco. Isso faz o positivismo tradicional. Segundo ele, a Constituição é idêntica ao texto do seu documento. O **texto** Constitucional já deve ser o **Direito** Constitucional: “encontrar” o Direito no seu documento, silogismo lógico, aplicação.

Agora: descrevendo **realisticamente**, disse o Justice Charles E. Hughes: “A Constituição é o que a Suprema Corte diz ser”. Isso é também em si correto; mas de novo é um erro querer encerrar aqui. Essa afirmação é feita, por exemplo, pela Escola do Direito Livre, do Sociologismo, pela doutrina do Direito dos Juizes: o texto da norma **não é obrigatório do ponto de vista prático**. O que conta seria **apenas** o texto produzido pela Justiça Constitucional. Do ponto de vista teórico, isso é o “decisionismo” – na medida em que a decisão “normativamente falando [advém] de um nada” (Carl Schmitt).

Para evitar estes dois erros fundamentais, temos de continuar a perguntar **de forma ainda mais próxima da realidade: Como** o Tribunal Constitucional chega, então, às suas afirmações? **Como** ele as fundamenta? Em termos de conteúdo, prossegue, por exemplo, com julgamentos anteriores? Ou ele modifica a sua própria prática? **E como** isso é sustentado argumentativamente? **Como** o Tribunal trata os dados reais (elementos da realidade social) de seu caso (âmbito material > âmbito da norma)?

Com isso, aterrissamos na **metódica jurídica** do Estado de Direito democrático. É aqui se inicia o **trabalho jurídico**: uma tarefa de especialização, de alto nível profissional. Esse trabalho está a par desses contextos; sabe que pode interferir profundamente na vida dos cidadãos e da sociedade e se sente eticamente responsável a esse respeito. Esse trabalho também é sempre social e político: porque mesmo a Constituição expõe a camada nacional suprema de textos normativos e porque “o Tribunal Constitucional diz o que eles dizem”.

Mas o Tribunal está aqui de diversas formas vinculado e é de diversas formas controlável. Resposta às perguntas bastante complexas sobre **como** isso é possível oferece o livro acima mencionado *Juristische Methodik* com base na *Teoria Estruturante do Direito* (especialmente para o Direito Constitucional, cf. Müller, F. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed., 2005). Esses conceitos se originam da análise da prática jurídica, e, a partir de seus resultados, eles retornam à prática.

O **caso jurídico** concreto é tão importante, é tão co-fundador da norma jurídica como a prática é da teoria.

Teoria e prática no Direito não são "senhora e escrava", mas irmãs. São equivalentes – mas a prática é a irmã mais velha da teoria, a de mais experiência.

The new paradigm of the theory and methodic of law

Abstract

The article discusses the characteristics of post-positivism and how the author participated in the establishment of their assumptions, including the differentiation between text and norm, between written law and juridical norm. The "Strukturierende Rechtslehre" conceives the work of law professionals as a process being carried out in time and sees the codified texts as significant (in the sense of modern Linguistics,

i.e. pragmatics), such as "text forms" in the sense of Charles Sanders Peirce's philosophy of language, expressions with "significance", but not yet with "meaning", that is, as pre-forms of the legal norm, which in turn is to be produced during the temporal course of the decision.

Key-words: Concretization of law – differentiation between text and norm. Interpretative work of jurists.

Referência deste artigo

Müller, Friedrich. O novo paradigma da teoria e da metódica do direito. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 185-194, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 15 set. 2009. Aprovado em: 10 dez. 2009.

O lobby e a lei

Hélio Sílvio Ourém Campos

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Juiz Federal. Professor Titular em Direito Processual e Tributário da Universidade Católica do Estado de Pernambuco - UNICAP. Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Federal.

Resumo

Na Europa, este importante assunto já começa a ser estudado. Também, no Brasil, o mesmo tema da interferência do lobby, no âmbito de elaboração normativa, como ainda na aplicação da norma jurídica, precisa merecer a

atenção tanto da ciência política quanto da jurídica. É isto o que se tenta fazer no artigo a seguir.

Palavras-chave: Lobby. Interpretação normativa.

Inicialmente, registra-se que se entende o termo *lobby* como uma série de atividades que buscam exercer pressão, direta ou indireta, sobre os poderes públicos, pretendendo, com isto, postular interesses não necessariamente empresariais, embora rotineiramente o sejam. Quando se fala em poderes públicos, estão aí inseridos o Legislativo, o Executivo e, também, o Judiciário.

Ao se falar em "o lobby e a lei", embora, naturalmente, se reconheça que o processo de elaboração legislativa seja uma etapa sujeita aos grupos de pressão, o que, por ora, mais irá interessar é a possibilidade do lobby no ato de aplicação da lei, pois, afinal, a lei mais do que a sua expressão literal, é o comando que os órgãos judiciais derradeiros, ou

aqueles que produzem a coisa julgada, entendem que ela efetivamente o seja. Um assunto delicado mas que, inclusive no Brasil, precisa ser estudado.

Nos tempos atuais, e quem sabe sempre foi assim em menor ou maior grau, a informação e a influência são irmãs.

No entanto, não se trata, necessariamente, de algo ilícito, nem mesmo na esfera judicial. Contudo, poderá assumir uma fisionomia de absoluta irregularidade, quando se pretende associar à venda de decisões, pois aí não apenas se está a discutir a corrupção no Judiciário, mas também uma singular exploração de prestígio, gratuita ou remunerada.

Ministros, desembargadores, juízes já foram objeto de investigações desta ordem; daí não ser possível ignorar o tema, pois isto enfraquece a autoridade em que se fundamentam as decisões judiciais.

Como justificativa à corrupção ou à prevaricação judicial, pode-se apontar os excessos de ambição, de necessidades de consumo, deficiências familiares e pessoais, abandono ou relativização da ética, garantia de impunidade, aceitação ou passividade social etc.

Contudo, não se aponte o concurso público como o culpado. Certamente, não o é. Não se encontra na má avaliação dos candidatos a origem do mal. Aliás, se defeitos existem no instituto do concurso público, e é natural que os haja também em relação aos aplicados aos cargos da magistratura, estadual ou federal, o caminho não parece ser aboli-lo, mas aperfeiçoá-lo a cada dia.

Por outro lado, é equivocado imaginar-se que o único modo de ingresso na magistratura brasileira seja o concurso. Não o é.

Aliás, o critério constitucional de investidura, através de concurso público, aplica-se, apenas, para a primeira instância, entendida aí o primeiro grau ou o grau inicial das decisões, conforme dispõe o artigo 93, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Além disto, é imperativo constitucional a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Mais: as nomeações devem observar a ordem de classificação.

Assim, embora possam existir defeitos neste critério de investidura, cre-se que não seja o efetivo motivador das supostas vendas de decisões. É claro que questões incidentais podem ser aperfeiçoadas, tais como prestigiar-se mais a experiência do candidato do que a sua mera capacidade de memorização; não permitir que um examinador, convocado para a Banca pelos seus reconhecidos conhecimentos em uma disciplina jurídica (direitos canônico ou romano, p. ex.), venha a analisar os candidatos em outra bastante diversa (tributário ou administrativo).

O fato de o concurso não ser o elemento vetor não significa dizer que não possa recrutar pessoas que não sejam imunes a desvios de conduta. Mas parece ser um instrumento com filtros mais ou menos eficazes.

Ainda como critério de investidura, tem-se, no Brasil, o critério da escolha política, quer partidária ou associativa. Isto se refere ao quinto constitucional dos desembargadores dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (art. 94, CF/88), ao terço constitucional dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, Par. Único, inc. II, CF/88) e à ampla liberdade de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, CF/88).

Veja-se o registro deste dispositivo constitucional:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será com-

posto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados, de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo Único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Note-se, portanto, mais um critério de investidura, agora para juízes de segundo grau que, além da competência originária, detêm a recursal, de modo a confirmar ou reformar as decisões dos juízes de primeiro grau, aqueles provenientes dos concursos públicos.

Seria uma espécie de critério misto pois, inicialmente, associativo; e, após, político-partidário, em face da necessidade de envio ao Poder Executivo para fazer a escolha final.

É evidente que, a partir de qualquer critério, pessoas isentas, equilibradas e competentes poderão surgir; mas é fundamental que a sociedade volte os olhos para todos os critérios de investidura.

Atente-se para mais um deles, agora dirigido aos Ministros, juízes que funcionam como o terceiro grau do Judiciário brasileiro.

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo Único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo: I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista triplíce elaborada pelo próprio Tribunal; II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Aqui, não basta destacar o critério misto, associativo e político-partidário. É preciso, também, a reflexão sobre se, no terço resguardado para os Juízes dos Tribunais Regionais Federais, ou no terço reservado para os Desembargadores dos Tribunais de Justiça – *vale aqui observar a diferença nas terminologias, Juízes e Desembargadores* – poderiam também compor aqueles Juízes e Desembargadores provenientes do quinto previsto no art. 94, da CF/88.

Isto porque se assim for, e vem sendo, mais restritos serão os espaços para os juízes provenientes de concursos públicos, que assumiram a sua investidura com base em critérios exclusivamente técnicos. Sem a experiência política anterior, poderão não ter a dinâmica suficiente para concorrer em equivalência para o terceiro grau.

Assim, o critério misto, associativo e partidário não apenas reservaria o terço direto que lhe foi, constitucionalmente, resguardado, mas também teria uma reserva relativa indireta, decorrente dos outros dois terços, porquanto possam participar do certame aqueles juízes e desembargadores originários do critério do quinto constitucional, em que o modo de investidura também era o misto, associativo e político-partidário.

Também é importante destacar o critério constitucional de recrutamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil, consignado no art. 101, da Constituição da República. Note-se que, embora não se trate de um puro Tribunal Constitucional, porquanto tenha competências mais amplas, efetivamente também exerce esta função.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo Único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Embora mais adiante, quanto ao critério de investidura, venha a se desenvolver um estudo comparativo entre o Supremo Tribunal Fe-

deral do Brasil e outras Cortes Constitucionais, desde já recebe relevo a opção do legislador constituinte da Constituição Brasileira de 1988, atribuindo ao Presidente da República (Executivo) e ao Senado Federal a liberdade de escolha, firmando as autoridades máximas que, no Brasil, compõem o Poder Judiciário, sem estabelecer-lhes mandatos nem fixar origens para a designação.

Não há percentuais para juizes de carreira, nem percentuais que, expressamente, estejam resguardados aos partidos políticos, às universidades, às casas legislativas etc.

É bem verdade que, no Brasil, também há as chamadas jurisdições com competências especiais: a militar (CF/88, arts. 122/124), a eleitoral (CF/88, arts. 118/121) e a trabalhista (CF/88, arts. 111/117); todas integrantes do Poder Judiciário.

Contudo, é possível afirmar que o critério político ou o critério misto são os utilizados para a constituição das instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro.

Embora isto não surpreenda aqueles que lidam diretamente com o Judiciário nacional, acredita-se que razoável parcela da população não tenha ainda a consciência disto.

Também é importante que se reflita que, por qualquer critério, será possível escolherem-se autoridades judiciais íntegras e competentes.

A questão é saber se é oportuno falar em mudanças.

Afinal, a venda de sentenças e acórdãos vem se tornando um assunto lamentável e, preocupantemente, repetitivo e o tema da investidura não parece que deva passar ao largo.

Reforçando-se a importância deste tema na formação de uma cidadania consciente, cabe lembrar que foi, ou vem sendo, objeto de investigação no Brasil casos como o do Presidente do Tribunal de Justiça de um importante Estado brasileiro, de Ministros de Tribunais Superiores, de Desembargadores de Tribunais de Justiça, de Juizes de Tribunais Regionais Federais e, até, a chamada operação Xequê-Mate em que, supos-

tamente, o irmão de uma das mais importantes autoridades executivas do Brasil haveria oferecido serviços de lobby no Judiciário de terceiro grau.

Efetivamente, contudo, verifica-se uma grande apatia da sociedade civil, salvo engano, não provocando temor naqueles que optam pelo caminho dos lobbies ilícitos.

Normalmente, são descobertos mediante interceptações telefônicas, gravações em filmes, por vezes, também sonoros e requisição de documentos bancários.

A utilização de confissões, provas testemunhais ou a convocação dos corruptores para denunciar os corruptos são situações anômalas, ou mesmo impossíveis, pois, quase sempre, não é do interesse dos corruptores abrir mão de uma importante fonte de lucro.

Mas o lobby não é algo necessariamente negativo ou ilícito.

Por exemplo, cabe lembrar de, no Supremo Tribunal Federal, ter havido o embate sobre o aborto para grávidas de fetos sem cérebro. De um lado, a igreja católica utilizando a sua força e prestígio para solicitar o apoio dos ministros contra a interrupção da gravidez. De outro, entidades feministas que, a título da defesa dos direitos humanos, buscavam convencer os ministros do contrário.

Mensagens eletrônicas, cartas tradicionais, encaminhamento de livros, fotos e relatos de casos de bebês nascidos sem cérebro, pareceres médicos e, até mesmo, os lobbies nos gabinetes foram estratégias empregadas, parte a parte, de maneira a refletir o clamor popular sobre o assunto.

Visitas de ex-ministros do Supremo Tribunal Federal, ligados ao Clero, foram feitas aos atuais ocupantes, buscando convencê-los. Contraindo-se a isto, outros lembravam de um Estado democrático e laico não poder subordinar a interpretação das normas constitucionais a dogmas de fé.

E a necessidade de consciência cívica não é alertada apenas por questões substancialmente envolventes, tal como o aborto de anencé-

falos ou o pagamento de contribuições previdenciárias por pessoas já aposentadas; mas também, por outras, tecnicamente, reveladoras do enorme poder de decisão e de modulação, inclusive temporal, dos atuais acórdãos de uma Corte Constitucional, a saber:

a) leis podem ser consideradas nulas pela Corte Constitucional e, mesmo assim, continuar a produzir efeitos. Uma espécie de aplicação do adágio de que *é melhor evitar o mal maior*, tal como seria reconhecer a inconstitucionalidade do salário mínimo, pois o seu valor fixado não atenderia às necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família nos setores da moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7., inc. IV, CF/88) e, mesmo assim, autorizar a continuidade da sua aplicação. Seria tal como dizer: a situação ruim deve subsistir se o melhor não puder ser alcançado;

b) as chamadas “situações ainda constitucionais” que, embora incompatíveis com a Constituição, perdurariam por um certo tempo. Seria o caso de admitir que a defensoria pública não deveria ter prazo em dobro, em face do princípio processual da igualdade de armas, mas, diante da sua real falta de estrutura, que o prazo duplo permaneça até que se venha a estruturá-la. Uma espécie de apelo ao legislador para que o mesmo se sensibilize. Evidentemente que, caso não se estabeleça um prazo peremptório de cumprimento, o apelo não irá muito além do aconselhamento; e, caso se estabeleça, há quem veja nisto uma postura de ativismo judicial, ou de invasão do Poder Judiciário na esfera legislativa;

c) o estabelecimento de diferenças entre prazos decadenciais e prescricionais de contribuições previdenciárias, adotando-se como critério de modulação de efeitos, para os fins de repetição de indébito ou de recuperação do que foi pago, a data de ajuizamento da ação. Tal foi o caso consignado no Recurso Extraordinário nº. 556.664-1, quando o Supremo Tribunal Federal deliberou por aplicar efeitos *ex nunc* à sua decisão, esclarecendo que a modulação operava-se, tão somente, em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11.06.2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso.

Imagine-se tudo isto passando à margem do interesse e do conhecimento da cidadania. Seria inadequado falar-se em Estado democrático de direito pois, no máximo, caberia chamá-lo de Estado de “direito manco.”

Efetivamente, contudo, setores deste Estado e da sociedade, ainda mais em questões que envolvam altas somas financeiras, estariam bem alerta.

Assim, os lobbies estariam, forçosamente, presentes, não se tratando de uma mera opção a sua existência.

Primeiramente, cogita-se dos tais encontros informais. É evidente que, em uma sociedade madura, estes acessos deveriam diminuir ou desaparecer. Afinal, cafés, bares, restaurantes etc., utilizados como pontos de encontro fora dos horários de expediente, provocariam, na melhor das hipóteses, dúvidas sobre a técnica e o conteúdo dos julgamentos.

As atuais regras de deontologia e a necessidade de transparência no agir público mantêm importantes reservas contra estes procedimentos, que trazem em si uma aparência de suspeição.

Evidentemente que os lobbies, a depender da relevância do tema, terminarão por ocorrer, mas isso precisa ser feito não apenas nos horários oficiais dos expedientes, mas nos locais profissionais. O descumprimento desta regra de conduta precisa ser sancionado, pois se se pretende influenciar uma orientação pública, isto precisa ser feito em público e mediante a possibilidade de igualdade de oportunidades perante a outra parte no embate.

Enfim, reconhecendo-se que o objetivo final do lobista é o de analisar, debater e tentar influenciar o conteúdo de um ato jurídico, é provável que ele identifique o público-alvo com bastante antecedência, oferecendo-se para intermediar atividades de recreio. Daí a preocupação com os encontros dos magistrados realizados a preços módicos nas paradisíacas praias brasileiras.

Note-se, contudo, que nem todo lobby tem caráter estritamente político ou social, pois há, também, aqueles que detêm jaez técnico ou misto, buscando conjugar ambas as características. Recorde-se dos seminários e congressos jurídicos.

Nesse caso, a situação é ainda mais sutil. Acredita-se que a ampla divulgação pública, não apenas do encontro, mas também dos patrocinadores, é um meio de permitir a cidadania ativa e fiscalizadora. Em um momento histórico em que tanto se fala de *controle*, esta seria mais uma maneira de produção de transparência.

É evidente que o lobista profissional deterá uma estratégia apurada de atuação, que se assemelhará a uma verdadeira campanha publicitária ou de comunicação social. É o denominado *processo de Lasswell*, no qual cinco fatores irão contribuir para a formação da estratégia: quem, diz o quê, a quem, como e porquê.

É claro que o onde, o quando e a intensidade definirão o plano de abordagem.

Ora, em questões com alto conteúdo financeiro, como é o caso das questões tributárias, tudo isto é meticulosamente calculado.

Assim, sendo para os lobistas tão relevantes as estratégias de comunicação, é mesmo de se esperar a participação de pessoas da imprensa na prática desta atividade.

A indagação que se faz é se isto é ético. Se, dentro deste ponto de vista, é adequada a coexistência entre o jornalismo e o lobby. Esta pergunta tanto mais importância terá, quando se avistam não apenas notícias jurídicas, nos meios de comunicação, mas também com a dimensão que passam a ter as seções e os sites especializados na área jurídica.

É preciso ter a consciência de que as notícias podem não estar ali, e do modo como estão, como uma consequência da imparcialidade do órgão, pois, bem ao contrário, pode ser algo deliberado e parcial, não indo além de uma estratégia de influência para propagar argumentos de uma só das partes. Cabe mesmo o registro de que a imprensa costuma ser o elemento central de uma boa estratégia de lobby.

Assim, se uma classe social ou empresarial quiser uma reforma tributária que a beneficie, é de extrema importância a habilidade como ela dará visibilidade ao assunto através da mídia.

Logo, a utilização de mensagens fortes (*o percentual do PIB que ocupa a carga fiscal de um país*, e o não esclarecimento sobre quem está pagando, quem está sonogando e quem, simplesmente, resvala para a inadimplência; ou a *transferência nos preços* de valores fiscais cobrados do consumidor, mas não repassados para o Erário); o contacto pessoal com alguns jornalistas formadores de opinião; a visibilidade através de entrevistas do presidente de uma associação ou o convite a altas autoridades judiciais para o recebimento de condecorações fornecidas por grupos, associações ou corporações não podem passar despercebidos.

Assim, o lobby pode explorar não apenas o lado técnico da defesa de uma tese, mas também um conhecimento maximizado da estrutura, organização e funcionamento do *órgão alvo*, além da indispensabilidade de contactos pessoais, que precisariam ser conservados, regularmente, de maneira que se saiba quem é o lobista e quem ele representa. Quanto mais pessoal for o nível de contacto, mais efetivo o resultado e a possibilidade de acesso.

Trata-se, portanto, de uma estratégia de influência. Uma espécie de "contrapoder", pois se a lei preconiza algo que não é da sua conveniência, busca-se uma interpretação judicial que o seja, reorientando-lhe o conteúdo através das margens de influência.

O lobby, por sua vez, não busca a eliminação de um parecer técnico, mas redimensionar-lhe a substância.

Aí um desafio para a atividade de lobby: fornecer uma solução, contribuir como um técnico e atribuir mais credibilidade à futura decisão sem, contudo, assediá-lo o julgador.

A atividade de lobby não visa tornar o problema ainda mais complicado, mas de solução mais fácil. Para isto, exige-se competência técnica e uma lógica de excelência. Daí a qualidade pessoal do lobista, que termina a serviço da estrutura, geralmente empresarial, que ele representa.

Quanto mais alta a instância de julgamento, mais imprescindível é a "lógica de excelência". Passa a ser prioritária a escolha da personalidade

a se fazer representante dos interesses postulados. Um ex-ministro, um ex-senador etc.

Note-se que o lobista pode e deve acreditar no que faz e possuir abertura ao diálogo para não ficar fechado a filiações partidárias. Termina sendo importante que conheça, pessoalmente os decisores derradeiros, e tenha, perante estes, credibilidade e competência comprovadas.

Em outras palavras, precisa ter experiência. É conveniente que seja simples nas exposições, de modo a facilitar a leitura dos eventuais memoriais apresentados.

Novamente, insiste-se: a atividade de lobby não é, necessariamente, ilícita e, por isto, precisa ser transparente, desenvolver-se em audiências públicas e não, em contactos informais, dotados de opacidade e de suspeições. Embora as empresas e os seus interesses económicos sejam os seus principais clientes, não se pode abstrair que já se começa a expandir a grupos ambientais, culturais e de direitos humanos, por exemplo.

Assim, ao se falar em lobby, é preciso tentar vencer a barreira fixada entre eles, que fazem lobby e os que não o fazem.

É preciso admitir que, também, a sociedade civil menos apática e mais dinâmica necessita tentar sustentar as suas opiniões junto aos poderes públicos. Não apenas perante o Executivo e o Legislativo, mas perante o Judiciário.

Ocorre que, consciente disto, cabe à sociedade buscar os nomes dos lobistas e compreender melhor os seus interesses. Se for possível, reduzir os pontos de confronto e focar os pontos comuns.

Assim, ao invés de imprecisar contra os lobbies, até porque eles são inevitáveis, é necessário estar consciente da sua existência e buscar regularizá-los, registrar os lobistas e exigir deles que apontem os interesses que representam.

Para isto, é fundamental a cidadania consciente e operante. Hoje, no Brasil, e em grande parte dos países ocidentais, já se conquistou o "direito de falar", mas ainda se está longe de conquistar o "direito de ser

ouvido". É inútil pregar no deserto. Grande parte dos lobistas não são amadores, mas altamente profissionalizados.

Logo, cabe à sociedade civil buscar um papel de destaque e estar mais consciente de que, se falar está fácil, falar e ser ouvido é um desafio e um milagre que não cairá do céu. Direito é luta (Cf. IHERING, 2002, p. 27) e o combate está só começando.

É provável que se afirme que a sociedade civil já esteja caminhando por novos direitos, avançando o lobby dos ambientalistas, da defesa dos direitos dos animais, o lobby dos agricultores, sendo, portanto, estranha a desconfiança contra o instituto dos grupos de pressão. Pois não se trataria de mera troca de favores ou de influências, mas, de um efeito da democracia moderna, que não se esgota no simples ato de votar.

O lobista seria uma espécie de facilitador democrático, permitindo à democracia um nova roupagem, um novo ponto de equilíbrio. Assim como a mídia, teria um espaço importante na conformação de um novo Estado democrático de direito.

Em uma realidade na qual quase tudo se exerce sob pressão, natural seria organizá-la no exercício direto ou indireto perante os poderes públicos.

Assim, seria perfeitamente possível compatibilizá-la com o exercício regular da advocacia ou de atividades de consultoria jurídica e conexas.

Contudo, se assim o for, é necessário e urgente cogitar de uma forma de tornar o exercício da atividade de lobby tão transparente quanto possível; ou melhor, desejável, em favor do referido equilíbrio democrático.

Não é uma tarefa fácil, inclusive porque, nas circunstâncias atuais, dificilmente uma empresa aceitará autoproclamar-se como sendo estritamente de lobistas pois, progressivamente, esta atividade costuma ser exercitada, conjugadamente, com outra ou outras. Na área fiscal, certamente, não será diferente.

Assim, é uma questão relevante de estratégia cogitar se o lobby a ser realizado será de base ou de topo, ou mesmo se de ambos, sem que, com isto, se banalize a atividade.

Se a opção "for de base", provavelmente, pretende-se buscar e utilizar a pressão da opinião pública a influenciar uma determinada decisão. Será preciso refletir sobre a sua utilidade perante aquilo que, verdadeiramente, se pretende. Aqui, se poderá valer de uma utilização maciça dos meios de comunicação social e das demonstrações públicas de que, efetivamente, se conta com a razão. A internet poderá ser muito útil, dada a larga utilização de que, cada vez mais, vem sendo objeto.

Se a "opção for de topo", pretende-se pressionar os decisores das instâncias derradeiras, que constituem a hierarquia superior do poder, condicionando-lhes as decisões. Dirige-se, diretamente, a quem tem o poder de decisão, embora isto possa ser feito utilizando-se várias fórmulas.

Pode-se buscar ações meramente informativas, apenas para dar-lhe conhecimento de opiniões ou posições de grupos de relevo naquela sociedade. Pode-se pretender discutir um determinado assunto específico, ou ser institucional ou geral.

Também o tempo de ação será algo variável, pretendendo-se auferir grande visibilidade ou não.

Assim, assuntos como os transgênicos, opções nucleares de energia, reformas fiscais podem exigir estratégias de lobby, segundo planos prévia e detalhadamente definidos.

De alguma forma, a despeito de que os assuntos possam vir a ser novos, o lobby parece ser tão antigo quanto a própria democracia ou, mesmo, tão antigo quanto a natureza humana. O que há de novo é a organização com que está vindo a ser exercido.

Os interesses podem ser novos; mas os jogos de influência, não. Afinal, grupos de interesses sempre existiram e continuarão a existir.

Os encontros nos corredores e nas antecâmaras do Parlamento inglês, nos extertores do século XVIII, dado que o acesso às sessões parlamentares era vedado a estranhos, é uma das origens possíveis do termo lobby.

Outra origem possível do termo refere-se aos locais onde os legisladores reuniam-se pois, ao entorno, constavam pessoas a defender os mais variados interesses. Assim, o Federal Hall, de Nova York, como o primeiro assento do Congresso Americano em 1789; ou mesmo o Congress Hall, de Filadélfia, nos salões ao redor da Assembléia, também, justificam o termo.

Há mesmo quem defenda que a expressão decorreu de uma situação freqüente no século XIX, nos Estados Unidos, mais precisamente em Washington. Um ex-Presidente dos EEUU (1869-1877), Ulysses Grant, possuía o hábito de freqüentar o Hotel Willard, próximo à Casa Branca. Lá, almoçava ou descontraía-se em um bar ao final do dia. Percebendo-se isto, representantes de grupos de interesses o esperavam no *hall de entrada*. Daí uma outra alternativa para o termo lobby.

O fato é que, embora seja um termo cada vez mais comum, pouco ou quase nada vem sendo, sistematicamente, estudado. Certamente, ele não deixará de existir sob o pretexto de se lançar algo tão produtivo no silêncio.

E diga-se, que, particularmente, os profissionais da área jurídica não podem adotar a postura do não conheço e nunca vi. Afinal, mesmo que o único motor fosse o interesse histórico, seria preciso lembrar William Hull, que foi contratado pelos veteranos do Exército da Virgínia para pressionar o Congresso norte-americano a deferir-lhes pensões pelos serviços na Guerra da Independência; ou mesmo Sam Ward, o chamado "Rei dos lobistas", no século XIX.

Trata-se de uma atividade que consagra, nos anos 30 e 40, Thomas Corcoran, considerado o pai do lobby moderno.

Assim, a teoria política ou jurídica não pode desconhecer a atividade de tentativa de influenciar decisões, quer pela aprovação, quer pela

rejeição, pois isto faz parte da democracia, não apenas aquela do passado mas, também, e cada vez mais organizadamente, do futuro do regime democrático.

Logo, é de se esperar que, entre os advogados, quer de maneira indireta, quer direta, esta atividade venha também a ser exercida, sendo ela a principal, ou não.

Entre os grandes e médios titulares e gestores de corporações e empresas, esta não deve ser uma atividade desconhecida pois, além de conduzir contactos com governantes e altas autoridades públicas, podem realizar atividades lobistas ocasionais (grandes festas, eventos esportivos etc. – pois os aproximam das referidas autoridades) que, mesmo que não incorporadas às estatísticas, merecem ser contabilizadas.

Ex-políticos, ex-altos funcionários administrativos e judiciais, além de dominarem os mecanismos onde representam os interesses corporativos, possuem redes de conhecimentos pessoais que lhes permitem colaborar não apenas com estes interesses, mas também com o exercício da própria atividade de advocacia de uma maneira, efetivamente, eficiente.

A questão é que isto não deve se manter sob sigilo, pois a colaboração pode ser apenas técnica, porquanto sejam peritos em suas áreas; e não, necessariamente, estar contaminada por caracteres eminentemente políticos.

Podem estar encaminhando idéias novas em face da larga experiência que possuem e, com isto, exercendo uma pressão indireta em favor das melhores soluções para os problemas sujeitos às decisões. Funcionariam como um intermediário perante o poder público de modo a encaminhar a melhor solução quer para a corporação ou empresa que representam, quer para os interesses regionais ou da própria nacionalidade.

Assim, desde uma proposta de nova legislação até a realização de visitas organizadas em favor da construção de um complexo industrial

ou unidade empresarial, o importante é que a decisão lançada caracterize-se pela isenção e pelo interesse público.

Ora, também os meios menos tradicionais não podem ser desprezados. Faz-se referência, agora, aos blogues, que constituem uma recente forma de expressão através da INTERNET. Costumam versar sobre um determinado tema (ambiental, jurídico etc.). Assim, em relação também a questões jurídicas, podem vir a prestar apoio a uma nova democracia eletrônica.

Atualizados com frequência, podem vir a constituir jornais digitais temáticos e que contam com a característica da interatividade, pois qualquer pessoa poderá comentar o conteúdo abordado. Evidentemente que não se pode estimular os falsos blogs, algumas vezes chamados de *flogs*, pois o carácter anônimo e a eventual falta de seriedade com que são construídos e conduzidos retiram-lhes a credibilidade.

Outros meios eletrônicos também estão em pleno desenvolvimento, tais como o controle dos motores de busca, que terminam por inserir a informação pretendida logo na página inicial de resultados, ao ser digitada uma determinada "palavra-chave". Também os telefones celulares, através do uso do *sms*, ao convocar manifestações cívicas, ou para a presença em conferências, seminários, congressos constituem instrumentos típicos da democracia do século XXI, pois atribuem visibilidade ao tema proposto.

No entanto, é fundamental, mais uma vez, destacar-se a necessidade de uma conduta à altura da seriedade do assunto conduzido.

Quanto aos advogados, indaga-se se, nesta postura de necessária ética e transparência, na qual estaria a atitude de identificar os seus clientes, os valores que recebem e o que fazem para isto, haveria, ou não, a barreira do sigilo.

Até que ponto o sigilo devido aos clientes constituiria, realmente, uma barreira. É de se imaginar que o advogado padrão também está a serviço da sociedade, antes de mais nada, não cabendo a utilização de

mídias de sons e de sons e imagens de maneira criminoso ou a encobrir um crime, que constitui uma atitude de confronto com os objetivos sociais mínimos de convivência comunitária.

Enfim, há lobbies políticos e técnicos, sendo direito de todos não apenas o de falarem mas, sobretudo, o de serem ouvidos.

É na avaliação de resultados que se refletirá sobre o êxito ou não, da atividade. Assim, os objetivos podem vir a ser atingidos ou não atingidos, e, se atingidos, poderão sê-lo total ou apenas em parte.

Também esta fase (pós-campanha) costuma ser fundamental para o lobista, não apenas em razão do interesse já defendido, mas em face dos novos interesses que poderão vir a ser, no futuro, perante os mesmos públicos-alvos.

Exige-se a publicidade e a mais ampla visibilidade de um código de conduta que restrinja a percepção de presentes, financiamentos de bens móveis ou imóveis a baixos custos, dádivas; enfim, que, se não provocam a imediata suspeição da autoridade que os recebe, merecem ser acompanhadas por toda a sociedade que acredita em adotar uma postura ativa diante da busca se não da igualdade de resultados, ao menos da igualdade de oportunidades perante os poderes políticos.

The lobby and the law

Abstract

In Europe, this important topic is beginning to be studied. Also, in Brazil, the issue of interference from the same lobby as part of normative development, but also in implementing legal, deserves the

attention of both political science in the law. This is what we try to do in the following article.

Key-words: Lobby. Normative interpretation.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Suhrkamp, 1989.

AGUIAR DIAS, José de. **A Equidade é poder do juiz**. RF, v. 164, fasc. 633, 1956.

AGUIAR, Roberto A R. **O que é justiça?** uma abordagem dialética. São Paulo, Alfa-Omega, 1982.

ALDER, John. **Constitutional and Administrative Law**. London: Macmillan, 1989.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milano, Giuffrè, 1960.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Trad. Luiz Cary e outro. Lisboa: Presença, 1972.

AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. H. Laemmert & Cia., 1881.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATTIFOL, Henri. **A Filosofia do Direito**. Trad. Eugénio Cavalheiro. 6. ed. Lisboa: Editorial Notícias, 1981.

BIELSA, Rafael. **El orden política y las garantías jurisdiccionales (Separación de Poderes y vigencia del Derecho)**. Buenos Aires, 1943.

_____. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: TL, 1950.

_____. **Estudios de derecho público. Derecho Fiscal**. Buenos Aires: Depalma, 1951. v. 2.

_____. **Compendio de derecho público, constitucional, administrativo y fiscal. Derecho Fiscal**. Buenos Aires: Depalma, 1952. v.3.

_____. **Democracia Y Republica**. Edición póstuma. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985.

BOBBIO, Norberto. **L'Analogia nella logica del Diritto**. Turim: Istituto Giuridico, 1938.

BONAVIDES, Paulo. **Reflexões: Política e Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa, Coimbra Editora, 1972. v.1.

_____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e amp. por Miguel Galvão Telles. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. Tomo I.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. rev. amp. e atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUEDES, Armando Marques. **Ideologias e sistemas políticos**. Lisboa: Instituto de altos Estudos Militares, 1981.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HAURIOU, André; GICQUEL, Jean e GÉLARD, Patrice. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Trad. José Antonio Gonzalez Casanova. Barcelona – Caracas – México. Editorial Ariel, 1979.

KANTOROWICZ, Hermann. **La lucha por la ciencia del Derecho. La Ciencia del Derecho**, vários autores, Buenos Aires, 1949.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro, 1924.

_____. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro XI. Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. Introdução de Otto Maria Carpeaux. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro, Editora Tecnoprint S.A – Ediouro, 1990.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e da aplicação das Leis Tributárias**. São Paulo, 1963.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde buscá-las e como usá-las.** Brasília. Editor Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação, 1993.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **O Estado Moderno e a separação dos Poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Ética e História.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **As idéias forças da democracia.** Bahia, 1941.

_____. **O Poder de Reforma Constitucional.** Bahia: Liv. Progresso Editora, 1954.

_____. **O Processo Legislativo.** São Paulo: Saraiva, 1968.

SAN TIAGO DANTAS. **Igualdade perante a lei e “due process of law”, em problemas de direito positivo.** Rio de Janeiro: Forense, 1953.

SANCHES, José Luis Saldanha. **A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985.

SCHAFF, Adam. **Linguagem e conhecimento.** Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

VIANA, Oliveira. **Programa de Revisão da Constituição Federal de 1891.** In: PROBLEMAS de Política Objetiva. Rio de Janeiro: Record, 1974.

_____. **O Idealismo da Constituição.** In: À MARGEM da História da República. Brasília, Universidade de Brasília, 1980.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Madrid, Ed. Taurus, 1964.

_____. **Argumentação jurídica e modelo sistemático na história – a Era Moderna.** Trad. de Ferraz Júnior. Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Social, Bruxelas, 1971.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito do Direito.** Recife, Imprensa Oficial, 1947.

_____. **Lógica jurídica.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **As Estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Causalidade e relação no Direito.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

Referência deste artigo

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. O lobby e a lei. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 195-218, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 14 ago. 2009. Aprovado em: 19 nov. 2009.

Despersonalização do inimigo: inadequação do conceito de pessoa adotado pela teoria do Direito Penal do inimigo tendo como referência um Estado democrático de Direito¹

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Especialista em Ciências Criminais pelo IELF/UNAMA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.
Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral/AL.

Resumo

O artigo critica a despersonalização do inimigo, defendida pelo Direito Penal do inimigo. Para tanto, analisa o conceito de pessoa utilizado por essa teoria, demonstrando que o mesmo não é conforme com um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria do Direito Penal do Inimigo. Conceito de pessoa. Funcionalismo penal.

Introdução

A grande problemática em torno da proposta do Direito Penal do inimigo se dá, de fato, em razão da alegação da existência de não-pes-

¹ Este trabalho foi apresentado no I Seminário Paraibano de Ciências Criminais, realizado no segundo semestre de 2008, em João Pessoa (PB).

soas, indivíduos já submetidos a um processo de reificação, e que são tratados, pelo sistema punitivo, tão somente como objetos de coação. O inimigo, segundo Jakobs, não pode ser tratado como cidadão, nem tampouco como pessoa, pois "um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa".²

Essa dicotomia cidadão-inimigo motivou a enorme celeuma provocada na doutrina jurídico-penal, quando do surgimento da teoria do Direito Penal do inimigo. A existência de não-pessoas vai de encontro à tradição do Direito Penal de reconhecer garantias e direitos subjetivos como uma forma de limitar a atuação punitiva do Estado. Essas reservas seriam decorrentes da própria condição humana, devendo, por isso, ser reconhecidas pelo Direito vigente.³

Se a proposta de Jakobs apenas se resumisse a reconhecer a existência de tipos em que são criminalizados atos preparatórios, ou que cominassem penas exageradamente severas para alguns delitos, a formulação resultaria em desdobramentos sem maiores gravidades, seria apenas uma "descripción formal sin consecuencias materiales".⁴ No entanto, e a despeito de serem essas características referidas essenciais para indicar aquele Direito Penal voltado para o inimigo, o fundamento marcante dessa teoria é mesmo arquitetar um Direito Penal autônomo e diferenciado, com objetivo de combater os inimigos, e que se destacaria fundamentalmente do Direito Penal comum, direcionado aos cidadãos.⁵

2. JAKOBS, Günther. Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Orgs.). **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2, p. 36.

3. Sobre a dificuldade ou mesmo impossibilidade de se chegar a uma conceituação jurídica das dimensões da dignidade humana, ver SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

4. MARTÍN, Luis Gracia. **Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo**. Lima: IdemSA, 2007. p. 253.

5. "La existencia, empero, de un Derecho Penal del enemigo autónomo y diferenciado supone que el mismo debe construirse fuera de las fronteras que delimitan el campo del Derecho Penal ordinario. Esto significa, entonces, que el Derecho Penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho Penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente difere coincidentes, ya no se historia de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo". Idem. *Ibidem*. p. 253 e 254, grifos do autor.

Nesse sentido, para que seja possível a compreensão da afirmativa de que existiriam não-pessoas, e mesmo para vislumbrar de que forma o inimigo passaria por um processo de despersonalização, cumpre primeiramente explicar o conceito de pessoa que é utilizado por Günther Jakobs. Desse modo, é necessário que sejam destacados alguns aspectos de sua proposta funcionalista (funcionalismo normativo-sistêmico), notadamente com relação ao posicionamento do *homo* na estrutura desse sistema funcional.

Para cumprir com essa proposta, teceremos algumas explicações sobre o que seria uma definição jurídica do termo *pessoa*. Logo em seguida, destacaremos a sua concepção peculiar de culpabilidade funcional, tendo em vista que esse requisito do crime está intrinsecamente relacionado com a própria noção de pessoa, conforme será melhor compreendido. Após feitas essas considerações, será possível criticar de forma apropriada a exclusão da personalidade dos inimigos

1 O conceito jurídico de pessoa

Existem diferenças entre os conceitos estritamente filosóficos de pessoa e as suas acepções jurídico-semânticas. Em um sentido filosófico, os gregos delinearão primeiramente o conceito de pessoa, afirmando que a mesma seria aquela a quem foi atribuído a representação de um determinado papel. "O conceito de papel, neste sentido, pode ser reduzido ao de relação: um papel outra coisa não é senão um conjunto de relações que ligam o homem à dada situação e o definem com respeito a ela".⁶

Assim, essa compreensão inicial de *pessoa* levou em conta a alteridade do homem, pois a relação não se dá desse para si mesmo, mas sim para com algo que é externo à sua própria essência. Segundo esse conceito, as relações entre homens e objetos (sujeito e predicado) só fariam sentido diante do pressuposto da existência de outras pessoas. Portanto,

6. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 761.

as relações estritamente intra-subjetivas não dizem respeito a esse entendimento: a idéia de pessoa teria como pressuposto a existência de relações intersubjetivas. Desse modo, o conceito de pessoa é construído através de uma socialidade, em conformidade com a máxima aristotélica de homem como *zoo politicum*.

Essa noção “parecia implicar o caráter aparente e não substancial da pessoa”.⁷ O próprio termo *pessoa* advém do latim *persona* (máscara), que nos remete à significação do teatro e da representação de papéis.

Posteriormente, a partir de Descartes, desenvolveu-se um conceito de pessoa que primava pela auto-relação, ou seja, pela relação do homem para consigo mesmo.⁸ Tal conceito se aproximava da idéia de consciência, aproximando-se, dessa forma, de uma noção de identidade pessoal.

Com relação à semântica jurídica de pessoa, usualmente equivale a sujeito de direitos. Em uma significação jurídica, pessoa seria, portanto, aquela que detém direitos subjetivos.⁹ Segundo Francisco Muñoz Conde, também o funcionalismo normativo-sistêmico, proposto por Jakobs, apropria-se dessa definição, pois “*utiliza el concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, es decir, como subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema*”.¹⁰

Dessa forma, partindo-se da premissa de uma ordem jurídica posta (positiva), cumpre considerar que o conceito jurídico de pessoa não se relaciona necessariamente com caracteres ontológicos (essenciais), como as idéias de consciência, alma, etc. Resume-se a reconhecer como pessoa aquele que possui os requisitos determinados pela norma jurídica. “Ser pessoa é um ato de personificação de uma norma jurídica”.¹¹

7 Idem. *Ibidem*. p. 761.

8 Idem. *Ibidem*. p. 762.

9 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 189.

10 MUÑOZ CONDE, Francisco. *De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo*. Buenos Aires: Hamurabli, 2005. p. 57.

11 RADBRUCH, Op. Cit. p. 191.

Tanto não é ontológico o conceito jurídico de pessoa que, em algumas situações, a ordem jurídica não reconhece(u) o *status* de pessoa a certos indivíduos, como se deu com os escravos, por exemplo, ou mesmo, no Direito Romano, com aqueles que eram tidos como inimigos do Estado (*hostis*), ambos tratados como *res*.

No âmbito de um Estado democrático de Direito, é possível deduzir do conceito jurídico de pessoa a igualdade. Significa dizer que todos aqueles que, em um sentido jurídico, são pessoas, devem possuir idênticos direitos. Também Günther Jakobs possui entendimento semelhante, com respeito à igualdade como elemento essencial do conceito de pessoa, afirmando que “*en el modelo de hecho y pena que hemos esbozado, al autor sólo le corresponde una pena en cuanto es una persona igual a los demás, especialmente en lo que se refiere a que todos son competentes para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social*”¹².

Portanto, é mister reconhecer que a igualdade é elemento imprescindível da definição de pessoa. Note que a igualdade se refere aos caracteres comuns a toda a coletividade, irreduzíveis e homogêneos, tais como a liberdade, entre outros.

Por isso, a teoria dos sistemas afirma que há certas características individuais que não pertenceriam propriamente ao conceito de pessoa, mas sim ao de indivíduo, ou, na terminologia utilizada pelo sociólogo Niklas Luhmann, aos sistemas psíquicos¹³.

Assim, é imprescindível a distinção entre *pessoa e indivíduo*. Este refere-se ao homem individualmente considerado: é o homem em si mesmo. Todas as peculiaridades e idiosincrasias do homem dizem respeito ao mesmo enquanto indivíduo. Também a consciência faz parte desse aspecto humano. Já o conceito de pessoa, é mais abrangente, pois pressupõe um indivíduo em relacionamento com seus iguais, em interação dinâmica com outros homens¹⁴.

12 JAKOBS, Günther. El Principio de culpabilidad. In: _____ *Estudios de Derecho Penal*. Tradução Enrique Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997. p. 385.

13 Os sistemas psíquicos não são elementos dos sistemas sociais. Desta forma, o conceito de pessoa utilizada pela teoria sistêmica utiliza apenas os aspectos comunicacionais, desprezando os demais aspectos, conforme será melhor explicado adiante.

14 Esta distinção não é, de fato, nenhuma novidade para o Direito. Dentre os muitos trabalhos que se debruçam

No que se refere ao indivíduo, a igualdade é relativizada. Isso porque as características individuais devem ser reconhecidas em um Estado democrático de Direito. Ademais, a própria concepção de igualdade pressupõe a existência do outro, pois exige o juízo de comparação para atestar a equivalência, e, dessa forma, se coaduna mais com o conceito de pessoa (que é interacional).

Como já dito, o conceito jurídico de pessoa é normativo, o que não significa dizer que será possível estruturar a norma desprezando a realidade fenomênica do *ser* humano. Dito de outro modo, algumas características intrínsecas aos indivíduos devem necessariamente ser reconhecidas como elementos do conceito jurídico de pessoa, sob pena de esvaziar-se de conteúdo o mesmo (e, nesse caso, teríamos um conceito meramente formal, desprovido de qualquer legitimidade). Esses elementos, comuns a todos os homens, irão compor a essência mesma da idéia jurídica de pessoa. Assim, por exemplo, em um Estado democrático de Direito, não é admissível a escravidão, pois a liberdade é atributo de todos os indivíduos. Ora, não existem diferenças essenciais entre os homens que justifiquem que uns sejam tratados como *res*, enquanto que os mais afortunados sejam livres. A liberdade é, de fato, atributo essencial do homem. Portanto, a pessoa *deve ser* livre.

Nesse ínterim, é prudente atentar para duas observações importantes. A primeira diz respeito à distinção de tratamento para com a pessoa e com o indivíduo. Um Estado de Direito deve assumir como requisitos da pessoa todas as características essenciais do homem. Por outro lado, deverá respeitar e reconhecer todas as diferenças dos indivíduos, seja elas morais, ideológicas, religiosas, etc. Estas são acidentais, não-essenciais, e, portanto, não dizem respeito estritamente à pessoa, mas ao indivíduo. As diferenças individuais somente não

sobre o tema, destacamos SARLET, Op. Cit. passim, e, também, BUTERO BERNAL, José Fernando. Linhas gerais do Direito Penal configurado a partir da pessoa real. Tradução Aléxis Augusto de Brito. In: BRITO, Aléxis Augusto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Orgs.). **Direito Penal: Aspectos Jurídicos controversos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, passim. Vislumbramos problemas, contudo, quando uma teoria jurídica se afasta de uma concepção real do homem, que necessariamente deve levar em conta ambas as acepções (indivíduo e pessoa). Essa é a observação que fazemos mais à frente com relação ao funcionalismo propugnado por Günther Jakobs, que considera a pessoa apenas em seu aspecto relacional (interacional), desprezando o indivíduo em benefício de um modelo sistêmico lukmanniano de sociedade.

poderão ser toleradas quando forem extremamente gravosas para o convívio social, pois, nessas situações, é razoável seu sacrifício, em prol do bem comum.

Dessa forma, a igualdade é requisito da concepção de pessoa. Do contrário, as relações interpessoais se tornariam desproporcionais, pois seria possível a invasão da esfera juridicamente protegida do outro, fato que ensejaria a desconsideração da pessoa que sofre uma lesão a seus direitos protegidos. No entanto, com relação ao indivíduo, a igualdade é relativizada, conforme já dito. O Estado democrático de Direito será tanto mais legítimo e justo quanto maior for o reconhecimento igualitário das necessidades da pessoa (educação, saúde, alimentação, moradia digna), e quanto maior for a tolerância pela diversidade do indivíduo (liberdade de credo, de opinião, etc.).

Dito de outra forma, o conceito jurídico de pessoa deve primar pela igualdade, no que tange às características comuns aos homens, mas também deve respeitar as diferenças entre os indivíduos. Com relação a esses, os indivíduos, o princípio norteador será o da liberdade. Logicamente que aqui se fala de uma liberdade condicionada e relativa, pois os demais indivíduos também possuem liberdades a serem respeitadas. Assim, o princípio da liberdade, referente ao indivíduo, deve inserir-se, em um contexto maior, no de igualdade, referente ao conceito de pessoa.

Portanto, com relação aos indivíduos (esfera íntima), deve sobressair o princípio da liberdade, e para esses mesmos enquanto relacionados com os demais, ou seja, para as pessoas (esfera social), o princípio da igualdade. Um conceito hermético de pessoa não é compatível com um Estado que prime pelas liberdades democráticas, mas sim característico de Estados autoritários, onde a pessoa é vislumbrada de forma uniforme, segundo uma ideologia determinada.

A outra observação refere-se ao caráter normativo do conceito jurídico de pessoa. Necessariamente a idéia de pessoa transparece na ordem jurídica por meio de uma norma. Daí, decorre a importância do princípio da legalidade, mormente para a pessoa considerada no âmbito

jurídico-penal.¹⁵ Também é essencial o princípio da dignidade humana, de *status* constitucional, que é, em verdade, representa o *corpus* normativo do conceito jurídico de pessoa.¹⁶

Portanto, deve o sistema jurídico apropriar-se de um conceito de pessoa que utilize critérios que ultrapassem a noção de indivíduo, entendendo-a (a pessoa) conjuntamente com seus demais atributos de alteridade e comunicação.¹⁷ Ou seja, os caracteres essenciais (ônticos) que perpassam todos os homens também devem ser reconhecidos como fundamentos da ideia de pessoa, entre esses a liberdade, etc.¹⁸ Essa é a noção de pessoa mais desejável para um Estado democrático de Direito, e também a mais próxima da realidade a que o ordenamento pode almejar chegar.

15 Vide a importante lição de Cláudio BRANDÃO, quem afirma que "é pela legalidade que o Direito Penal se volta para o homem, rompendo com o terror penal. Se é através da Legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal, delimitando o âmbito de atuação do Estado na inflicção da pena. Neste espaço, podemos fazer a ilação que é a Legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade". **Introdução ao Direito Penal: Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 38e 39.

16 No entanto, é tão vaga a ideia que se tem acerca da dignidade humana que há quem afirme que tal conceito não pode ser juridicamente apropriado. Nesse sentido, o próprio Günther JAKOBS afirma que "la dignidad humana, si tiene un contenido mínimo, es desde luego incompatible con tal prohibición de aclarar la lógica de la comunicación". *El Principio de culpabilidad*. Op. Cit., p. 388. Também Ingo Wolfgang SARLET afirma que "no caso da dignidade humana, diversamente do que ocorre com as demais normas justificadas, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já nistou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa". *As Dimensões da dignidade da pessoa humana*. Op. Cit. p. 16 e 17.

17 BOTERO BERNAL, Op. Cit. p. 83 e 84.

18 Dessa forma, "fazer de cada um de nós um homo juridicus é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutivas do ser humano. O Direito liga a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão. A loucura esperta, tão logo se negue uma ou outra das duas dimensões do ser humano, quer para tratá-lo como um animal, quer para tratá-lo como um puro espírito, livre de qualquer limite allora os que ele condere a si mesmo". SUPOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. X.

2 Culpabilidade funcional

A culpabilidade é o elemento do crime que se refere à reprovação pessoal do agente. Segundo o finalismo, essa reprovação seria decorrência da liberdade, pois o criminoso teria tido a opção de agir em conformidade com o mandamento legal, sendo que optou livremente pela prática da conduta proibida. Portanto, a culpabilidade teria fundamento no livre-arbitrio.

Entretanto, a subjetividade não é acessível, segundo Jakobs, motivo pelo qual não pode a culpabilidade ser fundamentada em circunstâncias intrínsecas e improváveis. Seria necessária a utilização de critérios objetivos para a normatização dos elementos do crime.

O critério fundamental elegido por Jakobs foi a sociedade. Todos os elementos do crime foram re-significados com a estruturação do funcionalismo normativo-sistêmico. Segundo esse modelo, não seria mais possível a utilização de dados ontológicos (elementos lógico-objetivos). Como consequência, houve uma sobrevalorização da culpabilidade, com relação aos demais elementos do crime.¹⁹

Destarte, o fundamento da culpabilidade funcional não seria mais a possibilidade de agir de forma diversa, como outrora, mas sim a necessidade preventiva de integração da norma lesada. Jakobs, desse modo, "funde integralmente a prevenção na culpabilidade, a tal ponto que o fim da pena determina o conteúdo da culpabilidade".²⁰

A culpabilidade funcional baseia-se no conceito de *competência*. Para Jakobs, a competência representaria a possibilidade de imputação de culpabilidade ou, dito de outra forma, indicaria a assunção da posição de garante de determinada expectativa de conduta. Dessa forma, se a pessoa é competente, deve agir em obediência a determinado papel social, pois, do contrário, poderá ser responsabilizada criminalmente.

19 LYNETT, Eduardo Monteleagre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. p. 20.

20 Idem, *Ibidem*, p. 18, grifos do autor.

A competência "*forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno*".²¹ A *contrario sensu*, quando não está vislumbrada a competência, não é possível se exigir uma conduta determinada de uma pessoa, pois a ela não lhe é imputado um papel social. Por certo, quando não é competente o indivíduo não pode nem ao menos ser chamado de pessoa, segundo Jakobs, pois não é cidadão pleno. Seria apenas um indivíduo.

A competência pode referir-se a papéis sociais especiais, que se relacionam com funções mais específicas assumidas por uma pessoa em determinado contexto social (*competência institucional*), ou, ainda, referir-se a papéis sociais gerais, nos quais não há relações especiais, mas sim ordinárias (por vezes, anônimas), e sem nenhum caráter de especificidade (*competência relacional*).

A *competência institucional* é específica porque ocorre independentemente da juridicidade da constituição da sociedade (que lhe é pressuposta).²² Assim, por exemplo, relacionam-se à competência institucional os papéis assumidos pelos pais e cônjuges.

Cumprir lembrar, mais uma vez, que o próprio Jakobs menospreza a idéia de que o sistema jurídico seria arquitetado utilizando-se de estruturas que lhe seriam anteriores – daí seu desdém pela metodologia adotada pelo finalismo –, dessa forma optando por uma concepção normativa extremada. Ora, a partir do momento em que determinadas estruturas (as instituições) são concebidas como realidades que precederiam a juridicidade da sociedade, é possível afirmar que o método funcionalista, ao menos nesse tópico específico (*competência institucional*), aproxima-se bastante do ontologismo tão caro ao finalismo, o que nos parece paradoxal, diante das severas críticas feitas por Jakobs a essa metodologia.

Com relação à *competência organizacional*, essa refere-se à condutas que atendem a papéis sociais ordinários, que não possuem nenhum caráter de especificidade. "*Se trata del quebrantamiento del único rol común que existe,*

21 MARTIN, Op. Cit., p. 259.

22 JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Tradução Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires: Ad Hoc, 2005, p. 71.

el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios".²³

Decorreria, portanto, de interações sociais anônimas, que são aquelas que se dão entre quaisquer pessoas, sem que exista alguma qualidade relevante que lhes é atribuída (exemplo clássico na literatura sobre imputação objetiva são os crimes de trânsito). É necessária a reprimenda penal para garantir que o comportamento seja aceito como *standard*, nos casos em que o risco extrapole o limite tolerável (que, sempre, é definido socialmente).

Note que, levada às últimas conseqüências, até mesmo a *competência organizacional* é definida com respeito a uma instituição, visto que decorreria da desobediência à uma norma jurídica, e o Direito é, em si mesmo, uma instituição. No entanto, por ser uma instituição dotada de generalidade (é característico das normas jurídicas a generalidade), carece de uma especificidade que justificasse a sua classificação no âmbito da *competência organizacional*.²⁴

Essas delimitações no âmbito da culpabilidade (*competências organizacional e institucional*) são, em nossa opinião, particularmente vagas e indeterminadas, pois totalmente artificiais. De fato, e segundo Bernd Schünemann, a categoria da competência defendida por Jakobs seria indicadora de uma "posição de garante absolutamente ilimitada, e por isso não é nada mais que uma mera afirmação, uma pura decisão adotada como remédio para recolocar fórmulas circulares e vazias de conteúdo".²⁵

Conforme demonstramos, ainda que brevemente, a construção do conceito de culpabilidade funcional é efetivada sem a utilização de elementos lógico-objetivos, distanciando-se, por esse motivo, da idéia de livre-arbítrio e de exigibilidade de conduta diversa.²⁶ Como bem enfatiza

23 *Idem*, *ibidem*, p. 72.

24 *Idem*, *ibidem*, p. 73.

25 SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, n. 15, p. 132, 2005.

26 Interessante lembrar que, como a concepção funcional de culpabilidade descarta as avaliações subjetivas, concentrando-se nas expectativas sociais de cumprimento de determinada conduta (objetivas), admite a in-

Günther Jakobs, "la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada"²⁷.

A igualdade é, portanto, a idéia chave na construção do conceito de culpabilidade funcional. Além de definir a própria culpabilidade, também é determinante para a noção de pessoa. Em verdade, o conceito de pessoa se confundiria com a própria culpabilidade, e com a igualdade.²⁸

Dessa forma, a teoria da culpabilidade de Jakobs, em última instância, define o próprio conceito de pessoa de seu sistema funcional.²⁹ Nesse sentido, "ser pessoa é, antes de tudo, poder ser merecedor de confiança; é ter a aptidão de provocar nas demais pessoas a espera confiada no próprio desempenho social, sem o que se faria impossível a interação social".³⁰ Em outras palavras, se é pessoa quando se é competente, ou seja, quando é possível a imputação de culpabilidade, quando é exigível a postura de um papel social.

criminação de pessoas jurídicas. Nesse sentido, ver a lição de Fábio André GUARAGNI, afirmando que "deriva da postura funcionalista orientada pela teoria dos sistemas de Jakobs a possibilidade de as pessoas jurídicas delinquirem, em revisão da parêmia tradicional *societas delinquere non potest*. Afinal, se para Jakobs a definição de ação serve para definir o sujeito e quando a ele se imputa sua obra, questões naturalísticas não perpassam pela solução do problema (...) Afinal, interessam no pensamento de Jakobs os outputs. As atuações dos órgãos com apoio em seus estatutos são ações próprias da pessoa jurídica". **As teorias da conduta em Direito penal**. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 303.

27 JAKOBS, El Principio de culpabilidad, Op. Cit. p. 392.

28 Conforme a brilhante lição de Mário Pimentel ALBUQUERQUE, para quem "parece não haver dúvidas de que, para JAKOBS, os conceitos de culpabilidade e de igualdade são inseparáveis, ou melhor, o primeiro pressupõe necessariamente o segundo. Há-as, entretanto, se entramos a investigar tanto a extensão do conceito de igualdade, como a relação existente entre a noção de pessoa e a de culpabilidade, caso em que nos deparamos com um insuperável dilema: ou o conceito de igualdade não é unívoco, aplicando-se distintamente tanto à idéia de pessoa como à de culpabilidade, ou entre estes últimos conceitos existe uma relação de total sinonímia; *tertius non datur* (...) ficamos, até onde pudemos nos convencer, com a segunda alternativa, pois, a se admitir a primeira, teríamos que pressupor uma característica essencial que pertencesse a todos os homens independentemente da igualdade circunstancial de raça, credo, fortuna, idade ou sexo, algo assim como uma característica definidora a priori, o que JAKOBS decididamente rejeita". **Princípio da confiança no Direito Penal: Uma Introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 141 e 142. Grifos nossos.

29 Nesse sentido, Günther JAKOBS afirma que "só puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad". **Sobre la motivación de la dogmática jurídico-penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 20.

30 BOTERO BERNAL, Op. Cit. p. 144.

A culpabilidade funcional, como demonstrado, despersonaliza o homem, considerando como pessoa apenas o seu aspecto comunicacional, e olvidando-se das outras dimensões do conceito de pessoa, mormente aquela concernente ao homem empírico (indivíduo).³¹

3 Exclusão da personalidade do inimigo

Conforme explicado, o conceito de pessoa utilizado por Jakobs não se confunde com o de homem (indivíduo). Assim, para o cidadão, é possível que lhe seja imposta uma pena, e, nesses casos, não ocorreria uma exclusão de sua personalidade, precisamente porque ele ainda estaria sendo tratado como pessoa (cidadão com direitos e garantias). Nessa hipótese, a pena possuiria um significado (comunicativo), justamente pelo fato de direcionar-se a uma pessoa.³² Com o inimigo, por outro lado, a imposição de uma sanção criminal não possui a finalidade de manutenção da identidade normativa da sociedade, pois a coação que lhe é infligida é tão-somente uma demonstração de força, visando à evitação de perigos. "Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige a pessoa *em Direito*, mas contra o indivíduo perigoso".³³

Resta agora analisar se é possível justificar a exclusão da personalidade dos inimigos, como pretende Jakobs, ou seja, se é possível admitir a existência de não-pessoas, homens estranhos ao sistema social (particularmente ao sistema jurídico-penal). Inicialmente, faremos duas ob-

31 Também possui esse entendimento Tatiana Machado CORRÊA, quem afirma que "a culpabilidade funcional é meramente instrumental, eis que propõe tão-somente a afirmação de que o indivíduo agiu deslealmente ao direito, a fim de assegurar que seja mantida a estabilidade da norma. Não se refere a um sujeito concretamente determinado, pois não leva em conta os aspectos individuais, internos do autor da infração à norma, mas sim o juízo social objetivo de falta de fidelidade ao ordenamento jurídico e não os processos psíquicos". **Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 51, p. 229, 2004.

32 JAKOBS, Günther, *Personalidad y exclusión en Derecho Penal*. Tradução Teresa Manso Porto. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 77.

33 *Idem*, *Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomelli. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: Noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22 e 23, grifos do autor.

servações importantes, sem as quais não será possível apreciar a questão sob um enfoque dogmático. A primeira observação, diz respeito à dificuldade encontrada por grande parte da doutrina de criticar de forma apropriada a teoria do Direito Penal do inimigo. Por defender a existência de categorias (a não-pessoa) que contrastam com a tradição liberal do Direito Penal, a teoria do Direito Penal do inimigo sofreu severas críticas. No entanto, grande parte delas baseou-se em discursos exaltados, nos quais os argumentos racionais (científicos) foram esquecidos, em favor de um posicionamento maniqueísta, por vezes até mesmo romântico.

Logo após ser lançada tal teoria para debate, o rechaço da mesma quase se constituiu em um dogma na doutrina jurídico-penal, e muitos penalistas fizeram questão de se mostrar contrários à mesma. Sobre o assunto, afirmou Günther Jakobs que "o que se pode vislumbrar na discussão científica da atualidade a respeito desse problema é pouco, com tendência ao nada".³⁴ Somos obrigados a concordar com o professor alemão.³⁵ As críticas iniciais foram extremamente emotivas, sem conteúdo científico relevante. De fato, não houve a preocupação de se discutir seriamente as propostas. Ainda mais grave, não houve a compreensão de que a teoria do Direito Penal do inimigo foi construída por meio de um método descritivo, e utilizando-se de observações acerca de como o sistema punitivo tem se comportado com relação a determinados indivíduos e crimes. Por esse motivo, negá-la de forma precipitada (e apriorística), sem maiores discussões, significa fechar os olhos para uma realidade punitiva que demonstra, de forma patente, a existência de indivíduos tratados, de fato, como inimigos.

Por isso, a despeito de discordarmos veementemente das proposições de Günther Jakobs, afirmamos que a teoria do Direito Penal do inimigo é valiosíssima, pois demonstra como o sistema jurídico-penal

34 *Ibidem*, p. 23.

35 Também possui esse entendimento Luis Gracia MARTÍN, quem afirma que "el rechazo de plano al Derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios. Es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo, simplemente, no debe ser en absoluto". *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo*. Op. Cit. p. 263 e 264, grifos do autor.

funciona de forma excludente, utilizando-se da lógica cidadão-inimigo. Portanto, deve ser, no mínimo, analisada com seriedade científica.

A segunda observação diz respeito ao conceito de pessoa utilizado por Jakobs não ser o mesmo que aquele utilizado por outros doutrinadores. Afirmar que o inimigo é uma não-pessoa não equivale a advogar que o mesmo não seja essencialmente um homem, pois o conceito de inimigo não é essencial (ontológico). Tampouco indica um juízo valorativo, não significando que o inimigo é necessariamente mau.

O conceito de pessoa utilizado por Jakobs é normativo, conforme já explicado em detalhes. Somente a partir de uma socialidade e, posteriormente, com a estruturação de uma identidade normativa, será possível definir quem são as pessoas (cidadãos). Por esse motivo, para compreender perfeitamente a teoria do Direito Penal do inimigo, é necessário, antes de mais nada, compreender o funcionalismo normativo-sistêmico, pois a exclusão da personalidade do inimigo é uma decorrência de sua incompetência (no sentido de que o indivíduo se recusa, de forma definitiva, a assumir a responsabilidade por um papel social).

Contudo, a construção teórica do Direito Penal do inimigo, em certo ponto, mostra-se contraditória. Isso porque Jakobs sempre optou por uma concepção normativa extremada, que despreza dados ontológicos (elementos lógico-objetivos). Por essa razão, afastou-se determinante do método finalista. Nesse sentido, a aferição da culpabilidade teria sempre como referência a obediência a algum papel social, determinado por meio de expectativas de cumprimento de condutas. No entanto, contraditoriamente, a definição do inimigo tende a ser feita de forma ontológica, levando em conta aspectos do *ser* independentemente do fato de ter o mesmo cometido ou não atos lesivos. Dessa forma, o Direito Penal do inimigo, invariavelmente, inclina-se para um Direito Penal de autor.

Se uma das características marcantes do Direito Penal do inimigo é a antecipação da punibilidade³⁶, ou seja, a punição de atos anteriores

36 As demais são a cominação de penas desproporcionalmente gravosas e a supressão de direitos e garantias. JAKOBS, Günther. *La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*. Tradução Teresa Meno Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 31 e 32.

mesmo à lesão de um bem jurídico, resta ao sistema punitivo determinar quem seriam os indivíduos que colocariam em risco os bens jurídicos tutelados, para a partir daí neutralizá-los, evitando perigos. Como a punição dos mesmos não aguarda a ocorrência efetiva de lesão, sempre os critérios de definição desses inimigos serão pessoais. De forma que fica fácil compreender porque determinados segmentos específicos da população se tornam alvos preferenciais do poder coativo do Estado, como os imigrantes e os socialmente excluídos, de maneira geral. Essa antecipação da punibilidade se contrapõe à utilização dos papéis sociais como elemento de aferição de culpabilidade, pois as características individuais já ensejariam uma sanção antes do cometimento de lesões, sem que se possa determinar se o referido papel foi descumprido. Destarte, as características pessoais de um indivíduo fariam com que ele assumisse precipitadamente um papel (in)social: o de inimigo.

Também, com respeito à utilização da igualdade como elemento definidor do conceito de culpabilidade, mostra-se a teoria do Direito Penal do inimigo controversa. Como já vimos, a competência é medida por meio da possibilidade que tem a pessoa de agir conforme um *standard*, que é a forma com que as demais pessoas igualmente agiriam, caso estivessem na mesma situação (um modelo de conduta). A igualdade, portanto, é determinante da culpabilidade e do próprio conceito de pessoa utilizado pelo funcionalismo normativo-sistêmico. Ora, parece-nos contraditória a utilização de um conceito – que surge da igualdade, e por ela se justifica –, para afirmar uma enorme desigualdade, que é a distinção entre aqueles que são sujeitos de direito e os que são apenas objeto de coação (pessoas x não-pessoas; cidadãos x inimigos).

A maior crítica que se pode fazer à concepção de não-pessoas é mesmo a utilização de uma radical concepção normativa de pessoa. Ora, é possível a exclusão, justificada, de alguns indivíduos da imputação de fatos criminosos, como ocorre, por exemplo, com os doentes mentais e crianças.³⁷

37 Cumpre ressaltar que nem mesmo esses inimputáveis se vêem livres do poder punitivo do Estado. Apesar de, tecnicamente, não se tratarem as limitações em seus direitos como, propriamente, sanções, parece-nos incontestável que as mesmas demonstram uma faceta punitiva do Estado.

No entanto, e conforme já explicado, o conceito jurídico de pessoa deve aproximar-se o máximo possível da realidade fenomênica do *ser* humano. Por isso, deve assumir uma postura inclusivista. Essa é a única possibilidade de chegarmos a uma idéia de pessoa em conformidade com um Estado democrático de Direito. Destarte, somente seriam excluídos desse conceito aqueles indivíduos com seqüelas irreversíveis na compreensão de seus atos (doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, por exemplo).

Dessa forma, todos os demais devem ser responsáveis criminalmente por seus atos. Contudo, também responderão pelos crimes que cometerem, conforme o devido procedimento, tendo todos os seus direitos e garantias assegurados. Isso porque *“el sujeto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino aquel no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano”*.³⁸

Assim, não se justifica a exclusão da personalidade dos inimigos, a consideração dos mesmos como não-pessoas. Acreditamos que essa posição extrema defendida por Jakobs deriva de uma concepção de pessoa adotada pelo funcionalismo normativo-sistêmico que, no nosso entendimento, não se compatibiliza com um Estado democrático de Direito.

4 Conclusão

Dentre as formulações da teoria do Direito Penal do inimigo, talvez a mais controversa, e que vem recebendo maiores críticas, seja a afirmação de que os inimigos seriam não-pessoas, e, portanto, deveriam ser tratados de forma diferenciada, em um procedimento sumário e sem garantias. Contudo, para que a exclusão da personalidade dos inimigos possa ser compreendida corretamente, é necessário que o conceito de pessoa utilizado por Jakobs seja esclarecido.

38 MARTIN, Op. Cit. p. 294, grifos do autor.

O conceito jurídico de pessoa normalmente equivale ao de sujeito de direitos. No entanto, em uma interpretação conforme com um Estado democrático de Direito, é necessário incorporar a noção de igualdade ao conceito de pessoa. Nesse sentido, o funcionalismo normativo-sistêmico desenvolvido por Jakobs, fundamentado pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, apropriou-se de uma idéia de pessoa que utiliza a igualdade como critério definitivo. Afastando-se de uma concepção formada a partir de elementos ônticos (lógico-objetivos), indica os papéis sociais (expectativas de conduta) como elementos determinantes, nesse modelo funcional, da competência de um indivíduo. A competência indica, justamente, a cidadania plena: equivale a dizer que somente é pessoa quem é competente, aquela pessoa que pode ser responsabilizado criminalmente (culpabilizado).

Por outro lado, o conceito funcionalista de pessoa considera tão-somente aspectos relacionais do homem, abstraindo-o, na medida em que o considera como uma mera engrenagem do sistema jurídico-penal. É desejável uma construção normativa do conceito de pessoa que contemple todos os aspectos do homem, de modo que a juridicidade aproxime-se da realidade fenomênica do *ser* humano.

Com o advento da teoria do Direito Penal do inimigo, Jakobs passou a afirmar que os inimigos não seriam, de fato, pessoas. Para tanto, utilizou um conceito de pessoa construído a partir da idéia de igualdade, conforme explicado, para justificar uma desigualdade, contida na dicotomia cidadãos-inimigos. Isso, parece-nos, é uma grande contradição em sua proposta.

Ao contrário das críticas mais precipitadas, que, muitas vezes carecem de cientificidade, uma análise coerente da teoria do Direito Penal do inimigo deve sempre levar em conta o conceito de pessoa adotado por Jakobs. Nesse sentido, discordamos da formulação principal da referida teoria, que defende uma cisão no sistema punitivo, manifestando-se de forma diferenciada conforme o objeto da coação seja cidadão ou inimigo. Isso porque, afirmamos, o conceito de pessoa adotado pelo funcionalismo normativo-sistêmico e, posteriormente, também pela te-

oria do Direito Penal do inimigo é discordante com um Estado democrático de Direito.

Disregard of the enemy's person condition: Inadequacy of the concept of person which is adopted by the Criminal legal theory of the enemy, assuming as reference the foundations of the Rule of Law

Abstract

The paper critic the disregard of the enemy's person condition, which is supported by the enemy's Criminal Law theory. For that, it analyses the concept of the person which is adopted by its theory, demonstrating that it is

incompatible with the foundations of the Rule of Law.

Key-words: Criminal legal theory of the enemy. Concept of the person. Criminal. Functionalism.

5 Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no Direito Penal**: Uma Introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**: Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOTERO BERNAL, José Fernando. Linhas gerais do Direito Penal configurado a partir da pessoa real. Tradução Aléxis Augusto de Brito. In: BRITO, Aléxis Augusto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Orgs.). **Direito Penal**: Aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartir Latin, 2006.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 51, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther. El Principio de culpabilidad. Tradução Enrique Peñaranda Ramos. In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente**. Tradução Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

_____. Personalidad y exclusión en Derecho Penal. Tradução Teresa Manso Porto. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Org.). **El Funcionalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1.

_____. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: Noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **La Imputación objetiva en Derecho Penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

_____. Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Orgs.). **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. Buenos Aires: B de F, 2006. v. 2.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

MARTIN, Luis Gracia. **Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo**. Lima: Idemsa, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De Nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo**. Buenos Aires: Hamurabbi, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 15, 2005.

SUPIOT, Alain. Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Referência deste artigo

SANTOS, Hugo Leonardo Rodríguez. Despersonalização do inimigo: inadequação do conceito de pessoa adotado pela teoria do Direito Penal do inimigo tendo como referência um Estado democrático de Direito. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 219-240, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 15 set. 2009. Aprovado em: 24 nov. 2009.

A validade e eficácia do artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no ordenamento jurídico brasileiro

Jadson Correia de Oliveira

Advogado militante na área do Direito Educacional, graduado pela Faculdade Integrada do Recife - FIR, formado no curso de Preparação à magistratura e pós-graduado em Direito Público, ambos ministrados pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE, professor da Faculdade Sete de Setembro - FASETE, em Paulo Afonso - BA.

Resumo

Demonstra a lógica jurídica existente entre a LDBEN, a Constituição da República e a Lei 1.533/51, que não há antinomias, mas sim, auto-integração de normas. Conclui que, sendo a LDBEN lei específica e posterior, e em virtude da 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. Artigo 24 da LDBEN. Validade e eficácia da LDBEN. Súmula 632 do STF. LDBEN.

Introdução

O presente estudo visa analisar o novo disciplinamento trazido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN - ao instituto do mandado de segurança. Isto porque, a partir do momento que foi estabelecido um período mínimo de frequência obrigatória do aluno em sala de aula, se acabou por tolher o prazo para impetração do *writ* contra

ato ilegal ou abusivo de Reitor ou Diretor Acadêmico de instituição de ensino superior – IES.

A título de exemplo, caso um aluno impetre mandado de segurança em face de suposto ato ilegal ou abusivo de diretor acadêmico de determinada IES, não deverá apresentar seu pedido com esteio no prazo do artigo 18 da Lei 1.533/51, mas sim, observando os ditames do artigo 24 da LDBEN, que trata da frequência mínima obrigatória para que um aluno possa ser aprovado. Dessa forma, pode-se perceber que, ao tempo em que se permite que um pedido de segurança seja feito em até 120 dias, o artigo 24 da LDBEN acaba por reduzir tal prazo, vez que ele giza o percentual mínimo de 25% de ausências da sala de aula e, num semestre com 100 dias letivos, isto resulta em 25 dias.

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 à 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.

Para tanto, é necessário fazer considerações acerca da validade da LDBEN no sistema lógico jurídico brasileiro, a fim de que possam ser traçados critérios objetivos a respeito de sua aplicabilidade nos casos práticos. Da mesma forma, serão tecidos comentários sobre a possibilidade de institutos de Direito Processual influenciarem a forma como a LDBEN é aplicada, uma vez que esta norma trata de matéria constitucionalmente prevista, enquanto que os digestos processuais tratam-se, na verdade, de regras gerais e genéricas, aplicáveis a quase todas as relações jurídicas.

1 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 nº1366/2001, que originou a Resolução CES/CNE nº 10/2002, assim traçou o perfil de cada uma¹:

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 docentes 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.

As universidades merecem especial importância, pois possuem um grau de autonomia maior que as demais formas de IES. E é justamente por conta disso que, para assumir a forma de universidade, uma IES precisa ter um complexo quadro de mestres e doutores, bem como uma ampla produção acadêmica e científica. Continuando, a mesma Resolução anteriormente citada assim define as demais IES:

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.

1. FRAUCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo Monteiro. *LDB anotada e comentada*. Brasília: IAPÉ, 2007. p. 57.

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 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 à 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.²

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 arrepio 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

2 Essa revisão é feita para que a universidade avalie os documentos trazidos pelo aluno quando de sua matrícula, o seu satisfatório desempenho acadêmico, dentre outros requisitos exigidos pela LDBEN a fim de que se firme a validade do seu diploma emitido pela faculdade.

está vinculada, uma vez que esta não homologaria um documento para um discente que não respeitou o limite mínimo de frequência.

2 A validade da LDBEN no sistema lógico jurídico

Diante da celeuma que se afigura em torno da possibilidade de uma norma infraconstitucional, como é o caso da Lei 9.394/96, influir de forma determinante em institutos constitucionais, a exemplo do que ocorre com o Mandado de Segurança, é importante que se faça uma breve análise sobre a validade da LDBEN.

A priori, deve-se fazer uma observação básica, segundo a qual, para Lummia³, “uma norma é válida se está em conformidade com normas de produção próprias do sistema normativo do qual faz parte”. A partir daí, pode-se afirmar que, uma vez que a Constituição Federal não faz menção alguma sobre o prazo de impetração para o mandado de segurança, a LDBEN, em seu artigo 24, inciso I, não a afronta. Assim sendo, de acordo com a classificação clássica das normas, na qual a Constituição ocupa lugar de moldura, o supracitado artigo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional não é apenas constitucional, como também está de acordo com a lógica jurídica. Ressalte-se que essa é uma análise quanto à constitucionalidade material da norma.

Acrescente-se, ainda, o escólio de Hugo de Brito Machado⁴:

Para que uma lei seja válida, do ponto de vista material, ou substancial, exige-se que seu conteúdo esteja em harmonia com a Constituição. A invalidade material caracteriza-se quando o conteúdo da norma inferior está em conflito com o conteúdo da norma superior.

Com isso, deve-se destacar que, a partir do momento que a educação foi erigida a matéria constitucionalmente tutelada e que, por critérios óbvios, precisou de uma lei que instituisse padrões mínimos à educação oferecida no Brasil, não se pode concluir que a LDBEN afronta

3 LUMMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 59.

4 MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 78.

institutos de Direito Processual Civil ou Constitucional, haja vista o seu *status superior* em relação a alguns procedimentos adotados pelo sistema legal, no intuito de uma maior tecnicidade do processo.

2.1 A eficácia da LDBEN em consonância com a Constituição da República

A princípio, deve-se fazer uma pequena distinção entre vigência e eficácia de uma norma. Vigência não diz respeito, apenas, ao período de duração de uma norma no sistema jurídico, mas sim, ao seu atributo de incidir sobre as situações fáticas, seu poder de reverberar, de produzir efeitos no mundo fenomenológico. No entanto, a vigência não é um conceito que possa ser quantificado. Por sua vez, a eficácia de uma norma diz respeito à observância da mesma pelos sujeitos passivos; por conta disso, há normas mais eficazes que outras.

Oportunas são as palavras do doutrinador José Afonso da Silva⁵:

Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Assim, após esses breves comentários, tem-se que destacar alguns pontos a serem levados em consideração quando se estuda a LDBEN: ela é lei específica criada para tratar de matéria constitucionalmente assegurada, e mais, é lei posterior se comparada à Lei que trata do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51). Assim sendo, sob o ponto de vista formal, está a Lei 9.394/96 em consonância com todos os critérios adotados pelo Direito como inerentes à validade de uma norma jurídica.

5 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66.

2.2 A prática forense em face da LDBEN

É indiscutível a importância do mandado de segurança no sistema jurídico brasileiro, bem como, por se tratar de um remédio constitucional, não se pode permitir que leis infraconstitucionais venham a tolher sua eficácia, abrangência e aplicabilidade.

Cumprido destacar, agora, os dizeres da súmula 632 do STF, segundo a qual "é constitucional lei que fixa prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança". Assim sendo, em uma análise superficial, pode-se dizer que o artigo 24 da LDBEN atende aos ditames da súmula acima transcrita, vez que esta última se refere à "lei", de forma genérica, e não especificamente à lei 1.533/51, que em seu artigo 18 estabelece o prazo de 120 dias para a impetração do writ.

Todavia, ao se continuar, ainda, nessa linha de raciocínio e imaginar a hipótese da a súmula ser contrária à possibilidade de uma lei infraconstitucional estabelecer prazo para a impetração do pedido de segurança, surge a questão: pode-se entender a jurisprudência como fonte do Direito? E mais, pode ela estabelecer disposições contrárias ao sentido material da Constituição em garantir critérios nacionais mínimos para a educação brasileira?

2.3 Uma análise sobre o termo jurisprudência

Para responder a essas perguntas, primeiro se deve analisar as noções existentes sobre jurisprudência. E para Edgar da Mata-Machado, esses são os sentidos da palavra jurisprudência⁶:

O termo jurisprudência pode revestir-se de três significados diferentes: os alemães usam-no para designar o conjunto das ciências do Direito; *jurisprudencia*; para os ingleses, é a disciplina jurídica mais geral, digamos a Teoria Geral do Direito; na França, como no Brasil, reserva-se a palavra

6 MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Editora Lides, 2005. p. 253.

jurisprudência para referir-se à prática dos tribunais, quando revestida de certa continuidade.

Diante das primeiras linhas deste tópico, pode-se perceber que este tende a fazer uma análise se a atuação jurisdicional do juiz deve se limitar a aplicar o Direito ou a interpretá-lo e adequá-lo à situação fática.

Conforme o trecho colacionado acima, deve-se fazer uma ressalva sobre os principais sistemas jurídicos ocidentais e o porquê de a palavra jurisprudência assumir diferentes significados.

No sistema inglês, vive o sistema conhecido como *Common Law*, para o qual prepondera a regra do *judge-made-law* ou *casemadelaw*⁷, ou seja, o direito feito pelo juiz. Dessa forma, toda e qualquer decisão elaborada por uma corte, que cria, pela sua lógica jurídica, um precedente obrigatório, deve ser observada por todos os aplicadores do Direito de jurisdição igual ou inferior. Cria-se, dessa forma, uma espécie de decisão vinculante que deve ser, obrigatoriamente, levada em consideração, pois, para este sistema jurídico, toda decisão deve ser baseada numa outra decisão diretriz.

Assim, para o sistema da *Common Law*, a fonte primordial do Direito é a *jurisprudence*, de observância obrigatória em julgados posteriores.

Proceda-se, agora, à análise da família romano-germânica, que se destaca pela existência de direito escrito, cuneiforme. Essa família caracteriza-se por possuir um sistema de regras gerais, aplicáveis a toda conduta. Todavia, para tal sistema um empecilho impera, qual seja, o da existência de lacunas quando da não existência de uma norma geral que discipline aquele comportamento. Então, para evitar o surgimento de situações insolúveis pelo sistema jurídico brasileiro, a Lei de Introdução ao Código Civil prevê, em seu artigo 4º, a adoção de outras formas de solução de conflitos, a exemplo da equidade.

Então, em conformidade com o acima narrado, percebe-se que a lei escrita assume, nos países que adotam o sistema jurídico da família

⁷ *Ibidem*, p. 258.

romano-germânica, posição primordial perante a jurisprudência. E mais, especificamente para o Brasil, onde há a separação e a relação de harmonia entre os poderes, não se pode vislumbrar o Poder Judiciário criando normas ou deixando de aplicá-las baseando-se em entendimento próprio.

Nesse momento, deve-se fazer uma análise sobre a súmula vinculante. Esta surge no Brasil, após a Emenda Constitucional 45, como um instituto jurídico destinado, primordialmente, a dar uma maior instrumentalidade ao processo civil, visando à celeridade e à economia processual. No entanto, ainda persiste o seu caráter normativo.

Então, após feitas as presentes análises, não seria possível a existência de uma súmula, prolatada após reiteradas decisões do Poder Judiciário, que fixasse regras contrárias às existentes em legislações ordinárias, pois, de acordo com o sistema lógico jurídico em vigor no Brasil, as súmulas não fazem parte das normas gerais coercitivas de conhecimento e cumprimento obrigatório por todos.

Conclusões

Após tecidos os comentários acima, pode-se perceber que a LDBEN atende a todos os critérios formais e materiais de vigência, eficácia e validade de uma norma. E mais, em virtude da supracitada lei tratar de matéria constitucional, não pode ela se limitar a critérios de Direito Processual, de aplicação genérica, pois, caso se pensasse de forma diversa, poder-se-ia permitir que um aluno, em atendimento apenas aos digestos processuais em vigor, obtivesse o direito de receber o diploma da faculdade frequentando, tão somente, alguns meses durante o semestre ou o ano letivo.

O que a LDBEN defende é uma padronização mínima dos currículos acadêmicos nacionais, em todos os níveis da educação. Assim sendo, um caso em particular, um aluno específico não deve conseguir obter graduação de nível superior se não atendeu aqueles critérios, tal como o do mínimo obrigatório de frequência.

Além disso, como se esperar o cumprimento de uma determinação legal se não houver uma sanção punitiva no caso de seu não atendimento? Isto é, que outra forma para tornar eficaz o cumprimento do prazo previsto no artigo 24 da LDBEN que não a de impossibilitar, de logo, que o aluno possa lograr êxito, aprovação, no semestre letivo? Ainda no tocante à eficácia da LDBEN, o supracitado artigo é de tamanha aceitação social que, hodiernamente, qualquer aluno sabe que não pode apresentar mais de 25% de faltas. O que se quer dizer com isto é que a lei 9.394/96 alcançou a essência do Direito, qual seja, o de ser conhecido, aceito e aplicado para a pacificação das relações sociais.

Sob o ponto de vista da validade formal da LDBEN, em face da Lei 1.533/51 e posteriores que vieram a disciplinar o mandado de segurança, deve-se dizer que se trata a primeira de lei posterior e específica, razão pela qual possui observância obrigatória. Ademais, a súmula 632 do Supremo diz que é constitucional lei que fixa prazo para a impetração de *writ*, no entanto não faz referência expressa sobre o artigo 18 da Lei 1.533, tornando-se, dessa forma, norma específica que discipline o momento final para a impetração do *mandamus*.

Assim sendo, nem é preciso que se analisem outras fontes do Direito, a exemplo do que pregam os adeptos da teoria do Direito Alternativo. Da mesma forma, também não é necessário que se faça uma abordagem elástica como o fazem os teóricos do realismo jurídico, visto que, *ab initio*, não há antinomia, mas sim, complementação de normas, de lacunas e formas de fazer com que determinações legais sejam atendidas, caracterizando, assim, uma verdadeira auto-integração entre o previsto na Constituição da República, na Lei 1.533/51 e na LDBEN.

The validity and effectiveness of article 24 of the Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional in Brazilian jurisdictions

Abstract

Demonstrates the existing legal logic between the LDBEN, the Constitution and Law 1.533/51, because does not exists antinomies, but self-integration of statutes. 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. Article 24 from LDBEN. Validity and effectiveness of the LDBEN. Summary 632 from STF.

Referências

BOULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <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>. 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>. Acesso em: 03 mar. 2008.

BRASIL. **Súmula nº 632**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_601_700>. Acesso em: 03 mar. 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FRAUNCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo Monteiro. **LDB anotada e comentada**. Brasília: ILAPE, 2007.

LUMMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Referência deste artigo

OLIVEIRA, Jadson Correia de. A validade e eficácia do artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 241-252, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 08 set. 2009. Aprovado em: 25 nov. 2009.

As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico

João Maurício Adeodato

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Pesquisador 1 A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

Resumo

Este texto concentra-se sobre um tema que tem sido negligenciado pelos juristas brasileiros, que a ele tanto devem: seu passado. Pretende-se, nesse sentido, mostrar o planejamento e o desenvolvimento atual das atividades do Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica

e História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife, cujo projeto específico expressa-se pelo título do presente texto.

Palavras-chave: Retórica como metódica. História das idéias jurídicas. Originalidade e continuidade.

Introdução

Estado da arte do Grupo de Pesquisa em retórica jurídica da Faculdade de Direito do Recife

Este texto procura retratar os primeiros resultados de um novo projeto de um Grupo de Pesquisa que, com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq/MCT

– da Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC – e da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco – FACEPE, concentra-se sobre um âmbito (mais do que um tema) que tem sido negligenciado pelos juristas brasileiros, que a ele tanto devem: seu passado. Pretende-se, nesse sentido, mostrar o planejamento e o desenvolvimento atual das atividades desse Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica e História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife (doravante GRP), cujo projeto específico expressa-se pelo título do presente texto.

Necessário, contudo, recortar mais um pouco um objeto de pesquisa como “o passado”, ainda mais que o interesse pela história, pela história das idéias, tem marcado, ao longo do tempo, a atenção de muitos pesquisadores brasileiros, país no qual a influência dos juristas tem sido notória. Nada obstante, esse interesse não tem sido cultivado nas próprias faculdades de direito brasileiras, o que não é de admirar, diante das atuais diretrizes no ensino e na pesquisa em direito.

Mas juristas têm chamado atenção para a importância de estudos da história das idéias no Brasil, nos quais tem destaque a figura de Tobias Barreto, como um dos fundadores da cultura brasileira, “tanto na filosofia quanto no direito”¹. Só que o tema “Escola do Recife” tem ocupado mais espaço na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – quiçá em outras – do que no Recife, chamando os paulistas e cariocas atenção para o papel relevante que a cultura alemã desempenhou nesse processo, ajudando na liberação, tanto da influência tomista do espiritualismo católico português, quanto daquela oriunda do positivismo francês, fazendo do Recife um dos berços da cultura jurídica nacional².

Mesmo que a complexa evolução política da Alemanha, desde o século XIX, tenha escolhido caminhos nacionalistas, que desembocam no nacional-socialismo nazista, no estudo de sua relação com a cultura da

1 REALE, Miguel. Prefazione a Mario Losano. *Um jurista tropicale* – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000. p. V.

2 LOSANO, Mario. *Um jurista tropicale* – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000. p. 7, 15, 32 e passim.

América do Sul chamam atenção o caráter internacionalista e o interesse alemão por outras culturas, sobretudo a do Brasil, país aonde foi forte a imigração e a difusão da língua teutônica³. Essa postura, com suas idas e vindas, corresponde mais ao posicionamento internacionalista da Alemanha no mundo de hoje, o que traz novo interesse ao estudo atual das idéias jurídicas no Brasil.

Para além das culturas musical e desportiva, pelas quais os europeus bem-intencionados vêem o Brasil, a história do país tem idéias a oferecer, idéias no campo do direito. Tal é a hipótese diretora do GRP, a ser testada, evidentemente. Suposição que parte do interesse de alunos e professores pelos escritos de Jhering, assim como pela obra de seus primeiros interlocutores brasileiros, digam-se Tobias Barreto, Silvio Romero e Clóvis Beviláqua, todos professores da Faculdade de Direito do Recife. A idéia é antiga no Grupo de Pesquisa: em novembro de 1992 foi realizado na Faculdade de Direito do Recife um congresso nacional em homenagem aos 100 anos do falecimento de Rudolf von Jhering⁴.

Na análise desse vasto campo da história das idéias, é necessária uma delimitação metodológica. Primeiro, então, uma descrição do ambiente histórico, uma parte que fica mais próxima da historiografia tradicional, descritiva de “fatos”, o que para o Grupo de Pesquisa são os métodos da **retórica material**, como será esclarecido a seguir. Depois, no nível da **retórica estratégica**, procura-se estudar a argumentação da autora ou autor escolhido e como, por meio de suas idéias, tentou influir nos métodos e fatos descritos no primeiro nível. Finalmente, a **retórica metódica** vai proceder a análise dos níveis anteriores e mostrar a contribuição original do Grupo de Pesquisa.

3 LOSANO, Mario. A América do Sul e o cosmopolitismo alemão no final dos Oitocentos. *Revista O Direito*, 4, 132, n. II-IV, p. 335-348, 2000.

4 ADEODATO, João Maurício (Org.). *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1996. LOSANO, Mario. Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien. In: BEHRENDT, Olko (Hrsg.). *Jherings Rechtsdenken – Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. p. 77-96.

– da Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC – e da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco – FACEPE, concentra-se sobre um âmbito (mais do que um tema) que tem sido negligenciado pelos juristas brasileiros, que a ele tanto devem: seu passado. Pretende-se, nesse sentido, mostrar o planejamento e o desenvolvimento atual das atividades desse Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica e História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife (doravante GRP), cujo projeto específico expressa-se pelo título do presente texto.

Necessário, contudo, recortar mais um pouco um objeto de pesquisa como “o passado”, ainda mais que o interesse pela história, pela história das idéias, tem marcado, ao longo do tempo, a atenção de muitos pesquisadores brasileiros, país no qual a influência dos juristas tem sido notória. Nada obstante, esse interesse não tem sido cultivado nas próprias faculdades de direito brasileiras, o que não é de admirar, diante das atuais diretrizes no ensino e na pesquisa em direito.

Mas juristas têm chamado atenção para a importância de estudos da história das idéias no Brasil, nos quais tem destaque a figura de Tobias Barreto, como um dos fundadores da cultura brasileira, “tanto na filosofia quanto no direito”¹. Só que o tema “Escola do Recife” tem ocupado mais espaço na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – quiçá em outras – do que no Recife, chamando os paulistas e cariocas atenção para o papel relevante que a cultura alemã desempenhou nesse processo, ajudando na liberação, tanto da influência tomista do espiritualismo católico português, quanto daquela oriunda do positivismo francês, fazendo do Recife um dos berços da cultura jurídica nacional².

Mesmo que a complexa evolução política da Alemanha, desde o século XIX, tenha escolhido caminhos nacionalistas, que desembocam no nacional-socialismo nazista, no estudo de sua relação com a cultura da

1 REALE, Miguel. Prefazione a Mario Losano. *Um jurista tropicale* – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000. p. V.

2 LOSANO, Mario. *Um jurista tropicale* – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000. p. 7, 15, 32 e passim.

América do Sul chamam atenção o caráter internacionalista e o interesse alemão por outras culturas, sobretudo a do Brasil, país aonde foi forte a imigração e a difusão da língua teutônica³. Essa postura, com suas idas e vindas, corresponde mais ao posicionamento internacionalista da Alemanha no mundo de hoje, o que traz novo interesse ao estudo atual das idéias jurídicas no Brasil.

Para além das culturas musical e desportiva, pelas quais os europeus bem-intencionados vêem o Brasil, a história do país tem idéias a oferecer, idéias no campo do direito. Tal é a hipótese diretora do GRP, a ser testada, evidentemente. Suposição que parte do interesse de alunos e professores pelos escritos de Jhering, assim como pela obra de seus primeiros interlocutores brasileiros, digam-se Tobias Barreto, Silvio Romero e Clóvis Beviláqua, todos professores da Faculdade de Direito do Recife. A idéia é antiga no Grupo de Pesquisa: em novembro de 1992 foi realizado na Faculdade de Direito do Recife um congresso nacional em homenagem aos 100 anos do falecimento de Rudolf von Jhering⁴.

Na análise desse vasto campo da história das idéias, é necessária uma delimitação metodológica. Primeiro, então, uma descrição do ambiente histórico, uma parte que fica mais próxima da historiografia tradicional, descritiva de “fatos”, o que para o Grupo de Pesquisa são os métodos da **retórica material**, como será esclarecido a seguir. Depois, no nível da **retórica estratégica**, procura-se estudar a argumentação da autora ou autor escolhido e como, por meio de suas idéias, tentou influir nos métodos e fatos descritos no primeiro nível. Finalmente, a **retórica metódica** vai proceder a análise dos níveis anteriores e mostrar a contribuição original do Grupo de Pesquisa.

3 LOSANO, Mario. A América do Sul e o cosmopolitismo alemão no final dos Oitocentos. *Revista O Direito*, a. 132, n. II-IV, p. 335-348, 2000.

4 ADEODATO, João Maurício (Org.). *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1996.
LOSANO, Mario, Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien. In: BEHREND, Olko (Hrsg.). *Jherings Rechtsdenken – Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. p. 77-96.

1 A perspectiva retórica como metódica: o marco teórico

O questionamento dos métodos e das metodologias é um problema da teoria do conhecimento. O que fazem professores e alunos em uma universidade de um país (subdesenvolvido) como o Brasil? Responder a essa curiosidade é um dos objetivos deste texto. Um problema de conhecimento é um problema filosófico. Não se pretende aqui entrar numa ampla discussão sobre esses termos (gnoseologia, gnosiológica, epistemologia), mas apenas oferecer uma visão própria do que eles significam dentro de um Grupo de Pesquisa consolidado na Faculdade de Direito do Recife, um Grupo de Retórica Jurídica, retórica entendida como uma atitude filosófica diante do conhecimento e da ética. O que significa esse marco teórico?

A **inserção da retórica na filosofia** vai depender do que se entende por filosofia, evidentemente. Começa-se aqui, assim, por uma bipartição sugerida por Hans Blumenberg para separar as duas vertentes da filosofia ocidental⁵. Esta já é uma escolha de método, pois claro que é uma grosseria reunir todos os grandes pensadores do Ocidente em duas grandes direções apenas, mas é esta a única forma de se estudar. São os tipos ideais sugeridos por Max Weber⁶, dos quais, acredita-se aqui, o universo conceitual não escapa. Depois, muito depois, e se o destino ajudar, os poucos alunos, nos quais a semente da filosofia germinar, escolherão seus campos específicos.

Nesses termos, se a filosofia procura a verdade, e a retórica não vê sentido nesse conceito, evidentemente a retórica está fora da filosofia. Ottmar Ballweg, por exemplo, separa retórica e filosofia, segundo esse critério, e exclui da filosofia correntes tradicionalmente consideradas

5 BLUMENBERG, Hans. *Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*. In: **Wirklichkeiten, in denen wir leben** - Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1985, p. 104-136.

6 WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft** - Grundriss der verstehenden Soziologie. Johannes Winkelmann (Hrsg.). Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.

“filosóficas”, tais como ceticismo, agnosticismo, voluntarismo, nominalismo, positivismo, pragmatismo e nihilismo⁷.

Mas justamente a existência dessas várias correntes, oriundas da sofisticada, na mais antiga tradição da filosofia ocidental, demonstra que nem toda a filosofia se reduz às concepções dominantes de busca da “verdade”, absoluta ou não. Nesse sentido, a tradição, aqui chamada de retórica, opõe-se a essa tradição principal, aqui chamada ontológica. A perspectiva “metodológica”⁸ do Grupo de Pesquisa parte dessa concepção de retórica como uma **espécie** de filosofia.

Mesmo antes da sofisticada, nos primórdios da filosofia, esse dualismo já marcou a cultura ocidental no confronto entre Parmênides e Heráclito.

Para Parmênides o movimento é uma ilusão, assim como toda mudança. A certeza do conhecimento já está no ser humano, na mesma linha que vai ser seguida pela doutrina das idéias eternas de Platão e que vai desembocar no racionalismo de Descartes e, até hoje, no que diz respeito à filosofia do direito, no pensamento de autores que acreditam que regras corretas e previamente fixadas - “racionais”, não necessariamente “legais” - vão conduzir a decisões corretas nos casos concretos⁹.

Para Heráclito, por outro lado, o conhecimento deve se concentrar na mudança e é a permanência que constitui uma ilusão, pois ninguém pode tomar banho nas águas do mesmo rio, pois “tudo passa, nada permanece” (*πάντα εὖ οὐδὲν μένει* - *pánta rhei oudén ménei* - na síntese tardia de seu pensamento), a linha que vai desembocar no empirismo de Locke, no ceticismo de Hume e, nos dias atuais, no Grupo de Pesquisa sobre Retórica Jurídica da Faculdade de Direito do Recife.

7 BALLWEG, Ottmar. *Phronetik, Semiotik und Rhetorik*. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg-München: Albet, 1982, p. 27-71.

8 As aspas se devem à crítica que o presente texto faz ao uso corrente da expressão “metodologia”, propondo a tripartição entre método, metodologia e metódica, conforme pretende-se esclarecer aqui.

9 ALEXI, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983. DWORON, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1994. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas - da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. amp. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Têm-se assim duas antropologias para explicar essa relação entre o ser humano e a “verdade”¹⁰. Uma corrente, aqui chamada ontológica, considera o ser humano como um ente “rico” ou pleno, sua linguagem é apenas um meio para alcançar, literalmente des-cobrir, descrever os objetos do mundo, objetos que existem independentemente dela. Isso significa dizer que a razão e o aparato cognoscente do ser humano, desde que devidamente empregados, são capazes de chegar a assertivas sobre o ambiente, as quais todo ser humano é “racionalmente” obrigado a aceitar, são “verdadeiras”. Essas idéias de racionalidade e verdade, trasladadas para o campo da ética, implicam a possibilidade de distinguir racionalmente o justo do injusto. Grande tarefa.

Os filósofos retóricos, do outro lado, consideram que o ser humano é “pobre” ou carente e daí a linguagem constitui seu único ambiente, isto é, que não há fatores externos que possam servir de critério para uma verdade “objetiva”, pois todo objeto é formado pela própria linguagem e todo conhecimento consiste de **acordos lingüísticos intersubjetivos** de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos. Claro que esses dois extremos são tipos ideais, como dito, pois só a necessidade de agrupá-los conceitualmente justifica semelhante generalização e todo fenômeno real será percebido de forma mais ou menos ontológica / retórica, com mais ou menos plenitude ou carência gnoseológica.

Também deve ficar claro que as ontologias têm prevalecido nas concepções filosóficas do Ocidente, posto que contam com apoios substanciais, tanto da parte dos monoteísmos, vitoriosos no campo da religião¹¹, quanto da parte da ciência dominante, inimigas de quaisquer ceticismos¹². Tanto a religião como a ciência, apesar de contrárias em

10 GÉHLEN, Arnold. *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*. Wiesbaden: Akademische Verlagsgesellschaft, 1978. BLUMENBERG, Hans. *Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik. III: Wirklichkeiten, in denen wir leben* - Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986. p. 104-136.

11 SCHMIDINGER, Heinrich (Hrsg.). *Wege zur Toleranz* - Geschichte einer europäischen Idee in Quellen. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2002.

12 SOKAL, Alan; Bricmont, Jean. *Imposturas intelectuais* - o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução Max Altman. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 1999.

outros aspectos, não querem prescindir do conceito de verdade, cuja determinação “científica” - o que quase sempre significa “causal” - e seus sucessos no domínio da natureza circundante, têm emprestado grande prestígio à ciência moderna. Um segundo motivo aqui sugerido para o sucesso das ontologias pode fazer naquela necessidade atávica do ser humano por segurança: verdade na teoria do conhecimento, justiça na esfera ética, a dúvida é incômoda. Sem esquecer, em terceiro lugar, que a defesa da verdade é ela própria estratégia retórica para apoiar argumentos, consciente ou não, por parte do orador; quando o jurista, por exemplo, aponta uma verdade na relação entre a lei e determinado caso, passa a se apresentar como “cientista” (ou até sacerdote) e não como defensor de interesses, dogmas, doutrinas¹³.

A visão da filosofia como retórica vai levar a uma perspectiva mais modesta por parte do Grupo de Pesquisa, no que concerne à abordagem da história da idéias jurídica no Brasil que pretende. Essa perspectiva, analítica, vai tentar afastar um preconceito bem estabelecido, isto é, que a retórica é apenas um enfeite da linguagem e sua função é tão somente estratégica para persuasão e engodo dos menos avisados. A retórica tem também essa importante função, certamente, cujo conhecimento no mínimo ajuda a imunizar contra seus efeitos eventualmente danosos, mas vai muito além disso. A análise retórica serve não apenas à filosofia do direito e à história das idéias, mas também ao estudo das ciências físicas, biológicas etc., pois todas consistem de acordos lingüísticos.

O marco teórico aqui é assim a retórica, tomada em um sentido próprio e específico, tripartido em retóricas material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica), o que será agora resumidamente explicado¹⁴.

Talvez o mais difícil de fazer entender, do ponto de vista filosófico, seja o primeiro sentido, o da retórica **material**, ou **existencial**. Significa considerar que tudo aquilo que se chama de “realidade” consiste em

13 BALLWEG, Ottmar. *Phronetik, Semiotik und Rhetorik*. In: BALLWEG, Ottmar; SEBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). *Rhetorische Rechtslehre*. Freiburg-München: Albet, 1982. p. 38-39.

14 Para detalhamento, AZEVEDO, João Maurício. *A retórica constitucional* - sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. I.

um fenômeno lingüístico (cuja apreensão é “retórica”, conforme será explicado adiante). Isso não quer dizer somente que o conhecimento do mundo é intermediado pelo aparato cognoscitivo do ser humano, como sugeriu Kant, ou mesmo intermediado pela linguagem. Significa dizer que a própria realidade é retórica, pois toda percepção se dá pela linguagem, a convicção radical de que não há percepção nem apreensão fora da linguagem, muito menos “objetos”. A retórica material compõe a relação do ser humano com o meio ambiente, é o conjunto de relatos sobre o mundo que constitui a própria existência humana. Esta pressuposição filosófica é “radical”, no sentido mesmo de “raiz”. Se há alguma “realidade ôntica” por trás da linguagem não há qualquer sentido em falar sobre isso, pois o ser humano é lingüisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer “coisa” para além da própria linguagem.

Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido de uma dependência de cada modo pelo qual **cada indivíduo** a percebe. O maior ou menor grau de “realidade” de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de **controles públicos da linguagem**. Nesse sentido podem existir demônios, buracos negros, quarks, ego e superego. Só que essas regras de controle da retórica material, conforme mencionado acima, são condicionadas, circunstanciais e tanto mais mutáveis e ambíguas quanto mais complexo e diferenciado seja o meio social.

A linguagem intrasubjetiva, o diálogo consigo mesmo que caracteriza o pensamento, na precisa definição de Hannah Arendt¹⁵, consiste em um “dois-em-um” do pensamento, ou seja, só porque o ser humano é dotado de consciência (*consciousness, self-awareness*, saber que ele é só ele e distinto dos demais) e da capacidade de imaginar “outro eu” com quem dialogar é que o pensar se torna possível. E, como o descobriu Sócrates, apenas diante de uma harmonia entre os dois “eus” pode-se falar propriamente em pensamento. Conclui-se aqui, o que Hannah Arendt não faz, que o próprio pensamento é retórico, composto de relatos que

15. ARENDT, Hannah. *The life of the mind - Thinking/Willing*. New York-London: Harvest-HUB, 1978. p. 187.

o sujeito faz a si mesmo, relatos que o sujeito se diz, se comunica. Só assim o ser humano vive no mundo.

Essa dimensão material corresponde aqui ao **método**, literal e etimologicamente ao caminho (*ódos, odos*) que as pessoas tomam, sua conduta “real”, no sentido de que constitui a realidade, os relatos que compõem os “fatos” da vida, os discursos retoricamente regulados, ou seja, ações e reações lingüísticas a estímulos também lingüísticos. A retórica material é um conceito que busca abranger esse conjunto de escolhas de ação dos seres humanos, seus métodos, os relatos lingüísticos escolhidos a cada momento em detrimento de outros relatos possíveis.

A segunda dimensão retórica, a **prática**, ou **estratégica**, é reflexiva no sentido de que tem a retórica material como alvo, compõe-se do conjunto de estratégias que visam interferir sobre aqueles métodos e modificá-los, influir sobre eles para ter sucesso em determinada direção escolhida. Por isso é pragmática e teleológica. Ela corresponde ao nível da **metodologia**, já que observa como funciona a retórica material e a partir daí constrói doutrinas, teorias (*logias*) que buscam mudar, transformar, conformar os métodos do primeiro nível retórico. A metodologia transforma esses métodos em “objetos”, faz com que determinadas concepções sobre o ambiente circundante apareçam como “o mundo”, relatos privilegiados, vencedores no sentido de obterem mais crença e adesão. A eficácia lingüística é seu critério, fruto da observação de quais métodos funcionam e de quais não funcionam na práxis.

Essas metodologias podem ser ensinadas, delas fazem parte a tópica, a teoria da argumentação, as figuras de linguagem e de estilo e, no direito, as doutrinas dogmáticas. Elas tratam justamente de quais *topoi* aparecem mais freqüentemente em um discurso, que métodos são empregados para esse ou aquele efeito, como os lugares-comuns retóricos são construídos e trabalhados, que táticas, palavras, gestos melhor produzem os efeitos desejados.

A retórica **analítica** é a que mais se aproxima do que tradicionalmente se tem chamado a postura “científica”, na medida em que procura descrever, abstraindo-se de atitudes valorativas, como funcionam

a retórica material e a retórica estratégica, tanto tipificando-as isoladamente, quanto estudando-as em suas interrelações. Caracteriza-se pela atitude descritiva e pela correspondente tentativa de neutralidade, por isso nunca é normativa, ao contrário dos outros dois níveis.

Ver a retórica analítica como uma **metódica** ajuda a sustentar a tese de que a retórica vai além de seus aspectos metodológicos e assim combate duas reduções tradicionais: de um lado, aquela apontada pelos adversários da retórica, para os quais ela serve para enfeitar a linguagem, seduzir e enganar os incautos; do outro lado, aquela defendida pela corrente dominante entre os próprios retóricos, no sentido de que a retórica se dirige exclusivamente à persuasão. Em suma, ambas as teses reduzem metonimicamente a retórica a seu nível estratégico (a suas metodologias), muito importante, sem dúvida, mas jamais único.

Isso porque a retórica metódica tem exatamente como objeto imediato essas estratégias, dentre as quais sobressaem-se de um lado o engodo, de outro, a persuasão, ressaltadas pelos reducionismos mencionados. Claro que, como essas estratégias dirigem-se à retórica material, esta também é analisada pela retórica metódica. Trata-se assim de uma meta-meta-linguagem, ou meta-linguagem de segundo nível. Trata-se também de uma teoria, mas não sobre os métodos efetivamente aplicados, como o faz a retórica metodológica, mas sim sobre o funcionamento das metodologias sobre os métodos.

A retórica como metódica para estudo das idéias jurídicas no Brasil sugere, assim, que a abordagem retórica pode dar outra contribuição além de seu nível estratégico e ornamental, ou seja, além de sua ajuda para o sucesso da comunicação. A atitude metódica da retórica pode propiciar mais conhecimento das relações humanas, eventualmente servir de critério para testar o acordo com as regras do jogo, por exemplo (a lei e outras fontes de normas jurídicas, no caso do direito), além de fornecer apoio à aceitação de decisões.

Esse prisma de observação considera infundadas as concepções **etiológica** e **escatológica** da história, que a vêem, respectivamente,

como causal e progressiva, previsível e finalística, entendendo que o presente é melhor do que o passado e que o futuro tende a ser melhor. Isso parece ser uma consequência da perspectiva cartesiana e das vitórias da ciência moderna no domínio da natureza na modernidade. Para a retórica, a história é composta de relatos exemplares do passado (no sentido clássico de “contar uma história”), os quais devem servir de exemplo para o futuro, pois as pessoas tendem a acreditar que o passado se repete. Sua ligação com a “realidade” é relativa, mas claro que um relato que os ouvintes creem haver de fato ocorrido funciona melhor, como já advertira Aristóteles¹⁶.

A visão histórica da retórica é assim relativa e imprevisível, precisa conformar-se com o fato de que não se pode compreender ou prever qualquer evento que “tenha” história, pois a história é humana e o que é humano não pode ser causalmente (etiológica ou escatologicamente) observado. A seguir observa-se como a retórica analítica pode ser aplicada a essa história das idéias.

2 A história das idéias jurídicas no Brasil: objeto

Entende-se aqui que a historiografia filosófica não se deve ater apenas à bibliografia ou à biografia dos pensadores escolhidos. Daí a diferença entre a história das idéias e a história da filosofia tradicional, pois aquela procura focar as idéias onde quer que apareçam e não apenas na filosofia, ou seja, podem ser idéias de literatos, políticos, jornalistas. O projeto do GRP procura abordar idéias que influíram no pensamento jurídico brasileiro e não apenas as oriundas dos filósofos, embora seu enfoque, conforme explicitado acima, seja filosófico, no sentido de uma filosofia retórica do direito.

Tendo o fenômeno jurídico como pano de fundo, são examinados os fundamentos da experiência jurídica brasileira, para investigar, em primeiro lugar, se há mesmo algo assim como uma filosofia brasileira, o

¹⁶ ARISTÓTELES. *Rhetoric*. Transl. W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990. v. 8, II, 20, 1394a, 5, p. 641.

que aqui se chama o problema da **continuidade**; em segundo lugar, investiga-se a questão de uma eventual **originalidade** dessas idéias, para além da mera repetição ou comentários dos ensinamentos estrangeiros. Isso porque, embora se reconheça a cultura nacional em muitas outras áreas, como música e dança, as idéias jurídicas não desfrutaram da mesma sorte.

Por sua própria formação eclética e sua vinculação aos problemas nacionais mais imediatos, os juristas brasileiros já parecem ter recepcionado as idéias estrangeiras com seu toque de originalidade, pelo menos no século XIX. De toda maneira, a cultura brasileira é parte integrante do ocidente, constitui uma das periferias dessa cultura greco-romano-européia que se convencionou chamar a cultura ocidental. Apesar das influências de outras culturas influentes no Brasil, como a indígena e a africana, fala-se aqui uma língua européia, latina, oriunda de Roma – este o sinal mais evidente – e não é à toa que o poeta denominou a língua portuguesa de “a última flor do Lácio, inculta e bela”.

A filosofia é a autoconsciência de um povo, como dizia Reale, e a história das idéias é uma forma de compreender sua identidade que deve ser reconhecida por todas as ciências sociais, inclusive o direito, claro¹⁷. Pode ser que os argumentos de Joaquim Nabuco contra o instituto da escravidão, as perorações de Frei Caneca pela República ou as digressões de Tobias Barreto sobre a capacidade dos menores e das pessoas com problemas mentais não constituam mais questões sobre as quais os filósofos contemporâneos devam discutir. Mas todas elas foram, em seu tempo, e também por meio do esforço desses pensadores, importantes na quebra de paradigmas, na formação de uma consciência nacional¹⁸ e na ampliação dos horizontes da filosofia e da teoria geral do direito, cujas originalidade e continuidade estão sendo estudadas pelo GRP.

17 REALE, Miguel. A filosofia como autoconsciência de um povo. In: _____, **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994. p. 11-29.

18 CERQUEIRA, Luiz Alberto. **Filosofia brasileira – Ontogênese da consciência de si**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 101 s. CHACON, Vamieih. **Formação das ciências sociais no Brasil – da Escola do Recife ao Código Civil Brasileiro**. Paralelo 15 e LGE Editora. São Paulo: Editora da UNESP, 2008.

O jurista português Delfim Santos fala de uma temática aristotélica na cultura portuguesa, devida à inclinação dos portugueses por uma lógica tomista, embasada em Aristóteles e mais afastada da metafísica propriamente dita. Durante todo o período colonial, apenas as idéias via Portugal chegavam ao Brasil, pois as outras influências estrangeiras eram sempre filtradas pela cultura lusa. Ao contrário do colonizador espanhol, que se preocupou desde logo em fundar universidades em suas colônias, o português só instalou centros de cultura quando da vinda de D. João VI ao Brasil, já no começo do século XIX. Até então, a difusão do saber era restrita aos seminários religiosos, não havia uma cultura leiga, à semelhança do que ocorreria na Europa na baixa Idade Média.

Nesse caminho pode-se detectar a **escolástica** como a primeira fonte das idéias jurídicas no Brasil. A segunda foi o **praxismo**, influenciado pela escola bolonhesa dos glosadores e pelas próprias necessidades práticas da Colônia, o que se mostra no dito *ipsis factibus dictantibus necessitate exigente*, ou seja, “à medida que os fatos ditavam e as necessidades exigiam”. Este significativo peso da *praxis* assemelha o jurista português (e os primeiros profissionais do direito brasileiros) ao jurista romano e ao inglês, sendo a tradição legalista bem mais tardia. O praxismo colonial era de fundo consuetudinário, jurisprudencial e relativista, e até hoje tem sua influência sobre a mentalidade jurídica brasileira. A discussão em torno do uso alternativo do direito, nos anos 1990, e o atual debate sobre o ativismo judicial têm raízes nessa tradição.

As ordenações portuguesas trouxeram ao Brasil as influências escolásticas e praxistas desenvolvidas em centros de cultura jurídica dentre os quais o mais importante foi Coimbra. Essas ordenações eram pragmaticamente elaboradas e não podem ser chamadas de códigos pela ausência de unidade sistematizada e da mentalidade iluminista. Os juristas portugueses das ordenações não cultuavam o racionalismo francês do Código Civil e da Escola da Exegese, os primeiros positivistas, tendo esse movimento chegado ao Brasil bem depois¹⁹.

19 REALE, Miguel. Com anos de ciência do direito no Brasil. In: _____, **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 171-196 e REALE, Miguel. A filosofia na cultura brasileira. In: _____, **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994. p. 31-51.

Os estudantes de direito recebiam em Portugal uma educação baseada em história e latim, depois algumas disciplinas vinculadas à retórica clássica e, só do meio para o fim do curso, direito canônico e alguma coisa do direito civil português. Esse contexto precisa ser estudado para entender a importância retórica das idéias sobre o mundo real e é aí que se juntam os dois campos de estudo visados pelo GRP.

Ao lado da preocupação histórica, partindo da convicção de que toda mudança social significativa se faz por meio de idéias, procura-se aqui uma história das idéias, simultaneamente com a história dos eventos concretos, que são únicos e irrepetíveis. Para isso é necessário definir, além da concepção de **história**, o que se deve entender por **idéias**²⁰.

Os próprios historiadores debatem acirradamente o objeto de seu estudo, seu caráter científico e sua inserção ou não no corpo das modernas ciências sociais, com alguma semelhança com o que acontece com a área do direito, sobretudo "por sua relativa indiferença a questões metodológicas"²¹. Ainda que a história seja praticamente tão antiga como a escrita, é só no final do século XVIII que ela aparece como disciplina específica nas universidades.

Com Nietzsche vem a reação contra a causalidade na compreensão da história e contra a suposição de que a ela poderia ser delimitada por leis específicas, já que os processos históricos não podem ser definidos, pois "Todos os conceitos nos quais se compõe semioticamente um processo inteiro escapam à definição; definível é somente aquilo que não tem história."²² Diante de tantas "causas", uma causalidade histórica será necessariamente reducionista. A etiologia vincula "uma" causa a "um" efeito, sob uma visão determinista na qual o risco da desproporcionalidade salta aos olhos. Essa perspectiva é vã na história, posto que relações supostamente causais não podem ser isoladas. Fatos relevantes

20 TOBIAS, José Antonio. *História das idéias no Brasil*. São Paulo: EPU, 1987, p. 1-20.

21 BOYCE, Robert W. D. Falácias na interpretação de dados históricos e sociais. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 445-469, p. 448.

22 NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral* – Eine Streitschrift. In: COLLI, Giorgio – MONTANARI, Mazzino (Hrsg.): *Friedrich Nietzsche Kritische Studienausgabe* – in fünfzehn Bände. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, v. 5, p. 245-424 (II, 13, p. 317).

(causais) para determinados efeitos empiricamente observáveis estarão envolvidos por escolhas do historiador. Daí todas as saudáveis tentativas de "revisão", que fazem a história e a história das idéias tão fascinantes.

O debate fica então concentrado na pergunta sobre se são possíveis "leis gerais explanatórias" e se descobri-las ou criá-las é a função do conhecimento histórico, tendo em vista as abordagens deterministas e causais das ciências sociais em geral. Para a perspectiva aqui assumida, o trabalho do historiador guarda "estreita semelhança com as atividades de um magistrado que investiga, ou de um detetive legal", os quais pretendem compreender e explicar motivações para determinadas ações humanas²³, com todo rigor possível, mas de forma indutiva e pragmática, ou seja, retórica. Nesse mister é preciso cuidado para não cair em falácias muito comuns quando se procura fazer história, as quais não são específicas do trabalho histórico.

Os advogados experientes são familiarizados com a falácia das **fal-sas dicotomias**, para algumas das quais o GRP de retórica jurídica da Faculdade de Direito do Recife já tem mostrado atenção em trabalhos anteriores²⁴. O interlocutor cairá nessa falácia quando permitir que o seu parceiro no discurso o coloque em situações tais como "ou é assim ou é assado", positivista ou jusnaturalista, esquerda ou direita, teórico ou prático e assim por diante. Essas estratégias empregadas pelo autor e no ambiente de estudo escolhidos precisam ser desveladas pelo pesquisador. A estratégia do confronto de posições antagônicas também deve ser detectada pelo pesquisador, pois um mesmo ambiente histórico terá, quase que necessariamente, fundamentos discursivos comuns. Ver as opiniões dos partidos em conflito na época estudada como se fosse um parceiro do momento, isto é, tomando partido, pressupondo que algum dos antagonismos colocados é verdadeiro em detrimento do

23 BOYCE, Robert W. D. Falácias na interpretação de dados históricos e sociais. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 445-469, p. 453.

24 ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, a. II, v. 7, p. 143-150, abr. 1999.

outro, prejudica o distanciamento que a perspectiva retórica da história exatamente quer trazer. O passado não deve ser visto como causa do presente, mas tampouco o presente deve servir de critério para observar o passado. No difícil equilíbrio tenta mover-se a metódica retórica sobre a história das idéias.

Daí a questão: são as idéias dos indivíduos que impulsionam ("fazem") a história ou é a história que determina as idéias? Trata-se da pessoa certa nas condições certas ou é a pessoa que faz o ambiente e as condições? Há muitos anos esse problema foi tratado em termos de **uma interpretação genética versus uma interpretação histórica**, tomando por base uma obra de Victor Goldschmidt²⁵.

A questão é de que maneira se deve ler um pensador. Há dois modos para penetrar-lhe o pensamento, compreendê-lo e avaliá-lo: o que o autor chamou método filosófico propriamente dito e o método genético ou histórico. Sem discutir as denominações escolhidas, veja-se em que consistem as duas perspectivas.

O método filosófico, tradicional, subtrai seu objeto ao tempo e o observa segundo a validade intrínseca das proposições apresentadas, tendo determinada visão de "verdade" como critério; o método genético, mais recente, procura compreender a teoria do autor estudado a partir das condicionantes históricas que o influenciaram. Essa perspectiva genética examina as contradições do pensamento, dissolvendo-as no fluxo dos fatos históricos, em lugar de compará-las a um parâmetro objetivo anteriormente estabelecido.

O método filosófico é dogmático na medida em que parte de uma perigosa noção de "correção" ou "adequação" a um parâmetro "verdadeiro", além de correr o risco de penetrar no pensamento do autor e não saber a hora de sair para assumir uma postura crítica ou, pelo lado contrário, manter um distanciamento crítico tal a ponto de impedir a compreensão. O método genético-histórico arrisca-se a passar por cima

25 - ADEODATO, João Mauricio. **O problema da legitimidade** - no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989. Cap. X.

das peculiaridades e originalidade do pensamento sob exame, em sua afã pelas causas e fatos infraestruturais: ele "...repousa freqüentemente sobre pressupostos que, diferentemente do que acontece na interpretação dogmática, não enfrentam a doutrina estudada para medir-se com ela, mas se estabelecem, de certo modo, por sobre ela e servem, ao contrário, para medi-la."²⁶

A metódica retórico-analítica aqui tomada assemelha-se mais a esse segundo tipo, pois não crê em parâmetros de verdade. Mas vai tentar superar seus riscos.

3 Ao questões de originalidade e continuidade no contexto da cultura brasileira: problematização

A colocação desse problema no Grupo de Pesquisa é antiga e remonta ao ano de 1986. Trata-se de um problema de que se têm ocupado diversos autores, tanto em países periféricos como nos centros desenvolvidos²⁷.

A verificação de que o direito chamado ocidental, construído sobre as bases da história da Europa, passa por um longo processo de separação em relação a outras ordens normativas vigentes na sociedade, foi um dos pontos preparatórios discutidos ao longo dos anos no GRP, com auxílio da teoria dos sistemas, de conceitos como diferenciação funcional e dessa distinção já estabelecida entre periferia e centro. Os

26 - GOLDSCHMIDT, Victor. Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos. In: _____. **A Religião em Platão**, p. 139-147.

27 - ADEODATO, João Mauricio. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado - notas à teoria de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru, p. 85-86, v. XVI, 1985. com a tese de que o direito subdesenvolvido não se adaptaria a teorias como a de Luhmann e que a ineficácia das normas jurídicas estatais não deve ser reduzida a mera disfunção, mas desempenha papel importante no direito brasileiro. ADEODATO, João Mauricio. Sobre um direito subdesenvolvido. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, v. XXI, p. 71-88, 1989. ADEODATO, João Mauricio. Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder. **Rechtstheorie**, 22. Band, Heft 1, Berlin: Duncker und Humblot, 1991, p. 108-128. ARGYRIADIS, Chara. Über den Bildungsprozess eines peripheren Staates: Griechenland 1921-1927. **Rechtshistorisches Journal** 6 (1987). Frankfurt a. M.: Löwenklau, 1987, p. 158-172, p. 161. FERREIRA, Maria de Fátima. Quem é e como se vê o estudante da Faculdade de Direito do Recife. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil** - Seccional de Pernambuco, Recife, a. XXXIV, n. XXIV, p. 105-126, 1990. FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. A Escola do Recife e o problema da originalidade de um pensamento jurídico periférico. In: ADEODATO, João Mauricio (Org.). **Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido** - uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-48.

países periféricos como o Brasil sofrem reflexos dessa evolução histórica e das idéias a elas conectadas.

Como funciona e até que ponto ocorre essa separação, isso já foi estudado nos projetos anteriores do Grupo. Assumiu-se assim que, em sociedades mais primitivas, as hoje diferentes ordens éticas incidiriam indiferenciadamente sobre a conduta social, confundindo direito, moral, religião, boas relações e fazendo difícil, quando não inútil, uma separação entre o pecado e o ilícito, entre o ilícito e o crime, entre o dolo e a culpa, entre o direito natural e o positivo, por exemplo, e que o centro da cultura ocidental vem desenvolvendo esse processo de diferenciação autopoietica até hoje. Ainda assim, mesmo nesse contexto hoje global, vai-se procurar demonstrar que a filosofia do direito brasileira fez-se valer de categorias próprias na análise dessa evolução.

Concluiu-se que esse processo não ocorre homogeneamente nas sociedades periféricas do capitalismo ocidental, tal como a brasileira, na qual há uma evolução diferente, também extremamente complexa e com procedimentos próprios. O projeto atual mostra que foram tentadas soluções ao longo dos séculos no Brasil e busca preencher lacunas no que concerne ao estudo do desenvolvimento do direito no país, detectando indícios de que haveria alguma originalidade no pensamento jurídico e filosófico brasileiro, posto que se dirigia a problemas específicos de determinado ambiente.

Partindo do princípio de que toda mudança social significativa se faz por meio de "idéias", procura-se aqui uma história na qual as idéias acompanhem a história dos eventos concretos na qual se inserem. A visão retórica exposta acima assume que as idéias são influenciadas por esses eventos do ambiente histórico (retórica material), mas também voltam a ele para modificá-lo (retórica estratégica). Isso é crucial e coloca a diferença básica entre o presente projeto e a tipologia de Goldschmidt.

A originalidade de determinada linguagem cultural encontra resistência naquilo que se pode chamar de universalidade da cultura, pois **originalidade e universalidade opõem-se**. Uma linguagem é original

no sentido de que sua criação foi minimamente (ou quiçá nada) influenciada por outros ambientes. Porém, exatamente por conta dessa oposição, estando a linguagem estreitamente vinculada a um ambiente específico, pois muita originalidade implica independência de outras culturas, torna-se incompreensível para quem não pertence àquele meio. Daí pouca universalidade. Na música, por exemplo, a linguagem original do blues, como no caso de Robert Johnson ou Muddy Waters (que mesmo assim já são autores mais universais que seus predecessores), precisou ser ampliada por universalizações menos fiéis às origens, como no caso dos Rolling Stones, Eric Clapton ou Robert Cray. O mesmo ocorreu em Pernambuco com relação a artistas populares como o Mestre Salustiano (mais original) e seguidores como Antônio Nóbrega e Chico Science (mais universais e susceptíveis a influências externas).

Na história das idéias ocorre exatamente o mesmo. Todavia, diferentemente da música, a discussão filosófica já parte, por definição, do universal. Isso dificulta o trabalho do Grupo de Pesquisa, pois torna-se ainda mais difícil detectar em que medida os problemas especificamente locais (originalidade) são tratados em sintonia com o desenvolvimento das idéias na cultura central ocidental, isto é, europeia e norte-americana (universalidade).

Essa questão se torna mais sensível ainda em um contexto cultural periférico como o brasileiro. Trata-se do dilema entre concentrar-se no próprio contexto (originalidade) e a dificuldade de penetrar na cultura central, da qual a periferia não deixa de fazer parte (universalidade). Do ponto de vista do centro unificador, é óbvio que o ensimesmar-se cultural da periferia, ao lado da dificuldade para compreender suas peculiaridades históricas, relativamente distanciadas do contexto geral, dificulta mais ainda a interação, pois a cultura central tem outros objetos de atenção, os quais prevalecem sobre a realidade periférica. Claro que há as ilhas de interesse, as quais, muitas vezes, permitem acesso melhor ao pesquisador do que em sua própria terra natal, a infra-estrutura de instituições como o Instituto Max Planck ou as bibliotecas das universidades. Do ponto de vista da periferia, a atitude de recolhimento resulta

de uma mistura de auto-defesa e a mesma ignorância dos pesquisadores centrais, só que em sentido contrário.

O pensador, o escritor, o artista, enfim, o autor em geral é bombardeado por informações oriundas de uma cultura que, de certa maneira é a mesma sua e, de outro lado, oprime sua cultura local, a qual procura responder a problemas para os quais o arsenal da cultura central mostra-se incompetente. Isso porque, na sociedade globalizada hodierna, os vetores são unilaterais, do centro para a periferia, cujo retrato contorce-se entre o desinteresse, a imagem distorcida sobre as peculiaridades periféricas e o exotismo.

Esse processo curioso ocorre também entre diferentes culturas do centro desenvolvido: na Alemanha de hoje, as crianças cantam em inglês nos parques, os jovens falam "sorry" e "bye bye" em seus "Handies" e professores disputam sobre quem fala melhor inglês, num seminário com 30 alemães e um palestrante mediano oriundo dos Estados Unidos, o qual, obviamente, só fala inglês. O exemplo é mais adequado por tratar da área de direito, da qual provém boa parte da fama erudita dos alemães. E, mais ainda, porque a Alemanha não poderia ser considerada uma periferia, sobretudo em relação a um país relativamente jovem e monoglota como os EUA.

O problema central, porém, é se essas peculiaridades são suficientes para que se fale em uma "realidade brasileira". A partir daí, se há uma história das idéias no sentido de uma filosofia brasileira. E, no caso aqui, uma filosofia do direito brasileira.

A questão da continuidade é um segundo problema. Mesmo que tenha havido arroubos de originalidade em diversas épocas, guindadas por revoluções que precisavam de idéias, em que proporção isso teria originado um ideário brasileiro? Esses momentos são claros na obra de pensadores e revolucionários contumazes como Cipriano Barata, Frei Caneca ou o "Cousin Fusco" Antônio Pedro de Figueiredo²⁸. Mais elaborados ainda aparecem na obra de intelectuais como o já mencionado

28 MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O liberalismo radical de Frei Caneca*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978. QUINTAS, Amaro. *O sentido social da revolução praieira*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1977. P. 10 e 103 s.

Tobias Barreto, Silvio Romero e tantos outros em torno da Faculdade de Direito do Recife. Mas a continuidade precisa decorrer de uma originalidade contínua, persistente, cuja pesquisa deve ser feita cuidadosamente.

A empreitada é muito grande para um ou dois professores, daí a necessidade do Grupo de Pesquisa.

4 Bases da análise retórica como pesquisa qualitativa

Apesar de seu desapego comum ao estudo analítico de textos, as ciências sociais estão mais avançadas metodologicamente do que a ciência dos juristas, com procedimentos e avaliações mais definidas. A maioria das pesquisas sobre o ambiente social se baseia na entrevista, um método estabelecido de forma relativamente homogênea e que aponta para bons resultados no que concerne ao conhecimento e acúmulo de dados. Uma vez que a história das idéias é um objeto de estudo que não está disponível para metodologias presenciais, os diversos métodos de entrevista são aqui deixados de lado e, nesse sentido, distancia-se o GRP da linha metodológica dominante nas ciências sociais. Analisar os textos escritos em torno das idéias jurídicas no Brasil pode ser um caminho adequado.

A **análise de conteúdo** é um dos tipos de **análise de texto**. Assim, analisam-se os textos produzidos em um determinado contexto para compreender a época a que se referem e os personagens que os escreveram. O direito faz parte desse contexto que constituiu aquela época que se pretende estudar e daí a suposição, por parte do GRP, de que essa técnica permite uma inferência do texto para seu contexto social.

Há dificuldades, mesmo tratando com alunos privilegiados, pois é impressionante como juristas e faculdades de direito estão hoje apartados de uma metodologia tão eficaz para estudo do direito, para defesa de posições em juízo, elaboração de pareceres, em suma: para o trabalho jurídico com textos e sua hermenêutica, isto é, tanto para uma teoria como para uma prática eficazes. Não é demais lembrar que filósofos e

juristas, como qualquer pessoa – ainda que se pretendam observadores mais privilegiados –, utilizam-se da linguagem para representar e constituir o mundo, como conhecimento e como auto-conhecimento.

Há problemas básicos a serem considerados na **escolha dos textos** e o primeiro deles é justamente o da amostragem, ou seja, a quantidade e a qualidade de textos a serem estudados como representativos daquela época e daquele autor; o autor pode ter escrito uma quantidade de textos impossível de ser tratada no tempo da pesquisa ou ter idéias dispersas em folhetos perdidos ou de difícil acesso. Um segundo problema diz respeito à relação entre os conceitos e critérios de análise escolhidos pelo pesquisador e o período histórico a que eles se aplicam, ou seja: se os conceitos e critérios são amplos demais – ampliar é a tendência para poder atingir unidade e coerência – ficam vagos; se são excessivamente específicos tendem a valer apenas para uma determinada situação ou período e sua importância histórica é reduzida. Por exemplo: o combate ao império português pode se revelar tema amplo demais, enquanto que o incêndio de Olinda pode não ter a significância, esperada no início da pesquisa, no contexto da Guerra de Pernambuco do século XVIII. Em terceiro lugar, o pesquisador ou pesquisadora precisa meditar sobre em que medida os autores e textos escolhidos efetivamente refletem o ambiente da época, a retórica material mais objetiva possível, cuidando também para que a paixão do autor não ultrapasse medidas razoáveis: as cartas de Frei Caneca para suas protegidas, por exemplo, podem não ter o mesmo significado que suas publicações panfletárias, no sentido de entender os motivos de sua execução.

Analisando os textos busca-se seu significado, seu conteúdo. Na fixação dos próprios problemas de análise, na detecção dos problemas e das teses fixados pelo autor escolhido, assim como na construção da própria tese, o membro do GRP precisa realçar unidades retóricas presentes no discurso, as quais se denominam **argumentos**. O discurso textual é um todo sistemático que pode ser decomposto (analisado) em várias unidades, tais como letras, palavras e fonemas, do mesmo modo como o discurso musical e o pictórico reúnem unidades específicas.

Para a história das idéias, contudo, o mais importante é conseguir isolar os argumentos, este é o seu conteúdo.

O argumento consiste em uma série de afirmações e negações sobre determinado tema – aí incluída a esfera do silêncio, com as opiniões supostas e as posições subentendidas – e visa fazer a audiência aderir a isso que é dito. Um componente essencial do argumento, além de sua estrutura formal, seu contexto histórico, a autoridade do orador etc., é sua fundamentação, ou seja, como o nome diz, as bases em que ele se assenta, a justificativa das proposições das quais o orador quer persuadir a audiência. O pesquisador deve tentar isolar essas fundamentações em forma de silogismos ou entimemas de modo a dissecá-los para a análise²⁹, tendo como participantes o orador e o ouvinte ou audiência. Nessa relação comunicativa, um orador (ou “ator”) é aquele que emite uma opinião fundamentada, isto é, argumentos³⁰.

A análise do discurso procura detectar – pode-se até dizer desmascarar – estratégias falaciosas empregadas pelo autor escolhido. Para isso deve sintetizar suas afirmações e seus argumentos, tentando ver se apresentam fundamentações explícitas ou se pressupõem “verdades” ocultas na esfera do silêncio. A mero título exemplificativo, listem-se aqui algumas delas, das mais óbvias, o que não deve impedir, mas sim encorajar o membro do Grupo a encontrar seus próprios critérios para detecção de falácias.

A **estratégia do argumento factual** apresenta “fatos” como evidências e não como “meros” argumentos de tese (opinativos), ainda que essa distinção não resista à análise retórica. Um exemplo de argumento de tese é “a sociedade funcionará mais eficientemente se a riqueza for mais equitativamente dividida”. Um exemplo de argumento factual é “aqueles que detêm 90% da riqueza compõem 30% da população”,

²⁹ Não é possível detalhar aqui os conceitos de esfera do silêncio ou entimema. Para tanto: ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito* – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009 e *Ética e retórica* – para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰ LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som* – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 218-243. O conceito do autor, porém, reduz-se a argumentos persuasivos.

afirmação supostamente mais digna de crédito porque exposta como um fato independente do discurso. Mas, como dito, a retórica metódica não vê distinção essencial entre esses dois tipos de argumentos, ambos necessitando da crença para confirmação. O nível da retórica material também inclui os argumentos “fáticos”, maneiras diversas de ver “materialmente” a “realidade”, em um discurso supostamente descritivo.

Pela **estratégia da negativa**, muitas vezes o autor diz logo o que não pretende, visando proteger-se contra eventuais críticas naquele sentido, pois sabe que seu discurso vai sugerir aquilo mesmo que ele diz que não é. Por exemplo, defende a aplicação literal da lei, mas começa por se eximir da pecha de positivista exegético.

A **estratégia da vagueza** é outro recurso poderoso perante os incautos. Claro que quanto mais preciso o discurso, menos acordo ele atrairá. *A contrario sensu*, quanto menos diga efetivamente, mais acordo. Quando esses termos vagos trazem uma conotação positiva no âmbito da retórica estratégica, mais eficazes ainda. Quem poderia ir contra frases como “uma efetiva distribuição de justiça”, ou “uma posição ponderada, responsável e sem fanatismos”. Isso não quer dizer nada, mas o orador atrai simpatia para o que vai defender em termos de conteúdo opinativo, como, por exemplo, a eficiência do processo eletivo para administradores da universidade pública (o que já é mais preciso e de acordo mais difícil). Além de qualificar positivamente o próprio discurso, desqualifica quem eventualmente dele discordar. A mesma estratégia se observa quando o orador atribui a seus adversários expressões semelhantemente vagas, mas que trazem conotações negativas, tais como “ortodoxo”, “ideológico”, “fanático” e assim por diante.

A **estratégia de falar por sujeito indefinido ou indefinível** articula afirmações que atraem apoio para si mesmo como representante autorizado de um grupo, estratégia comum e surpreendentemente eficaz. Assim diz-se que “o povo quer”, “a universidade não aceita” ou “os trabalhadores sabem disso”, ainda que seja óbvio a qualquer observador mais atento que nenhum orador detém essa autoridade hermenêutica.

5 Uniformização do método de estudo: separando metodologia de metódica

Na tentativa de concretizar os pressupostos teóricos do Grupo, vai-se agora expor exemplificativamente como funciona a pesquisa, à luz da perspectiva retórica e de dois trinômios: de um lado, tema / problema / tese; de outro, a divisão da retórica em método, metodologia e metódica.

O **tema** diz respeito ao autor, ao contexto histórico e à formulação das perguntas iniciais, fazendo sempre uma leitura cética dos textos de primeiro e segundo níveis (autor ou autora e doxografia), o que traz o distanciamento possível e desejável. Ai é preciso separar opiniões explícitas de pretensos fatos na argumentação do autor, para isso identificando os trechos que empregam uma retórica forense, deliberativa ou epidítica, aplicando a classificação da *Retórica* de Aristóteles, e também as partes do discurso, nos termos da divisão de Cícero e Quintiliano e da retórica clássica em geral³¹. Depois é necessário o **problema**, ou seja, pelo menos dois caminhos antagônicos para chegar às teses. O problema é composto de hipo-teses, ou seja, teses fracas (porque alheias); no caso, as teses do autor estudado, assim como as de seus eventuais adversários, as afirmações apresentadas como resultado da argumentação, a serem submetidas a discussão. Em terceiro lugar, a **tese** propriamente dita (porque própria) a respeito do que foi estudado e problematizado. Isso reúne o nível da retórica estratégica, que envolve o autor escolhido em seu contexto histórico, e o nível da retórica analítica, no qual se coloca a pesquisadora ou o pesquisador.

A retórica analítica não adota os critérios científicos das ciências sociais em geral, os quais enfatizam uniformidade e consistência, além de quantificação, no levantamento dos dados. Ela é mais flexível e reco-

³¹ Refere-se *inventio* (criar a plausibilidade do argumento), *dispositio* (organizar as informações), *elocutio* (adequar o pensamento a sua forma de expressão), *memoria* (capacidade de reter a informação) e *pronuntiatio* (contenção, postura da voz, sobriedade, elegância no falar ou escrever). Também a *exordium*, *narratio*, *argumentatio* e *conclusio* ou *peroratio*, cujo detalhamento também foge aos objetivos deste artigo. Cf. ADEDATO, João Maurício. *A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 1.

nhece expressamente a interferência do pesquisador sobre seu objeto. A retórica não reivindica afirmações de validade universal, como as ciências, pois seu discurso é relativo não apenas ao orador, mas sobretudo ao auditório. E também ao ambiente. Se a adequação das teses está condicionada pelo espaço, pelo tempo e pelos sujeitos envolvidos, não é de estranhar que a retórica dê mais atenção ao particular e casuístico do que às afirmações de caráter geral.

Atitudes normativas, que buscam otimizar o campo de estudo, dizendo, por exemplo, como o direito deve ser, são vistas com desconfiança. Mas mesmo a postura descritiva, mais adequada ao pesquisador, é tida como meramente tentativa, já que, em última análise, qualquer descrição é mesmo uma prescrição, na medida em que visa obter alguma conduta do auditório, alguma reação desejada pelo orador, em suma: visa sugerir-lhe algo, no mínimo, que aceite as prescrições do autor.

De início, visando chegar a seu **tema**, cada membro do GRP **escolhe um autor**, dentro de um universo previamente determinado. Mas não é indispensável que seja um autor da lista sugerida pelo orientador, ainda que essa delimitação facilite o trabalho, sobretudo para os alunos de iniciação científica. Evidentemente a liberdade de mestrandos e doutorandos é maior. A escolha pode também incidir sobre uma época ou um evento, sem que essas opções sejam mutuamente excludentes. Por exemplo, o édito de Pombal expulsando os Jesuítas do Brasil, para estudar a filosofia de um pensador da época, como Tomás Antonio Gonzaga, ou a Revolução de 1824 em Pernambuco, para estudar Frei Caneca.

Depois é preciso construir a **problematização**, para o que há basicamente três caminhos, pensando especificamente na história das idéias:

1. O problema existe previamente. O autor escolhido e seus contemporâneos, notadamente adversários, já discordam, têm posições diferentes quanto a algum aspecto do tema escolhido (nível da retórica material), e o membro do GRP concorda com alguma delas (no nível da retórica estratégica). As hipóteses contrárias devem ser expostas com

cuidado e clareza. A tese própria vai consistir na escolha de um dos caminhos e em fundamentá-lo com suas próprias palavras, com a preocupação de acrescentar algo de original à posição preexistente, com a qual o pesquisador ou pesquisadora está de acordo.

2. O problema existe previamente. O autor escolhido e seus contemporâneos discordam (nível da retórica material), mas o membro do GRP não concorda com nenhuma delas (no nível da retórica estratégica). A tese própria vai dizer que todas as hipo-teses (ou teses “frágeis”, porque alheias, hipossuficientes) estão equivocadas e vai propor uma via própria, diferente de todas. Enfatiza-se a própria originalidade com uma nova tese. Claro que aqui também devem ser expostas com cuidado e clareza as hipóteses pré-existentes.

3. O problema não existe previamente: ou a doxografia disponível concorda a respeito do problema escolhido ou não há qualquer tratamento anterior da problematização escolhida. Se todos estão de acordo, o membro do GRP tem que discordar da interpretação supostamente unificada; se ninguém falou do tema, a pesquisa vai ser pioneira. Fora desses caminhos não haveria problematização, a qual vai consistir em expor a tese dominante que se vai combater e os argumentos próprios que visam solucionar melhor o problema. Aqui a originalidade do pesquisador não se dá apenas no nível da própria tese, mas desde antes, no nível da problematização.

Segue-se a fase de fazer o **levantamento das fontes de pesquisa**. Primeiro, a bibliografia primária, anotar e se possível localizar e ter consigo (dadas as grandes dificuldades de pesquisa no Brasil) todas as obras do autor escolhido, ou, pelo menos, as obras pertinentes (caso a produção do autor seja demasiadamente extensa ou de difícil acesso). Segundo, fazer o mesmo com a bibliografia doxográfica, as obras de outros autores que se dediquem a comentar o autor ou temática escolhidos. Terceiro, levantar a bibliografia referente ao período histórico em que o autor ou a temática se situam, ou seja, referente a seu ambiente social, político e jurídico, sempre que essa abrangência for possível e mesmo que essas obras descritivas do ambiente não se refiram ao autor. Quarto,

pesquisar as fontes documentais, sempre que couber, o que inclui jornais, legislação, jurisprudência, enfim, todos os documentos pertinentes que não sejam notadamente doutrinários, isso é, opinativos; essas fontes documentais devem ser particularmente enfatizadas.

Quanto aos níveis retóricos, a abordagem do GRP pode ser assim resumida, nessa primeira tentativa que este texto procura descrever.

Nível do método: descrição do contexto histórico (retórica material), mediante a análise das fontes bibliográficas e documentais da época. Aí também cuidar dos relatos históricos e da bibliografia de autores da época em relação ao autor escolhido, cujos argumentos fazem parte do ambiente histórico. Uma parte desse primeiro nível deve, dessarte, ser dedicada à biografia do autor. Dentro das temáticas cuidadas por esse autor, decidir qual aquela que quer estudar e buscar esgotá-la o mais possível. Em seguida, nomear idéias e subdividi-las, o que significa colocar um título geral e elaborar um sumário provisórios, cuja diretriz deve ser fornecer ao leitor o máximo de informações possível. As orientações específicas para isso não cabe aqui detalhar.

Nível da metodologia: nova tentativa de descrição, só que agora da argumentação do autor escolhido e de suas tentativas para influenciar o ambiente histórico (retórica estratégica), mediante a análise da bibliografia primária, isto é, os escritos de sua própria lavra. Definir os conceitos pelo autor ou autora utilizados, procurando extrair as idéias centrais ali colocadas e observar a que serviram, em sua interação com o contexto dos métodos (do primeiro nível retórico). Nessa etapa devem-se resumir, sempre com as próprias palavras, os seguintes três aspectos principais: contexto histórico, acontecimentos e controvérsias da época, ambiente do autor; depois, a biografia do autor, como conduziu sua vida diante desse ambiente; finalmente, um apanhado geral de sua produção bibliográfica, um panorama dos temas sobre os quais se debruçou, claro que concentrando-se sobre o tema que o membro do GRP escolheu dentre aqueles trabalhados pelo autor. Delimitar esse tema de maneira a mais precisa e específica possível é daí uma decorrência óbvia. Para isso,

listar todos os problemas, controvérsias e antagonismos que o tema suscitou em seu tempo. Tal problematização deve ser feita novamente em três níveis: os problemas sobre os quais o autor se debruçou, aqueles levantados pelos seus doxógrafos e os que o próprio membro do GRP achar por bem colocar. O nível metodológico, atenção, é sempre vinculado ao momento histórico no qual as idéias foram produzidas: analisá-las com os olhos de hoje – e de ontem – é problema da retórica metódica.

Nível da metódica: análise das fontes primárias e das fontes doxográficas, concentrando-se sobre como autores que vieram depois dos níveis anteriores e o próprio pesquisador tentaram compreender os dois níveis anteriores. Isso inclui os relatos descritivos dos participantes do momento, as tentativas de influir sobre o momento por parte da doutrina da época e o que as gerações posteriores tiveram a dizer sobre esses dois caminhos de abordagem, o que, para esses autores que não viveram o momento, foi retórica metódica. Isso implica a tentativa de investigar conexões entre a época estudada e o momento histórico atual, no qual vive e analisa o membro do GRP. É a posição privilegiada daquele que, em tempo posterior, avalia a propriedade de relatos, decisões e opiniões tomadas em um momento histórico anterior.

É assim que continuidade e originalidade vêm constituir a problematização fundamental do Grupo de Pesquisa, visando situar os níveis anteriores diante desse objetivo geral: se há um pensamento jurídico brasileiro original e se ele segue uma cultura que se poderia chamar de brasileira. Mas isso não é tudo: é preciso inventar e formular a própria tese a partir da problematização. A contribuição original. Para isso, ter bem claros os problemas estabelecidos na etapa anterior. A tese de cada autor ou autora vai consistir em uma tomada de posição diante dos problemas específicos previamente levantados.

The Rhetorics in the history of legal ideas in Brazil – originality and continuity as problems of a peripheral thought.

Abstract

This text focuses on a topic that has been overlooked by Brazilian jurists, who own so much to it: its past. With this aim, it shows the current planning and the development of the activities of the Research Group in Legal Rhetoric and History of Ideas at

the Faculty of Law of Recife, whose specific project is expressed by the title of this text.

Key-words: Rhetoric as methodic. History of juridical ideas. Originality and continuity.

Referências

ADEODATO, João Maurício (Org.). **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1996.

ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado — notas à teoria de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru, p. 85-86, v. XVI, 1985.

_____. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, a. III, v. 7, p. 143-150, abr. 1999.

_____. **Brasilien**. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder. **Rechtstheorie**, 22. Band, Heft 1. Berlin: Duncker und Humblot, 1991.

_____. **Filosofia do direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Ética e retórica** – para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O problema da legitimidade** – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989.

_____. Sobre um direito subdesenvolvido. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, v. XXI, p. 71-88, 1989.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983.

ARENDT, Hannah. **The life of the mind** – Thinking/Willing. New York-London: Harvest-HJB, 1978.

ARGYRIADIS, Chara. Über den Bildungsprozeß eines peripheren Staates: Griechenland 1921-1827. **Rechtshistorisches Journal** 6 (1987). Frankfurt a. M.: Löwenklau, 1987.

ARISTÓTELES. **Rhetoric**. Transl. W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990. v. 8.

BALLWEG, Ottmar. Phronetik, Semiotik und Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg-München: Alber, 1982.

_____. Phronetik, Semiotik und Rhetorik. In: BALLWEG, Otmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg-München: Alber, 1982.

BLUMENBERG, Hans. Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik. In: _____. **Wirklichkeiten, in denen wir leben** – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986.

_____. Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik. In: _____. **Wirklichkeiten, in denen wir leben** – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986.

BOYCE, Robert W. D. Falácias na interpretação de dados históricos e sociais. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som** – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005.

CERQUEIRA, Luiz Alberto. **Filosofia brasileira** – Ontogênese da consciência de si. Petrópolis: Vozes, 2002.

CHACON, Vamireh. **Formação das ciências sociais no Brasil** – da Escola do Recife ao Código Civil. Brasília: Paralelo 15 e LGE Editora; São Paulo: Editora da UNESP, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1994.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. A Escola do Recife e o problema da originalidade de um pensamento jurídico periférico. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). **Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido** – uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Maria de Fátima. Quem é e como se vê o estudante da Faculdade de Direito do Recife. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil** – Seccional de Pernambuco, Recife, a. XXXIV, n. XXIV, p. 105-126, 1990.

GEHLEN, Arnold. **Der Mensch**. Seine Natur und seine Stellung in der Welt. Wiesbaden: Akademische Verlagsgesellschaft, 1978.

GOLDSCHMIDT, Victor. Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos. In: _____. **A Religião em Platão**. [S.l]: [s.n.], s.d.

LLAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som** – um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOSANO, Mario. A América do Sul e o cosmopolitismo alemão no final dos Oitocentos. **Revista O Direito**, a. 132, n. III-IV, p. 335-348, 2000.

_____. Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien. In: BEHRENDTS, Okko (Hrsg.). **Jherings Rechtsdenken** – Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

_____. **Um giurista tropicale** – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000.

MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. **O liberalismo radical de Frei Caneca**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

QUINTAS, Amaro. **O sentido social da revolução praieira**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1977.

NIETZSCHE, Friedrich. **Zur Genealogie der Moral** – Eine Streitschrift. In: COLLI, Giorgio – MONTINARI,azzino (Hrsg.):

Friedrich Nietzsche Kritische Studienausgabe – in fünfzehn Bände. Berlin: Walter de Gruyter, s. d. v. 5.

REALE, Miguel. A filosofia como autoconsciência de um povo. In: _____, REALE, Miguel. **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994.

_____. A filosofia na cultura brasileira. In: _____. **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994.

_____. Cem anos de ciência do direito no Brasil. In: _____. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Prefazione Mario Losano. **Um giurista tropicale** – Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma, Bari: Laterza, 2000.

SCHMIDINGER, Heinrich (Hrsg.). **Wege zur Toleranz** – Geschichte einer europäischen Idee in Quellen. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2002.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais** – o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução Max Altman. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 1999.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. amp. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOBIAS, José Antonio. **História das idéias no Brasil**. São Paulo: EPU, 1987.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft** – Grundriss der verstehenden Soziologie. Johannes Winckelmann (Hrsg.). Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.

Referência deste artigo

AZEVEDATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 253-288, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 04 set. 2009. Aprovado em: 09 dez. 2009.

O movimento global de transição de paradigmas e o papel do direito comparado no processo de unificação normativa

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela FDR-UFPE, Doutorando junto a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Juiz de Direito Substituto de 3ª Entrância em Pernambuco.

Resumo

Estamos a vivenciar um processo de transformação global que parece conduzir à substituição do modelo jurídico-constitucional calcado na concepção do Estado como titular do monopólio da produção de normas jurídicas, por um novo paradigma capaz de legitimar a edificação de instâncias supranacionais de poder habilitadas para produzirem normas que se sobreponham ao ordenamento doméstico e se consolidem como fontes de direitos subjetivos individuais. Neste cenário, o debate sobre os

efeitos dessas mudanças nos conceitos estruturantes do direito, e identificação do exame comparativo dos direitos nacionais como técnica que viabilize o exercício de novas possibilidades normativas figuram como essenciais para a concretização da ideia de desnacionalização e unificação dos ordenamentos, inclusive via instituição de um Direito Constitucional Comunitário.

Palavras-chave: Direito. Estado. Unificação e desnacionalização.

I Aspectos Introdutórios

1. Atravessamos uma era de transição onde os cânones tradicionais do Direito fraquejam diante das exigências da sociedade contemporânea, acentuando a necessidade de substituição do modelo jurídico-cons-

titucional da modernidade e de superação das teorias conservadoras que o sustentam.

Os desafios lançados pelo progresso tecnológico e pela globalização econômica desenham um cenário inovador e complexo no qual idéias e concepções historicamente visualizadas como pilastras imutáveis, se despedaçam e tronam-se inválidas para arrimar a nova realidade social e jurídica.

O Direito, originariamente suscetível aos efeitos das metamorfoses sociais, não resiste à força determinante dos novos paradigmas que lhe são impostos e se vê obrigado a desprezar conceitos, institutos e dogmas tradicionalmente chancelados e a reexaminar o seu arcabouço doutrinário.

Quando nos aproximamos do Direito Constitucional o panorama se perfaz de forma mais calamitosa na medida em que os conceitos basilares que integram a sua estrutura teórica, como o de Estado, de Soberania e de Direitos Fundamentais, emergem fragilizados, relativizados e questionados, sem a idealização ou formatação de novos modelos suficientemente aptos para substituí-los.

Esse processo de transmutação estrutural atinge também a ordem internacional a ponto de aniquilar a concepção do Estado como titular do monopólio da produção de normas jurídicas, impulsionando o florescimento de instâncias supranacionais de poder, a paulatina atribuição ao Direito Internacional do caráter de fonte de direitos subjetivos individuais, e a conseqüência criação de Tribunais Internacionais como órgãos de contensão da conflituosidade e de consagração da idéia de unificação dos direitos.

2. Pretende-se no presente ensaio pontificar e analisar alguns dos efeitos das transformações decorrentes do processo de globalização nos conceitos estruturantes do direito, e identificar a importância do exame comparativo dos direitos nacionais para a consolidação da idéia de desnacionalização e unificação dos ordenamentos, inclusive via instituição de um Direito Constitucional Comunitário.

Na esteira da complexa realidade ora desenhada e com base nos aspectos operacionais que possibilitam uma melhor observação e compreensão do fenômeno jurídico a ser pesquisado e esmiuçado, buscaremos abordar o problema proposto a partir do cotejo das mutações sociais globais e das contradições operadas no fenômeno jurídico.

A investigação será calcada no estudo da exaustão do modelo jurídico tradicional em razão da crise intensificada pelo fenômeno da globalização, no exame das novas perspectivas exurgentes no âmbito mundial, especialmente, daquelas resultantes das transformações operadas no legado jurídico das sociedades ocidentais pela nova ordem paradigmática, com o fito de demonstrar que as mudanças estruturais da ordem internacional e as novas fórmulas impostas às relações mundiais indicam a paulatina unificação dos direitos e a integração dos Estados através de blocos internacionais.

II O Fenômeno da Globalização e o Esvaziamento dos Modelos Políticos da Herdada da Modernidade

3. Cada homem em seu tempo vê e sente as mutações sociais que o atingem e das quais direta ou indiretamente participa, como catástrofes ameaçadoras à sua existência. Todo ser humano tende a supervalorizar seus dias como se derradeiros fossem, a mistificar em crise as transformações de modelos tradicionais porque não se apercebe integrante de um mundo coletivo.

Acomodado aos padrões de aceitabilidade diuturnamente estratificados na convivência geral recusa-se a participar da construção da história para cair nas suas armadilhas e resignar-se às respostas e limitações forjadas em uma realidade confusa, instável e insatisfatória.

Para sobreviver numa comunidade autofágica e destrutiva encontra amarras seguras na regência das leis, erigidas ora como aparatos divinos ora como obras humanas, mas com elas mantém uma intermitente relação conflituosa resultante da inconciliabilidade entre a sensação de

segurança relativa que delas decorre e a concreta limitação de liberdade que as caracteriza.

4. O direito marca na vida humana a crise da qual não consegue se desvencilhar, porque inata à sua existência comunitária. Crise que se irradia para todas as órbitas convivência comunitária e, embora institucionalizada, não encontra solução plena nas decisões emitidas pelas entidades concebidas para viabilizar a manutenção da coexistência harmoniosa. Crise que se projeta no tempo e se amolda às vicissitudes de cada época produzindo alternativas, gerando embates e revestindo-se de tonalidades diversificadas para sinalizar novos paradigmas.

5. A cultura jurídico-política ocidental foi construída a partir de um desses momentos de revolução de idéias instigado pelo conflito entre a reação conservadora de Sócrates, Platão e Aristóteles, e a aguçada consciência crítica sublevatória dos Sofistas, que marcou a desintegração da *pólis* grega.

Patenteando o debate público e a meditação dialética sobre a tradição e as idéias concebidas, os Sofistas valorizaram a retórica forçando o povo a se familiarizar com assuntos até então próprios da filosofia, propagaram dúvidas e descrenças nos valores e na origem divina das leis professando como injusta a desigualdade entre os cidadãos. Implantaram no pensamento jurídico a consciência da "antítese desesperadora" entre a concepção do justo conforme as leis e de justo segundo a natureza, identificando nas leis uma injustiça originária por servirem a interesses de classes, e na idéia contratualista de organização social, uma forma de compreender o Estado como realidade acidental (BO-NAVIDES, 1980: 209-229).

6. Em nossos dias, a crise adquiriu nova roupagem. A interpretação dos aspectos normativos e substanciais que envolvem a ponderação crítica e dialética do Direito Constitucional e sua vestimenta plural nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos denuncia que o processo de globalização tem acarretado profundas modificações nos ordenamentos jurídicos.

Este fenômeno não configura apenas um movimento histórico de mudança na faceta econômica das sociedades, denota, em análise mais ampla, profunda metamorfose nos aspectos político, jurídico, econômico, científico e tecnológico, impulsionada pelo incremento do coletivo nas relações sociais e pelo dismantling das arcaicas estruturas empresariais a exigir a desconsideração dos antigos modelos político-institucionais.

No cenário atual, a sobrevivência das sociedades contemporâneas apresenta-se intimamente relacionada ao melhor aparelhamento de normas e instituições jurídicas em virtude da ampliação e diversificação dos campos de atividades sociais, econômicas e políticas, ensejadores da abertura de um leque multifacetário de novas classes e categorias de interesses que reclamam disciplinamento diferenciado.

A ampliação das diferenças sociais decorrentes do processo globalizador têm forçado a reformulação do tradicional arcabouço doutrinário e jurisprudencial, a desmistificação de concepções acerca dos princípios e normas constitucionais, a reavaliação do papel do Judiciário e o surgimento de novos desafios para os demais poderes constituídos, sobretudo porque, além da disseminação de idéias de liberdade e democracia, a globalização propaga ódios, discriminações e alicerça-se em um processo histórico de negação de princípios e de descaracterização dos direitos fundamentais.

7. Nesse substrato, o Direito Constitucional e as prerrogativas dele emergentes, para sobreviverem, são levados a se despirem da anciã vestimenta que os caracteriza como mero mecanismo técnico de controle e organização social tornando-os ainda mais sensíveis às mudanças e aos movimentos sociais e receptivos aos questionamentos atinentes à sua função social, aos seus elementos ideológicos e políticos, e ao modelo ultrapassado de Estado que tende a perpetuar.

Essa nova ordem mundial exige do 'operador' do direito o desempenho de atividade criativa capaz de responder aos inúmeros e diversificados conflitos que reclamam a percepção da justiça sob uma ótica dife-

renciada, na qual figure suplantada a visão reducionista que a encarcera numa dimensão exclusivamente técnica, perspectiva na qual a compreensão de Direito como mero mecanismo de controle e disciplinamento social que conduzia à formação unidisciplinar, despolitizada e fundada em um sistema jurídico fechado tido como auto-suficiente, completo, lógico e formalmente coerente, atualmente cede lugar para uma versão que o apreende como objeto de análise eminentemente crítica e especulativa, e pressupõe uma formação não-dogmática, reflexiva e multidisciplinar formalizada a partir de questionamentos sobre as implicações socioeconômicas, ideológicas e políticas das ordens jurídicas nacionais e supranacionais.

8. As concepções ideológicas sobre o Estado passam a evidenciar o marcante distanciamento entre a visão liberal e a percepção intervencionista, a enfatizar as transmutações constitucionais de alguns princípios e valores em decorrência da nova roupagem que processo globalizador lhes impôs, e a descortinar os paradoxos e incoerências trazidas pela gradativa (re)descoberta das suas estruturas conceituais e paradigmáticas que revelam a obsolescência dos modelos historicamente consolidados, acarretando a inevitável quebra dos parâmetros teóricos em voga e a necessidade de reformas no arcabouço estatal. Esta reformulação paradigmática evidencia o ocaso do Estado-nação e a derrocada dos clássicos sistemas garantistas de proteção à efetividade dos direitos fundamentais.

Este panorama favorece o surgimento de organismos políticos fundados em conotações díspares à idéia de Estado-nação e com força supranacional não raro supressora de direitos e prerrogativas estratificadas nacional e internacionalmente.

III Globalização: Contradição e Multidimensionalidade na Comunidade Mundial

9. Essas novas tendências ideológicas que manipulam a ordem mundial e costuram um cenário econômico capitalista neoliberal

reduzidor do espaço do Estado-nação deflagrador de modificações substanciais nas prerrogativas fundamentais dos cidadãos, geralmente associadas à transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas e jurídicas, evidenciam que a natureza perversa do fenômeno globalizador, conquanto reflita potencial negação de direitos afetos ao pleno exercício da cidadania (SANTOS, 2000: 12-115), e coloque em proeminência uma 'crise mundial' (VIEIRA, 1997: 103-104), possibilita a consolidação do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos fundamentais via textos constitucionais e convencionais, e permite a formatação de um sistema jurídico mundial destinado a disciplinar as relações entre os Estados e entre estes e os cidadãos (WEIS, 1999: 21), e a busca pela instituição de um direito constitucional internacional como mecanismo de adaptação da ordem constitucional interna ao sistema jurídico supranacional (MELLO, 1994: 32), em resposta à necessidade de fixação de um patamar jurídico internacional comum que garanta as condições mínimas de existência humana no mundo globalizado.

Este panorama permite a identificação no rol dos direitos fundamentais de uma classe de direitos globais (WEIS, 1999: 62.), específicos para proteção de interesses que ultrapassam a órbita individual, e a constatação de que o Estado Nacional mostra sinais de exaustão no que tange à manutenção de instrumentos assecuratórios do exercício das prerrogativas fundamentais, dando ensejo à deterioração e ineficácia dos direitos constitucionalizados (CRUZ, 2004: 6).

10. Este fenômeno ocasionou o surgimento de novas formas de poder desterritorializados, autônomas e transnacionais, enfraquecendo no âmbito mundial o princípio da soberania, debilitando as instituições concebidas para viabilizar a operacionalidade dos direitos fundamentais e favorecendo o aparecimento de formas não oficiais de composição dos conflitos e de organismos multifacetários e supranacionais capazes de regulamentar as complexas relações mercadológicas não alcançadas pelos ordenamentos nacionais, formatados com base na impessoalidade, generalidade e abstração.

Diante dessa nova perspectiva, o Estado-nação, sob a ameaça de não sobreviver ou ficar à margem da economia globalizada, é forçado a reelaborar sua política legislativa, reestruturar o seu direito positivo e remodelar a competência dos seus órgãos jurisdicionais, revisando regulamentos, leis e princípios constitucionais.

11. A concepção de soberania, originariamente vinculada ao Direito Constitucional à idéia de realização dos preceitos fundamentais dos indivíduos enquanto inseridos numa realidade estatal autônoma e independente (TOSTES, 2004: 49), é fragilizada.

As modificações engendradas na estrutura do poder com o intuito de promover o seu deslocamento para entidades supranacionais mediante a inviabilização do seu exercício no plano interno, e do enfraquecimento dos direitos constitucionalmente assegurados, na medida em que acarreta maior distanciamento entre as novas classes sociais, produz a negação e a exclusão dos direitos ou garantias fundamentais das relações sociais e econômicas (CAVALCANTI, 2003: 139-142).

A inoperância do Estado em patrocinar a efetivação dos direitos constitucionais tende a fragmentar os laços sociais e o caráter cultural da convivência humana e a aniquilar o sentimento unitário de nação organizada, fazendo aparecer da intensa realidade competitiva subgrupos formatados a partir de parâmetros discriminatórios fincados na cor da pele, na religião, na opção sexual, na etnia e em outros critérios de exclusão.

O 'direito à diferença' é erigido como bastião da mascarada luta de classes e como suporte a fundamentalismos, consolidando o surgimento de duas novas classes não mais adstritas aos limites territoriais nacionais, a dos beneficiados pelo processo de globalização e a dos que dele são expurgados. A luta pelo direito, neste palco, transmuda-se para mera aspiração a melhores padrões de consumo (ALVES, 1999: 98), e a definição de cidadania, outrora pontificada por Hannah Arendt como "o estado de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de lutar pelos direitos de seus integrantes, como o direito de ter direitos" (AR-

ENDT, 1989: 299-302), deturpa-se e passa a ser aquilatada a partir de parâmetros superficiais vinculados à capacidade de consumo, à estética, ao desejo de posse de bens supérfluos e à indiferença política e social.

12. Essas transformações ideológicas e estruturais parecem ter nascedouro no mesmo movimento 'modernizador' que surgiu na Europa a partir do século XVII e acarretou sensíveis e irreversíveis mudanças nas concepções econômicas, políticas e jurídicas a partir de um processo de racionalização do mundo marcado pela ideologia burguesa de acumulação de riquezas fundada no monopólio da soberania, na centralização do poder, na secularização, na burocracia administrativa e num projeto jurídico que favorecia o paradigma da juridicidade estatal.

Foi nesta época que, impulsionado pelos conceitos embrionários de Constituição construídos na Antigüidade e na idade média, o constitucionalismo revelou-se como um dos seus mais relevantes produtos, surgida envolta pelo iluminismo e pelo racionalismo, arrimada na centralização da força soberana do Estado deslocada da pessoa do monarca, na percepção de unicidade territorial, na formação do princípio unitário do Direito e na instituição de um corpo burocrático racional apto para monopolizar os meios de dominação administrativa (CUNHA, 1998: 152), a Constituição materializou a fórmula ideal de racionalização do poder, posicionando-se como norma superior às demais, delimitadora dos poderes e protetora dos direitos individuais dos cidadãos.

Entrelaçada à idéia de legalidade estatal, a produção normativa passou a servir aos objetivos delineados pelo Estado liberal e, em consequência, a navegar em mares dominados pelo positivismo jurídico, capitaneado pelo dogmatismo, enfatizando a segurança jurídica como a certeza de uma razão abstrata e geral resultante de um Estado Soberano (CUNHA, 1998:154-155).

13. A adoção do modelo capitalista reclamou o alargamento do conceito de direitos fundamentais de forma a abranger os direitos econômicos, sociais e políticos, em razão do que o Estado obrigou-se a garantir o livre exercício do trabalho com remuneração justa e equita-

tiva, a viabilizar ampla proteção social assegurando condições dignas de sobrevivência, e a providenciar o acesso à educação gratuita pelo menos nos graus elementares (ALVES, 1999: 94).

Tais modificações influenciaram direta e fortemente as constituições forçando-as a se ocuparem com as mais diversas matérias e a traçarem planos e programas de ação a serem executados pelas forças políticas.

14. Com a maturação do capitalismo para o modelo mercadológico e virtual, estas concepções decaem e os conceitos delineados tornam-se inadequados para explicarem os fenômenos mundo contemporâneo. A concepção de sociedade nacional cedeu espaço à da sociedade global, os processos econômicos assumiram escala mundial, entidades outrora restritas ao âmbito regional tornaram-se supranacionais, e os padrões culturais, sociais, econômicos e políticos antes restritos a uma realidade local, universalizaram-se.

Fincado na ideologia do 'laissez-faire' absoluto, o modelo idealizado nesse processo de mutação global acelerado pela queda do padrão comunista do bloco soviético, consolidou-se perpetuando a idéia de que somente a total liberdade de mercado conduz à liberdade política e à confirmação dos regimes democráticos.

Optando por este caminho, marchou a humanidade rumo à aceitação de regimes limitadores das liberdades civis e políticas – aqui inseridas as garantias de mercado e as conquistas trabalhistas e previdenciárias –, sob o pálio do conclamado desenvolvimento econômico. A noção de Estado-providência, de grande contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, aperfeiçoou-se como vilã da competitividade.

Agravado pela expansão da ideologia capitalista para além das fronteiras do ocidente, esse fenômeno ensejou a redução das perspectivas de efetivação das liberdades individuais e coletivas, fragilizando, nas sociedades contemporâneas, naturalmente plurais e complexas, conceitos e princípios jurídicos fundamentais como o de soberania e cidadania.

15. Neste panorama, o Estado social, outrora liberal, alicerçado na Constituição qualificada como dirigente, assiste perplexo à falência das suas instituições motivada pela persistência de crises financeiras, cujo combate se torna cada dia mais árido e difícil em virtude da internacionalização da economia e da transnacionalização da lógica do consumo (CUNHA, 1998: 180). Paralelamente, o Direito Constitucional exsurge como o ramo do ordenamento mais afetado porque tais fenômenos provocam a perpetuação, no âmbito do constitucionalismo, do objetivismo jurídico e o aniquilamento da dimensão temporal e espiritual dos princípios fundamentais.

16. Estes problemas constitucionais formam uma rede complexa de fatores que produzem o surgimento de novas concepções e teorias críticas calcadas em contingências que ora denotam um hipotético término de um período áureo do Estado de direito democrático constitucional, ora o início de uma nova era normativa engendrada em realidades políticas indiferentes a limitações territoriais e alicerçadas em circunstâncias econômicas globalizantes.

Neste cenário a importância do discurso em torno das contingências relativas ao Estado de direito é mantida, mas com o objetivo de justificar a hegemonia dos novos atores internacionais e supranacionais, e a suposta indispensabilidade da democracia como instrumento de institucionalização das garantias fundamentais (CANOTILHO, 1999: 1246).

IV O Processo de Integração Comunitária Regional como Instrumento para Instituição de um Ordenamento Jurídico Global

17. Todas essas metamorfoses foram impulsionadas pelo movimento de integração econômica reinaugurado logo após o término do Segundo Grande Conflito Mundial, baseado na implantação de um novo modelo de sociedade fundado na liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais e na coordenação das políticas econômicas dos

tiva, a viabilizar ampla proteção social assegurando condições dignas de sobrevivência, e a providenciar o acesso à educação gratuita pelo menos nos graus elementares (ALVES, 1999: 94).

Tais modificações influenciaram direta e fortemente as constituições forçando-as a se ocuparem com as mais diversas matérias e a traçarem planos e programas de ação a serem executados pelas forças políticas.

14. Com a maturação do capitalismo para o modelo mercadológico e virtual, estas concepções decaem e os conceitos delineados tornam-se inadequados para explicarem os fenômenos mundo contemporâneo. A concepção de sociedade nacional cedeu espaço à da sociedade global, os processos econômicos assumiram escala mundial, entidades outrora restritas ao âmbito regional tornaram-se supranacionais, e os padrões culturais, sociais, econômicos e políticos antes restritos a uma realidade local, universalizaram-se.

Fincado na ideologia do 'laissez-faire' absoluto, o modelo idealizado nesse processo de mutação global acelerado pela queda do padrão comunista do bloco soviético, consolidou-se perpetuando a idéia de que somente a total liberdade de mercado conduz à liberdade política e à confirmação dos regimes democráticos.

Optando por este caminho, marchou a humanidade rumo à aceitação de regimes limitadores das liberdades civis e políticas – aqui inseridas as garantias de mercado e as conquistas trabalhistas e previdenciárias –, sob o pálio do conclamado desenvolvimento econômico. A noção de Estado-providência, de grande contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, aperfeiçoou-se como vilã da competitividade.

Agravado pela expansão da ideologia capitalista para além das fronteiras do ocidente, esse fenômeno ensejou a redução das perspectivas de efetivação das liberdades individuais e coletivas, fragilizando, nas sociedades contemporâneas, naturalmente plurais e complexas, conceitos e princípios jurídicos fundamentais como o de soberania e cidadania.

15. Neste panorama, o Estado social, outrora liberal, alicerçado na Constituição qualificada como dirigente, assiste perplexo à falência das suas instituições motivada pela persistência de crises financeiras, cujo combate se torna cada dia mais árido e difícil em virtude da internacionalização da economia e da transnacionalização da lógica do consumo (CUNHA, 1998: 180). Paralelamente, o Direito Constitucional exsurge como o ramo do ordenamento mais afetado porque tais fenômenos provocam a perpetuação, no âmbito do constitucionalismo, do objetivismo jurídico e o aniquilamento da dimensão temporal e espiritual dos princípios fundamentais.

16. Estes problemas constitucionais formam uma rede complexa de fatores que produzem o surgimento de novas concepções e teorias críticas calcadas em contingências que ora denotam um hipotético término de um período áureo do Estado de direito democrático constitucional, ora o início de uma nova era normativa engendrada em realidades políticas indiferentes a limitações territoriais e alicerçadas em circunstâncias econômicas globalizantes.

Neste cenário a importância do discurso em torno das contingências relativas ao Estado de direito é mantida, mas com o objetivo de justificar a hegemonia dos novos atores internacionais e supranacionais, e a suposta indispensabilidade da democracia como instrumento de institucionalização das garantias fundamentais (CANOTILHO, 1999: 1246).

IV O Processo de Integração Comunitária Regional como Instrumento para Instituição de um Ordenamento Jurídico Global

17. Todas essas metamorfoses foram impulsionadas pelo movimento de integração econômica reinaugurado logo após o término do Segundo Grande Conflito Mundial, baseado na implantação de um novo modelo de sociedade fundado na liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais e na coordenação das políticas econômicas dos

parceiros via formatação de um sistema normativo original e supranacional incorporado pelos ordenamentos jurídicos estatais.

No paradigma proposto o modelo de centralidade e exclusividade do direito positivo nacional, idealizado como ordenamento lógico, coerente e desprovido de ambigüidades ou antinomias, é desafiado por regras e procedimentos forjados no sistema econômico mundial, mediante lógicas e processos próprios e diferenciados, acarretando, na órbita interna das nações, o nascimento de órgãos judiciais não-profissionais especializados em conciliações e arbitragens, e no plano externo, a diversificação de foros para julgamento e negociação, bem como de instituições destinadas a normatizar as atividades econômicas.

18. Na órbita do Direito Comunitário Europeu tem-se evidenciado que o respeito à supremacia do direito comunitário requer a cooperação do Juiz nacional no sentido de recusar aplicação das normas internas que contrariem disposições comunitárias. Para tanto, o Tratado da Comunidade Européia (CE) instituiu o sistema de reenvio de forma a suspender a instância e submeter questão litigiosa sob sua jurisdição ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) para que declare a interpretação que confere à norma ou sobre a validade do ato.

Com este sistema consagra-se a autonomia do direito comunitário também mediante atividade de coordenação e cooperação entre o TJCE e os Juizes Nacionais. (LOBO, julho/agosto 1997:12-14).

19. O processo de integração na América do Sul seguiu determinantes assemelhadas àquelas que influenciaram a formação da União Européia, como os indutores culturais, geográficos e econômicos, visíveis na identidade lingüística, religiosa, de hábitos sociais e políticos. No entanto, ainda não amadureceu a ponto de estatuir o primado do direito comunitário.

Vários foram os ensaios de experiência integrativa, dentre eles destacam-se a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), o Pacto Andino e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), a partir da qual se formatou o Mercado Comum Sul (Merco-

sul) via Tratado de Assunção, de natureza eminentemente econômica que, embora tenha pretensões de integração econômica não oferece elementos suficientemente capazes para perfilar um mercado comum (CAMPELLO, 200: 281-282).

Objetivando a integração da América Latina por intermédio da promoção do desenvolvimento e da modernização científica, tecnológica e econômica, o Mercosul funda-se na reciprocidade de direitos e obrigações de índole macroeconômica.

Durante a sua instituição, depois de ultrapassada uma fase de transição em que foram criadas instituições distintas como o Conselho do Mercado Comum, para gerência política, e o Grupo de Mercado Comum, para execução do tratado, formalizou-se Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a sua estrutura institucional, denominado Protocolo de Ouro Preto, que lhe conferiu personalidade jurídica de direito internacional, ratificou os antigos órgãos e incorporou a Comissão de Comércio do Mercosul, a Comissão Parlamentar Conjunta e o Fórum Consultivo Econômico e Social, assumindo um formato intergovernamental oposto ao adotado pelas Comunidades Européias, fundado na suprallegalidade (CAMPELLO, 2001: 289).

Em virtude dessa constituição ímpar, não houve no modelo de integração latino-americana recepção de um Órgão Jurisdicional autônomo como se deu com a União Européia, circunstância que tem dificultado o reconhecimento e a efetivação do direito comunitário.

20. O primado essencial, absoluto e incondicional do direito comunitário deriva da força dos Tratados e constitui pressuposto de existência da ordem jurídica das comunidades concebida como conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas formatadas, interpretadas e aplicadas via procedimentos próprios.

Na realidade européia, além dessa autonomia legiferante, o ordenamento comunitário detem uma força específica de penetração no sistema jurídico interno dos Estados-membros evidenciada pelo princípio da aplicabilidade imediata e do efeito direito.

O primeiro confere à norma comunitária o estatuto de direito positivo na ordem jurídica interna, dispensando qualquer procedimento de recepção com força obrigatória para os órgãos jurisdicionais; o segundo reflete a aptidão do direito comunitário de gerar direitos e obrigações na órbita jurídica dos cidadãos, legitimada pela participação dos cidadãos europeus no funcionamento da Comunidade, via Parlamento Europeu ou via Comité Económico Social (LOBO, julho/agosto 1997:12-14).

21. Concomitante ao processo de integração comunitária, as mudanças das concepções econômicas, políticas e jurídicas, suas ramificações na globalização e os reflexos na persecução da efetividade das prerrogativas constitucionais internas têm perfilhado um modelo global inovador de convivência mundial, do qual decorrem freqüentes choques entre a legislação interna dos Estados e os documentos internacionais, a transnacionalização das práticas mercantis e econômicas, a crise do Estado-nação, a fragilidade da soberania e a tendência de unificação dos direitos.

A acomodação desse sistema jurídico global afeta sensivelmente a ordem internacional ao intensificar as divergências entre normas e sujeitos de Direito Internacional Público que conduzem ao questionamento sobre a operacionalidade e legitimidade dos meios de regulamentação externa ao expor a suscetibilidade do princípio da universalidade do direito e dos valores que ele representa, ao evidenciar que o Direito Constitucional se sujeita à concorrência de um ordenamento internacional que tenta estabelecer uma nova ordem normativa apta para superar a mera coordenação das relações de poder entre Estados soberanos, e ao impor sério debate crítico acerca da validade dos paradigmas constitucionais tradicionais.

Essas incongruências têm favorecido o acirramento do discurso em torno dos movimentos que professam a formação de uma sociedade humana global calcada no contexto comunitário europeu (BARACHO, 2001: 30-32), e a construção de um Direito Constitucional Comunitário a partir da transformação do Estado nacional em 'Estado cooperativo constitucional' caracterizado pela substituição da soberania por

princípios jurídicos comuns (BARACHO, 2º semestre de 2001: 31), perspectiva na qual, tanto o direito europeu como a legislação nacional dos integrantes das comunidades encontrariam no Direito Constitucional Comum Europeu o denominador comum (VIEIRA (Org.), 2001: 57).

22. O desenvolvimento dessa idéia unificadora encontra respaldo na origem histórica do movimento integracionista europeu. Diversamente do Mercosul, a unidade europeia representa o resultado de antigos anseios comunitários da região, os quais somente se concretizaram após a segunda guerra mundial, quando os Estados europeus ocidentais, almejando solucionar os problemas agravados pelo conflito, começaram a procurar a via cooperativa de integração econômica.

Para a concretização desse ideal institucionalizaram-se esforços cooperativos no âmbito defensivo, no plano político e na órbita econômica. No espaço político foi idealizado o Conselho Europeu, na órbita da defesa evidenciou-se a constituição da OTAN e da UEO, e no âmbito econômico destacou-se a EFTA (BATISTA, 1998:109).

A estrutura e o funcionamento da Comunidade Europeia edificadas segundo estratégias de integração trilhadas na lógica federativa, especialmente voltadas para o lado econômico, e em estratégias de cooperação pautadas na lógica confederativa, sobretudo no âmbito político e de gestão (CAVALCANTI (Org.), 2003: 133-134), foram recepcionados como modelos para outros conjuntos regionais.

23. Conquanto seja possível demonstrar que a idéia de sistematização e codificação das relações internacionais encontra arrimo tanto na legislação da União Europeia como na do Mercosul, erigidos que foram a grandes modelos de reorganização da sociedade internacional (BARACHO, 2º semestre de 2001:29), é a realidade comunitária constitucional europeia que mais modificações substanciais tem sofrido para viabilizar a convivência dos diversos sistemas jurídicos em cena.

As Comunidades Europeias (do Carvão e do Aço, da Energia Atômica e a Comunidade Europeia – antiga Comunidade Econômica Europeia) foram dotadas de poderes reais pelos Estados, os quais ab-

dicaram de parcela dos seus direitos soberanos a fim de criarem um corpo normativo próprio aplicável indistintamente aos membros das comunidades e aos seus cidadãos.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem sustentado a autonomia do direito comunitário como pressuposto da sua eficácia nos ordenamentos estatais, da mesma forma que o Parlamento Europeu o faz ao patrocinar o controle do conjunto institucional comunitário.

A Corte de Justiça também promove o controle da conformidade dos atos aperfeiçoados pelos órgãos governamentais com os dispositivos internacionais e comunitários estabelecendo qual o sentido e o alcance das suas regras constitucionais (CHRISTIANOS, julho/agosto 1997:8-10).

No exercício das suas competências maneja o tratado como Carta Constitucional da Comunidade recusando-se a interpretá-la conforme as normas de interpretação dos tratados internacionais previstas no artigo 31 e seguintes da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados. Esta função consolidou-se com o inovador panorama decorrente do movimento em prol da promulgação de uma Constituição Europeia.

Embora teoricamente possa afirmar-se que não existe órgão de controle da Corte de Justiça, na prática, duas circunstâncias fundamentais servem para tal desiderato, a primeira deflui do artigo 164 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), do qual radica a idéia de que a competência da Corte é jurisdicional e como tal não pode legislar; a segunda orienta-se no fato de não ser ela um ente isolado, a sua autoridade reside na aceitação dos seus acórdãos pelos Estados-membros, pelas jurisdições nacionais, pela doutrina e pelas demais Instituições comunitárias.

24. Hodiernamente, o debate em torno da formação de uma Constituição Europeia tornou-se realidade, indicando um novo modelo de federalismo, dito assimétrico. O texto constitucional proposto institui a União Europeia conferindo-lhe personalidade jurídica própria, valores e objetivos específicos, competências exclusivas para coordenar as políti-

cas econômicas dos Estados-membros, bem como para definir políticas de defesa comuns. Elenca os princípios fundamentais e os instrumentos jurídicos e políticos comunitários, além de incorporar o teor de documentos anteriormente elaborados como a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (VIEIRA (Org.), 2004:103-113).

V O Papel do Direito Comparado no Processo de Unificação dos Direitos

25. Conquanto as tentativas concretas de unificação dos direitos remontem à segunda metade do século XIX, somente após a Segunda Guerra Mundial com a intensificação do processo de globalização econômica e de integração regional, é que os problemas relativos à sua concretização passaram a incorporar a órbita de interesse do direito comparado (ANCEL, 1971:70-72).

A sistematização uniforme dos direitos positivados nos diversos ordenamentos é justificada pela necessidade de conferir segurança e certeza aos mecanismos de controle da contensão e de composição dos conflitos internacionais, comunitários ou regionais.

O processo de unificação assume formações variadas, ora revela-se nas convenções e tratados que obrigam os Estados signatários a modificarem a legislação nacional para dar vigência uniforme às normas pactuadas, ora evidencia-se por intermédio da elaboração de leis comuns incorporadas aos ordenamentos nacionais, ora destaca-se nos modos de recepção pelos ordenamentos domésticos de normas elaboradas por organismos internacionais pelos ordenamentos domésticos (ANCEL, 1971:76).

26. Em nossos dias, o acirramento dos conflitos bélicos de natureza ideológica e religiosa e as idiosincrasias regionais fazem da opção pela uniformidade legislativa decisão delicada que exige cuidadoso o intermitente manejo do direito comparado como mecanismo de acomoda-

ção dos modelos jurídicos e de preservação das prerrogativas fundamentais dos cidadãos dos Estados envolvidos, cuja consecução depende do exame comparativo dos sistemas jurídicos afetados, bem como das condições culturais, sociais e económicas de cada uma das nações atingidas, com o intuito de viabilizar a formatação de textos normativos precisos que se adequem aos princípios eleitos e recepcionados pelas sociedades destinatárias.

A análise comparativa ainda se faz importante na coordenação e harmonização da regras uniformizadas com as demais normas integrantes dos diversos sistemas jurídicos congregados, e no fenómeno da recepção legislativa enquanto de adequação dos institutos jurídicos transportados aos condicionamentos dos Estados receptores (CAVALCANTI, 2000:66).

VI Notas Conclusivas

27. No presente ensaio constatamos que os desafios lançados pelo progresso tecnológico e pela globalização económica, cultural, política e jurídica fragilizam os cânones tradicionais do Direito estatal e evidenciam um forte processo de desnacionalização normativa numa realidade que marcha para a Instituição de um Ordenamento Jurídico Comunitário Mundial indiferente aos tradicionais conceitos de Estado-nação, de Soberania e de Direitos Fundamentais.

Visualizamos que essa transformação estrutural atingiu a ordem internacional favorecendo o surgimento de instâncias supranacionais de poder cujas decisões, não raro, se chocam com as emitidas pelos organismos estatais enfraquecidos pela perda de centralidade da Constituição no disciplinamento e regulação das relações sociais, e pela flexibilização do seu conteúdo.

Averiguamos que esse panorama acarreta o esvaziamento dos paradigmas constitucionais clássicos e provoca o surgimento de movimentos que defendem a formação de uma sociedade humana global fundada em

um ordenamento jurídico comunitário uniforme, na desnacionalização do Direito estatal e na sua submissão às normas internacionais.

Concluimos, sobretudo, que o mundo caminha para a unificação dos direitos seguindo um processo onde o direito comparado revela-se indispensável para acomodação dos paradigmas jurídicos às novas exigências mundiais, e para a garantia da manutenção das prerrogativas fundamentais dos cidadãos.

The global of transition and the role of paradigms of comparative law in the process of unification normative

Abstract

We are to live a process of global transformation that it seems to drive to the substitution of the juridical-constitutional model stepped on in the conception of the State as titling of the monopoly of the production of juridical norms, for a new paradigm capable to legitimate the construction of supranational instances of being able to qualified for they produce norms to be put upon to the domestic right and consolidate as sources of individual subjective rights. In this scenery, the debate on the effects of

those changes in the fundamental concepts of the right, and identification of the comparative exam of the national rights as technique that makes possible the exercise of new normative possibilities represents as essential for the materialization of the denationalization idea and unification of the juridical orders, besides he saw institution of a Community Constitutional Right.

Key-words: Right. State. Unification and denationalization.

Referências

Livros

ANCEL, Marc. **Utilité et Methodes du Droit Comparé: Eléments d'introductions générale à l'étude comparative des droits**. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1971.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **União Européia: Livre circulação de pessoas e direito de asilo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAMPELLO, Dyle. **O Direito da concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul**. São Paulo: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. (Org.). **Processos de Integração Regional: O Político, o econômico e o jurídico nas Relações Internacionais**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Direito Constitucional Comparado: Introdução. Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direito Constitucional Econômico: Globalização & Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Duvidier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Renovar, 2000.

TOSTES, Ana Paula B. **União Européia: o poder político do direito**. Recife: Renovar, 2004.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **A Constituição Européia. O projeto de uma Nova Teoria Constitucional**. Recife: Renovar, 2004.

VIEIRA, Lizst. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

Artigos

ALVES, J. A. Lindgren. Cidadania, direitos humanos e Globalização. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, Diretoria de Comunicação Social da AMB, a. 3, n.7, p. 92-114, 2. sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Direito Constitucional Comum Europeu. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Diretoria de Comunicação Social da AMB, a. 5, n. 11, p. 19-45, 2. sem. 2001.

CHRISTIANOS, Vasseli. A Corte de Justiça das Comunidades Européias como Corte Constitucional. **Revista In Verbis do Instituto dos Magistrados do Brasil**, Rio de Janeiro, a. 02, n. 08, p. 08-10, jun./ago. 1997.

CRUZ, Sebastião C. Velasco. Globalização, Neoliberalismo e o Papel do Estado. **Website da Faculdade de Direito da Universidade Federal**

do Rio de Janeiro, Teoria do Estado, texto n. 03 de 10.12.2000. Disponível em: <<http://teoriadoestado.vilabol.uol.com.br/textos.html>>, p. 1-3, acesso em: 19 maio 2004.

CUNHA, D'Jason B. Della. Globalização e Ordem Jurídica: O Dilema da Cidadania nos Estados Periféricos. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: Bagaço, vol. 3, n.º 7, pp. 151-188, jan./jun de 1998.

LOBO, Maria Teresa Cárcomo. A Ordem Jurídica Comunitária, o Juiz Nacional e o Sistema de Reenvio. In: **Revista In Verbis do Instituto dos Magistrados do Brasil**, Rio de Janeiro, a. 02, n. 08, p. 12-14, jun./ago. 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. As Tensões da Modernidade. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 10, p. 74-90, 1. sem. 2001.

Referência deste artigo

MENDONÇA, José Júnior Florentino dos Santos. O movimento global de transição de paradigmas e o papel do direito comparado no processo de unificação normativa. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 289-310, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 04 set. 2009. Aprovado em: 09 dez. 2009.

Mérito e coisa julgada na execução

Leonardo José Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Professor do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Membro do IBDP. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

Resumo

O presente texto examina a existência de mérito e de coisa julgada na execução.

Palavras-chave: Processo Civil.
Execução, Mérito – coisa julgada.

1 Introdução

É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a jurisdição constitui atividade destinada à produção de coisa julgada¹. O comando contido na decisão judicial, a partir de determinado momento, passa a ser imutável e indiscutível, não podendo ser revisto por nenhum outro órgão estatal, nem mesmo pelo próprio Judiciário, a não ser em situações excepcionais, por meio de ação rescisória ou da chamada *querela nullitatis*.

¹ Tradicionalmente, diz-se que a coisa julgada está relacionada com a atividade realizada na jurisdição contenciosa, de sorte que não haveria coisa julgada no âmbito da jurisdição voluntária. Tal afirmação é questionada por Leonardo Greco, para quem a decisão, na jurisdição voluntária, gera estabilidade próxima a da coisa julgada, havendo casos em que se pode dizer que há, sim, coisa julgada na jurisdição voluntária (**Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38-39). Assim afirma: "A estabilidade das decisões na jurisdição voluntária é muito variável, podendo até alcançar em certos casos a imutabilidade da coisa julgada." (ib. cit., p. 61). Segundo Fredie Didier Jr., a jurisdição voluntária ostenta natureza de atividade jurisdicional, estando sujeita à coisa julgada (**Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 98-99).

Não obstante haver quem defenda a possibilidade de a coisa julgada ser desconsiderada em situações excepcionais, mesmo sem o ajuizamento de ação rescisória ou da *querela nullitatis*, quando haja manifesta injustiça, evidente abuso, indisfarçável absurdo ou inquestionável inconstitucionalidade², é inegável que a coisa julgada consiste numa característica da atividade jurisdicional.

A coisa julgada, em verdade, constitui atributo da sentença de mérito. Proferida sentença de mérito, opera-se a coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível o comando contido naquele ato judicial. Não examinado o mérito ou proferida sentença terminativa, não se produz coisa julgada material. A coisa julgada, enfim, pressupõe a prolação de uma sentença de mérito.

Para que se produza a coisa julgada, não basta que tenha sido proferida sentença de mérito. É preciso, ainda, que tal sentença seja resultado de uma cognição exauriente.

A cognição pode ser considerada nos planos vertical e horizontal. Neste último, a cognição diz respeito à matéria processual, às condições da ação e ao mérito³, podendo ser limitada ou ampla. Será limitada, para alcançar-se maior celeridade no processo, quando a lei *restringir* a causa de pedir ou a amplitude da defesa⁴, limitando a cognição a ser exercida pelo juiz. Assim, numa ação de desapropriação, por exemplo, a cognição, no plano horizontal, é *limitada*, pois a lei *restringe* as matérias que podem ser alegadas na defesa do réu, de sorte que este último somente pode alegar vícios no processo judicial ou discutir o preço oferecido pelo ente expropriante (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 20). Já a cognição ampla, no

2 Há autores que defendem a desconsideração da coisa julgada, independentemente de ação rescisória ou da chamada *querela nullitatis*, convencendo-se denominar essa possibilidade de "relativização da coisa julgada". Conferir, entre outros, os seguintes trabalhos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material. Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **RePro**. São Paulo, v. 127, p. 9-53, set. 2005. Conferir, ainda, os diversos trabalhos reunidos na coletânea coordenada por NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

3 WATANABE, Kazun. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111-113; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 198.

4 LUCON. *Ob. cit.*, p. 198.

plano horizontal, permite que as partes aleguem qualquer matéria, não restringindo igualmente a análise judicial, tal como sucede, por exemplo, no procedimento comum, seja ele sumário, seja ele ordinário.

A cognição vertical, que está relacionada à profundidade da análise judicial, divide-se em *cognição sumária* e *cognição exauriente*. Enquanto a sumária constitui aquela cognição superficial, menos aprofundada no âmbito vertical, decorrente de mera probabilidade ou verossimilhança, a cognição exauriente decorre de juízo de certeza, em razão de uma incontrovérsia ou da produção de todas as provas possíveis no processo. A cognição sumária, por ser superficial, é sempre provisória, podendo ser revista posteriormente. Bem por isso, *não* produz coisa julgada material. Por sua vez, a cognição exauriente, seja ela limitada ou ilimitada, é a *única* apta a gerar *coisa julgada material*.

Costuma-se dizer, em razão disso, que a coisa julgada relaciona-se com a atividade cognitiva, não guardando pertinência com as decisões proferidas no processo de execução. Diz-se, enfim, que não há mérito na execução e que as decisões ali prolatadas não produzem coisa julgada.

Com o presente ensaio, pretende-se enfrentar esse assunto, investigando se realmente há ou não mérito na execução e se as decisões ali proferidas produzem ou não coisa julgada.

2 Coisa julgada e preclusão *pro judicato*

Proferida sentença de mérito e esgotados os recursos possíveis, resta finalizado o processo. Produz-se, a partir daí, a coisa julgada material, cuja eficácia estende-se para *fora do processo*, de modo a impedir a reapreciação daquela causa, pelo mesmo ou por outro juízo. Significa que, havendo julgamento do mérito, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença se espraiam para *fora do processo*, impedindo seja a matéria novamente discutida em juízo⁵.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa giudicata e preclusione. Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3, p. 235.

Antes de se produzir a coisa julgada material, opera-se a coisa julgada formal. A coisa julgada material pressupõe a formal. Tradicionalmente, diz-se que, enquanto a coisa julgada material produz efeitos para *fora* do processo, impedindo que a mesma demanda seja reapreciada pelo mesmo ou por qualquer outro juízo, a formal confina-se *dentro* do mesmo processo, constituindo impediente de reapreciação apenas pelo mesmo juízo.

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão entende que o que se confina *dentro* do processo é a *preclusão*. Para ele, tanto a coisa julgada material como a formal produzem efeitos para *fora* do processo. Daí ser diferente a *preclusão* da coisa julgada *formal*. Enquanto aquela opera-se *dentro* do processo, esta estende-se para *fora* do processo. A diferença entre a coisa julgada *material* e a *formal* estaria no conteúdo da sentença: somente as sentenças terminativas produziram apenas a coisa julgada formal (CPC, art. 267), enquanto as sentenças de mérito produziram, além da formal, também a coisa julgada material (CPC, art. 269). Tanto a coisa julgada formal como a material produzem efeitos para *fora* do processo, de sorte que, mantidos os mesmos elementos da demanda, e não havendo qualquer mudança, não se pode, pura e simplesmente, repropô-la, nem para o mesmo, nem para outro juízo⁶.

É evidente, enfim, que a coisa julgada projeta-se para *fora* do processo, ostentando função jurídico-política de assegurar a tutela da confiança e de garantir segurança, a fim de manter a estabilização das situações jurídicas reconhecidas judicialmente.

A segurança jurídica, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, fundamenta e justifica a existência da coisa julgada material, a fim de que reste mantida a estabilidade das relações havidas na sociedade.

A propósito, é relevante mencionar que, atualmente, a doutrina vem preocupando-se com o chamado princípio da "*confiança legítima*", tido como expressão do direito fundamental à segurança, não se limitando

6 Coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121-169.

à mera incolumidade pessoal. A segurança jurídica constitui desdobramento da segurança *tout court*. O princípio da "*confiança legítima*" tem sua gênese no direito germânico, passando a ser adotado pelo direito comunitário e vindo a ser consagrado em países europeus, sobretudo na França e na Itália. Tal princípio da "*confiança legítima*" resulta da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica. Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurada pelo princípio da confiança legítima.

Constitui um passo importante para a Ciência do Direito aproximar a confiança da boa fé. O princípio da confiança tem íntima ligação com o princípio da boa fé, de forma a fixar um conteúdo ético mais acentuado à atuação dos sujeitos de direito. A confiança, que se relaciona mais com a moral, influencia a boa fé, cuja aplicação opera-se mais para o direito⁷.

Para que se atenda à boa fé e à confiança, garantindo-se um mínimo de conduta ética e de estabilização nas relações jurídicas, é preciso que se confira primazia à coisa julgada, afastando-se qualquer instabilidade ou desconfiança nas decisões proferidas pelo Judiciário, cuja função e atividade devem ser fonte de segurança, respeito e confiabilidade por parte dos jurisdicionados.

Inspirada nos mesmos princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança, a preclusão opera-se *dentro* do processo.

A preclusão consiste na *perda, extinção ou consumação* de uma faculdade processual⁸. Tal perda, extinção ou consumação tem várias causas diferentes, podendo decorrer da inobservância de um prazo, da prévia

7 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.241-1.242.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookeller, 1998. v. 3, p. 184.

Na verdade, a preclusão extingue um ônus, e não uma faculdade, porquanto esta última ocorre quando se confere à parte a opção de escolha entre duas alternativas diversas, sendo indiferente a opção adotada, de sorte a ser irrelevante se a opção tiver sido uma ou outra. Por sua vez, quando se trata de ônus, a parte não tem opção na realização ou não do ato. Se não o realizar, haverá uma consequência que lhe põe em condição de desvantagem no processo, não podendo mais praticar o ato, razão pela qual a preclusão atinge um ônus, e não uma faculdade. Esta última foi utilizada, largamente, por Chiovenda, na definição do conceito da preclusão, num sentido, ao que parece, equivocado.

realização válida do ato ou da prática de uma atividade incompatível com o exercício do ônus processual. Daí dizer-se que a preclusão pode ser, respectivamente, *temporal*, *consumativa* ou *lógica*.

A preclusão produz-se *dentro* de qualquer processo, seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar. É inegável que, na execução, haja preclusão. Não há dissenso quanto à existência de preclusão na execução. Há, contudo, quem afirme não haver coisa julgada material na execução, pois somente deveria decorrer da atividade de conhecimento. Noutros termos, há quem sustente que as decisões proferidas na execução *não* se projetariam para *fora* do processo, restando imutáveis as decisões apenas *dentro* do processo, de sorte que somente o mesmo juiz, enquanto não operado o trânsito em julgado, ficaria impedido de rever as questões já decididas ou de voltar a determinar a prática de atos já realizados.

Costuma-se dizer que há coisa julgada na sentença de mérito que resolve os embargos à execução, não havendo, todavia, na sentença que põe termo ao próprio processo de execução. Assim, não sendo ajuizados embargos e vindo a ser satisfeito o crédito, a sentença extintiva da execução não produziria coisa julgada.

Partindo da idéia de que efetivamente não haveria coisa julgada na execução por ali não haver sentença de mérito, Enrico Redenti revelou preocupação com a possibilidade de se rediscutir a existência do crédito, passando a defender que à execução fundada em título extrajudicial aplicar-se-ia o mesmo regime da coisa julgada, como forma de garantir a segurança jurídica. Segundo Redenti, não haveria, na execução fundada em título extrajudicial, coisa julgada material, mas existiria a chamada *preclusão pro judicato*, a impedir o reexame da satisfação do crédito, com resultado prático semelhante ao da própria coisa julgada. Não tendo sido opostos os embargos e vindo a ser satisfeito o crédito, o resultado final da execução tornar-se-ia irrevogável e imutável, não podendo haver insurgência ou qualquer tentativa de infirmar tal resultado⁹.

9 *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1957. v. 3, p. 71.

Para essa corrente doutrinária, capitaneada por Enrico Redenti, não há coisa julgada na execução, mas existe a chamada *preclusão pro judicato*, que serve para conferir estabilidade e segurança ao seu resultado, exercendo, assim, a mesma função da coisa julgada material¹⁰.

O que se percebe, em verdade, é que há uma simples mudança de nome: o que se chama de *preclusão pro judicato* é, essencialmente, a coisa julgada material na execução.

O termo *preclusão pro judicato* não é utilizado com esse significado no Brasil. Aqui, a *preclusão pro judicato* consiste na pura e simples preclusão para o juiz¹¹, não se vinculando especificamente à atividade realizada no processo de execução. Realmente, entende-se, no Brasil, que, embora normalmente a preclusão se destine às partes, há um tipo aplicável ao juiz, que é a chamada *preclusão pro judicato*, em razão da qual se veda ao magistrado a reapreciação de matérias já decididas (CPC, art. 471). Vale dizer que, proferida decisão sobre determinada questão, é vedado ao juiz reexaminá-la em virtude da *preclusão pro judicato*. Para o juiz, a preclusão não é de *faculdade* ou *ônus*, mas de *questões*, de sorte que, já resolvida ou decidida uma questão, o magistrado não pode mais sobre ela pronunciar-se¹². Proferida uma decisão interlocutória, cabe à parte interpor o recurso de agravo, possibilitando a eventual retratação pelo juiz. Sem que haja a interposição do agravo, não será possível ao juiz rever o que já decidiu¹³.

Tudo está a demonstrar que se impõe conferir estabilidade e segurança ao quanto decidido na execução. A coisa julgada – ou a *preclusão pro judicato*, para Redenti e seus seguidores – torna imutável o resultado da execução, impedindo seja, em outro processo, examinada a existência do crédito ou a validade do negócio jurídico que lhe deu origem.

10 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004. p. 19-22.

11 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n. 28, p. 134.

12 THEODORO JUNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 784, p. 19, fev. 2001.

13 *Idem*, p. 19-21.

3 O conceito de mérito no Código de Processo Civil brasileiro

Já se viu que a coisa julgada constitui um atributo da sentença de mérito. Consoante lembra Andrea Panzarola, o vocábulo *mérito* apresenta um caráter polivalente, ostentando sentido polissêmico¹⁴. Significa que há vários sentidos para o termo *mérito*, bastando lembrar, entre outras, das expressões *juízo de mérito*, *cognição de mérito*, *exame de mérito*, *questão de mérito*, *exceção de mérito*, *decisão de mérito*¹⁵. O termo *mérito* exhibe significados diferentes nos diversos contextos em que é utilizado, sobretudo quando se lhe acresce uma qualificação específica, sendo oportuno lembrar o freqüente uso da expressão *mérito administrativo* e, também, da expressão *jurisdição de mérito*¹⁶.

Um dos sentidos do termo *mérito* é utilizado para contrapor ao termo *rito*, de sorte que o *rito* corresponde à matéria de âmbito processual, enquanto o *mérito* coincide com questões pertinentes ao direito material¹⁷.

Não se pode dizer que a demanda seja o mérito da causa. A demanda é o meio, o instrumento, o veículo da pretensão do demandante, não se confundindo com o mérito. A demanda é, na expressão de Dinamarco, o continente, sendo o mérito um conteúdo seu¹⁸.

O Código de Processo Civil adotou, como se sabe, a teoria eclética de Liebman, incorporando a idéia de que a ação consiste no direito a uma sentença de mérito. Quanto a este – o mérito – identifica-se com o pedido formulado pelo autor. A ação, então, consiste no direito de provocar o julgamento do pedido, que é a decisão da lide ou a análise do mérito. Daí por que, na Exposição de Motivos do atual CPC, afirma-se que mérito é lide.

14 La cassazione civile giudice del mérito. Torino: Giappichelli, 2005, tomo 2, p. 648.

15 Idem, p. 649-650.

16 Idem, p. 650-652.

17 TURRONI, Davide. La sentenza civile sul processo: profili sistematici. Torino: Giappichelli, 2006, n. 3.1, p. 87.

18 O conceito de mérito em processo civil. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, tomo 1, n. 107, p. 247-248.

Não a identificando com o conflito de interesses resistido, tal como sustentado por Carnelutti, entende Liebman que o conceito que se deve emprestar à lide coincide com "... o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o Juiz é convidado a decidir", chegando a concluir que julgar "... a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida"¹⁹.

À evidência, o conceito de lide, na teoria de Liebman, coincide com o de mérito. Este – o mérito – identifica-se, por sua vez, com o pedido do autor, que consiste no objeto litigioso, em torno do qual gravita a atividade do juiz, a quem cabe sobre ele decidir. Quer dizer que *mérito*, no regime processual brasileiro, significa *pedir, postular, exigir*.

Ora, se a ação consiste no direito de provocar o exercício, pelo Estado, da jurisdição, a fim de se obter uma sentença de mérito, resulta coerente que, para Liebman, o conceito que se deve conferir à jurisdição relaciona-se à atividade jurisdicional que decida acerca do mérito, da lide²⁰ ou do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial. E, como um dos atributos da jurisdição é a submissão à coisa julgada, a sentença que decide o mérito, ou seja, o pedido, torna-se imutável e indiscutível, não podendo esse pedido ser objeto de nova análise, em demanda idêntica que, contenha as mesmas parte e a mesma causa de pedir.

Sabe-se que o autor, em sua petição inicial, suscita pontos de fato e de direito. O réu, em sua contestação, pode contestar esses pontos, que passam, então, a ser pontos controvertidos. Os pontos controvertidos são as questões. E as questões podem ser processuais ou de mérito. As questões de mérito são controvérsias de direito material, que devem ser resolvidas na sentença (CPC, art. 458, II) para que o juiz acolha ou rejeite o pedido. Para resolver o mérito, é preciso, antes, resolver as questões de mérito.

19 O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 767, p. 748, set. 1999.

20 O termo lide, no texto, não coincide com a definição de Carnelutti, mas sim com a de Liebman, já demonstrada.

Realmente, se existe mérito, há questões de mérito, que são questões que dizem respeito ao acolhimento do pedido. Para o mérito ser examinado, há questões que lhe precedem logicamente. E, como será examinado adiante, tudo isso ocorre na execução.

Para que o juiz possa apreciar o mérito, julgando o pedido do autor, é necessário que haja o preenchimento de certos requisitos, aos quais se confere a nomenclatura de “condições da ação”. Desse modo, atendidas as condições da ação, possibilita-se o exame do mérito, cuja análise consistirá no exercício pleno da jurisdição, seja para acolher o pedido, seja para rejeitá-lo. A análise do mérito depende, ainda, do preenchimento dos chamados pressupostos processuais.

Em outras palavras, o exame do mérito ou a análise do pedido depende do preenchimento de certos requisitos, que caracterizam o *juízo de admissibilidade*. As condições da ação e os pressupostos de admissibilidade constituem os *requisitos de admissibilidade* para o julgamento do mérito²¹. Aliás, a admissibilidade é um juízo sobre a possibilidade de uma decisão de mérito²², operando-se sobre o plano de validade dos atos jurídicos²³. O juízo de admissibilidade constitui tema pertencente à Teoria Geral do Processo, aplicando-se ao procedimento; a inadmissibilidade obsta o prosseguimento do procedimento, impedindo o exame do mérito²⁴, de sorte que o juiz não deve apreciar o pedido formulado pela parte autora em sua petição inicial.

À evidência, se há mérito a ser apreciado é porque existe um juízo de admissibilidade a ser exercido previamente. O exame do mérito pressupõe um prévio juízo de admissibilidade. De início, verifica-se se a demanda é admissível ou não; sendo admissível, deve ser examinado o mérito, acolhendo-se ou rejeitando-se o pedido do autor.

21 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n. 24, p. 67-68.

22 SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *RePro*, São Paulo, v. 61, p. 70, jul./set. 1991.

23 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 22.

24 Idem, p. 22-28.

Interessante, no particular, é a teoria da *pretensão bifronte*, cunhada por Cândido Rangel Dinamarco²⁵, segundo a qual a parte autora, ao propor uma demanda, apresenta duas pretensões: (a) uma formulada contra o juiz, que almeja o julgamento do mérito e (b) outra voltada contra o réu, objetivando o bem da vida perseguido. A satisfação desta última cabe ao réu, ainda que instado pelos meios coativos da ação material exercida pelo juiz. A satisfação daquela, caso se preencham as condições da ação e se tenha direito ao julgamento do mérito, cabe ao Estado-juiz. Se este concluir pela ausência de direito ao julgamento do mérito da causa, rejeitando a primeira das pretensões, não irá avançar na análise da segunda pretensão, encerrando aí seu ofício jurisdicional. Acolhida que seja a primeira pretensão, irá ser examinado o mérito, acolhendo-se ou rejeitando-se a segunda pretensão.

Quer isso dizer que o juízo de mérito convoca um juízo de admissibilidade, que lhe é necessariamente prévio.

4 Admissibilidade e mérito na execução

Tal como sucede no processo de conhecimento, o processo de execução sujeita-se à presença dos requisitos de validade, devendo estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação²⁶. Não deve haver diferença, nesse ponto, entre o processo de conhecimento e o de execução. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “desde que se considere que o Estado desenvolve no processo de execução verdadeira atividade jurisdicional, estimulado pelo exercício de verdadeiro poder de ação, essa ação deve ser estudada pelos mesmos critérios que norteiam o estudo da ação de cognição, sob pena de quebra da unidade do sistema. Ou a teoria das condições da ação é válida para a ação em todas as suas manifestações, ou põe-se em dúvida a sua própria aceitabilidade”²⁷.

25 *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, n. 434, p. 108-110.

26 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *RePro*, São Paulo, v. 47, p. 30-33, jul./set. 1987.

27 *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. n. 245, p. 380.

A prestação da tutela executiva subordina-se, como qualquer outra, à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação²⁸.

Ora, os pressupostos processuais e as condições da ação constituem, como já anotado no item 3 *supra*, o juízo de admissibilidade de qualquer demanda, devendo estar presentes para que se possa examinar o mérito. Quer isso dizer que o juiz somente pode proferir uma sentença de mérito, se presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Se a ação, na concepção adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, é o direito a uma sentença de mérito, a doutrina revela uma "dificuldade de enquadrar-se, nesse conceito, a ação executiva, pois não se pode concebê-la como voltada a outra coisa senão à *satisfação prática do direito do credor representado em título executivo*, no que consiste, como se sabe, a razão de ser da tutela executiva"²⁹.

É preciso que, na execução, estejam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, que integram o chamado juízo de admissibilidade. O juízo de admissibilidade deve estar presente para que se possa atender o mérito. E o mérito confunde-se com o *pedido* formulado pelo autor em sua petição inicial. Efetivamente, pelo CPC brasileiro, o conceito de *mérito*, como já visto, corresponde ao de *pedido*.

É inegável que há, na execução, um *pedido* a ser atendido. Logo, há *mérito*. E, se há *mérito*, existem *questões de mérito*, que são questões que dizem respeito ao acolhimento do pedido. Para que o pedido seja examinado, há, sempre, questões que lhe precedem logicamente. No caso da execução, o *pedido* (ou o *mérito*) é a satisfação do credor. Para isso ser alcançado, uma série de questões sobre o mérito tem de ser examinada. O *mérito* identifica-se com o *pedido* formulado pelo demandante. Se é certo que há *pedido* na execução, não restam dúvidas acerca da existência de *mérito* no processo executivo.

28. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. n. 43, p. 116-117.

29. *Idem*, p. 118.

Na execução, a parte demandante *pede* que seja satisfeito seu crédito; o acolhimento do pedido consiste na expropriação de bens do executado, com a conseqüente entrega do dinheiro ao exeqüente, satisfazendo-se assim seu crédito e sua própria pretensão. O que o exeqüente pretende é ter seu crédito satisfeito. É isso que ele pede. Satisfeito o crédito do exeqüente, restou acolhido o seu pedido. Enfim, o *mérito*, na execução, é *atendido* com a satisfação do crédito.

Por aí já se percebe que, na execução, o mérito não é atendido pela sentença. Ele é acolhido *antes* da sentença. Tal acolhimento é realizado por um ato expropriatório, consistente na adjudicação, na alienação por iniciativa particular, na alienação em hasta pública ou no usufruto de bem móvel ou imóvel, com posterior entrega do dinheiro ao exeqüente.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas percebeu esse detalhe, assim advertindo: "Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele há pedido. Pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o *mérito* da execução"³⁰. E prossegue, para concluir que: "Sobre esse *mérito*, todavia, não se forma uma sentença, diferentemente do que acontece no processo de conhecimento. (...) Não há, por conseguinte, sentença de mérito no processo de execução forçada"³¹.

Existe, sim, *mérito* na execução. O detalhe é que ele é atendido *antes* da sentença. Satisfeito o crédito do exeqüente, o juiz irá extinguir a execução por sentença. E tal sentença irá, apenas, *declarar* que o mérito já foi atendido e que o crédito já foi satisfeito, estando extinta a obrigação.

Tudo se passa, na execução, da mesma forma que ocorre na *ação de consignação em pagamento*. Nesta última, o que extingue a obrigação é o *depósito*, a sentença só declara a extinção³². Daí a ação de consignação em pagamento ter conteúdo meramente declaratório, servindo, apenas,

30. *Ob. cit.*, p. 34.

31. *Idem*, p. 35.

32. MARCATO, Antonio Carlos. **Ação de consignação em pagamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. n. 32.5.2, p. 65.

para declarar que a obrigação já foi extinta com o depósito feito pelo autor no curso no procedimento³³. É exatamente isso que ocorre na execução: o que extingue a obrigação é o pagamento; a sentença só declara a extinção.

5 Mérito e coisa julgada na execução

Nos termos do art. 794 do CPC, extingue-se a execução quando o devedor satisfaz a obrigação, quando o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou quando o credor renunciar ao crédito. O dispositivo, que se inspirou no *Codice di Procedura Civile* do Estado do Vaticano³⁴, estabelece que a execução extingue-se quando se extingue a dívida exequenda.

Em outras palavras, a execução extingue-se quando acolhido o pedido do exequente. O que pretende o exequente é a satisfação do seu crédito. Quando este é satisfeito, extingue-se a obrigação e, de resto, a própria execução (CPC, art. 794, I).

O juiz, ao proferir sentença, declara extinta a obrigação, quando ocorre uma das hipóteses previstas no art. 794 do CPC, ou extingue o processo de execução *sem* extinção da dívida, quando se concretiza um dos casos relacionados no art. 267 do CPC. Vale dizer que há, na execução, extinção *normal*, quando se alcança a satisfação do crédito, e a extinção *anormal*, sempre que tal resultado não for alcançado. Não há, na execução, sentença de improcedência, pois “não se concebe que o juiz emita um provimento final de *natureza executiva* favorável ao executado (ou a execução chega a seu fim normal, ou não chega)”³⁵.

A extinção *normal* da execução ocorre na hipótese de satisfação do crédito (CPC, art. 794, I). Nessa hipótese do inciso I do art. 794 do

33 LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. n. 3.8.9.1, p. 82.

34 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *RePro*, São Paulo, v. 71, p. 9, jul./set. 1993.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. n. 245, p. 381.

CPC, estão abrangidos tanto os casos em que o devedor cumpre espontaneamente a obrigação como aqueles em que a satisfação é obtida por expropriação de bens, sem a colaboração do devedor³⁶.

Os incisos I, II e III do art. 794 do CPC correspondem aos incisos I, III e V do art. 269 do mesmo diploma legal, sendo inegável que há, em todos esses casos, atendimento do mérito³⁷. A obrigação é extinta, vindo a ser igualmente extinto o processo. Nesse sentido, assim leciona José Carlos Barbosa Moreira: “Cabe ressaltar que, em *todos* os incisos do art. 794, há um denominador comum: trata-se, em qualquer deles, de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes. A extinção da execução, aí, é sempre fenômeno consequencial: o processo executivo não há de subsistir porque já não subsiste a dívida, quer com a satisfação do credor (inciso I), quer sem ela (incisos II e III)”³⁸.

Nos casos do art. 794 do CPC, a sentença de extinção do processo de execução contém comando de extinção da própria relação de direito material havida entre as partes, fazendo, bem por isso, coisa julgada material³⁹, sujeita, portanto, à ação rescisória (CPC, art. 485).

Desse modo, sendo realizado, nos autos da correspondente execução, o pagamento do débito, haverá extinção da execução, por sentença proferida pelo juiz da causa. Opera-se, a partir daí, a *coisa julgada material*.

Extinta a obrigação, restou acolhido o pedido do exequente. Houve atendimento do mérito. Nesse caso, haverá formação da coisa julgada.

36 GUERRA, Ob. cit., p. 50; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *RePro*, São Paulo, v. 71, p. 9, jul./set. 1993.

37 MOURÃO, Ob. cit., p. 312-315.

38 Ob. cit., p. 11.

39 MOURÃO, Ob. cit., p. 305-315. Em sentido contrário, entendendo que não há coisa julgada na execução: FREITAS, José Lebre de. Ação executiva e coisa julgada. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, abr./jun. 1993.

6 Conseqüências da execução insuficiente e da execução injusta

Sendo certo que a sentença que declara extinta a obrigação produz coisa julgada material, não é possível ser proposta execução para cobrança de saldo remanescente ou valor adicional que se descobriu posteriormente. Assim, uma vez extinta a execução, caso o credor verifique, posteriormente, ser insuficiente o valor pago, não poderá promover a execução do restante que entende devido.

Com efeito, tome-se como exemplo uma execução, em que se cobra o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Ultimados os pertinentes atos processuais a tempo e modo, caso seja feito o pagamento, por cumprimento espontâneo do executado ou por expropriação de bens seus que foram penhorados, e sobrevenha sentença extinguindo a execução, não poderá o exequente, verificando, posteriormente, que o valor correto seria de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), pretender cobrar a diferença de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de se executar diferença de expurgos inflacionários, quando já extinta a execução pela satisfação da obrigação⁴⁰.

De igual modo, satisfeito o crédito do exequente e extinta a execução, não é possível ao devedor intentar posterior ação de repetição de indébito, ao argumento de que não seria devido o pagamento ou de que seria inválido o título ou inexistente a obrigação. A execução de crédito inexistente ou fundada em título inválido é conhecida como *execução injusta*.

Uma execução injusta que chegue ao seu termo final, com satisfação da obrigação, será extinta por sentença, com a produção de coisa julgada. Ao devedor cabe intentar ação rescisória, não se lhe franqueando o ajuizamento de uma ação de repetição de indébito para reaver o

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão unânime da 2ª Turma. REsp 254.320/SP. Rel. Min. Castro Meira. 23/11/2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 mar. 2005, p. 185.

que restou pago na execução. Nas palavras de J. M. Gonçalves Sampaio, "a não entender-se assim, seria a própria segurança e certeza jurídica que seriam postas em causa"⁴¹.

7 Meio destinado à desconstituição da coisa julgada na execução

A sentença proferida pelo juízo da execução produz coisa julgada material, só podendo ser desfeita por meio de ação rescisória, submetida ao prazo decadencial de dois anos. Passado esse prazo, não há mais como modificar a situação, não se permitindo, na hipótese de se constatar posteriormente ser indevida a obrigação ou injusta a execução, a repetição do indébito. Passado esse prazo, também não se permite mais que o credor cobre alguma diferença que veio a apurar posteriormente, verificando ter sido pago um valor inferior ao efetivamente devido.

Se demonstrado ser injusta a execução ou insuficiente o valor cobrado a tempo e modo, restando ultrapassado o prazo para a ação rescisória, o provimento final adquire plena e definitiva eficácia, estando extinta a obrigação para ambas as partes.

A desconstituição da sentença que extinguiu o processo de execução depende do acolhimento de ação rescisória, que sobressai como o *único* meio para se desfazer a formação da coisa julgada material.

Sobre o assunto, impõe-se ceder a palavra a Thereza Alvim, segundo quem a sentença que extingue o processo de execução (CPC, art. 795), por qualquer dos motivos elencados no art. 794, entre eles a satisfação do crédito (inciso I), é abrangida pelos efeitos da coisa julgada material, somente podendo ser rescindida ou modificada por meio de ação rescisória, sujeita ao prazo decadencial de dois anos. Eis o teor de sua lição: "Muito se discute sobre a sentença que põe termo à execução, tida como essencial pelo art. 795 do Código de Processo Civil. Esta

41 *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 472.

pode ter como conteúdo quer as hipóteses enumeradas no artigo anterior, quer outras. Todavia, tratando-se de sentença que extingue a execução, porque o devedor satisfaz a obrigação, por o devedor obter, mediante transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou por o credor ter renunciado ao crédito, inegavelmente, ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material. Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de ação rescisória. (...) Assim, discordamos da afirmação de que, se a execução não foi embargada, necessariamente inexistente sentença, só cabendo ação anulatória, eis que o seu uso está restrito às hipóteses enquadráveis no art. 486 do Código de Processo Civil⁴².

Esse é, aliás, o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do teor das ementas dos seguintes precedentes:

O processo de execução, depois de declarado extinto, por sentença com trânsito em julgado, não pode ser anulado mediante ação ordinária. A desconstituição do processo executório – incluída a da sentença que o extinguiu –, ainda que nulidade tenha existido no seu curso, só se torna juridicamente possível, pela via da ação rescisória – art. 485, V, do CPC⁴³.

Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Cabimento. Processo de execução. Extinção. Cumprimento da obrigação. Divisão de natureza material. À luz da exegese do art. 467 do Código de Processo Civil, somente as sentenças definitivas, que extinguem o processo com julgamento do mérito, desafiam o cabimento da ação rescisória, por formarem coisa julgada material. A sentença que extingue o processo de execução em razão do cumprimento da obrigação, por alcançar o conteúdo material do direito assegurado no processo de conhecimento, pode ser desconstituída por via da rescisória. Recurso especial conhecido e provido⁴⁴.

Processual civil. Ação rescisória. Acórdão confirmatório de sentença que extingue execução pelo pagamento. Possibilidade. Conteúdo material do julgado. Violação ao art. 485 do Código de Processo Civil não configurada. Recurso não conhecido.

42. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 39, p. 15, jul./set. 1985.

43. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da 1ª Turma. REsp 15.622-0-SP. Rel. Min. Demócrito Reinoldo. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 mar. 1995; Adcos de 30 jul. 1995, n. 147.945.

44. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão unânime da 6ª Turma. REsp 147.735/SP. Rel. Min. Vicente Leal. J. 23/05/2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 12 jun. 2000, p. 139.

1. Para verificar o cabimento da ação rescisória em uma sentença extintiva de execução, deve se aferir se o provimento jurisdicional produziu efeitos na órbita do direito material, gerando, portanto, coisa julgada material, ou se seus reflexos restringem-se, unicamente, ao âmbito processual, caso em que haveria coisa julgada formal.

2. No caso, o julgador monocrático declarou extinta a execução por entender que o INSS já havia feito o pagamento integral do débito, tendo fundamentado sua decisão no art. 794, I, do Código de Processo Civil, que dispõe extinguir-se a execução quando 'o devedor satisfaz a obrigação'.

3. A decisão que extingue execução pelo pagamento reveste-se de conteúdo material, sendo, portanto, atacável pela ação rescisória.

4. Recurso especial não conhecido⁴⁵.

8 Conclusões

A coisa julgada, que é atributo da sentença de mérito, constitui fenômeno típico da atividade jurisdicional. Na execução, há igualmente atividade jurisdicional, havendo mérito que é atendido por atos praticados antes da sentença.

A sentença, que declara extinta a obrigação, também extingue a execução, produzindo coisa julgada material.

Satisfeito o crédito, há coisa julgada material, somente podendo ser desfeito o pagamento ou cobrado algum valor adicional, se desconstituída a sentença mediante ação rescisória. Ultrapassado o prazo da ação rescisória, haverá coisa julgada soberana, não se podendo mais desconstituir a sentença que declarou extinta a obrigação.

45. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão unânime da 6ª Turma. REsp 238.059/RN. Rel. Min. Vicente Leal. J. 21/03/2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 abr. 2000, p. 144.

Abstract

This text examines the existence of merit and *res judicata* in implementation.

Key-words: Civil Procedure.
Implementation – merit – *res judicata*.

Referências

CHIOVENDA, Giuseppe. **Cosa giudicata e preclusione. Saggi di diritto processuale civile.** Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Tradução Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. **RePro**, São Paulo, v. 47, jul./set. 1987.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. **O conceito de mérito em processo civil. Fundamentos do processo civil moderno.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. tomo I.

_____. **Relativizar a coisa julgada material. Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, José Lebre de. Ação executiva e caso julgado. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, abr./jun. 1993.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna.** São Paulo: Dialética, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade.** São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O Despacho Sancador e o Julgamento do Mérito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 767, set. 1999.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. **Ação de consignação em pagamento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). **RePro**, São Paulo, v. 71, jul./set. 1993.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

PANZAROLA, Andrea. *La cassazione civile giudice del mérito*. Torino: Giappichelli, 2005. tomo 2.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1957. v. 3.

SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *RePro*, São Paulo, v. 63, jul./set. 1991.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, fev. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *RePro*, São Paulo, v. 127, set. 2005.

TURRONI, Davide. *La sentenza civile sul processo: profili sistematici*. Torino: Giappichelli, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Referência deste artigo

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 311-332, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 08 set. 2009. Aprovado em: 09 out. 2009.

Da argüição de repercussão geral em sede de recurso extraordinário

Natália Cabral Alves Toscano Caldas

Advogada. Ex-aluna do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Pós-graduada em Direito Público pela ESMape.

Resumo

O trabalho consistirá na exposição de um tema de suma relevância na atualidade, que vem paulatinamente ganhando espaço entre os operadores do Direito brasileiro, qual seja, a necessidade de criação de mecanismos capazes de possibilitar um trâmite processual em tempo razoável, dentre as quais se destaca a argüição de repercussão geral nas matérias constitucionais discutidas em sede de recurso extraordinário. Objetivará este estudo demonstrar os motivos que impulsionaram o legislador a criar o instituto em comento e suas conseqüências na ordem jurídica nacional. A princípio, será exposta a atual situação de sobrecarga do Supremo Tribunal Federal e sua origem histórica. Na seqüência, será demonstrado o papel da repercussão geral como mecanismo

de filtragem das demandas a serem pelo STF julgadas, resultando em uma atuação mais célere e eficaz deste órgão. Igualmente, analisar-se-á o papel do mecanismo processual em foco na busca, a um só tempo, pela unidade e coerência do ordenamento jurídico pátrio, e pela preservação dos direitos constitucionais da razoável duração do processo e de uma tutela jurisdicional efetiva. Por fim, serão citados os meios legais através dos quais a argüição de repercussão geral foi introduzida na sistemática normativa nacional, estabelecendo-se um paralelo entre ela e outros artificios processuais existentes no direito comparado.

Palavras-chave: Recurso extraordinário. Razoável duração do processo. Tutela jurisdicional efetiva.

Introdução

Por ser um assunto hodierno e de grande interesse no universo jurídico, o presente estudo objetiva tratar da necessidade de demonstração de repercussão geral nas matérias constitucionais debatidas em sede de recurso extraordinário, representando este um dos muitos temas abarcados pelo ramo da ciência jurídica que mais freqüentemente se modifica: O Direito Processual Civil.

Foi o constituinte reformador que por meio da EC n. 45, de 08 de dezembro de 2004, inseriu ao art. 102 da Constituição Federal de 1988 o § 3º, no qual se encontra a regra que exige a presença de repercussão geral nas matérias carreadas no apelo excepcional. Trata-se de uma norma de eficácia limitada, cuja ampla produção de seus efeitos só ocorreu após a edição da Lei n. 11.418, de 20 de dezembro de 2006, responsável por alterar o Código de Processo Civil, fazendo constar dois novos artigos, o 543-A e o 543-B, e da realização das alterações efetuadas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal desta data em diante.

Inicialmente, para uma melhor compreensão do tema, será realizado um breve relato acerca dos antecedentes legislativos do instituto em comento tanto em sede de direito comparado quanto dentro do ordenamento jurídico nacional, destacando-se suas semelhanças e, principalmente, diferenças com a já extinta arguição de relevância existente na Lei Maior de 1967.

Será demonstrado que ao criar o instituto da repercussão geral o legislador lançou mão de um conceito jurídico indeterminado, deixando à cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de analisar e valorar as questões discutidas no recurso, não se tratando, em verdade, de uma atividade arbitrária desta Corte.

Analisar-se-á a função da Suprema Corte pátria no tocante ao julgamento do recurso extraordinário, que se restringe à averiguação da interpretação da norma constitucional dada pelos tribunais inferiores, não cabendo a esta julgar matéria fática presente no apelo ou funcionar

como uma terceira ou quarta instância, mas sim zelar pela guarda dos preceitos esculpidos na Lei Maior.

Por fim, será exposto que ao restringir a atividade do STF, em sede de recurso extraordinário, aos casos nos quais as matérias em litígio transcendam ao interesse das partes, tendo repercussão em toda uma coletividade, não se está a violar o acesso à justiça, ao contrário, estar-se-á a um só tempo velando pela prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva, uma razoável duração do processo, compatibilizando-se verticalmente as decisões judiciais e conferindo unidade e coerência ao direito.

1 Da introdução da arguição de repercussão geral na ordem jurídica pátria

1.1 Da disciplina normativa e seus efeitos em sede de direito intertemporal

Hodiernamente o problema da não-efetividade da prestação jurisdicional vem sendo um dos temas mais debatidos em meio à comunidade jurídica. Trata-se, em verdade, de assunto há bastante tempo discutido, mas que veio ao longo dos anos ganhando relevância e amplitude entre os operadores do direito.

Envolto nesta problemática, que se encontra intrinsecamente ligada ao volumoso número de processos que se acham pendentes de julgamento no Poder Judiciário brasileiro, o constituinte reformador introduziu no ordenamento jurídico pátrio a EC n.º. 45/2004, batizada de Reforma do Judiciário.

Entre outras modificações, a supracitada Emenda Constitucional acrescentou o § 3º ao art. 102 da Lei Maior, passando a prever a necessidade de demonstração de repercussão geral nas questões discutidas no recurso extraordinário.

Nos dizeres da Lei:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.¹

Por meio deste dispositivo, ao interpor seu apelo excepcional, deverá o recorrente demonstrar o preenchimento de uma das hipóteses elencadas no art. 102, inciso III da Constituição Federal, bem como, a existência de repercussão geral da matéria discutida. Tal arguição aparece como um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, representando um verdadeiro ônus imposto ao recorrente, cuja ausência, se declarada por dois terços dos membros da Corte Suprema, implicará na impossibilidade de julgamento de seu mérito.²

A idéia repousa na existência de um mecanismo de filtragem das matérias abordadas nos recursos extraordinários, buscando restringir seu acesso à Suprema Corte.³ Dessa forma, apenas as matérias que exorbitem da esfera de interesses das partes envolvidas na demanda, abarcando toda uma coletividade, podem vir a ser analisadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, do texto constitucional, que o novel dispositivo acrescentado pela EC nº 45/2004 trata-se de uma norma de eficácia limitada, cuja ampla produção de seus efeitos necessita da existência de lei integrativa infraconstitucional. Nesse contexto, o Congresso Nacional elaborou a Lei 11.418, que, promulgada em 19.12.2006, acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 543-A e 543-B. Tais artigos trazem em seu bojo normas acerca da tramitação do recurso extraordinário no Ju-

1 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

2 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 32, nov. 2005, p.15.

3 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 30, p. 74, set. 2005.

diciário brasileiro e diretrizes sobre o que se deve ou não considerar como sendo questão de repercussão geral.

Nessa mesma linha, buscando se adaptar às alterações normativas em comento, o Supremo Tribunal Federal procedeu à edição de 4 Emendas Regimentais disciplinando o trâmite do recurso extraordinário em face do instituto da arguição de repercussão geral, sendo elas: Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007; nº 22, de 30.11.2007; nº 23, de 11.03.2008 e a nº 24, de 20.05.2008.

Observe-se que, apesar da necessidade de existência de relevância e transcendência na matéria discutida no apelo excepcional ser fruto de criação do constituinte reformador através da EC n. 45/2004, a produção de seus efeitos só pôde ser observada mais de dois anos após sua aparição nas letras da Lei Maior, por meio da entrada em vigor da Lei nº. 11.418/2006 e da Emenda Regimental nº 21/2007 do Supremo Tribunal Federal.

A supracitada Lei infraconstitucional, em seu art. 4º, é categórica ao determinar que as disposições contidas em seu corpo só serão exigidas dos recursos extraordinários interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, o que se deu na data de 18.02.2007.

Contudo, pecou o legislador nesta normatização, ao estabelecer como parâmetro inicial para a cobrança da presença de repercussão geral na matéria carregada no apelo excepcional o momento de interposição deste último, quando o mais prudente e correto seria considerar a data em que foi iniciada a contagem do prazo para seu manejo.

Com efeito, a repercussão geral possui natureza jurídica de norma processual, mais precisamente, de requisito de admissibilidade recursal. Dessa forma, a norma a ser aplicada é a que se encontrar em vigência no momento em que a decisão atacada for prolatada. É a partir desse instante que a parte sucumbente adquire o direito, e o dever, de observar apenas as normas encartadas na legislação em vigência nesse exato ponto da linha do tempo.⁴

4 LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os efeitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 68.

Da interpretação literal do art. 4º da Lei nº. 11.418/2006, é possível se alcançar a seguinte situação hipotética: duas demandas, ambas com decisões proferidas em igual data, que desafiam recurso extraordinário. No momento em que foram prolatadas, não se encontrava em vigência da Lei nº. 11.418/2006, mas, durante o transcurso do lapso temporal para interposição do apelo, dita legislação veio a produzir seus efeitos. Se o recorrente da primeira ação protocola seu recurso anteriormente ao momento em que a lei em comento passa a ter eficácia, não estará obrigado a observar a exigência de arguição da repercussão geral. De forma oposta, se o litigante do segundo processo interpõe seu apelo, ainda dentro do prazo recursal, mas após a entrada em vigor da legislação supra, estará vinculado a demonstrar a presença de repercussão geral.

Note-se, pois, que apesar da semelhança da situação vivenciada por ambas as partes, o segundo recorrente, mesmo havendo respeitado o prazo processual estabelecido no CPC para interposição do seu apelo, fica compelido a satisfazer um ônus a mais do que os determinados ao primeiro recorrente. Tal situação não só ofende o direito fundamental da isonomia, como afronta o direito adquirido.

De forma mais técnica:

Na perspectiva do direito constitucional brasileiro, que aloca expressamente a irretroatividade da lei como uma proteção ao direito adquirido, mostra-se ilegítimo o critério ora utilizado pelo legislador para identificar o direito aplicável ao caso em tema de sucessão de leis. De rigor, portanto, que se considere exigível a indicação e a efetiva existência da repercussão geral da controvérsia constitucional para conhecimento de recursos extraordinários cujos prazos para interposição tiverem início a partir do primeiro dia de sua vigência. Fora daí há afronta à Constituição (art. 5º, XXXVI).⁵

5 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

Dessa maneira, há de se ter cautela quando da aplicação da norma de direito intertemporal insculpida na regulamentadora do novel instituto da repercussão geral (Lei nº 11.418/2006), sob pena de transgressão a direitos constitucionais inerentes à segurança jurídica, como o direito adquirido, a isonomia e a irretroatividade da lei.

Por fim, é pertinente salientar que, apesar da semelhança entre o recurso extraordinário e o recurso especial, ambos voltados à uniformização da jurisprudência nacional, por meio dos quais se busca discutir a interpretação de norma constitucional e infraconstitucional, respectivamente, sendo vedada a análise de questões fáticas, a exigência de relevância e transcendência na questão veiculada no apelo só se aplica ao recurso extraordinário. Não há na ordem jurídica pátria previsão legal acerca da necessidade de demonstração de repercussão geral em recursos ordinários ou mesmo no especial. Trata-se de requisito de admissibilidade recursal exclusivo do apelo extraordinário.

1.2 Antecedentes

A necessidade de adoção de mecanismos capazes de propiciarem a diminuição do número de recursos apreciados pela Suprema Corte não é exclusiva do Brasil. Observando o direito estrangeiro é possível perceber a semelhança entre o instituto da repercussão geral com o *writ of certiorari* do Direito norte-americano, criado pelo *Judiciary Act*, de 1981.

Neste último sistema jurídico, em sede de julgamento do *certiorari*, a Corte Superior possui discricionariedade para selecionar os processos que por ela serão examinados, vindo a apreciar apenas os temas considerados relevantes. Nesse ponto, é ampla sua margem de liberdade, sendo, inclusive, admitido o uso de critérios pessoais na escolha das matérias submetidas ao seu crivo. Não há quanto às partes, qualquer direito em ter sua lide revista pela mais alta Corte norte-americana.⁶

6 TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 213.

Para uma melhor compreensão do assunto, esclarecedoras são as seguintes palavras:

*O writ of certiorari é, basicamente, uma ordem dada por uma Corte superior a uma Corte inferior, no sentido de que lhe remeta um determinado caso, para que seja revisto pela Corte superior. No caso da Suprema Corte, o writ of certiorari está sujeito ao *discretionary method of review*, pelo qual se selecionam os casos que serão realmente julgados.⁷*

O ordenamento jurídico alemão também incorporou semelhante sistemática, estabelecendo, como critério para análise de seu recurso de revisão, a indispensabilidade da presença de significação fundamental da questão debatida no apelo.⁸

Seguindo o mesmo raciocínio, o legislador argentino alterou seu direito processual civil, impondo, por meio do art. 280 do CPCC, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pela sua Suprema Corte, a existência de transcendência da matéria levantada pelo recorrente.

Nos dizeres do supracitado artigo:

Art. 280. Chamamento dos autos. Negação do recurso extraordinário. Memoriais no recurso ordinário. Quando a Corte Suprema conhece o recurso extraordinário, a recepção da causa implicará o chamamento dos autos. A Corte, segundo sua discrição, e com apenas a invocação federal suficiente ou quando as questões apresentadas resultarem insubstanciais ou carentes de transcendência.⁹

7 MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 386.

8 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 149.

9 ARGENTINA. *Código procesal civil y comercial de la nación*. Buenos Aires: La Ley, 2002. Traduzido pela autora. Texto original: Art. 280. Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia.

No Brasil, a repercussão geral possui como antecedente a chamada arguição de relevância. Tratava-se de instrumento contido na Lei Maior de 1967, cuja introdução se deu por meio da EC nº 01/1969, editada durante o período da ditadura militar. A Constituição Federal de 1988, contudo, ao invés de tentar aperfeiçoar o instituto em comento à nova sistemática do Estado Democrático de Direito, modificando-o ou mesmo criando semelhante mecanismo processual, se limitou apenas a ignorá-lo, expulsando-o da ordem jurídica nacional.

Precedente à EC 45/2004, um outro exemplo significativo de mecanismo processual pátrio, utilizado na seleção de demandas a serem julgadas pelos Tribunais Superiores, pode ser encontrada no âmbito da Justiça do Trabalho. Nesse ramo do direito, o princípio da transcendência recursal aparece como requisito necessário ao recurso de revista. O art. 896-A da CLT, acrescentado neste diploma legal por meio da Medida Provisória 2.226/2001, assim preceitua:

Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.¹⁰

Salienta-se que, o supracitado dispositivo legal não vem tendo aplicação na prática forense. Sua edição foi alvo de diversas críticas doutrinárias acerca de sua constitucionalidade, defendendo-se que o Tribunal Superior do Trabalho só poderá exigir a observância da existência de transcendência da matéria, em sede de recurso de revista, mediante expressa autorização constitucional, não sendo medida provisória instrumento apto à delegação da tal competência.¹¹ Nesse contexto, interpôs a Ordem dos Advogados do Brasil a ADI de nº 2527.

Dessa forma, é possível perceber que a ideia de criação de um meio capaz de selecionar as matérias a serem apreciadas pelas instâncias superiores, com o nítido propósito de controlar e reduzir o número exces-

10 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008.

11 GIGLIO, Wigner. *Direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 440.

sivo de processo a estas Cortes enviados não é inédita no país, extrapolando, inclusive, as fronteiras do território nacional, abarcando o direito comparado.

1.3 A repercussão geral como conceito jurídico indeterminado e a transcendência da questão debatida

Como comentado alhures, ao editar a EC nº 45/2004, criando o instituto da repercussão geral, o constituinte reformador lançou mão de uma norma de eficácia limitada, delegando ao legislador infraconstitucional a tarefa de regular mais detalhadamente o expediente ora em análise.

Em cumprimento à função que lhe foi delegada, o Congresso Nacional editou a Lei nº 11.418/2006, que, acrescentando o art. 543-A ao CPC, em seu § 1º assim dispôs, *verbis*:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

[...]¹²

Supracitado dispositivo legal traz em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados, não definindo o que poderia ser considerada como questão relevante sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico, ou sequer quais os critérios devem estar presentes na

12 BRASIL. Lei nº 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 set. 2008.

caracterização da questão debatida como transcendente ao interesse subjetivo da demanda.

Note-se, portanto, que o legislador estabelece como critério para aferição da repercussão geral a presença do binômio: transcendência mais relevância, cuja ausência inviabiliza o exercício da Suprema Corte em sede de análise do recurso extraordinário.¹³

O uso de citados conceitos vagos e subjetivos possui o nítido propósito de deixar à cargo do Supremo Tribunal Federal a valoração objetiva da matéria inserida no apelo, que dependerá sempre de sua vinculação ao caso concreto, haja vista a impossibilidade do legislador de prever e regulamentar o imenso e diversificado número de acontecimentos no universo dos fatos.

Contudo, não se está a tratar de um poder discricionário concedido ao Pretório Excelso, possibilitando que este arbitrariamente decida o que deve ou não ser considerado de repercussão geral.

Nesse sentido, se manifesta a doutrina:

É certo que, ao exigir a repercussão geral da questão enfrentada na fundamentação do extraordinário, nos termos do § 3º do art. 102 da Constituição, o legislador faz uso de conceitos elásticos, que permitem ao intérprete e aplicador da norma uma atividade construtiva ou concretizadora, que vai além da simples e automática subsunção do caso concreto ao preceito literal e exato da regra.

Essa operação, contudo, está longe de envolver um poder realmente discricionário. Poder discricionário, em direito público, só se verifica quando o agente tem, de fato, a plena opção entre praticar ou não determinado ato ou serviço, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade. É, pois, legítima a escolha entre duas condutas, segundo juízo exclusivo e do próprio agente do poder, de sorte que, qualquer que seja ela, redundará numa deliberação válida.¹⁴

13 MARRONI, Lutz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417)*. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo, n. 48, p. 105, jul./ago. 2007.

Cabe ao aplicador do direito, mediante a identificação das peculiaridades de cada caso, e com fulcro nos princípios norteadores da ordem jurídica, tentar absolver a vontade do legislador insculpida na norma legal. A ele é vedado optar por duas ou mais interpretações dignas de consideração, pois, apenas uma delas se mostrará apta ao correto deslinde da demanda. Demonstrada a existência da repercussão geral na matéria discutida no apelo, é o Supremo Tribunal Federal obrigado a conhecer do recurso e julgar seu mérito. Não há nesse ponto qualquer tipo de discricionariedade por parte deste órgão julgador acerca da conveniência ou não na análise do recurso extraordinário. Reconhecida a existência de transcendência e relevância na matéria debatida no apelo, surge para a parte inconformada com a decisão impugnada, o direito de ter sua demanda apreciada pela instância superior.

Apesar de se tratar de conceito vago, aberto, cuja apreciação dependerá consubstancialmente dos elementos contidos no caso concreto, a doutrina, antes mesmo de edição da Lei nº 11.418/2006, já apontava algumas matérias em que a repercussão geral estaria caracterizada.

Nesse sentido, transcreva-se o seguinte fragmento:

A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar pengoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de direito adquirido. Relevância social haveria numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc. repercussão política haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais.¹⁵

15 MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103-104.

Salienta-se que, para a caracterização da repercussão geral na controvérsia veiculada no recurso excepcional, não se faz necessário a presença simultânea de questões relevantes sob a ótica social, jurídica, política e econômica. A demonstração da importância da matéria sob uma única destas perspectivas já é suficiente ao preenchimento da exigência legal.

Aliado a esses requisitos supra, deve ainda o recorrente demonstrar a transcendência da questão levantada. Em outras palavras, a problemática contida no apelo precisa ultrapassar o mero interesse das partes litigantes, alcançando um número indeterminado de pessoas, possibilitando, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal possa resguardar a ordem Constitucional objetiva.

Sob esse aspecto, esclarecedoras são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro:

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).¹⁶

Fechando e vinculando um pouco a atuação da Corte Suprema no julgamento da repercussão geral, e, ao mesmo tempo, reforçando e prestigiando as decisões deste órgão, o legislador infraconstitucional, por meio do § 3º do art. 543-A do CPC, estabelece que, sempre que a hipótese encartada no apelo excepcional impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, estará caracterizada a presença de relevância e transcendência da matéria em apreço, em verdadeira presunção absoluta da existência destes requisitos.

16 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

Salienta-se que, a súmula em comento não precisa ser vinculante, bastando que represente entendimento consolidado e pacífico no STF. Para tanto, é suficiente a ausência de acórdãos divergentes no seio deste Tribunal, ou, em havendo decisões conflitantes acerca da matéria, que o entendimento a seu respeito já tenha sido pacificado.¹⁷

Mediante o julgamento dos casos concretos, a tendência é de que o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, construa um repertório jurisprudencial das matérias nas quais irá se considerar presente a repercussão geral, e, conseqüentemente, aquelas em que tal instituto restará expressamente tido como inexistente. A criação desse banco de entendimentos por parte da Corte Maior irá facilitar e acelerar seu trabalho, com a tendência de gradual diminuição dos apelos que não preencham o requisito hora em análise.

1.4 Da repercussão geral e da arguição de relevância

O assoberbamento da Corte Suprema, resultando, em regra, em uma lenta e tardia entrega da prestação jurisdicional, representa uma realidade fática experimentada pelo Brasil desde a década de 1950, quando este Tribunal passou a vivenciar a chamada crise de recurso extraordinário. Dois fatores podem ser citados como decisivos na instauração desta situação de sobrecarga do STF: a ambivalência do recurso extraordinário e a ampliação gradual de atribuições delegadas a esta Corte.¹⁸

Diferentemente do que ocorre na atualidade, em que o objeto do recurso extraordinário é restrito às matérias de ordem constitucional, em sua origem, o apelo extremo abarcava também questões de natureza infraconstitucional. A amplitude de seu objeto fez com que o recurso

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.412) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo, n. 48, p. 104-105, jul./ago. 2007.

18 FERES, Marcelo Andrade. Impactos da emenda constitucional n. 45/2004 sobre o recurso extraordinário: a repercussão geral (ou transcendência) e a nova alínea d do inciso II do art. 102 da Constituição. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 39, p. 108, jun. 2006.

extraordinário se tornasse instrumento hábil a levar até o Supremo Tribunal Federal controvérsias de diversos ramos do direito, de forma a contribuir significativamente ao grande número de demandas distribuídas a esta Corte. Somando-se a este fato as inúmeras alterações legislativas realizadas pelo constituinte, visando prioritariamente à ampliação das tarefas inicialmente delegadas à Corte Suprema, sem, contudo, proceder concomitantemente à atualização de sua estrutura, se tem como conseqüência o congestionamento da pauta de julgamento dos apelos extraordinários.¹⁹

Envolto nessa problemática, o legislador procurou criar os mais diversos artifícios capazes de amenizar a crise vivida pelo Supremo Tribunal Federal, dentre os quais se podem citar: o aumento da quantidade de ministros integrantes da Corte, empecilhos regimentais à interposição do recurso extraordinário e a arguição de relevância.

Introduzida na Constituição de 1967 por meio da EC nº 01/69, a antiga e já extinta arguição de relevância possui nítida semelhança com a atual arguição de repercussão geral. Ambos os institutos foram criados com o fim precípuo de selecionar as demandas a serem apreciadas pelo STF, de forma a restringir sua atuação, em sede de recurso extraordinário, às lides cujo objeto fosse relevante do ponto de vista econômico, jurídico, social ou político, conforme se depreende do art. 119 da Lei Maior de 1967, *verbis*:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

19 FERES, Marcelo Andrade. Nota sobre a repercussão geral (ou transcendência) do recurso extraordinário. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7530>>. Acesso em: 19 maio 2008.

- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

[...]²¹

Dessa forma, em cumprimento à tarefa que lhe foi delegada pelo constituinte derivado, considerando a natureza da demanda, sua espécie e valor, a Corte Suprema procedeu à alteração de seu Regimento Interno, fazendo constar em seu art. 325, incisos I a X, as hipóteses taxativas em que o apelo excepcional poderia vir a ser conhecido. Ao inciso XI foi reservada a previsão de admissão do recurso extraordinário sempre que provada a existência de relevância da questão federal debatida, ou seja, acaso a controvérsia não se enquadrasse em um dos incisos I a X, poderia ainda assim ser submetida à julgamento da Corte Maior, se por esta tivesse sua relevância reconhecida.

Nesse contexto, leia-se a seguinte passagem:

A arguição de relevância diferentemente das exclusões (que são objeto de disciplina negativa, "quase genérica", em sede regimental, no sentido de que aí já se encontram concretizadas) desempenha, em rigor, função "neutralizadora" das exclusões; vale dizer, o valor da causa, sua espécie, etc., são elementos possíveis para se poder cogitar da exclusão de cabimento do RE, sempre à luz da irrelevância da causa ou da questão, os quais elementos (valor da causa, espécie, etc.), serviram de suportes básicos do RI, precisamente, para sobre eles incidir o critério da relevância ou da irrelevância, quando da elaboração legislativa do elenco

20 BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 set. 2008.

constante do art. 325, e, nos Ris anteriores, influíram esses elementos (avaliados pela relevância/irrelevância) gerando outra técnica de legislar, quando se elaboram os "elencos" taxativos de causas e questões, que ficavam excluídas do cabimento de RE, já diferentemente, a arguição de relevância fornece o caminho adequado para incluir o que tenha sido objeto de exclusão por obra do Regimento Interno, que vale como lei, neste particular.²²

Verifica-se, pois, que tal qual a repercussão geral, a arguição de relevância possui natureza de pressuposto de admissibilidade recursal que deve ser previamente demonstrado pelo recorrente. Fundada na importância da matéria, procurou a lei criar um mecanismo capaz de limitar o volume de processos a serem julgados pela Suprema Corte, na tentativa de lhe devolver o exercício da sua missão constitucional.

Contudo, não se pode confundir a arguição de relevância de outrora com o instituto da repercussão geral. Enquanto a primeira atuava apenas nos recursos que não se enquadrassem em uma das hipóteses do art. 325, incisos I a X, do RISTF, a segunda se aplica a todo e qualquer recurso extraordinário.²² Pode-se dizer que, em sede de arguição de relevância havia uma presunção negativa quanto à existência de transcendência na questão discutida, estando o conhecimento do recurso extraordinário subordinado à decisão dos ministros quanto a sua existência. Ao passo que, no tocante a repercussão geral, a presunção quanto a sua presença é positiva, partindo-se do pressuposto de que todos os apelos excepcionais carregam em seu bojo matéria de relevância econômica, política, jurídica e social, só podendo tal requisito ser considerado por ausente mediante manifestação de dois terços dos membros do STF nesse sentido.

Conceitualmente os dois institutos também não se confundem. Enquanto que a arguição de relevância fundava-se apenas na relevância da questão debatida em face de sua natureza, espécie e valor, a arguição de

21 ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1988. p. 27.

22 URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Da arguição de relevância a repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 47, fev. 2007, p. 69.

repercussão geral possui objeto mais amplo, necessitando ainda que a matéria em litígio transcenda o interesse individual das partes envolvidas, para abarcar toda uma coletividade de pessoas.

Ademais, no que tange ao aspecto formal dos dois institutos, há uma diferença clara e significativa em sua forma de julgamento. Nos moldes do art. 543-A *caput* e § 4º, do CPC e art. 93, IX, da CF, a decisão acerca da existência de repercussão geral será motivada e pública, competindo ao plenário da Suprema Corte a declaração de sua ausência. De maneira contrária, sob o fundamento de tratar-se de um ato de natureza legislativa e não jurisdicional, a manifestação do Supremo quanto à presença da relevância da questão federal se dava de forma secreta e dispensava motivação.²³

2 Do papel da argüição de repercussão geral na atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na ordem constitucional

2.1 Da função do STF em sede de recurso extraordinário

Na época do Império no Brasil, vigorava como órgão de cúpula do Poder Judiciário o Supremo Tribunal de Justiça. Criado em meio à sistemática do poder moderador e norteado pelos preceitos do direito francês e inglês, que consagravam o dogma da soberania do Parlamento, a este Tribunal não foi delegada qualquer atribuição no tocante à realização do controle de constitucionalidade.²⁴

Em 1891 foi editada a primeira Constituição da República do Brasil, que, extinguindo o poder moderador, e adotando a tripartição dos po-

23 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 104.

24 TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Claudius Walter. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 192-197.

deres, veio, em nítida inspiração no direito norte-americano, a dar vida ao Supremo Tribunal Federal, concedendo-lhe o status de órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Foi a partir desta Carta Política que o sistema jurídico pátrio passou a contar com a técnica do controle de constitucionalidade difuso das leis ou atos normativos, cabendo ao STF dirimir, em definitivo, por meio do recurso extraordinário, as demandas cujo objeto contrariasse o disposto na Constituição ou nas quais houvesse negativa ou divergência na interpretação das leis federais.²⁵

Abandona-se, pois, a idéia de que aos Tribunais Superiores competia apenas a análise das leis em abstrato, para lhes outorgar a função de interpretar a legislação nacional, na busca pela uniformização da jurisprudência.

De lá pra cá foram muitas e significativas as alterações constitucionais no tocante à competência do STF dentro do ordenamento jurídico nacional. Quanto à interpretação das normas de natureza infraconstitucional, é possível notar uma gradual e crescente distribuição desta atribuição entre os diversos Tribunais Superiores brasileiros, passando a atuação do Supremo Tribunal Federal a ter como foco as matérias de caráter constitucional, cabendo-lhe realizar tanto o controle difuso de constitucionalidade quanto o concentrado.

Hodiernamente, por expressa disposição do art. 102 da Lei Maior, ao Supremo Tribunal Federal brasileiro compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal. Nesse contexto, é o Pretório Excelso responsável pela preservação dos valores e princípios fundamentais inscritos nas normas constitucionais, cabendo-lhe proceder à interpretação destas, na busca pelo alcance da uniformização e unidade do direito pátrio.

É dentro desse panorama que se encontra inserido o recurso extraordinário, veículo processual apto a levar até à Suprema Corte as decisões proferidas em última ou única instância que tenham contrariado dispositivo constitucional. Nesse prisma, ao proceder ao reexame

25 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 1-18.

dessas decisões, o Supremo Tribunal Federal realiza verdadeiro controle concreto de constitucionalidade, não lhe cabendo analisar a justiça da decisão ou discutir matéria fática.

Sua atuação nesse apelo deve se limitar à verificação da interpretação dos dispositivos constitucionais realizada pelas instâncias ordinárias, buscando resguardar a inteireza de ordenamento jurídico e conferir unidade ao direito positivo em todo país, não devendo funcionar como uma terceira ou quarta instância.²⁶

Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Esse tipo de recurso nunca teve a função de propiciar ao litigante inconformado com o resultado do processo uma terceira instância revisora da injustiça acaso cometida nas instâncias ordinárias. A missão que lhe é atribuída é de uma carga política maior, é a de propiciar à Corte Suprema meio de exercer seu encargo de guardião da Constituição, fazendo com que seus preceitos sejam corretamente interpretados e fielmente aplicados. É a supremacia da Constituição que toca ao STF realizar por via dos julgamentos dos recursos extraordinários.²⁷

Dessa foram, é possível perceber que desejou o constituinte reservar ao STF a função de Corte Constitucional e não de Justiça, delegando-lhe a atribuição de averiguar o erro de direito quanto aos ditames encartados na norma constitucional. De forma contrária, aos Tribunais inferiores foi delegada a missão de julgar o erro de fato, haja vista ser este menos nocivo ao ordenamento jurídico, pois incapaz de servir como paradigma judicial.

26 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A função dos tribunais superiores: sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

27 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante (Lei nº 11.417). **Revista dos IOB de direito civil e processual civil**. São Paulo, n. 48, p. 101, jul/ago. 2007.

2.2 A repercussão geral como instrumento na consecução da tutela jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo

Como visto, o número descomunal de demandas que chegam diariamente aos órgãos judiciários brasileiros e a morosidade na entrega da tutela jurisdicional foram os pilares que impulsionaram o legislador constituinte a editar a EC nº 45/2004, rotulada de Reforma do Judiciário.

Não raro são os casos em que a concessão tardia do provimento final da demanda impossibilita à parte vencedora do bem em litígio de gozar de seus efeitos de forma eficaz e completa.

Sobre o assunto, leia-se o fragmento abaixo:

... o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.²⁸

Foi em busca de uma tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental resguardado nas letras da Lei Maior, que o constituinte reformador, por meio da supracitada Emenda Constitucional, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, concedendo a todos o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A sociedade encontra-se em constante evolução. Muitos dos valores e teorias adotados há décadas atrás acabam por cair em desuso, sendo superados por novos critérios de valia. Nesse prisma, compete

28 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

ao Supremo Tribunal absorver os anseios sociais contemporâneos, e, em face dos casos submetidos à sua apreciação, sempre com fulcro nos preceitos esculpados na Lei Maior, adequar o direito à nova dinâmica brasileira, modernizando-o.

Dessa forma, deve esta Corte se ocupar em construir um repertório jurisprudencial capaz de guiar e orientar os juízos inferiores, buscando, a um só tempo, evitar decisões inadequadas e incompatíveis dentro de um mesmo sistema jurídico, criando soluções inovadoras mais condizentes com a nova realidade humana e jurisdicional que bate a sua porta.

É sob essa perspectiva que se encontra inserida a arguição de repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de mecanismo processual voltado a selecionar as matérias a serem apreciadas pela Suprema Corte pátria, na tentativa de racionalizar sua atuação jurisdicional.

Ao excluir da análise do Supremo Tribunal Federal os recursos extraordinários que versam sobre matéria de importância apenas para as partes postulantes, resguardando sua atuação às demandas cujo conteúdo transcenda a esses interesses menores, de forma a refletir em toda uma coletividade de pessoas, a arguição de repercussão geral está a um só tempo buscando a preservação da efetividade da tutela jurisdicional, da unidade do direito e do legítimo papel da Suprema Corte como guardiã da Lei Maior.

Relembre-se: ao Supremo Tribunal Federal é conferida a responsabilidade de impedir lesões aos preceitos resguardados na Constituição e não de funcionar como instância revisora na análise de determinados processos. A atividade deste tribunal em sede de recurso extraordinário extravasa o interesse subjetivo das partes diretamente envolvidas na lide, devendo dito apelo ser visto apenas como uma forma de possibilitar ao STF o exercício da sua função precípua de guardião da Lei Maior.²⁹

A restrição das matérias submetidas ao crivo da Corte Suprema, com a conseqüente diminuição do número de processos a esta envia-

29 MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. *Revista de processo*, São Paulo, n. 119, p. 76, 2005.

dos, possibilita uma maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional. O tempo e a atenção anteriormente dispensados por esta Corte em demandas cuja decisão surtiria efeitos apenas *inter partes* será desviado para as causas de interesse público.

Otimizando seu desempenho, O Supremo Tribunal Federal estará mais próximo de alcançar a concretização do direito fundamental da razoável duração do processo, possibilitando que os detentores do direito em julgamento possam de fato usufruir de seus efeitos.

Para destacar a importância do que se está discutindo:

... a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral, encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesses das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostra-se imprescindível para a realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.³⁰

Ressalte-se que, se pretende nesse ponto defender a repercussão geral como instrumento hábil, isoladamente, a possibilitar a celeridade e efetividade na entrega da tutela jurisdicional e o desafogamento dos Tribunais Superiores. O que se tentou no momento demonstrar foram os motivos que levaram o legislador a impor a necessidade de demonstração da repercussão geral na matéria debatida no recurso extraordinário, e o importante papel deste mecanismo processual na busca pela efetividade da tutela jurisdicional e pela razoável duração do processo.

30 MARRONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-18.

A atuação judiciária almejada pela população brasileira depende de uma soma de fatores de vão muito além de reformas constitucionais. Contudo, os primeiros passos nessa direção já foram dados, com a criação de instrumentos como a súmula vinculante e a repercussão geral ora em comento.

Nos dizeres de André Luiz Santa Cruz Ramos:

É certo, todavia, que, no Brasil, a idéia de restringir o acesso às Cortes Superiores, com a criação de mecanismos como o ora em análise, seguramente merecerão críticas da comunidade jurídica, apegada à praxe forense de jurisdição individualizada, subjetivista, que nunca se contenta com o julgamento em suas instâncias ordinárias. No entanto, a realidade é inexorável, e já reclamava, há tempos, a criação de mecanismo que restringisse o acesso às vias extraordinárias.³¹

2.3 Da compatibilização vertical das decisões judiciais e da unidade do direito

É sabido que em matéria constitucional o STF ocupa dentro do sistema jurídico brasileiro o ápice da pirâmide hierárquica, cabendo a ele a última palavra quanto ao disposto na Lei Maior.

Em sede de recurso extraordinário, é exclusiva a competência deste órgão para decidir acerca da existência ou inexistência de repercussão geral na causa debatida. Nesse prisma, sua decisão possui efeito vinculante dentro da sua própria estrutura e para as instâncias inferiores, conforme contido nos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil. Trata-se da denominada vinculação horizontal e vertical das decisões oriundas da Corte Maior. A idéia, retirada do *stare decisis* do direito estadunidense, repousa no dever de obediência e respeito dos órgãos jurisdicionais inferiores e do próprio Tribunal ao que este já afirmou ser o direito.³²

31 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 32, p. 14, nov. 2005.

32 FALLON JR., Richard. *Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology* - 76. *New York University Law Review*, New York, n. 570, 2001 apud MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21-22.

A partir do instante em que o Pretório Excelso nega a existência de repercussão geral em determinada matéria, devem os juízos inferiores seguir o mesmo posicionamento, inadmitindo os recursos com idêntica controvérsia. Trata-se de autêntica compatibilização vertical das decisões judiciais, que impede que novos recursos, com entendimento já sedimentado, sejam inutilmente remetidos à Suprema Corte. Dessa forma, racionaliza-se a atividade jurisdicional, fomentando a economia dos atos processuais e a unidade do direito.

Nesse contexto, esclarecedoras são as seguintes palavras:

No direito brasileiro, a adoção de aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para a concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável...

... Há, aí, mais um instrumento para a consecução da unidade do direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez já decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão da tese, importa em dilação indevida no processamento da causa...³³

Percebe-se que o intuito do legislador, ao criar a necessidade de demonstração da repercussão geral nas questões debatidas em sede de recurso extraordinário, foi a busca pelo desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro.

Vela-se a um só tempo pela tutela jurisdicional efetiva, a razoável duração do processo, a compatibilização vertical das decisões judiciais e a consequente unidade do direito, evitando que todos e qualquer tipo de demanda chegue à Suprema Corte, de forma que esta adquira melhores condições para fielmente desempenhar seu papel de guardião da Constituição Federal.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26-27.

Admitir-se que cada juízo ou tribunal nacional possa decidir o caso concreto sob sua tutela, embasados em deferentes critérios pessoais, divergindo da orientação passada pelo Supremo Tribunal, faz surgir, dentro da ordem jurídica pátria, as mais diversas soluções para litígios em paridade de situação. Outra conseqüência não há se não a consolidação de uma insegurança e incerteza jurídica capaz de afetar o normal e eficaz funcionamento do sistema jurisdicional.

Daí decorre a necessidade de que as decisões tomadas pelo STF possuam força vinculante não só no plano vertical, como também no horizontal, resultando na existência de um direito uniforme e coerente. Evita-se, dessa forma, que matérias sobre as quais a Suprema Corte já se posicionou sejam novamente submetidas à sua análise, economizando-se tempo e poupando-se a realização de atos processuais desnecessários.

Considerações finais

De todo o exposto, depreende-se que o novel instituto da argüição de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário aparece no ordenamento jurídico pátrio como mais um requisito de admissibilidade deste apelo, cuja ausência impossibilita seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi o constituinte reformador, através da EC nº 45/2004, batizada de Reforma do Judiciário, o responsável pela criação do mecanismo processual objeto de análise do presente trabalho. Contudo, apesar da previsão constitucional, a presença de repercussão geral na controvérsia carreada no apelo extremo só pôde vir a ser exigida mais de dois anos após sua aparição no corpo da Lei Maior. Tratando-se de norma de eficácia limitada, apenas mediante posterior regulamentação infraconstitucional, o que se deu com a edição da Lei nº. 11.418 de 19 de dezembro de 2006, é que a medida tornou-se apta a produzir efeitos no mundo dos fatos.

Ao tratar do direito intertemporal, viu-se que a expressa manifestação legal insculpida no art. 4º da Lei supracitada, que estabelece como marco temporal, para aplicação dos ditames afetos à repercussão geral, a data da interposição do recurso extraordinário, deve ser recebida com cautela. Firmar, como ponto inicial para a cobrança da presença de relevância e transcendência da questão debatida na lide, momento diverso do começo do transcurso do lapso temporal para a interposição do apelo excepcional, pode, indubitavelmente, levar à violação da Constituição Federal. Estar-se-á a um só tempo desrespeitando o direito adquirido, o princípio da isonomia e da irretroatividade das leis, com conseqüente ameaça à segurança jurídica nacional.

Representa a argüição de repercussão geral um conceito jurídico indeterminado, sendo concedido ao Supremo Tribunal Federal o poder e dever de, com base na análise dos casos concretos submetidos ao seu crivo, e envolto nos preceitos legais, determinar os assuntos considerados como de repercussão geral ou não, não se tratando de uma atividade arbitrária deste órgão.

Foi nítido o intento do legislador, com a criação da repercussão geral, de desafogar o STF, devolvendo-lhe o exercício de sua missão constitucional. Tutela-se a concretização de um direito uno e homogêneo, ao mesmo tempo em que se procura respeitar os ditames constitucionais de concessão de uma tutela jurisdicional efetiva e de uma razoável duração do trâmite processual.

A inserção da necessidade de demonstração da presença de repercussão geral das hipóteses levantadas no recurso extraordinário surge da necessidade de reformulação da atuação do Judiciário brasileiro, procurando possibilitar a este o exercício de uma atividade jurisdicional em tempo hábil. Não será o instituto da repercussão geral, isoladamente, capaz de efetuar tal mudança, mas representa ele, sem dúvida, um meio apto a dar os primeiros passos rumo à atuação jurisdicional almejada por toda comunidade jurídica e social. Espera-se que paulatinamente o STF construa um repertório jurisprudencial capaz de

orientar os juízos inferiores, valorizando sua atuação, e dificultando a existência de decisões conflitantes dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

The demonstration general repercussion on resource extraordinary

Abstract

This work will be on display on a theme of great relevance today, which is gradually gaining traction among operators in the Brazilian law, namely the need to create mechanisms to enable a procedural action within a reasonable time, among which stands out petitions for the general impact constitutional matters discussed in extraordinary appeal. This study will aim to demonstrate the reasons that prompted the legislature to create the institute under discussion and its consequences in law. At first, it will be exposed to current overload situation the Supreme Court and its historical origin. Next, will be shown the role of the general effect as a mechanism for filtering the demands to be judged

by the Supreme Court, resulting in a performance more quickly and effectively this body. Also examined will be the role of procedural mechanism to focus the search, at the same time, the unity and cohesion of the native legal system, and the preservation of constitutional rights of a reasonable duration of process and an effective judicial protection. Finally, be cited legal means by which petitions for the general effect was introduced in the system of domestic rules, establishing a parallel between it and other procedural devices exist in law purchased.

Key-words: Resource extraordinary. Reasonable length of proceedings. Effective judicial protection.

Referências

ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ARGENTINA. **Código procesal civil y comercial de la nación**. Buenos Aires: La ley, 2002.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jul. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERÉS, Marcelo Andrade. Impactos da emenda constitucional n. 45/2004 sobre o recurso extraordinário: a repercussão geral (ou transcendência) e a nova alínea d do inciso III do art. 102 da Constituição. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 39, jun. 2006.

_____. Nótula sobre a repercussão geral (ou transcendência) do recurso extraordinário. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7530>>. Acesso em: 19 maio 2008.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os efeitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MADOZ, Wagner Amorim. O Recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 119, 2005.

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

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 32, nov. 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A função dos tribunais superiores: sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Claudius Walter. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 48, jul./ago. 2007.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Da arguição de relevância à repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 47, fev. 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 30, set. 2005.

Referência deste artigo

CALDAS, Natália Cabral Alves Toscano. Da arguição de repercussão geral em sede de recurso extraordinário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 333-364, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 03 out. 2009. Aprovado em: 17 nov. 2009.

Atividade econômica na Constituição Federal e os Regimes de privilégio e monopólio

Nathalia Wolfenson Jambo Farinha

Bacharel em Direito. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

Resumo

A atividade econômica em sentido amplo é o gênero a qual pertence a atividade econômica em sentido estrito e serviço público. No âmbito do serviço público pode ocorrer o regime de privilégio, em que o Estado concentra em suas mãos a prestação de determinado serviço público. Este regime, por sua vez, não se confunde com o monopólio que é a exploração exclusiva de determinada

atividade econômica em sentido estrito por um único agente, não se admitindo a entrada de outros competidores. As atividades postais são serviços públicos, segundo decisão recente do Supremo, e são prestadas em regime de privilégio.

Palavras-chave: Atividade econômica. Monopólio – privilégio.

1 A necessidade de conceituar serviço público

A necessidade de conceituar serviço público surgiu na França, no âmbito da denominada “escola do serviço público”, sistematizada por Léon Duguit. Nesta época, o conceito de serviço público era tão abrangente que a própria religião era considerada uma espécie de serviço público. Foi da ampliação do conceito de serviço público que surgiu a necessidade de se buscar um conceito útil, pois nesta época eram enquadradas como serviço público todas as atividades que o Estado exercia,

de forma direta ou indireta, até mesmo algumas atividades privadas. Para Duguit, serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado.

Atualmente, no Brasil, os administrativistas mais consagrados não estabelecem um consenso quanto ao conceito de serviço público.

Para José dos Santos Carvalho filho a expressão serviço público admite dois sentidos fundamentais, um subjetivo e outro objetivo. Assim dispõe o autor:

No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Nesse sentido são os serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. No sentido objetivo, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui nos nos abstraímos da noção de quem executa a atividade para nos prendermos a idéia de própria atividade.¹

Entretanto, os autores sentiram a necessidade de buscar outros critérios, daí o surgimento de três critérios que na atualidade são os mais utilizados.

O primeiro é o *critério orgânico*, pelo qual entende-se por serviço público o serviço prestado pelo próprio estado através de seus órgãos. Entretanto, sabe-se da crescente necessidade de descentralização dos serviços públicos, o que tornaria incompatível com tal conceito, tendo em vista não ser possível deixar de fora do conceito a grande parcela de serviços prestados por delegação.

O segundo é o *critério formal*, que entende que serviço público seria aquele disciplinado por regime de direito público. As críticas quanto a tal critério são relativas a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista da possibilidade de prestação de serviço público.

E, por fim, o terceiro é o *critério material*, sendo serviço público apenas aquele que atendessem direta e essencialmente à comunidade. A críti-

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.307

ca é que os serviços que atendessem indiretamente a coletividade seriam excluídos do conceito.

Maria Sylvia di Pietro conceitua:

serviço público toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente de direito público.²

Para José dos Santos seria: "toda a atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade."³

Este intróito é importante para se entender as diferenças existentes entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

2 Atividade econômica em sentido amplo

Segundo Eros Roberto Grau, citando Gerson Augusto da Silva, a intervenção do Estado na economia se divide em intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e, por indução.

A intervenção ocorre quando há atuação na esfera privada. Quando presta serviço público não há intervenção, pois o Estado está atuando na sua esfera natural, ocorre intervenção quando o Estado atua no campo da atividade econômica em sentido estrito.

O Ministro entende inexistir em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público, entretanto entende inquestionável a necessidade de distingui-los. Assim afirma:

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, s.d. p. 95

3 CARVALHO FILHO, op. cit., p.309

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público é um tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se que visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí podemos também afirmar que serviço público está para o setor público, assim como atividade econômica está para o setor privado. Ao afirmar que serviço público é tipo de econômica a ela atribui a significação do gênero no qual se inclui a espécie, serviço público" (A ordem econômica na constituição de 1988, 13ª edição, Eros Roberto Grau, 2008).p.101⁴

A atividade econômica em sentido estrito cabe ao setor privado, o Estado apenas irá atuar quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Tal atuação está sujeita ao Princípio da Subsidiariedade, só ocorrendo quando a iniciativa privada não tiver capacidade de atuar suficientemente.

Assim dispõe o Ministro Eros Grau:

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-Membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insiste-se em que atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o do atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no artigo 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

Da mesma forma, na redação originária do § 1º do artigo 173, alterada pela Emenda Constitucional n. 19/98, a expressão conotava atividade econômica em sentido estrito: determinava fossem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações traba-

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.p.101

listas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras atividades que atuassem no campo da atividade econômica em sentido estrito; o preceito, à toda evidência, não alcançava empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades que atuassem no campo de atividade econômica em sentido estrito; o preceito, à toda evidência, não alcançava empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestassem serviço público.⁵

É importante perceber que as empresas estatais podem prestar atividades econômica ou serviço público, quando exercem atividade econômica não podem gozar que privilégios não extensivos ao setor privado.

No que tange ao art. 174 da Constituição, a expressão atividade econômica é utilizada em sentido amplo, quando o Estado detém as funções de regulação e normatização, para incentivo e fiscalização.

Neste setor a atividade do Estado pode ser através de monopólio ou participação. O monopólio encontra-se expresso na Constituição no artigo 177, enquanto a participação tem como fundamento constitucional o artigo 173.

Portanto, a doutrina distingue três modalidades de intervenção estatal:

Intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução.

No primeiro caso o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico.

Intervirá então por absorção ou participação.

Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente os meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar as suas atividades nesse mesmo setor.

5 GRAU, op. cit., p.103

No segundo e no terceiro caso, o Estado intervirá sobre o Domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito.

Desenvolve ação, então, como regulador desta atividade.

Intervirá, no caso, por direção ou por indução.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a Economia e, estabelecendo mecanismo e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando o faz por indução o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.⁶

O serviço público cabe ao setor público, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, quando forem de titularidade exclusiva do Estado, ou abertos a iniciativa privada. A doutrina faz essa distinção:

Cumpra distinguir de logo os serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos. Entre os primeiros, aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município) ainda que admita a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – serviços públicos não privativos – aqueles que em edições anteriores deste livro equivocadamente afirmei terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Exemplos típicos de serviços não privativos manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde.⁷

Portanto, o serviço público pode ser de titularidade exclusiva do Estado, o qual está inserido na Ordem Econômica e Financeira do Estado, com fulcro no artigo 175 da Constituição federal.

6 GRAU, op. cit., p.147

7 *idem*, *ibidem*, p.122

Tais atividades não são livres à iniciativa privada, se um particular exercê-la, será através de delegação, a titularidade continua com o Estado, há prestação indireta de serviço público pelo Estado.

Uma outra característica do serviço público aberto à iniciativa privada é a possibilidade de ser prestado com lucro.

Quando o serviço público for aberto a livre a iniciativa privada, as atividades podem ser prestadas complementarmente pelo setor privado por direito próprio, sem estar submetidas ao regime de delegação, mas apenas ao controle do poder de polícia.

Tais atividades, quando exercidas por particulares são serviços privados, sendo isto, uma exceção ao critério formal de serviço público. Aqui a natureza da atividade é levada em conta e não a pessoa que efetivamente a exerce.

Quando livres a iniciativa privada e prestados pelo Estado, não podem ser exercidos com intuito de lucro, e não há delegação de seu exercício a particulares.

É importante ressaltar que é obrigatória a prestação efetiva do serviço pelo Estado, mas, a titularidade não é exclusiva do poder público.

Neste caso, não há prestação indireta de um serviço público pelo Estado, o que ocorre é a prestação de um serviço público por um particular, através de direito próprio.

3 Monopólio no âmbito da atividades econômica em sentido estrito

Com base em uma noção firme do significado de atividade econômica em sentido estrito e serviço público, pretende-se buscar o significado de monopólio e seu regime jurídico.

Leonardo Vizeu Figueiredo define: "Monopólio é a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente não se admitindo a entrada de outros competidores."⁸

A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista, pelo texto constitucional, no art. 177. Trata-se de atuação de regime de monopólio. Além deste artigo, há também o art. 21, XXIII da Constituição.

O art. 177 trata do monopólio do petróleo e do gás natural, não é serviço público.

Monopólio ocorre na seara de atividade econômica em sentido estrito, enquanto que a exclusividade da prestação de serviços públicos é privilégio, mesmo quando há mais de um concessionário ou permissionário, não será caso de competição, pois competição ocorre no âmbito da atividade econômica em sentido estrito.

Ainda quando estejam prestados sob o regime de concessão e permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionário ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, "c" da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – art. 21, XII"E"; 30, v e 25, §1º da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito. O que importa salientar é a não é a não intercambiabilidade das situações e nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários de certo privilégio, por mais de um deles ou regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência.⁹

O monopólio pode ser natural quando há a impossibilidade física da mesma atividade econômica por parte de mais de um agente.

8 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo: Forense, s.d., p. 90

9 GRAU, op. cit., p. 139

Pode ainda, ser convencional, quando decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores.

E pode também ser legal, quando estabelecida por atos normativos, é o que ocorre com o artigo 177 da CF.

A CF de 1988 banuiu os monopólios da ordem jurídica brasileira, reprimindo assim, tais formas de concentrações econômica nas mãos de particulares.

Quanto ao monopólio público, ficou restrito, pois o artigo 177 da Constituição Federal restringiu as formas de monopólio da União.

Ainda segundo Leonardo Vizeu:

Atualmente, a Carta Política de outubro de 1988 limitou taxativamente as hipóteses de intervenção econômica do Estado por absorção, tendo sido flexibilizado por força da Emenda Constitucional nº 09/95, uma vez que permitiu a contratação, por parte da União, de empresas estatais ou privadas, para as atividades relacionadas com o abastecimento de petróleo.

Some-se a isso que a Emenda Constitucional nº49/06 flexibilizou o monopólio de minérios e minerais nucleares para retirar a exclusividade da União sobre a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos medicinais, agrícolas e industriais, delegando-a ao particular sob o regime de permissão.

Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, o monopólio da União incide, basicamente, sobre três produtos naturais, a saber: petróleo (flexibilizado via emenda constitucional), gás natural e minério (mineral com valor economicamente agregado) ou minerais nuclear.¹⁰

Muitos confundem o regime de monopólio com o regime de privilégio. Tecnicamente, monopólio ocorre apenas no âmbito da atividade econômica em sentido estrito.

10 FIGUEIREDO, op. cit., p. 93

Por conta disto, se entende que o regime dos Correios não se trata de regime de monopólio, e sim regime de privilégio, como recentemente entendeu o STF em um voto histórico em que reconheceu que os Correios prestam serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito.

Foi na ADPF nº 46 que o STF discutiu o regime a que estava submetido as atividades postais e prevaleceu voto do Ministro Eros Grau no sentido de que o serviço postal é serviço público, não atividade econômica em sentido estrito.

Por isso, é inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, distinguindo o regime de privilégio do regime de monopólio:

Prosseguindo no julgamento, o Min. Eros Grau divergiu e julgou improcedente o pedido. Tendo em conta a orientação fixada pelo Supremo na ACO 765 QO/RJ (pendente de publicação), no sentido de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito, considerou inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Distinguindo o regime de privilégio de que se reveste a prestação dos serviços públicos do regime de monopólio, afirmou que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário. Asseverou, que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209 (CF: "Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada... Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada."). Ressaltou que o serviço postal é

prestado pela ECT, empresa pública criada pelo Decreto-Lei 509/69, que foi recebido pela CF/88, a qual deve atuar em regime de exclusividade (em linguagem técnica, em situação de privilégio, e, em linguagem corrente, em regime de monopólio), estando o âmbito do serviço postal bem delineado nos artigos 70 e seguintes da Lei 6.538/78, também recebida pela CF/88. Por fim, julgando insuficiente a atuação subsidiária do Estado para solução dos conflitos da realidade nacional, considerou que, vigentes os artigos 1º e 3º da CF, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa, ADPF 46/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 15.6.2005.

Entretanto, o voto do relator, ministro Marco Aurélio foi em sentido diverso, entendendo que a atividade postal não seria serviço público, e sim atividade econômica em sentido estrito. Apesar de vencido, vale apenas transcrever o voto do eminente Ministro:

O Min. Marco Aurélio, relator, após afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e reputar atendidos os pressupostos de que trata o art. 3º da Lei 9.882/99, acolheu o pedido formulado para declarar a não-recepção pela CF/88 dos artigos da Lei 6.538/78 que disciplinaram o regime da prestação de serviço postal como **monopólio** exclusivo da União, ao fundamento de que eles violam os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, caput, IV e parágrafo único, respectivamente). Ressaltando, inicialmente, a necessidade de se interpretar a Constituição de modo a lhe dar a maior eficácia possível, diante da realidade vigente, considerou que a expressão "manter o serviço postal", contida no inciso X do art. 21 da CF, inserida na primeira Constituição e rependida nas seguintes, teria adquirido alcance diverso com o passar do tempo, evoluindo no sentido de significar, no contexto social presente, não mais **monopólio**, mas um conjunto de serviços que a União deve garantir e, eventualmente, prestar de forma direta, se inexistente interesse econômico para o desenvolvimento da atividade em certos locais do território brasileiro. Considerou, para tanto, as mutações ocorridas no Direito Administrativo brasileiro, decorrentes da gradativa redução da

participação direta do Estado na atividade econômica, em razão do reconhecimento da sua ineficiência na prestação de serviços públicos e na realização dos investimentos tecnológicos necessários à melhoria dos mesmos, salientando, no ponto, em relação à ECT, as diversas falhas observadas em sua administração, o atraso tecnológico, e os elevados custos e preços dos serviços prestados. Diante disso, concluiu não ter sido recepcionado, pela CF/88, o **monopólio** do serviço postal, inclusive, por inexistir previsão a ele relativa no texto constitucional, o qual seria exaustivo quanto à insinuação do **monopólio** na atividade econômica (CF, arts. 21, XXIII, e 177). Asseverou que, em prol da preservação do interesse público, a atuação do Estado deveria ser subsidiária, afastando-se sua intervenção desnecessária em área sustentada, de forma satisfatória, pelo setor privado – titular da atividade econômica, permitindo, dessa forma, a liberdade de iniciativa e de concorrência, passando o Estado a posicionar-se como agente normativo e regulador das atividades econômicas, nos termos do disposto no art. 174 da CF. Isso por melhor atender ao interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal seja prestado em regime de concorrência entre as várias empresas do mercado consumidor, eis que esse modelo promove o aperfeiçoamento tecnológico, a redução dos custos operacionais e dos preços dos serviços. Entendeu ainda que, ao se reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, seria dispensável definir-se serviço postal ou como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, sendo, ademais, possível a existência de duplo regime (público e privado) na realização da referida atividade. ADPF 46/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 15.6.2005.

4 Conclusão

Após a explanação sobre as diversas formas de atuação do Estado e do particular na economia, percebe-se uma nova concepção da presença do Estado na economia, com ente garantidor e regulador da ordem econômica, agindo com base na livre-iniciativa e liberdade de mercado.

No plano jurídico, se baseia no princípio da subsidiariedade, no qual o poder público somente irá concentrar esforços onde a iniciativa privada não consiga alcançar.

Entretanto, quando presta serviço público não há intervenção na esfera privada.

O Estado quando presta serviço público, pode fazê-lo sob regime de privilégio, sendo isso o que ocorre com os serviços postais, conforme decisão histórica do STF.

Tal decisão esclarece pontos importantes, pois não há que se falar em livre concorrência e livre iniciativa quando se está diante de serviço público.

Tecnicamente, como visto, monopólio existe na seara da atividade econômica em sentido estrito, ocorre quando o Poder Público subtrai dos particulares certas atividades econômicas, com o fim de mantê-las sob o controle do Estado, por razões de interesse público.

A nossa Carta Constitucional, por considerar a liberdade de iniciativa uma princípio basilar da Ordem econômica, veda ao Estado a prestação exclusiva de atividade econômica, salvo casos excepcionais previstos na Constituição. E, pelas mesmas razões principiológicas, veda a criação de monopólio para terceiros, pois a Ordem Econômica fundamenta-se na livre concorrência.

Portanto, o monopólio ocorre apenas nos casos expressos na Constituição Federal.

Por sua vez, o regime de privilégio tem como âmbito de atuação o serviço público. Ocorre quando o Estado toma para si a prestação de um determinado serviço público sem possibilidade de delegação.

É o que ocorre com os serviços postais, que foram considerados pelo STF serviço público prestado sob regime de privilégio.

Abstract

Economical activity in the wide sense is the gender which economical activity in the strict sense and public services are part of. Within public services it may take place the regimen of privilege which the State concentrates the rendering of certain public services. This regimen, in its turn, may not be confounded to monopoly, that is the exclusive exploitation of certain

economical activity in the strict sense by a unique agent, not allowing the participation of other competitors. The mail activities are public services according to recent decisions by the Supreme Court, and they are rendered in a privilege regimen.

Key-words: Economical activity, Monopoly – privilege.

5 Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, **Lições de Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Referência deste artigo

FARINHA, Nathalia Wolfenson Jambo. Atividade econômica na Constituição Federal e os Regimes de privilégio e monopólio. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 14, n. 29, p. 365-378, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 10 out. 2009. Aprovado em: 26 nov. 2009.

Condenação de honorários advocatícios em embargos de terceiro julgados procedentes: Teoria da Causalidade x Teoria da Sucumbência

Paloma Mendes Campos

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo - FIBAM

Resumo

A Teoria da Sucumbência, nos casos de Embargos de Terceiro, é considerada insuficiente para determinar o responsável pelos honorários advocatícios tendo em vista a existência de lacunas à sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Verificando o comportamento subjetivo das partes, utiliza-se a Teoria da Causalidade como a mais eficiente regra da responsabilidade processual pelas despesas processuais percebendo-se

com limpidez o verdadeiro responsável pela instauração processual. Dessa forma, a condenação será para aquele que por ação ou omissão indevida causou o litígio, ou seja, condena-se aquele que, mesmo vencendo a ação de Embargos de Terceiro, deu causa a constrição do bem.

Palavras-chave: Embargos de Terceiro. Teoria da Causalidade. Honorários advocatícios. Teoria da Sucumbência.

1 Introdução

O presente estudo visa, em princípio, abordar alguns obstáculos no Direito Processual Civil pátrio que dificultam a definição de qual a Teoria mais racional e, portanto, correta a ser aplicada nos casos de condenação de honorários advocatícios em Embargos de Terceiro julgados procedentes: Teoria da Causalidade ou Teoria da Sucumbência?

A proposta é apresentar, de forma direta, as diferenças de aplicabilidade e de conceituação entre as teorias supracitadas seja doutrinária ou jurisprudencialmente, explorando o ramo do Processo de Execução, especificamente quanto aos bens imóveis.

Através do conceito de despesas processuais e de honorários advocatícios observar-se-á a verdadeira responsabilidade processual pelas despesas do processo, explanando, também, os principais defensores das teorias em questão.

A observância da constrição de bens como meio de garantia da execução, incluindo a problemática da constrição de bem de terceiro indevidamente é o ponto máximo da presente pesquisa.

Dessa forma, a análise da figura dos Embargos de terceiro e suas hipóteses de cabimento é imprescindível. Não esquecendo, assim, do ônus da sucumbência e da condenação em honorários advocatícios nesse campo.

Será, ainda, abordado o atual posicionamento dos Tribunais sobre a condenação dos honorários advocatícios em Embargos de Terceiro, por meio de jurisprudências colacionadas e suas interpretações. A Súmula 303 do STJ também terá sua real aplicabilidade questionada e explanada nos casos de compromisso de compra e venda de imóvel desprovido de registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Por fim, a resistência à pretensão dos Embargos de Terceiro demonstrará de forma clara o dilema nos Tribunais quando o assunto é qual teoria aplicar nos casos de condenação de honorários advocatícios em Embargos de Terceiro julgados procedentes.

2 Despesas processuais e honorários advocatícios

As despesas processuais, incluindo os honorários advocatícios, decorrem de uma tributação estatal de serviços judiciais devendo, portanto, estarem expressamente determinadas em lei como requisito obrigatório para a tentativa de procedência do pedido realizado com base em uma pretensão.

Utilizando a ótica de que se deve impedir que a necessidade de utilizar o processo para defesa de direito próprio se converta em dano de quem se vê constrangido a defender-se em juízo para pedir justiça¹, entende-se a condenação na despesa processual como uma indenização àquele que se viu constrangido a ter que utilizar o Judiciário para pleitear direito próprio.

Desta forma, e como bem acentua José de Moura Rocha, as despesas processuais entram no sistema processual e judicial como elementos indispensáveis a propositura e andamento dos mais variados processos.

Os aspectos apresentados são dos mais sugestivos e deles se depreende que a normatização de custas, honorários, etc. normalmente, ao se enquadrarem nos sistemas processuais visa os cumprimentos de altos interesses do processo tornando-se, naturalmente, elementos imprescindíveis à consecução de seus fins².

Neste sentido, bem como de acordo com o § 2º do artigo 20 do Código de Processo Civil, as despesas abrangem as custas processuais, os honorários advocatícios e periciais, as multas às partes, remuneração do assistente técnico, a condução e a indenização às testemunhas, etc.. Observe-se que os honorários advocatícios e periciais, mesmo aqui ditos como item constante do rol das despesas processuais, não se encontram

1 CHIOVENDA apud ROCHA, José de Moura. *Estudos sobre processo civil*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1969. p. 170.

2 ROCHA, *Estudos sobre processo civil*, Op. Cit. p. 170.

expressamente estabelecidos no § 2º do artigo supracitado, mas sim fixados no § 3º do mesmo artigo. Por tal motivo, autores, como Helio Tornaghi³ e Yussef Cahali⁴, entendem que o referido instituto não deve ser considerado como despesa processual.

Entretanto, Moacyr Amaral Santos⁵ entende que os honorários foram inclusos através de disposições especiais sem que, com isso, lhes retirasse a natureza de despesa processual. O mesmo defende José de Moura Rocha que diz que para o conceito de despesas “estariamos incluindo honorários de advogado e demais despesas judiciais tudo orientado no sentido de liberar o vencedor de quaisquer ônus”.⁶

Entende-se, portanto, como mera sistematização do Código vigente. Todavia, essa sistematização em nada altera a natureza dos honorários advocatícios e periciais visto que ambos os institutos estão regulados no mesmo dispositivo legal e, segundo a hermenêutica jurídica, os parágrafos subordinam-se as diretrizes do *caput*.

A indispensabilidade do advogado para a propositura e desenvolvimento processual é expressa. E por essa prestação de serviço é assegurado aos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o direito a honorários contratados ou, na falta deles, os que forem fixados na forma da lei, como prevê o artigo 22 do Estatuto da Advocacia. Assim, verifica-se a existência de dois tipos de honorários: os contratuais e os sucumbenciais.

Sabendo-se que os honorários contratuais são aqueles estabelecidos, desde o valor até a forma de pagamento, através de acordo (contrato) entre o advogado e seu cliente. Enquanto que os honorários sucumbenciais, decorrem da demanda em si. Isto é, são estipulados via judicial sob percentagem do valor da condenação. Neste caso, a fixação da verba

3. TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1, p. 158.

4. CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual. *Separata da Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo, n. 11, p. 382, 1978.

5. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 305.

6. ROCHA, José de Moura. Sucumbência. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 21, p. 22, jan./mar. 1987.

não influirá na relação contratual existente entre a parte vencedora e seu advogado. Servirá, apenas, a título compensatório.

Trata-se, indiscutivelmente, de uma despesa processual que é de responsabilidade de quem demanda em juízo, seja vencido ou vencedor daquela, a depender do tipo de honorário, bem como da ação proposta.

3 Responsabilidade processual pelas despesas do processo

Questiona-se quem deve suportar as despesas processuais, ou seja, de quem é a responsabilidade por estas despesas? Do Estado ou das partes?

Dentro da ótica de que ao Estado cabe administrar a justiça assegurando a ordem jurídica, conclui-se que ao mesmo caberia arcar com todas as despesas relativas aos processos. Entretanto, se assim o fosse teríamos uma justiça completamente gratuita para àqueles que a solicitasse. Aparentemente esta seria a melhor solução para a questão supramencionada. Ocorre que, outros aspectos devem ser considerados para determinar quem é realmente responsável pela quitação do referido instituto.

É importante ressaltar que a responsabilidade dos litigantes pelo pagamento das despesas processuais desempenha papel preponderante contra o abuso do exercício do direito de demandar. Isto é, ao tornar gratuita a justiça, esta serviria de estímulo aos litigantes inescrupulosos e aventureiros que, sem maiores conseqüências, enveredariam em lides infundadas, em prejuízo não só dos adversários como também da própria respeitabilidade da função jurisdicional.

Assim, pode-se afirmar ser correto o posicionamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro ao dispor que aos Estados cabem as despesas gerais com a administração da justiça; aos litigantes cabem as despesas

diretamente ligadas aos processos de que são partes; e, por fim, aos litigantes, que se fossem responsabilizados pelas referidas despesas prejudicariam o sustento próprio ou da sua família, cabem, então, a gratuidade da justiça norteada pelo inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Moura Rocha, entende-se que a imputação do pagamento das despesas processuais seria dada ao vencido do litígio, sob a fundamentação de que tal condenação agiria como uma pena, ou melhor, uma reparação de um prejuízo.

Decorrencia lógica é a indagação se é normal a existência de gastos processuais; temos concluído pela afirmativa. Ante ela, devemos indicar os critérios para a sua fundamentação. a) uma pena. Então, por haver causado dano a terceiro é o vencido merecedor de uma pena; b) reparação de danos. Ai há o critério que repousa na necessidade de reparar os danos e os prejuízos causados. A imposição da reparação se encontra na existência de culpa. c) reparação objetiva do prejuízo. A moderna tendência processualística sustentando a necessidade de serem as custas impostas ao vencido com fundamentação no fato de existir simples necessidade objetiva de reparação do prejuízo.⁷

Trata-se, portanto, de um instituto processual, visto que as chamadas verbas sucumbenciais ou despesas processuais ao final do processo transformar-se-ão em obrigação de reembolsar as quantias pagas em juízo bem como reembolsar o montante referente aos honorários advocatícios da parte adversa.

7 ROCHA, *Estudos sobre processo civil*, Op. Cit., p. 170 e 171.

3.1 Teoria da Sucumbência

Como ensina Moacyr Amaral Santos⁸:

Afastando-se das idéias de pena e de culpa, uma terceira teoria, exposta por Chiovenda, e hoje dominante, considera a condenação do vencido nas despesas processuais como decorrência necessária do fato da sucumbência. O vencido, ainda que tenha agido com manifesta boa-fé, responde pelas despesas porque foi vencido.

O desenvolvimento desta teoria se deve aos estudos de Chiovenda⁹, segundo o qual:

O fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante.

O entendimento de que a responsabilidade pelas despesas processuais é meramente objetiva, bastando para sua incidência o resultado negativo da solução da causa, decorre do simples conceito de que o processo não deve completar-se em prejuízo da parte que tem razão. Isto é, será unicamente necessária a definição do vencido da lide para que a responsabilidade quanto às referidas despesas seja dada a ele.¹⁰

De fato, o artigo 20 do Código de Processo Civil vigente dispõe que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários de advogado. Essa verba honorária será

8 SANTOS, Op. Cit., p. 299

9 CHIOVENDA apud BOCCUZZI NETO, Vito Antonio, *Da sucumbência no processo civil - Princípio da causalidade, Hipótese de relativização*. São Paulo: Servanda, 2007, p. 83

10 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p. 96.

devida, também, nos caos em que o advogado funcionar em causa própria”.

A justificação para a teoria da sucumbência – defendida por Chiovenda, é uniforme. Isto é, aquele que se vê necessitado da tutela jurisdicional, se não é atendido senão recorrendo às vias judiciais, não deve suportar um sacrifício econômico. Logo, à sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão.¹¹ Tratando-se, portanto, de uma condenação nas despesas processuais vistas como inerentes ao vencido de determinada lide.

Contudo, a teoria da sucumbência tem se mostrado insuficiente para atender a determinadas situações, nas quais não se justificava que a parte arcasse com o ônus da sucumbência, ainda que vencida na demanda. Foi a partir deste pensamento e observação que a teoria da causalidade começou a ganhar espaço.

3.2 Teoria da Causalidade

A idéia principal da teoria da sucumbência é a de que a tutela jurisdicional reintegra inteiramente o direito da parte que tinha razão, como se a decisão judicial fosse proferida no mesmo dia da distribuição da ação. Dessa forma, obviamente, imputar ao vencedor os ônus inerentes ao andamento e regular processamento de determinada ação judicial, implicaria na não recomposição integral de seu direito.

Entretanto, é necessário reconhecer, e a prática recentemente demonstra, que a teoria da sucumbência por estar baseada num critério unitário – fato objetivo da derrota – não é suficiente para solucionar todas as hipóteses envolvendo a responsabilidade pelas despesas processuais. Yussef Cahali, baseando-se no critério da evitabilidade da lide, entende que:

11 TORNAGHI, Op. Cit., p. 165.

O reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, neste caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo. O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário em todo caso, é que a lide ‘fosse evitável’ da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem consideração à culpa). E esta evitabilidade pode consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma. Sob este aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu.¹²

O referido critério é conceituado como uma faculdade da parte litigante de provocar ou não a instauração do processo, ou seja, de dar ou não causa ao processo. Podendo ser chamado, ainda, de teoria da causalidade. O próprio Chiovenda acabou por aceitar a idéia de que a teoria da sucumbência não seria absoluta, mas sim um instituto de aplicação moderada ou aplicação atenuada pela teoria da causalidade.

Diferentemente do destrinchado no conceito da teoria da sucumbência, a teoria da causalidade se baseia no comportamento subjetivo das partes, entendendo que este comportamento foi o responsável pela instauração da demanda judicial. Exige-se, portanto, uma indagação mais aprofundada e criteriosa quanto às razões e intenções dos litigantes. Sendo esses comportamentos utilizados para suprir as lacunas porventura existentes e decorrentes da teoria da sucumbência.

Carnelutti¹³, como defensor da teoria da causalidade, a expõe como um princípio de “higiene pessoal e processual” que deve ser utilizado de maneira a conscientizar o cidadão dos riscos processuais que podem

12 CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 39.

13 CARNELUTTI apud FELZEMBURG, Daniel Martins. **O fato consumado e o ônus da sucumbência**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=83788&p=2>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

decorrer de demandas judiciais aventureiras ou não. Segundo seus estudos, a teoria da causalidade funda-se no princípio de que aquele que deu causa à movimentação do aparato judiciário deve arcar com suas despesas.

Entende o Prof. Cândido Dinamarco que:

Só por comodidade de exposição alude-se à *sucumbência* como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da *causalidade*: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão.¹⁴

Observa, então, Cahali¹⁵ que a idéia de causalidade não se separa necessariamente da idéia de sucumbência, uma vez que, o simples questionamento quanto a qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso imediatamente sugere a resposta: a parte que estava errada, ou seja, como regra, a parte vencida na demanda.

Entretanto, o equívoco é “absolutizar” o preceito da teoria da sucumbência inobservando que, em determinados casos, a análise dos comportamentos subjetivos dos sujeitos da relação jurídica ou de suas verdadeiras razões, devem ir além da simples constatação do vencedor e do vencido.¹⁶

No direito processual vigente, verifica-se que as lacunas, vistas não como ausência de solução, mas sim como ausência de solução satisfatória, são preenchidas de acordo com a teoria da causalidade. O artigo 22 do Código de Processo Civil pátrio torna-se um exemplo ao estabelecer

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92.

15 CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual. **Separata da Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n. 11, p. 40, 1978.

16 SANTOS, Orlando Venâncio Filho. Revista de Informação Legislativa. **O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senadogov.br/web/legisl/rl/Pdf/pdf_137/137-04.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2007.

que ao réu caberá, ainda que vencedor, a condenação das despesas processuais caso não argua em sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do já alegado pela parte autora. Indubitavelmente, aí está a teoria da causalidade!

Logo, com base nos ensinamentos de Carnelutti e considerando a vantagem da não existência de exceções ao emprego da teoria da causalidade, percebe-se que esta é mais racional que a mera aplicação da regra da sucumbência.

4 Fins da execução e a responsabilidade patrimonial do devedor

As condenações impostas e estabelecidas em uma sentença são consideradas primeiras regras e, portanto, sanções aplicadas em decorrência de determinadas condutas praticadas pelo obrigado.

A atividade desenvolvida pelo judiciário no sentido de dar efetividade à sanção recebe o nome de execução. Em especial, “execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”.¹⁷

Como bem afirma o artigo 591 do Código de Processo Civil pátrio – “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” – a responsabilidade patrimonial implica na sujeição de um bem ou do patrimônio de determinada pessoa ao cumprimento de uma obrigação. Isto é, a satisfação do credor estará resguardada pelo patrimônio do devedor caso este insista na inadimplência.

Enfim, a finalidade da chamada, hoje, fase de execução é efetivar o que foi estabelecido como condenação na sentença proferida porém resistida.

17 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Bestbook, 2003. p. 18

5 Transferência de propriedade e a função da penhora como garantia da execução

Para o nosso sistema, o contrato é instrumento de aquisição de coisas, embora não seja o único. Contudo, por si só não é capaz de transferir a propriedade de determinado bem, mas apenas confirma a existência de uma obrigação, ou melhor, um direito pessoal.

Na seara do bem imóvel, como Silvio Venosa¹⁸ bem explica, o seu domínio transmitir-se-á pela transcrição do título aquisitivo registrado em cartório competente.

Entretanto, é sabido que os bens imóveis são adquiridos não tão só pela transcrição do título no Cartório de Registro de Imóveis, mas também pela acessão, pela usucapião e pelo direito hereditário. Acontece que, mesmo utilizando um desses três últimos meios de aquisição, sempre deverá existir registro em cartório competente de um título constante dos dados pessoais do real proprietário de determinado bem.¹⁹

Como já mencionado, se a condenação designada em determinada sentença for cumprida de imediato, a obrigação será extinta. Porém, se o devedor descumpri-la, iniciará a fase de cumprimento de sentença, ou execução, e nascerá uma responsabilidade que terá como garantia o patrimônio do devedor.

A essa garantia dá-se o nome de penhora. Isto é, a penhora traduz o ato judicial pelo qual se apreendem bens do executado, suficientes à garantia da execução no intuito de agilizar a satisfação do direito do exequente.²⁰ O que existe é uma individualização da parcela do patrimônio do devedor que deverá responder pela dívida executada, bem como por gerar preferência legal sobre o produto da venda do bem nas hipóteses em que haja mais de uma constrição judicial sobre o mesmo bem.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 171

19 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.1, p. 316

20 INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=978&Itemid=59>. Acesso em: 16 maio 2008.

Dessa forma, a concretização da transferência de propriedade de um bem imóvel tem sua importância a partir do entendimento de que a satisfação das obrigações designadas ao devedor ou executado só estará devidamente exaurida quando houver a quitação da dívida. E para que isso aconteça, existindo ou não cumprimento de sentença, o executado deverá disponibilizar e nomear bens a penhora. Procedimento este que tem como função principal a garantia da execução.

6 A proteção dos terceiros: os embargos

Embora o Código Civil em vigor estipule, em seu artigo 391, que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor, essa assertiva não corresponde à realidade jurídica.

Como entende Antonio Carlos Marcato²¹, não pode o devedor ser privado de determinados bens que são indispensáveis à sua própria subsistência e de sua família, bem como se deve atentar para o fato de que o tema responsabilidade patrimonial deve ser examinado à luz do processo de execução. E, por este motivo, o Código de Processo Civil pátrio, ao adentrar nesta seara, dispõe que para cumprimento de suas obrigações o devedor responderá com todos os seus bens exceto os bens impenhoráveis.

Tendo em vista a necessidade de garantir a execução, poderão vir a ser objeto de constrição não apenas os bens pertencentes ao devedor, mas, igualmente, aqueles que pertençam ou se encontrem em poder de terceiros estranhos à execução.

Humberto Theodoro Junior²² entende que “ultrapassando o limite da responsabilidade executiva do devedor e sendo atingidos bens de quem não é sujeito do processo, comete o poder jurisdicional esbulho judicial”.

21 MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2004, p. 270

22 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.3, p. 277

Contudo, estar-se a falar de bens que fiquem sujeitos à execução seja porque foram adquiridos com evidente intuito de frustrá-la, seja porque terceiros estejam obrigados, pela lei ou em virtude de contrato, a responder patrimonialmente pela satisfação da dívida ou, ainda, porque o terceiro simplesmente os possua na qualidade de comodatário, locatário, depositário, promitente comprador, etc.

O terceiro que confirmar a existência de constrição a um bem seu, deve amparar-se no artigo 1.046 do Código de Processo Civil que aduz que a ele é conferido o direito de utilizar o remédio jurídico, denominado embargos de terceiro, quando houver constrição judicial de um bem, ou direito, seu nos casos em que inexistir responsabilidade pelo cumprimento da obrigação e total estranhamento ao processo.

Isto é, ajuizando a ação de embargos de terceiro, o embargante buscará a obtenção de tutela jurisdicional de natureza constitutiva no intuito de excluir bem ou direito seu da ilegítima constrição judicial realizada em qualquer processo ou procedimento judicial do qual não participe, ou, dele participando, tenha reconhecida a sua condição de terceiro.²³

Para Pontes de Miranda, “no fundo, os embargos de terceiro são ação para que o juiz respeite os princípios concernentes à eficácia das sentenças, notadamente aos seus limites”.²⁴ Assim, a referida ação deve ser entendida como uma “ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias”.²⁵

O artigo 1.048 do Código de Processo Civil garante, ainda, que os Embargos podem ser propostos ainda no curso do processo de conhecimento. Isto porque, a ameaça em si, já é a turbação expressa no artigo 1.046 do mesmo diploma legal.

Contudo, é imprescindível a obediência às regras estabelecidas na legislação pátria. Isto é, nos casos de turbação durante o processo de conhecimento, o terceiro poderá opor embargos enquanto não ocorrer

23 MARCATO, Op. Cit., p. 271

24 PONTES DE MIRANDA apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p.285

25 THEODORO JUNIOR, Op. Cit., p. 278

o trânsito em julgado da sentença. A inobservância dos prazos estabelecidos no artigo 1.048 do Código de Processo Civil acarretará ao juízo a supressão de sua instância.

Entretanto, cumpre observar que “a insurgência do terceiro embargante não se dá contra a regularidade ou não do ato de turbação ou esbulho que lhe impôs, no caso, a ordem judicial, mas sim contra a afirmação de que o bem constrito está na esfera de responsabilidade patrimonial do executado”²⁶, diversamente do que ocorre nas ações possessórias.

Em suma, o sucesso dos embargos de terceiro subordina-se a existência de medida executiva em processo alheio e ao “atingimento” de bens de quem tenha direito ou posse incompatível com a medida.

7 O ônus da sucumbência e a condenação de honorários advocatícios em embargos de terceiro

Embora inexista, na legislação brasileira, dispositivo expresso que abarque a aplicação do princípio da causalidade no processo civil, verifica-se que jurisprudencialmente os Tribunais têm tomado decisões, em determinados casos, que contrariam o princípio da sucumbência, imputando, então, o ônus pelas despesas processuais e honorários advocatícios ao vencedor da lide por entender e reconhecer sua responsabilidade pelo surgimento da demanda.

Essa interpretação surgiu principalmente nas hipóteses de embargos de terceiro oposto por promitente comprador de imóvel com título não registrado e penhorado em execução promovida em face do alienante, com base na Súmula 84 do STJ – “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação e posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda desprovido de registro”.

26 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e Legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1348.

Segundo os Ministros, se o proprietário do bem penhorado deixou de promover algum registro que pudesse evitar a penhora, não se pode considerar que a ação foi causada pelo credor, mas sim "pelo desinteresse do proprietário em regularizar a situação do bem".²⁷

Sobre o assunto, Pedro Madalena entende que "condenar o embargado a pagar custas e honorários, só pelo simples fato de o pedido ser procedente, é acolher a frieza da lei rezada pelo art. 20 do diploma codificado e desprezar os sãos princípios da justiça."²⁸

Indiscutivelmente, o STJ ao analisar as peculiaridades de um caso concreto admite a aplicação do princípio da causalidade, segundo o qual deve arcar com as despesas processuais aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual. Pela leitura de suas decisões é de fácil verificação que o entendimento daquela Corte Especial é no sentido de que o princípio da causalidade não se contrapõe à teoria da sucumbência. Ao contrário, o princípio da causalidade é tido como elemento norteador do princípio da sucumbência, pois o sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais.

Nos casos envolvendo embargos de terceiro, não é diferente. A posição do STJ já foi, inclusive, sedimentada pela Súmula 303. Isto é, "em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios."

De fato, se o bem indicado à penhora é objeto de um contrato de compra e venda não registrado em cartório competente, a necessidade do terceiro adquirente de ajuizar uma ação de embargos de terceiro é consequência da sua negligência em não promover tal registro. Pois, uma vez registrado, o contrato teria publicidade e consequentemente evitaria a indesejada constrição patrimonial. Isto porque, como sabido, a eficácia dos atos submetidos a registro é *erga omnes*.

27 BOCCUZZI NETO, Op. Cit., p. 124

28 MADALENA, Pedro. Embargos de terceiro. Sucumbência, inexistência de culpa do credor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 245-247, n. 67, 1978.

Assim, caracterizada esta situação, a aplicação do Princípio da Causalidade mostra-se como a mais coerente. E, como consequência, imporá ao terceiro embargante, adquirente do imóvel, o ônus sucumbencial e a condenação nos honorários advocatícios.

Ao adentrar numa discussão sobre a responsabilidade pelos honorários advocatícios em embargos de terceiro julgados procedentes, deve existir uma análise prévia de todos os fatos, razões e intenções das partes litigantes. Isto porque, de acordo com a Súmula 303 do STJ a referida condenação recairá sobre aquele que deu causa a constrição indevida do bem em questão.

Ocorre que, hoje, é verificada e questionada a existência de divergências quanto ao que seria dar causa a constrição indevida do bem, e, consequentemente, qual a real aplicabilidade da Súmula 303 do STJ. A dúvida abrange o fato do não registro de título translativo em cartório competente, bem como a simples utilização da má-fé ao nomear bens a penhora. É a partir da análise dessas dúvidas que se pode observar a existência do embargado ou do embargante como parte responsável pelas despesas processuais. Incluindo nesta os honorários advocatícios.

Inicialmente, verifica-se o Tribunal com uma percepção de que a constrição indevida de um determinado bem é o simples fato do bem de terceiro ter entrado para o rol dos bens a serem penhorados em um processo de execução do qual não faz parte. Nesse caso inexistente averiguação quanto a registro ou não do título translativo em cartório competente, designando, portanto, a responsabilidade pelas despesas processuais ao Embargado. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 303 DO STJ.

Em virtude da penhora indevida de bem alheio, deve ser responsabilizado o embargado pela oposição dos embargos de terceiro e consequentemente pelo pagamento das custas processuais e honorários ad-

vocaticios, pelo princípio da causalidade. Enunciado da súmula 303 do STJ. Recurso Improvido.²⁹

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCEDÊNCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Responde pelos ônus de sucumbência fixados em sede de embargos de terceiro o embargado que deu causa à constrição indevida. **NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.**³⁰

Em seguida, tem-se o Tribunal compelindo o Embargante a pagar as despesas processuais por entender que a constrição indevida do bem só se concretizou porque inexistiu o registro do título translativo no cartório de registro de imóveis, ou seja, por mera negligência do terceiro promitente-comprador. Isto porque, para a maioria dos Tribunais pátrios, se o adquirente tivesse registrado o título translativo do imóvel em cartório competente o bem não seria penhorado e conseqüentemente o instrumento jurídico do embargo de terceiro não seria proposto. É o que se verifica pela jurisprudência colacionada abaixo.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS DE TERCEIRO. Posse bem anterior à dívida demonstrada. Cabimento dos embargos. Aplicação da Súmula 303 do Superior Tribunal de Justiça. Quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os ônus sucumbenciais. In casu, causada pelos embargantes, que não registraram no Registro de Imóveis o instrumento de promessa de compra e venda do imóvel constrito. **APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.**³¹

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PELO SFH PARA PRODUÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS. AGENTE FINANCEIRO. CONSTRUTORA. HIPOTECA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS. PENHORA DA UNI-

29 BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n.º 2005011111631-7. Quarta Turma Cível, Rel. Dês. Sandoval Oliveira. Julgado em 29 nov. 2006.

30 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº. 70023907850. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Julgado em 08 maio 2008.

31 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº. 70020251302. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgado em 12 set. 2007.

DADE HABITACIONAL. LIBERAÇÃO DO BEM OBJETO DE PENHORA. EXTINÇÃO DO FEITO POR PERDA DE OBJETO. ÔNUS SUCUMBENCIAL. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. De acordo com o princípio da causalidade e segundo o qual a parte que deu causa ao processo, ainda que não integralmente, deve arcar com o pagamento das custas e honorários da parte adversa -, não responde o credor hipotecário pela sucumbência de embargos de terceiro se o bem indicado à penhora não mais pertencia ao devedor-executado em face de contrato de promessa de compra e venda não levado a registro no Cartório de Imóveis. De fato, mesmo que os embargantes tenham logrado êxito no que tange à desconstituição da penhora e perda do objeto dos embargos com a liberação/cancelamento da penhora -, devem responder pelo ônus sucumbencial do processo porquanto não providenciaram no registro do contrato de promessa de compra e venda do imóvel, dando causa à penhora que incidu sobre bem hipotecado, e, via de conseqüência, aos próprios embargos. **APELAÇÃO PROVIDA.**³²

Jurisprudencialmente a Teoria da Causalidade é mais racional como regra da responsabilidade pelas despesas do processo do que a Teoria da Sucumbência. Esta última deixa lacunas no ordenamento jurídico que só podem ser preenchidas por meio da utilização da Teoria da Causalidade. Lacunas, essas, que têm como exemplo a condenação dos honorários advocatícios em embargos de terceiro.

Como bem especifica o artigo 1417 do Código Civil brasileiro, o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis é o único meio de ratificar e sustentar a garantia da aquisição do bem.

Mesmo existindo as formalidades contratuais dispostas no ordenamento jurídico pátrio, é necessário que algumas providências sejam tomadas no intuito de resguardar o direito do terceiro adquirente de determinado imóvel.

Foi seguindo este raciocínio que a Súmula 84 do STJ consagrou ser "admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação

32 BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº. 70021488747. Nona Câmara Cível. Relator: Marlene Bonzanini Bernardi. Julgado em 23 abr. 2008.

de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Ocorre que, no instante em que o terceiro interpõe uma Ação de Embargos de Terceiro inexistindo registro em cartório competente do título translativo em questão, caberá a ele a responsabilidade quanto às despesas processuais do respectivo processo. Isto porque se houvesse um registro o bem não seria constrito e conseqüentemente não haveria necessidade da interposição da referida ação.

Ou seja, para doutrina, bem como para a jurisprudência, a promessa de compra e venda desprovida de registro em cartório competente dá ao terceiro adquirente o direito de interpor a Ação de Embargos de Terceiro, caso o bem adquirido seja constrito, mas ao mesmo tempo repassa a obrigação de custear as despesas processuais, aí incluso os honorários advocatícios, pelo fato de ter dado causa ao ensejo processual. Pois, se ao adquirir o imóvel em questão, o terceiro tivesse registrado o título translativo em cartório, ter-se-ia a escritura definitiva em nome do terceiro adquirente. E assim, se o proprietário inicial tivesse seus bens indicados à penhora, o imóvel em questão não entraria no rol de bens a serem penhorados e, por conseguinte não seria necessária a interposição dos Embargos de Terceiro.

Dentro do mesmo raciocínio exigido para o entendimento da teoria da causalidade observa-se que nos casos em que a pretensão dos Embargos de Terceiro é resistida por meio de Impugnação, inexistirá a aplicação da teoria da causalidade e por conseqüência a aplicação da Súmula 303 do STJ.

Dentro dessas circunstâncias, os Tribunais entendem que ao impugnar o Embargo de terceiro, o embargado/apelante fez necessária a instrução processual, com prolação de sentença de mérito, dando razão ao Princípio da Sucumbência. Isto é, se a referida parte tivesse desistido da constrição à época do ajuizamento dos Embargos, poderia, então, ter sido isentada dos encargos sucumbenciais.

Esse é o posicionamento adotado pelo STJ no Recurso Especial que se segue:

EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora. Promessa de compra e venda. Falta de registro. O exeqüente que insiste na penhora de bem objeto de promessa de compra e venda – não atende à informação feita no processo de execução e contesta os embargos de terceiro – responde pelos ônus da sucumbência, ainda que o contrato de promessa não esteja registrado. Precedentes. Recurso não conhecido.³³

O entendimento é norteado pelo fato de que mesmo inexistindo registro do contrato de compra e venda em cartório competente, o embargado resistiu, injustificadamente, ao pleito inviabilizando o julgamento antecipado da lide e ensejando a análise meritória. Isto é, o embargado ao impugnar a referida ação agiu de maneira protelatória incidindo, portanto, o Princípio da Sucumbência e resguardando o artigo 20 do Código de Processo Civil.

Porém ao observar cautelosamente os julgados acima colacionados, pode-se concluir que de uma forma ou de outra a Teoria da Causalidade foi utilizada, diferentemente do entendido pelos Tribunais. Pois, ao dizer que o embargado ao impugnar a Ação de Embargos de Terceiro agiu de modo protelatório impedindo o julgamento antecipado da lide, estar-se dizendo que ele deu causa não a constrição do bem como demanda a Súmula 303 do STJ, mas a uma análise de mérito injustificada. Portanto, como já reprimido e demonstrado pelo ordenamento pátrio através dos artigos 22 e 31 do Código de Processo Civil, a utilização de meios protelatórios traz como conseqüência a responsabilidade pelas despesas processuais por meio da Teoria da Causalidade.

33. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 402015/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 06 jun. 2002.

8 Conclusão

Notadamente, a ênfase dada no presente trabalho norteou-se quanto a transferência de propriedade dos bens imóveis que devem, obrigatoriamente, ter o título translativo registrado em cartório competente; importando apenas identificar a parte que tornou necessária a invocação da tutela jurisdicional ou, em outros casos, a parte que agiu de má-fé.

As situações abordadas pelo tema são casos em que o Juiz decide por equidade arbitrando os honorários merecidos, sobretudo considerando a intensidade da sucumbência e a culpa do embargado e/ou do embargante para o ato construtivo. Diz-se decisão por equidade por entendê-la como a justiça que tem a função de atenuar a rudeza de uma regra jurídica³⁴. Seria uma decisão baseada na busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da mais justa solução para o caso concreto.

É o entendimento jurisprudencial destacado:

PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA. ENCARGOS, EMBARGOS DE TERCEIRO. PROTEÇÃO. OBJETO. IMÓVEL ADJUDICADO EM EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. REGISTRO DA CARTA. OMISSÃO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Conforme resulta do art. 1.046 do CPC, o senhor e possuidor, ou apenas possuidor, que não é parte no processo, tem direito à proteção da posse de seus bens por meio de embargos, nos casos de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário ou partilha. Contudo, se, por negligência, deixou de promover o registro da carta de arrematação que originou a posse, ensejando a penhora, responde pelas despesas dos embargos, segundo o princípio do ressarcimento ou da causalidade. APELAÇÃO PROVIDA.³⁵

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.1, p.51.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70014179600. Vigésima Câmara Cível. Relator: Maria Larsen Chechi. Julgado em 26 jun. 2008.

Muito embora a legislação pátria tenha adotado como regra a sucumbência, conseguimos identificar alguns dispositivos legais, tais como os artigos 18, 22 e 31 do Código de Processo Civil, que excepcionam a referida regra. Mas não é só. Caberá ao intérprete do ordenamento jurídico, utilizando-se da hermenêutica jurídica, proceder a uma análise extensiva do artigo 20, para que a solução da lide seja efetiva e faça-se a justiça, principalmente quanto à responsabilidade pelos ônus inerentes à prestação jurisdicional.

Pelo todo analisado, a Teoria da Causalidade é perfeitamente cabível em todas as situações de embargos de terceiro julgados procedentes, tendo em vista a ótica da complementaridade das teorias – Teoria da Causalidade e Teoria da Sucumbência.

Por fim, ignorar a Teoria da Causalidade, acolhida pelo tema aqui estudado e concretizada pela Súmula 303 do STJ, como a teoria mais justa e racional a ser aplicada nos casos de quitação dos honorários advocatícios em embargos de terceiro julgados procedentes, é deixar de observar o princípio da razoabilidade bem como a concepção moderna de processo, que visa à solução das lides de forma efetiva, por meio de instrumentos mais adequados de se realizar justiça. Assim, a responsabilização daquele que, por sua ação ou omissão, tenha dado causa à relação processual, encontra-se mais adequado a esses novos desígnios do Direito.

Condemnation of attorney honoraries in Third's Embargoes upheld: Theory of Causality x Theory of Burden of Payment¹⁰

Abstract

The Theory of Burden of Payment, in cases of Third's Embargoes Third, is considered insufficient to determine the responsible one for the repayment of honorary the pertaining to legal profession ones in view of the existence of gaps to its application in the native legal system. Checking the subjective behavior of the parts, we use the Theory of Causality as the most efficient rule of liability for legal costs procedural perceiving with clarity

the real responsible for acceptable by introducing the procedure. Thus, the condemned will be to Him who by action or omission caused the litigation, in other words, will be condemned who, even winning the action of Third's Embargoes, gave cause constriction of the property.

Key-words: Third's Embargoes. Theory of Causality. Attorney Honoraries. Theory of Burden of payment.

Referências

Livros

BOCCUZZI, Vito Antônio Neto. **Da sucumbência no processo civil – Princípio da causalidade – Hipótese e relativização**. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Best-book, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil e Legislação processual Civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, José de Moura. **Estudos sobre processo civil**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1969.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.3.

TORNAGHI, Hêlio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v.1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

_____. **Direito Civil: Direitos Reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Artigos de internet

FELZEMBURG, Daniel Martins. **O fato consumado e o ônus da sucumbência**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8378&p=2>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://iargs.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=97&Itemid=59>. Acesso em: 16 maio 2008.

SANTOS, Orlando Venâncio Filho. Revista de Informação Legislativa. **O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/l/Pdf/pdf_137/r137-04.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2007.

Jurisprudências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 402015/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 06 jun. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n.º 2005011111631-7. Quarta Turma Cível, Rel. Dês. Sandoval Oliveira. Julgado em 29 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º 70020251302. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 12 set. 2007.

_____. Apelação Cível N.º 70021488747. Nona Câmara Cível. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 23 abr. 2008.

_____. Apelação Cível N.º 70023907850. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 08 maio 2008.

_____. Apelação Cível n.º 70014179600. Vigésima Câmara Cível. Relator: Mara Larsen Chechi. Julgado em 26 jun. 2008.

Artigos de revista

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual. **Separata da Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n. 11, p. 382, 1978.

MADALENA, Pedro. Embargos de terceiro. Sucumbência. Inexistência de culpa do credor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 67, p. 245-247, 1978.

ROCHA, José de Moura. Sucumbência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 21, p. 19-48, jan./mar. 1981.

Referência deste artigo

CAMPOS, Paloma Mendes. Condenação de honorários advocatícios em embargos de terceiro julgados procedentes: Teoria da Causalidade x Teoria da Sucumbência. **Revista da ESMape**. Recife, v. 14, n. 29, p. 379-406, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 03 set. 2009. Aprovado em: 27 nov. 2009.

A judicialização da política: disfunção ou pluralidade e circularidade de procedimentos do estado democrático de direito?

Paulo Hibernon Pessoa Gouveia de Melo

Médico e bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco, especializando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, mestrando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Auditor da Contas Públicas para área da saúde do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

Resumo

O sistema político brasileiro caracteriza-se pela gravitação do Legislativo em torno do Executivo, o que provoca a retração da esfera pública e a limitação das possibilidades de contato do Parlamento com o mundo da opinião pública. O descrédito da representação, o enfraquecimento dos vínculos entre representantes e representados faz emergir a representação funcional, desempenhada pelas instituições da Justiça. O Poder Judiciário transforma-se em importante protagonista na concretização do Estado Democrático de Direito, em uma nova arena pública externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, contradizendo a teoria clássica da

soberania popular. Nesse contexto, pergunta-se: a judicialização da política representa uma disfunção em face do princípio da separação dos poderes e do princípio majoritário ou é consequência de uma mudança dos paradigmas de compreensão do Estado Democrático de Direito? Tomamos como referencial Marcelo Neves e o seu modelo de Estado Democrático de Direito, concluindo que a judicialização da política permite o fluxo das opiniões geradas na sociedade civil e bloqueadas pelo domínio que o Poder Executivo exerce sobre a agenda do Poder Legislativo, não sendo, em si, uma disfunção, principalmente quando a judicialização se opera no campo das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Mas, a judicialização da política será sempre

problemática, principalmente no campo da saúde pública, posto que, simultaneamente à defesa do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, muitos interesses pouco democráticos podem se aproveitar

dos mecanismos institucionais do Estado Democrático de Direito para maximizar seus ganhos.

Palavras-chave: Estado. Políticas Públicas. Judicialização. Saúde.

1 Introdução

A legitimação do Estado Democrático de Direito deve ir além da simples democracia formal e buscar a concretização de uma democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação progressiva das instituições (CADEMARTORI, 1999, p.161).

O período posterior à promulgação da Constituição da República de 1988 caracterizou-se pelo ressurgimento de novas demandas sociais e pela exigência de implementação dos direitos sociais. No entanto, o sistema político brasileiro se organizou em uma complexa estrutura por meio da qual o Executivo exerce controle sobre mecanismos de cooperação dos parlamentares – o chamado presidencialismo de coalizão –, atraindo-os à sua base de sustentação congressual pelo atendimento de políticas públicas regionais e clientela locais.

O sistema político brasileiro se organizou de uma forma em que há uma gravitação do Legislativo em torno do Executivo, provocando a retração da esfera pública e a limitação das suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. Dessa forma, a esfera pública torna-se um espaço sob controle do Executivo e das lideranças da sua maioria parlamentar que, “ao selecionarem os interesses e os valores a serem defendidos e estimulados, passam a tomar, em estilo monocrático, decisões que vinculam a todos” (WERNECK VIANNA, 2002, p. 9).

O domínio que o Poder Executivo exerce sobre a agenda do Poder Legislativo atua de forma a bloquear fluxo das opiniões geradas na sociedade civil que, conseqüentemente, não encontram caminhos para se

traduzirem em vontade na esfera pública. Nesse contexto, são grandes os riscos de que as políticas públicas deixem de refletir as expectativas e interesses da sociedade civil organizada e passem a atender aos fins assistencialistas e a uma falsa legitimação do Estado. Acrescente-se que a debilidade do sistema partidário e o conseqüente enfraquecimento dos vínculos entre representantes e representados tornam o Poder Legislativo mero fiscal sobre o que lhe chega do Executivo, naturalmente especializado nos temas da administração e da gestão da dimensão sistêmica (WERNECK VIANNA, 2005, p. 780).

Assim, o Judiciário vai se constituir em um último guardião em defesa do cidadão, pois “à falta de república, como na conhecida afirmação de A. Garapon (1996), o Poder Judiciário aparece como um moderno ‘muro das lamentações’, um equivalente funcional à decaída institucionalidade do Estado de bem-estar” (WERNECK VIANNA, 2005, p. 782)

A judicialização da política é um fenômeno mundial. Conforme afirma WERNECK VIANNA, “os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional” (2007, p. 41). O descrédito da representação faz emergir a representação funcional. O vácuo deixado pelo Estado do bem-estar será ocupado pelas instituições da Justiça e o tema do acesso à justiça passa à ordem do dia da agenda política, transformando o Poder Judiciário em importante protagonista na concretização de um Estado Democrático de Direito. Protagonismo esse impulsionado por uma legislação que jurisdiciona quase todos os aspectos da vida social.

Portanto, em torno do Poder judiciário cria-se uma nova arena pública externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nesta nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos e grupos

sociais e até de partidos políticos (WERNECK VIANNA, 1999, pp. 22-23). É possível identificar, em consequência, uma tensão entre o Poder Judiciário de um lado e o Poder Executivo, coadjuvado pelo Legislativo, de outro. Esse tensionamento entre os Poderes traz o problema da legitimidade das decisões que põem em discussão direitos de cunho social/prestacional, gerando muitas vezes um dilema contramajoritário, posto que tais decisões são escolhas de agentes públicos, sem mandato eletivo, que se sobrepõem sem sustentação na vontade da maioria (MONTEIRO, 2007, pp. 99-100).

Os questionamentos que o tema da judicialização da política pode suscitar são muitos. No presente trabalho, buscar-se-á refletir acerca da intervenção do Judiciário para a solução de problemas que antes se encontravam no âmbito do político e do significado desta intervenção no contexto do Estado Democrático de Direito. Assim, algumas perguntas se impõem. A judicialização de políticas públicas representa uma disfunção em face do princípio da separação dos poderes e do princípio majoritário ou é consequência de uma mudança dos paradigmas de compreensão do Estado Democrático de Direito? Falta ao Judiciário legitimidade política para tal intervenção? Ou “podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo – impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas?” (BARROSO, 2008, p.882).

A análise tomará como base o modelo de Estado Democrático de Direito, conforme concebido por Marcelo Neves, em que o princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos é proposto como uma releitura ao princípio da separação de poderes (NEVES, 2008, p.186).

No bojo de tais reflexões, e ao final, apresentar-se-á um caso concreto de intervenção do Poder Judiciário na Política de Assistência Farmacêutica do Estado de Pernambuco, com o objetivo de se fazer uma reflexão acerca dos riscos envolvidos em intervenções desse tipo, tais como prejuízos à equidade no acesso à saúde e os riscos de captura do Estado pelos interesses das indústrias farmacêuticas.

2 A judicialização da política, ou o ativismo do Poder Judiciário: um falso problema?

2.1 O que se entende por judicialização da política

As expressões “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

Segundo Tate e Valinder, judicializar a política é valer-se de métodos característicos da decisão judicial na resolução de contendas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro seria resultante do aumento das áreas de atuação dos tribunais por meio do poder de revisão judicial das ações legislativas e executivas, com fundamento na constitucionalização de direitos e nos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais amplo, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo, como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos, e no Legislativo, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (MACIEL; KOERNER, 2002).

O primeiro significado apontado para a judicialização da política, ou seja, a atuação do sistema de justiça no âmbito do controle dos atos do Legislativo e/ou do Executivo, visando à concretização de direitos que exigem um fazer do Estado de forma direta ou por meio do seu papel regulador, será o significado tomado no desenvolvimento do presente trabalho.

De antemão, ressalte-se que, também, não se vislumbre um ativismo do Poder Judiciário no que Werneck Vianna denomina “invasão da vida republicana pelo direito e na juridificação incessante e progressiva da sociedade brasileira”, pois, conforme afirma o autor elas “são frutos diretos da intervenção do Poder Legislativo, constituinte e ordinário,

e da apropriação desenvolva que a cidadania faz deles” (2005, p. 782). O legislador admite, tacitamente, que em um Estado Democrático de Direito há situações que escapam à capacidade de controle dos mecanismos republicanos clássicos e da vida associativa, sendo importante que o controle seja delegado à sociedade nos caminhos abertos pela juridificação da vida social (2005, p. 783).

Também, como alerta Werneck Vianna, não se pode perder de vista que, sob ângulo restritivo dos interesses afetados, a mobilização do direito, seus procedimentos e instituições por parte da sociedade e do Ministério Público operam, na maioria dos casos, em registro seletivo, já que incorporam apenas os que têm conhecimento e iniciativa para exercê-lo, e puramente defensivo. Os caminhos da judicialização da política não detêm, por si sós, o condão de democratizar o Estado e as relações da dimensão sistêmica da economia com a cidadania (2005, p. 784). E, se acrescentaria, esses caminhos podem estar a serviço de grupos de interesses, principalmente em área como a saúde, que envolve poderoso complexo industrial de equipamentos e insumos, incluídos medicamentos, e que movimenta cifras bilionárias no consumo desses produtos, muitas vezes de forma irracional e desprovido de evidências científicas que o justifiquem.

2.2 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito

Democracia não é sinônimo de regra majoritária, conforme já demonstrou a História, pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, como foram a Assembléia Jacobina do período do terror, da Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas (BARCELLOS, 2008, p.250). O respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, quer as pessoas façam ou não parte da maioria, é um elemento essencial em um Estado Democrático de Direito e, também, um limite à regra majoritária.

As constituições escritas do pós-guerra, especialmente as rígidas, trazem inserto um consenso mínimo da sociedade, a ser respeitado, independentemente, das tendências da maioria temporária que porventura esteja ocupando o poder. Os direitos fundamentais e a própria regra de deliberação majoritária devem estar fora da disposição do legislador. Portanto, o princípio majoritário não se confunde com democracia e nem pode ser tomado em termos absolutos. O mesmo ocorre com o princípio da separação dos poderes. Esses dois princípios não podem ser interpretados contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida indignidade dos indivíduos (BARCELLOS, 2008, p. 254).

Dessa forma, a atuação do sistema de justiça no âmbito do controle dos atos do Legislativo e/ou do Executivo, visando à concretização de direitos, que comumente se denomina de judicialização da política, não pode encontrar impedimento absoluto na separação de poderes e no princípio majoritário.

O que se entende por judicialização da política pode ser a interpretação-aplicação jurisdicional que rearticula o sentido do texto legislativo e garante o respeito às minorias, em sua dignidade e direitos fundamentais. Não havendo uma hierarquia entre os diversos procedimentos no Estado Democrático de Direito (legislar, administrar e julgar), mas sim, hierarquias entrelaçadas, a atividade jurisdicional é elemento fundamental à circularidade internormativa e interprocedimental que permite a inserção da crítica permanente advinda da esfera pública pluralista no âmbito sistêmico da política e do direito (NEVES, 2008, p.153).

Como se verá, no modelo de Estado Democrático de Direito proposto por Marcelo Neves, caracterizado pela pluralidade procedimental, não é possível falar em uma supremacia da legislação em relação à jurisdição, pois os procedimentos democráticos não se legitimam apenas porque canalizam a luta pelo poder, mas porque permanecem abertos e sensíveis à pluralidade da esfera pública e à autonomia dos subsistemas sociais (2008, p. 140 e 153). Se o que se entende por judicialização da política é um procedimento que permite o fluxo das opiniões geradas na

sociedade civil e bloqueadas pelo domínio que o Poder Executivo exerce sobre a agenda do Poder Legislativo, não se pode tê-la, simplesmente, como uma disfunção no contexto do Estado Democrático de Direito, e mais ainda, quando a judicialização se opera no campo das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais.

No entanto, em que pese o reconhecimento teórico e a importância prática da capacidade do Judiciário de syndicar positivamente os efeitos pretendidos pelas disposições que veiculam direitos fundamentais e cuidam da dignidade da pessoa humana, permanece a questão da definição da extensão dessa legitimidade (BARCELLOS, 2008, p.256). É possível uma coexistência harmônica entre a eficácia positiva dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana de um lado e, de outro, a separação de poderes e do princípio majoritário, bastando o reconhecimento jurídico ao núcleo da dignidade, o mínimo existencial, ou seja, “cada idéia cede um pouco de seu espaço de modo que todas possam operar satisfatoriamente” (2008, p.256 e 257).

As questões acerca das possibilidades da concretização judicial de direitos fundamentais por meio da judicialização de políticas públicas, bem como dos limites a essa concretização serão aprofundados no item 4 deste trabalho.

3 Um novo modelo de Estado Democrático de Direito

3.1 Entre Têmis e Leviatã: a contribuição de Marcelo Neves para um novo modelo de Estado Democrático de Direito

As reflexões acerca dos limites e possibilidade da judicialização de políticas públicas como meio à concretização de direitos fundamentais tomarão como referencial teórico o modelo de Estado Democrático de Direito proposto por Marcelo Neves no seu livro “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”.

O autor, a partir da análise dos modelos de evolução social propostos por Luhmann e Habermas, enfoca a concepção de Estado Democrático de Direito do ponto de vista da teoria dos sistemas e da teoria do discurso, apontando as limitações oferecidas por tais concepções frente ao pluralismo, marca da complexidade da sociedade contemporânea (NEVES, p. 79 a 118).

Marcelo Neves estrutura o modelo abordando as condições e os novos problemas enfrentados pelo Estado em meio às exigências da sociedade mundial. Retoma, de forma comparativa, os traços básicos dos modelos de Luhmann e Habermas a respeito da modernidade e do Estado Democrático de Direito, ressaltando a importância conferida pelo autor da teoria dos sistemas ao dissenso conteudístico que caracteriza a sociedade moderna e à importância da teoria do discurso na obtenção do consenso a partir de procedimentos com potencialidade normativa universal (2008, p. 123 a 135).

Por conseguinte, Neves define o Estado Democrático de Direito como uma forma de intermediação entre o dissenso conteudístico e o consenso procedimental. O dissenso conteudístico como expressão de uma esfera pública pluralista, em que os conteúdos valorativos e as visões de mundo conflitantes se entrecrocaram, e o consenso procedimental como pressuposto imprescindível à própria salvaguarda do caráter plural e multifacetado que caracteriza a esfera pública (2008, p.136 a 155).

O Estado Democrático de Direito, como intermediação entre o dissenso conteudístico e o consenso procedimental, toma por base a ideia de “hierarquias entrelaçadas”, não superestimando o processo legislativo em detrimento dos demais procedimentos do Estado democrático de direito (dentre eles, o judicial). Marcelo Neves enfatiza a circularidade internormativa e interprocedimental como característica do Estado Democrático de Direito, rejeitando a prevalência hierárquica do processo legislativo em relação aos demais procedimentos (2008, p.152 e 153).

Essa concepção, cujo elemento chave é a pluralidade e a circularidade de procedimentos, rejeita a supremacia do Parlamento, possibilita

a contenção da vontade política majoritária, o fluxo constante da pluralidade social no sistema político, a superação de bloqueios nesse fluxo e a inserção das minorias nos processos de decisão política. Confere legitimidade ao que se denomina representação funcional, quando falham os mecanismos normais de representação política.

3.2 A pluralidade e a circularidade de procedimentos no estado democrático de direito: uma releitura do princípio da separação dos poderes

A interpretação corrente do princípio da separação de poderes, em sua concepção clássica desenvolvida por Montesquieu, sugere um isolamento dos Poderes do Estado. A ideia de distribuição do exercício do poder político é antiga, havendo registros indiretos que remontam à Teoria da Constituição mista de Aristóteles, passando por Maquiavel e detêm-se nos dois autores que se tornaram referência na discussão moderna acerca da separação de poderes, John Locke e Montesquieu (BARCELLOS, 2008, p.241).

Ressalte-se que a moderna noção de separação de poderes surge em um contexto histórico específico e com fins a evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder, garantindo-se os direitos individuais contra a tirania estatal. No entanto, essa noção básica que postula a divisão do poder político admite variações, podendo ser desenvolvida e, eventualmente, proposta sob formas distintas. Em outras palavras, o modelo de separação de poderes que consagrou a supremacia do parlamento e da lei e a desimportância política do Judiciário, próprio da desmontagem vitoriosa do Antigo Regime pelas Revoluções Burguesas do século XIX, não pode ser canonizado.

A alteração do contexto e das circunstâncias históricas dos fins do século XX e início do século XXI evidenciam, na chamada crise de separação dos poderes de que se fala, atualmente, a incompatibilidade das concepções consagradas a respeito da separação de poderes que não

mais dão conta da complexidade das sociedades atuais. Neste contexto, algumas questões se impõem: estaria o fundamento lógico da separação de poderes em crise? A ampliação dos poderes do Judiciário seria um sinal de sua decadência? (BARCELLOS, 2008, p.246).

Esses questionamentos podem ser analisados a partir da releitura do princípio da separação dos poderes como princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado Democrático de Direito, proposto por Marcelo Neves (2008, p.186). Para Neves, o Estado Democrático de Direito não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim, com base em uma diversidade complexa de procedimentos. O Estado legitima-se problematicamente por meio da conexão circular e conflituosa entre procedimento eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo. Não há o estabelecimento de uma hierarquia entre os diversos procedimentos (legislativo, executivo e judicial) sendo evidente que a interpretação-aplicação jurisdicional e a execução rearticulam o sentido do texto legislativo (NEVES, 2008, p. 187).

O procedimento jurisdicional é definido na teoria tradicional do Estado Democrático de Direito como subordinado à lei e, dessa maneira, à legislação como procedimento. No entanto, é o juiz quem constrói a norma jurídica geral a partir de sentidos extraíveis do texto legislativo, o que importa uma hierarquia entrelaçada. Enquanto a jurisdição estabelece o que é legal e também o que é constitucional, põe-se em uma posição controladora em relação à execução e à legislação, embora, simultaneamente, esteja subordinada a limitações constitucionais e legais, assim como a controles do parlamento e do Executivo. Ocorre uma circularidade internormativa e interprocedimental, o que permite a inserção da crítica permanente advinda da esfera pública pluralista no âmbito sistêmico da política e do direito.

De acordo com Neves, a Constituição no Estado Democrático de Direito não estabelece a hierarquia procedimental, mas sim, uma repartição orgânica de competência e um controle interorgânico. Neste sentido, o princípio da divisão de poderes deve ser entendido não como

fórmula de isolamento, mas sim, como modelo de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental.

É com base nesse modelo que se entende que a judicialização da política (e de políticas públicas), normalmente objetivando a concretização de direitos fundamentais, não representa uma disfunção em face do princípio da separação dos poderes, não faltando ao Judiciário legitimidade política para tal intervenção. Neste aspecto, importante a afirmação de Gustavo Rabay Guerra “a percepção juridificante das decisões políticas, em especial as pertinentes a direitos sociais, transcende os mais elementares contornos de uma democracia calcada apenas na regra majoritária, instaurando um novo ciclo dialógico no qual o Judiciário representa, em si, um retorno às bases ideológicas de legitimação da Constituição”.

Ou seja, a atuação judicial, sempre provocada, individual ou coletivamente, permite a constante inserção das demandas sociais e da esfera pública nos mecanismos políticos de deliberação. Em um sistema em que impera um distanciamento entre representantes e representados, é importante a existência de mecanismos alternativos de inserção da esfera pública no processo deliberativo, a representação funcional exercida com o acesso à justiça.

4 O controle judicial das políticas públicas: limites e possibilidades

4.1 Atores e arenas no processo de formulação de políticas públicas: o papel do Judiciário

É por meio das políticas públicas que os governos procuram, também, realizar seus compromissos políticos assumidos junto aos eleitores, bem como buscam a concretização dos direitos sociais consagrados no seu ordenamento jurídico. Uma política pública é um fluxo de decisões

públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Essas decisões públicas que consubstanciam as políticas públicas visam a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos (BID, 2007).

O Judiciário, neste sistema de decisões públicas, atua como um importante ator, exercendo uma série de papéis distintos no processo de formulação de políticas: ator com poder de veto, ator com poder de decisão, árbitro imparcial e representante da sociedade (BID, 2007, p.81). Esse último adquire relevância no contexto deste trabalho, posto que para certos segmentos sociais são muito grandes as dificuldades em influenciar a formação das políticas públicas. Assim, a atuação do Judiciário, frequentemente, é a única forma de grupos marginalizados fazerem-se ouvir (desde que superadas as dificuldades do acesso à justiça).

A atuação judicial pode ser tida como mais um *locus* de discussão e concretização dos direitos sociais e das políticas públicas, que são instrumentos privilegiados, nesta concretização, ou seja, o Judiciário é um importante instrumento tanto na formação das políticas públicas, ao introduzir demandas negligenciadas nas agendas políticas do Poder Executivo e Legislativo, quanto na concretização das mesmas, quando já há decisão política tomada, mas a inércia dos demais poderes leva a déficits de efetivação (ANDRADE, 2008, p. 195).

Ademais, como já foi comentado, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, deve efetivamente assumir seu espaço de arena pública externa ao circuito clássico de formação da vontade majoritária, permitindo, na ausência de hierarquia entre os diversos procedimentos no Estado Democrático de Direito, a circularidade internormativa e interprocedimental que permite a inserção da crítica permanente advinda da esfera pública pluralista no âmbito sistêmico da política e do direito, contribuindo para o fortalecimento da democracia e para o respeito aos direitos sociais na salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

4.2 Argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial de políticas públicas

Não obstante a defesa da judicialização da política como parte de uma nova concepção do princípio da separação dos poderes, são muitos os argumentos contrários ao controle judicial de políticas públicas. Destacam-se a própria concepção clássica do princípio da separação de poderes e a ausência de legitimidade do Poder Judiciário frente ao princípio majoritário, ambos já comentados, bem como outros argumentos, tais como: a inexistência de controle judicial sobre a discricionariedade administrativa, as prioridades orçamentárias e a reserva do possível.

O argumento de que o Judiciário não possui legitimidade e competência para adentrar na análise do mérito administrativo e fornecer solução para questões políticas é bastante recorrente. Tal argumento é fortemente informado pela doutrina clássica da separação de poderes, e serve como alibi para a maioria das decisões judiciais denegatórias da efetivação de direitos fundamentais, sob o argumento da necessidade de norma infraconstitucional que disponha, inclusive sobre os recursos financeiros a serem despendidos, para que direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos sejam por eles usufruídos.

Tal argumento não pode se sustentar em um Estado Democrático de Direito, pois coloca as normas fundamentais, os direitos constitucionalmente garantidos, sob a disposição do Poder Legislativo, que pode não editar a norma infraconstitucional, e do Poder Executivo que pode, também, não propor projeto de lei nesse sentido, ou não executar o que tenha sido legislado. Fabio Konder Comparato adverte “afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de poderes, para julgar questões políticas” (1997, p. 19). Para o autor, o Poder Judiciário é igualmente um poder político, seus membros são representantes do povo mediante seleção por meios técnicos. E quanto ao caráter contramajoritário que a

atuação judicial pode representar neste contexto, fica-se com as palavras de Zaffaroni “nem tudo que provém do voto popular é necessariamente democrático; em contrapartida, uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário” (Apud BARBOSA, 2006, p. 7)

De fato, a legitimidade do Poder Judiciário deriva da Constituição, que fundamenta sua competência para o exercício da fiscalização difusa da constitucionalidade dos atos normativos (MORAES, 1999, p.156), e mesmo da inexistência desses, quando a sua edição constitui um imperativo constitucional, se acrescentaria. A efetividade dos princípios constitucionais é dever de todos os poderes constituídos. Se o legislador não edita norma infraconstitucional para a efetivação de direitos sociais, há lesão a direito. Nestes casos, o Judiciário pode concretizar o direito de forma direta, sem precisar de norma infraconstitucional, como foi o caso da conquista dos portadores de HIV/AIDS, que antes do surgimento da lei que lhes garantiu tratamento custeado pelo Estado, tiveram o direito efetivado pelo Judiciário, nos casos concretos que chegaram aos Tribunais, o que forçou a colocação do problema na agenda política resultando, anos mais tarde, na edição da legislação pertinente.

Apesar dessas considerações, não se adota uma posição ingênua, acreditando que a judicialização da política, principalmente em uma área tão complexa como a saúde pública, possa, por si, democratizar o Estado e as relações da dimensão sistêmica deste com a cidadania (WERNECK VIANNA, 2005, p. 784). Neste campo, principalmente na judicialização de políticas de saúde, muitos interesses pouco democráticos podem se aproveitar dos mecanismos institucionais do Estado Democrático de Direito para maximizar seus ganhos, como será comentado.

Outros argumentos bastante comuns que são colocados como óbice à atuação judicial na seara da concretização de direitos sociais são as prioridades orçamentárias e a reserva do possível. De acordo com esses argumentos, a falta de previsão orçamentária ou a insuficiência de

recursos seriam limites intransponíveis a impedir o Judiciário à efetivar direitos sociais prestacionais por meio das suas decisões. No tocante a ausência de dotação orçamentária na Lei Orçamentária Anual como limite à execução pela Administração Pública das decisões judiciais, há um conflito entre o princípio da legalidade da despesa pública e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário. No entanto, acredita-se, principalmente em matéria de concretização de direitos fundamentais, ser imperiosa a prevalência da autoridade da decisão judicial sobre o princípio da legalidade da despesa pública.

Quanto à escassez de recursos, ou a Teoria da Reserva do Possível, 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, fica-se com a lição de Andreas Krell "se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde" (KRELL, 2002 p.53)

5 Judicialização da política de assistência farmacêutica: o caso dos medicamentos de alto custo

Não obstante a importância da atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas que visem a efetivar direitos fundamentais, além dos óbices e dificuldades jurídicas e de concepção do Estado Democrático de Direito, existem outras dificuldades e riscos, especialmente na área da saúde pública, tais como a irracionalidade no uso dos recursos públicos e o prejuízo à equidade.

Como já se afirmou, na judicialização de políticas de saúde, muitos interesses pouco democráticos podem se aproveitar dos mecanismos institucionais do Estado Democrático de Direito, como o acesso à justiça, para maximizar seus ganhos. Os grupos de interesse atuam de forma indireta sobre o processo político, operando internamente ao

próprio mercado privado, buscando influir na agenda das políticas públicas e promover transferências de renda a favor de suas organizações (MONTEIRO, 2007, p.107-108). Essa atuação dos grupos de interesse, no intuito de obter uma lei ou ato legal dela derivado junto aos legisladores, transferindo-lhes renda e riqueza é uma das metodologias do *rent seeking*. No entanto, há outra forma de se obter ganhos agenciados na economia pública, qual seja, por meio do litígio, atuando via tribunais (2007, p.137).

É nesse espaço que vem agindo a poderosa indústria de tecnologia em saúde, mais especificamente a indústria farmacêutica. O comércio internacional de medicamentos cresceu rapidamente entre 1980 e 1999, passando de US\$5 bilhões para 120 bilhões no período. Nesse mercado, um número reduzido de empresas multinacionais domina a produção e a venda de medicamentos no mundo. Dez dessas empresas são responsáveis por quase metade das vendas e esta concentração aumentou, consideravelmente, desde 1987. São muitas as estratégias de *rent seeking* utilizadas pelas indústrias farmacêuticas, e uma delas é precisamente a indução do litígio judicial entre os usuários dos sistemas de saúde e os governos, a fim de ver garantida a inclusão de seus produtos na agenda da política pública de saúde, muitas vezes para usos ainda não eficazmente comprovados e, em alguns casos, prejudiciais à saúde.

Uma forma de indução do litígio judicial é o que se conhece como o "marketing disfarçado de pesquisa" (ANGELL, 2007, p.171). Comercializa-se o produto farmacêutico para usos não aprovados, desenvolvendo-se pesquisas que ficam bem abaixo do padrão necessário e divulgando-se quaisquer resultados favoráveis que possam induzir o aumento pela demanda do produto. Sendo o produto de alto custo, e estando em um país como o Brasil, que reconhece o direito universal do cidadão à saúde, a indústria farmacêutica logo se encarrega de colocar a demanda na ordem do dia dos potenciais usuários, divulgando o uso potencial junto aos prescritores, financiando-os de diversas formas (BARROS, 2004, p.22). Além disso, organizam e financiam associações de portadores de doenças crônicas, que demandam medicamentos de

alto custo, e mantém portais na internet, nos quais empresas com interesses diretos no tratamento da doença aparecem como mantenedoras do portal, informando sobre os últimos lançamentos de fármacos, induzindo demanda e orientando como buscar o tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS).

A demanda por medicamentos no SUS (principalmente os mais caros) aumenta em escala geométrica a cada ano, muitas vezes para tratamentos experimentais, sem que sequer a medicação tenha sido registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. A título de exemplo, em 2008, quatro ações individuais foram ajuizadas no Estado de Pernambuco para o fornecimento do medicamento idursulfase (ELAPRASE), que é uma cópia da enzima humana iduronato-2-sulfatase produzida por “tecnologia de recombinação do DNA”, empregado no tratamento da Mucopolissacaridose do Tipo II (MPS II ou Síndrome de Hunter), que é uma doença genética em que os pacientes não produzem naturalmente a enzima iduronato-2-sulfatase. Tais ações podem significar, com o tratamento dos quatro casos, gastos mensais da ordem de R\$ 418.252,84 ou R\$ 5.019.034,08 anuais.

O FDA, órgão Americano regulador de medicamentos, autorizou o uso do ELAPRASE nos Estados Unidos em julho de 2006. Em janeiro de 2007, a EUROPEAN MEDICINE AGENCY autorizou o seu uso na Comunidade Europeia. As autorizações foram baseadas em um estudo com 96 pacientes portadores da Síndrome de Hunter que receberam o medicamento semanalmente ou não (o Brasil foi um dos principais centros do estudo fase II; dos 96 pacientes que participaram, 19 eram brasileiros). Após um ano, o grupo que recebeu a droga mostrou melhora na distância caminhada e na função respiratória quando comparado ao grupo controle. Embora autorizada, a droga continua em observação. O FDA e a Agência Europeia de Medicamentos estimula o laboratório fabricante a fazer mais pesquisas e analisará todos os anos as novas informações disponíveis, pois não se conhecem suas ações a longo prazo, sua eficácia sobre a doença no coração, no sistema nervoso e eventual produção de anticorpos.

A medicação, embora autorizada nos Estados Unidos e na Europa e mesmo sendo a única que num estudo inicial apresentou algum efeito sobre a doença, ainda é experimental e até maio de 2008 não tinha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e, portanto, não poderia ser prescrita no Território Nacional, pois o artigo 12º da Lei Nº 6.360, de 1976, da Legislação Sanitária Federal reza que um medicamento só pode ser entregue ao consumo após registro no Ministério da Saúde (Parecer CRM/MS nº 05/2007 Processo consulta CRM MS nº 01/2007-08-07).

A medicalização da sociedade moderna tem levado a um cenário em que basta que um médico acredite na possibilidade da cura, prescreva a um paciente e apresente um laudo justificando o risco de vida associado ao não-tratamento (coisa comum especialmente em doenças graves e fatais) para, imediatamente, uma ação estar pronta para ser encaminhada ao julgamento do Juiz. Esta demanda judicial pode traduzir-se em uma decisão que determine a incorporação da nova tecnologia ao sistema público de saúde brasileiro, sem que se tenha evidência da efetividade do tratamento e, muitas vezes, desprezando-se a existência de alternativas eficazes e com melhor custo-benefício para o usuário e para o Sistema de Saúde.

Muitas decisões acompanham-se de quantitativos e valores de tratamento superestimados, pois se basearam em doses iniciais frequentemente maiores (tempo de tratamento ou dose diária recomendadas têm direta implicação nos custos mensais), situação induzida por ações estratégicas de fornecedores¹ e prescritores dos tratamentos que, in-

1. O grupo farmacêutico americano Pfizer, fabricante do Viagra, concordou em pagar uma multa recorde de 2,3 bilhões de dólares por práticas comerciais enganosas, como parte de um acordo extrajudicial, informou em 02/09/2009, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Esta foi a “mais alta multa aplicada pela justiça americana contra o setor de Saúde”, destaca o Departamento. A multa envolvia especialmente “práticas comerciais fraudulentas” relacionadas ao anti-inflamatório Bextra, retirado do mercado em 2005, em razão de seus efeitos colaterais, particularmente os cardíacos. Segundo as autoridades, o Pfizer “promoveu o Bextra para vários usos e dosagens que o FDA (autoridade sanitária) não validou em razão de dúvidas sobre os riscos” colaterais do anti-inflamatório. A multa envolve ainda práticas comerciais abusivas referentes ao Zovox (antibiótico), ao Geodon (distúrbios bipolares e esquizofrenia) e ao Lyrica (distúrbios nervosos). “A Pfizer usou pediatras e adolescentes na comercialização do Geodon”; a “FDA havia validado o Geodon para uma faixa etária de 18-65 anos”, destacaram os advogados do escritório Kenney Egan McCafferty & Young. O laboratório “Pfizer pagou regularmente comissões aos pediatras para que promovessem o Geodon”, salientou o escritório de advocacia. O acordo liquida processos penais e civis abertos sobre o assunto. A empresa vai pagar multa de 1,195 bilhão de dólares e uma subsidiária, a Pharmacia & Upjohn, deve desembolsar 1 bilhão de dólares suplementares. O

interessados em ganhos marginais, aproveitam-se da complexidade dos casos e da assimetria de informação que dificulta a tomada de decisão pelo órgão julgador.

Como estes tratamentos são feitos à revelia do sistema de atenção (o paciente não precisa estar dentro do SUS para receber), uma vez iniciados, mesmo ineficientes, freqüentemente não serão interrompidos nem pelo médico, nem pelo paciente, nem pelo Juiz, muito menos pelo gestor público. Essas ações causam problemas na alocação dos gastos públicos e na equidade desses gastos, trazendo prejuízos a todo o sistema de saúde.

O fornecimento de medicamentos deve estar orientado pela utilização dos protocolos clínicos. Sabe-se da defasagem e da necessidade de atualização dos mesmos, no entanto, essa limitação não deveria levar a decisões precipitadas, sem que o julgador reflita e busque informações acerca de todos os possíveis interesses em jogo. Os protocolos clínicos são fundamentais por diversas questões, dentre as quais: a variabilidade da prática médica não explicada por evidências científicas, a força e a qualidade da propaganda da indústria farmacêutica, a crescente utilização da via judicial para acesso aos medicamentos e os riscos destes processos aos pacientes.

O Estado do Rio Grande do Sul, através da Secretaria de Saúde (SES) e em parceria com o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, com Sanatório Partenon e o Grupo Hospitalar Conceição, do SUS, criou Comitês de Especialistas, nomeados pelo Gestor Estadual do SUS, tendo como critério de nomeação dos especialistas a Isenção de Conflitos de Interesse disciplinada em Portaria da SES-RS e com declaração por escrito. O trabalho ativo e contínuo do Gestor e dos Centros de Referência na monitorização de efeitos benéficos e adversos dos tratamentos e na atualização dos protocolos clínicos de tratamento têm servido como importante instrumento na racionalização da assistência farmacêutica e no balizamento das decisões judiciais.

Departamento de Justiça qualificou o acordo de "histórico" e disse que "ilustra os esforços do governo para proteger os americanos". A Pfizer é a maior farmacêutica do mundo em termos de vendas. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/09/02/pfizer-multada-em-us-2-3-bilhoes-por-irregularidade-na-venda-de-remedios-767426586.asp>> Acesso em: 02.set. 2009.

O Tribunal de Contas do Rio Grande Sul, em auditoria operacional, cuja finalidade é a verificação do desempenho e da eficiência do funcionamento de órgãos públicos e de programas e políticas públicas, avaliou, no ano de 2005, o programa de fornecimento de medicamentos de alto custo do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, destacando que os Centros de Referência, além de propiciarem atendimento de melhor qualidade ao usuário, levaram à importante economia de recursos públicos e ao final recomendou à SES-RS que avaliasse a possibilidade de implantação de novos Centros de Referência no Estado².

A título de exemplo, o Estado do Rio Grande do Sul começou a implementar os Centros de Referência a partir de julho de 2003, e neste período teve início o Centro para tratamento da Doença de Gaucher no HCPA. Essa é uma doença genética rara, com 420 pacientes no Brasil e apenas 23 pacientes conhecidos no RS (referência 2005); é tratada através de terapia de reposição enzimática com Imiglucerase, que necessita de aplicação a cada 15 dias. Este medicamento é uma droga que possui apenas um fabricante no mundo e custo elevado, aproximadamente R\$ 1.775,26 por frasco de 40 ml (valor de julho/2005). O Centro de Referência possibilitou, com a simples adequação da dose pela gravidade do caso e pela resposta clínica, uma importante economia aos cofres públicos. Antes da implantação do Centro (julho/2003), eram tratados 19 pacientes e necessários 400 frascos mensais em 2005 eram tratados 22 pacientes, sendo utilizados 238 frascos por mês. O total economizado em um ano foi de R\$ 3.451.105,44, ou R\$ 13,8 milhões nos últimos 4 anos.

5 Conclusão

Ao longo do trabalho se procurou argumentar que a judicialização da política (e de políticas públicas), normalmente, objetivando a concretização de direitos fundamentais não representa uma disfunção

² Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/AuditoriasOperacionais/pdf/AuditoriaOperacionalSUS.pdf>>. Acesso em: 09.jul. 2009.

em face do princípio da separação dos poderes, não faltando ao Judiciário legitimidade política para tal intervenção, como muitos argumentam.

Percebe-se a judicialização da política como um procedimento que permite o fluxo das opiniões geradas na sociedade civil e bloqueadas pelo domínio que o Poder Executivo exerce sobre a agenda do Poder Legislativo, e não como uma disfunção do Estado Democrático de Direito, principalmente, quando a judicialização se opera no campo das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais.

Um Estado Democrático de Direito que dê conta da sociedade complexa da atualidade deve ter como elemento chave a pluralidade e a circularidade de procedimentos, conforme defendida por Marcelo Neves, como uma releitura do princípio da separação de poderes. Deve rejeitar a supremacia do Parlamento, possibilitando a contenção da vontade política majoritária, o fluxo constante da pluralidade social no sistema político, a superação de bloqueios nesse fluxo e a inserção das minorias nos processos de decisão política.

Não obstante, a judicialização da política será sempre problemática, principalmente no campo da saúde pública. Como se afirmou, muitos interesses pouco democráticos podem se aproveitar dos mecanismos institucionais do Estado Democrático de Direito, como o acesso à justiça, para maximizar seus ganhos. Muitas podem ser as estratégias de *rent seeking* utilizadas pelas indústrias farmacêuticas, e uma delas é precisamente a indução do litígio judicial entre os usuários dos sistemas de saúde e os governos, a fim de ver garantida a inclusão de seus produtos na agenda da política pública de saúde, muitas vezes para usos ainda não eficazmente comprovados e em alguns casos prejudiciais à saúde. Adicionalmente, há a questão dos possíveis prejuízos à equidade que a judicialização de políticas de saúde pode provocar que, no entanto, não foram problematizados no presente artigo.

The judicialization of politics: dysfunction or plurality and circularity of procedures in The Democratic State of Law?

Abstract

The Brazilian political system is characterized by the gravitation of the Legislative around the Executive, which causes the retraction of the public sphere and limiting the possibility of contact with the public sphere opinion. Distrust of representation, the weakening of links between representatives and represented, gives rise to the functional representation, performed by the institutions of justice. The judiciary becomes a prominent figure in the implementation of the democratic state in a new public arena outside the conventional channel civil society – parties – representation – the formation of a majority opinion, contradicting the classical theory of popular sovereignty. In this context, the question arises: the judicialization of politics represents a dysfunction in the face of the principle of separation of powers and the principle of majority

or is a consequence of a change of paradigms for understanding the democratic state? We take as reference Marcelo Neves and his model of Democratic State of Law, concluding that the judicialization of politics allows the flow of opinions generated in civil society and blocked by the executive's control of the legislative's agenda, and it is not, itself, a dysfunction, especially when the judicialization operates in the field of public policies in furtherance of fundamental rights. But the judicialization of politics will always be problematic, especially in the field of public health, whereas many undemocratic interests can take advantage of the institutional mechanisms of the Democratic State of Law to maximize your earnings.

Key-words: State. Public Policy. judicialization. Health.

Referências

- ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.
- ANGELL, Marcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Trad. Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **A política das políticas públicas: Progresso econômico e social na América Latina – Relatório 2006.** Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, DC: IADB, 2007.

BARBOSA, C. M. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2006. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRADAS BARATA, Luz Roberto. **É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?** Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm/conteudo=4079>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

BARROS, José Augusto Cabral de. **Políticas farmacêuticas: a serviço dos interesses da saúde?** Brasília: UNESCO, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALABRESI, Guido, et BOBBIT, Philip. **Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources.** New York/London: W. W. Norton & Company. 1978.

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.

MACIEL, D; KOERNER A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política / CEDEC,** São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MONTEIRO, J. V. **Como funciona o governo: escolha pública na democracia representativa.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PICON, P. D. . Judicialização da Saúde: algumas reflexões para melhorar a comunicação entre os médicos, os gestores do SUS e o Judiciário. **Multijuris,** v. 2, p. 49-55, 2007.

WERNECK VIANNA, L. (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, L. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, L.; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo soc.,** São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.revista-susp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-2070200700200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 ago. 2009.

WERNECK VIANNA, L., BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de casos de ação civil pública. **DADOS – Revista de Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005.

Sem culpa de ser a família constitucional

Raissa Teles Duarte

Advogada

Resumo

Ocorreram significativas mudanças na seara do Direito Civil, sobretudo, na parte de família, momento em que as suas relações passam a se pautar no respeito à subjetividade e à individualidade, no afeto, na solidariedade, sentimentos partilhados pelos membros das novas entidades familiares delineadas pela Carta Constitucional de 1988. No entanto, o legislador civilista de 2002 manteve, inexplicavelmente, o sistema que considera necessária a imputação de culpa por um dos cônjuges ao outro, tanto para fins de obtenção do decreto de separação, quanto para punir o suposto culpado pelo fim da sociedade conjugal. Mediante elucidação de alguns dos princípios constitucionais que incidem no Direito de Família,

fruto da constitucionalização do Direito Civil, pretende-se conferir se há, de fato, necessidade de se apurar culpa para dissolução dos laços conjugais, quando a preocupação que hoje se faz premente é a de reinterpretar os institutos do passado, a fim de conformá-los aos anseios da sociedade atual. A concretização do ideal de justiça apenas será viável quando as reflexões de família atentarem para juízos e normas mais universais, onde a ética dos princípios, sustentáculo da dignidade da pessoa humana, seja sobreposta à qualquer moral.

Palavras-chave: Separação. Culpa. Família. Princípios Constitucionais.

1 Introdução

O Código Civil de 2002 preservou a necessidade de um dos cônjuges indicar quem ocupará a posição de réu no processo de separação, seja por conduta desonrosa, seja por prática de ato que importe grave

Referência deste artigo

MELO, Paulo Hibernon Pessoa Gouveia de. A judicialização da política: distunção ou pluralidade e circularidade de procedimentos do estado democrático de direito?. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 407-432, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 10 set. 2009. Aprovado em: 05 nov. 2009.

violação dos deveres do casamento. É o que a doutrina chama de separação-sanção, prevista no artigo 1.572 do atual Diploma Civil.

Despontaram, contudo, questionamentos sobre as razões que levaram o legislador civil à conservação do instituto da culpa para decretação da separação, com arrimo na premissa de ser este o momento de se reinterpretar a dogmática civil, mais voltada, nos dias de hoje, à viabilização da felicidade humana do que à manutenção do *status quo*, consoante se depreende dos valores oriundos da Constituição da República de 1988.

A relevância de melhor compreender a problemática reside na necessidade de se harmonizar a legislação civil com a os preceitos da nova hermenêutica constitucional, que eleva a igualdade, a cidadania, a liberdade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana a pilares de nosso ordenamento jurídico.

A edificação de um sistema jurídico justo depende, pois, do respeito aos anseios da sociedade atual. No entanto, isso somente será viável quando se apartar a legislação pátria dos anacronismos e preconceitos, posto ser o afeto, não a lei, o laço que mantém unidas as entidades familiares¹.

2 O fim da velha dicotomia

Durante o período histórico que serviu de pano de fundo à consagração do liberalismo individualista e patrimonialista, enfatizou-se a dicotomia Direito Público e Direito Privado, em virtude da distinção de funções atribuídas a essas disciplinas.

Enquanto o primeiro versava sobre a organização do Estado, sua estruturação e funcionamento, o segundo compreendida as relações entre as pessoas privadas, questões afeitas à capacidade, à família, à propriedade, tudo sob o império do princípio da liberdade.

1. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br//doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2008.

A incomunicabilidade de tais conhecimentos se fazia sensível frente à constatação de que cabia à Constituição tão só cuidar dos interesses do Estado e ao Código Civil, os do indivíduo².

É certo, no entanto, que tal tendência vem caindo em desuso, dada a sua inaptidão a espelhar a sociedade de hoje. E, se outrora se falara em incomunicabilidade, agora se fala na complementaridade e na dependência entre os ramos público e privado do Direito³.

Uma das dimensões desse fenômeno é a constitucionalização do Direito Civil, relacionada à inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis. Trata-se de mais do que um critério hermenêutico formal, já que é a etapa mais importante do processo de mudanças de paradigmas por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.⁴

Gradualmente, o Código Civil se liberta das amarras patrimonialistas de outrora, e a Constituição passa a elevar a dignidade da pessoa a vértice do ordenamento jurídico, elemento central das relações jurídicas e base do Estado Democrático de Direito⁵.

Eis a valia do movimento de constitucionalização do direito civil, posto que não consagra normas, mas “parâmetros interpretativos”⁶ e, sendo assim, vê-se que a generalidade principiológica não gera incompatibilidades com regra de caráter especial. Muito pelo contrário: tal vigência simultânea harmoniza o sistema.

2. COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 65-66.

3. GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

4. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 maio 2008.

5. RITT, Leila Eliana Hoffmann. *A influência da constitucionalização do direito privado nas relações contratuais*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/privado.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2008.

6. TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1 e ss.

O grande desafio que se apresenta aos operadores do Direito é o de compatibilizar preceitos constitucionais e dispositivos da legislação infraconstitucional, mormente, no Direito de Família, o mais pessoal dos direitos, esforço que cada vez mais se aparta da necessidade de se permanecer consagrando institutos do passado.

3 A Constituição de 1988 e o novo plano de família

O perfil da família atual abandona as premissas nas quais sempre esteve fundada, passando a nortear os seus membros rumo ao "respeito à integridade física e psíquica das pessoas, à admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver e ao respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade"⁷.

Diferente de outros tempos, quando "pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação"⁸, atribuía-se à dignidade papel secundário. O que se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo que em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente da mulher.

Daí se dizer que a família era um fim em si mesmo, proclamada mediante a consagração de modelo exclusivo, sendo este o único a não merecer repreensão e, conseqüentemente, restar fadado à exclusão.

Sabe-se, pois, que em meio à instabilidade e à alteridade das relações humanas, vã é a busca por modelos ideais, na esteira do que se apreende da leitura de Zygmunt Bauman.

Ele aplica a teoria da modernidade líquida para compreender os relacionamentos entre homens e mulheres na contemporaneidade, a fim de perfilar a "misteriosa fragilidade dos vínculos humanos, o sentimen-

7 AZEVEDO, Antônio Junqueira. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, n. 9, jan./mar.2002.

8 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.107.

to de insegurança que ela inspira e os desejos conflitantes de apertar os laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos"⁹.

Sendo a ambivalência marca dos relacionamentos humanos, não se pode esperar outra conseqüência que não a multiplicidade. Bauman percebe esse fenômeno como traço da modernidade líquida, na qual os indivíduos não mais possuem um grupo de referência em que devam se pautar.

Nessa esteira, tomam vulto as relações impassíveis de enquadramento, dada a complexidade do mundo pós-contemporâneo. Ademais, não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade¹⁰.

É no interím de encerramento do molde familiar patrimonialista, procriativo, desigual e fortemente hierarquizado, registro do período anterior, que se vislumbra a família nascida dos valores constitucionais. Na contramão de quaisquer imposições de arquétipos, e na plenitude de sua pluralidade, ela reúne instrumentos para viabilizar a realização de seus membros.

No panorama da pós-modernidade familiar, a valorização do prazer, dissociado da noção de dever, fragiliza a fortaleza moralizadora dos séculos precedentes, à medida que encoraja a família constitucionalizada. Esta, por sua vez, passa a ser compreendida pelos seus membros como um *lôcus privilegiado*¹¹, "verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito"¹².

Eis que o direito se presta a disciplinar as humanas relações, com o fito de viabilizar convívio harmônico, o que só será possível se as

9 BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

10 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.XVIII, p. 114.

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DELGOLMO, Florisbal de Souza; ARAUJO, Luís Ivani de Amorim. (Coord.) *Direito de Família Contemporâneo e Novos Direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

12 DIAS, Maria Benedita; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 13.

construções legislativas se voltarem ao fato social, rumo ao direito de habitar os mundos genético, afetivo e ontológico¹³, e não permanecer arrimado no passado.

4 Manutenção do instituto da culpa: retrocesso?

Dentre outras causas, a separação pode se revestir do aspecto de sanção, consoante disposto no *caput* do art. 1.572 do Código Civil de 2002.¹⁴ Nesse sentido, é aplicável ao cônjuge tomado como ofensor uma pena, em virtude da violação aos deveres do casamento, imputada pelo cônjuge ofendido. Fachin assim descreve o instituto a que se alude:

Tradicionalmente, se um cônjuge imputa ao outro culpa pela dissolução do matrimônio, diante de grave violação de um dos deveres conjugais ou por uma conduta desonrosa, ao cônjuge inocente é permitido postular em juízo a dissolução da sociedade conjugal. É por isso que nesse caso se volve em separação-sanção. A dissolução pela separação que implica o fim da sociedade conjugal seria uma sanção a uma violação de algum dos deveres conjugais ou a uma conduta desonrosa que torne a vida insuportável.¹⁵

O atual Código Civil, de forma não exaustiva, enumera os aspectos que envolvem a insuportabilidade da vida em comum¹⁶.

Já o parágrafo único do artigo 1.573 opta por deixar ao alvitre do magistrado a consideração de outros fatores aptos à configuração da

13 WELTER, Belmiro Pedro. **A compreensão dos preconceitos no direito de família pela hermenêutica filosófica**: Ensaio científico que faz parte da tese de doutoramento do autor, sobre a teoria tridimensional do direito de família, a ser sustentada na UNISINOS/RS.

14 Segundo o legislador civilista "qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum" (art. 1.772 do CC/02).

15 FACHIN, Luiz Edson. **Código Civil Comentado**: direito de família, casamento, arts. 1.511 a 1.590. São Paulo: Atlas, 2003. p. 67.

16 Art. 1.573: Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

impossibilidade da vida em comum, a ensejar a dita separação fundada na culpa.

Neste toar, inarredável o despontar de inúmeros questionamentos: A posição do legislador é a do pragmatismo dogmático ou a de discricionariedade do magistrado, com amplo e irrestrito poder de decisão? As relações de família são mesmo passíveis de tamanha objetivação? Como devem agir os operadores do Direito, diante de situações que demandam o exercício da interdisciplinaridade? De que forma certas exigências, como a da imputação da culpa, têm contribuído à viabilização de uma separação menos traumática às partes?

Em que pese a atual tendência de atenuação das posições que sustentam a necessidade de incidência da culpa na separação, subsistem opiniões a sustentar que o papel da culpa toma espaço de relevo. Nesse sentido, escreve Carlos Celso Orcesi Costa:

(...) não é possível eliminar-se, em definitivo, do plano do sistema legislativo brasileiro do direito de família, a relação de culpa ou responsabilidade pela separação, sob pena de se descaracterizar, afrouxar, tornar ineficaz, a própria atuação da lei e sua imperatividade, quando prescreve o capítulo dos direitos e deveres positivos do casamento. O descumprimento dos deveres, para que o direito não se equipare a simples regramento moral, há de importar alguma consequência mais ou menos gravosa, porém imperativa.¹⁷

Os defensores da manutenção da culpa como causa da separação alegam que o sistema jurídico só é eficaz quando existente uma sanção para o ato contrário à lei. Assim, prevendo a lei os deveres conjugais, assumidos em razão do casamento, deve haver uma sanção para quem os violar.

O referido argumento é combatido por Peluso, que o classifica como "falácia histórica", afirmando que "até hoje não se provou que alguém pese, na decisão do casamento, o fato de que este possa ser ju-

17 COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v.

ridicamente dissolvido com maior ou menor facilidade". Para o autor, "as pessoas continuam casando-se pelos velhos e sempre bons motivos, que conhecemos e são outros."¹⁸

Sabe-se que o estabelecimento de critérios objetivos pelo Direito é cada vez mais difícil. Por isso, dentre outros aspectos¹⁹, a tendência à objetivação das relações de família, a fim de mantê-las incólumes às tendências contemporâneas, foi fator que conduziu à fatalidade de se colocar a culpa como motor da separação.

5 Causas legais e reflexos jurídicos da culpa

O Código Civil elegeu a necessidade de imputação de fato grave cometido por um cônjuge como um dos fatores determinantes à dissolução da sociedade conjugal, na esteira das legislações que o antecederam.

Esse aspecto atribui às causas da separação-sanção o caráter de punição ao cônjuge que infringiu um dever conjugal, posto que quem o pratica é tido como culpado pelo fim do casamento. Daí surgem as conseqüências estabelecidas pela lei, assemelhadas a sanções civis, que muitas vezes levam à perda de determinados direitos.

Dentre as causas legais que ensejam a separação litigiosa²⁰, o CC/02 alude àquelas que importem grave violação aos deveres do casamento²¹ e as que tornem insuportável a comunhão de vida²².

18. PEUSO, Antonio Cezar. A culpa na Separação e no Divórcio. In: NAZARETH, Eliana Riberti, MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.). *Direito de Família e Ciências Humanas - Cadernos de Estudos*. São Paulo, n. 2, p. 41-58, 1998.

19. Herança moral judaico-cristã, necessidade de perpetuação das instituições sacralizadas do passado. Estado Liberal, extremamente individualista e unicamente voltado às causas econômicas, que encarava a família como o locus de educação das futuras gerações, já que não se preocupava com questões sociais, tais como educação ou saúde pública.

20. Nos termos do caput do art. 1.572 do Código Civil de 2002.

21. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

22. Inclusive, adotando formulação idêntica à do art. 5º, caput, da Lei nº 6.515/77.

Comentar-se-ão alguns dos deveres conjugais, para fins de amparar a constatação do quão difícil é se proceder à punição pelo descumprimento dos referidos deveres.

Dentre eles, reconhece-se o dever de fidelidade recíproca, que diz respeito à exclusividade do débito conjugal, renúncia à liberdade sexual, compreendida como impossibilidade de união íntima, sexual ou afetiva com qualquer outra pessoa diversa do consorte.

Fala-se, ainda, no inequívoco caráter normativo do dispositivo em questão, cujo descumprimento enseja sanção, posto ser revestido de obrigatoriedade.²³

A infidelidade serve de fundamento para o cônjuge enganado buscar a separação. Porém, mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, não há como exigir em juízo o seu adimplemento. Ao menos, não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto, na constância do casamento, demanda pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não-fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? (...) Como a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, despicinda a permanência da previsão legislativa desse dever legal. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada e, lei²⁴.

De fato, a causa culposa de descumprimento do dever conjugal de fidelidade está fadada à ruína. Impõe-se o reconhecimento de que aquele que ama e está feliz com o parceiro não costuma ser infiel. Ou, consoante leciona Fachin, "não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica", posto que a conduta de um dos consortes, a violar deveres conjugais é apenas "sintoma do fim"²⁵.

23. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 254.

24. DIAS, Maria Berenice. Artigo publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, n. 22, set./out. 2003.

25. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.179.

Outrossim, o dever de coabitação implica comunhão de intenções dos cônjuges, ao estabelecerem convivência contínua e ininterrupta, mesmo sem haver residência fixa. Atente-se que não há que se falar em vida em comum como forma de designar relações sexuais²⁶, já que tal exigência seria esdrúxula, consoante elucidada Silvio Neves Baptista:

Se, por exemplo, um dos cônjuges se recusa a manter relação sexual com o parceiro, o outro pode requerer a dissolução da sociedade conjugal; contudo, querendo manter o casamento, não tem como pedir ao juiz a execução específica²⁷.

Em outra perspectiva, é impossível a identificação objetiva de um culpado pelo insucesso do casamento, como se houvesse sido praticado ato ilícito, "a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não desatendimento pudesse ser considerado como ilícito"²⁸.

No que tange aos reflexos jurídicos da decretação de um culpado, tem-se que embora não produza a consequência maior de romper o vínculo conjugal²⁹, a separação judicial dissolve a sociedade conjugal³⁰ com tríplice consequência: pessoal, patrimonial e relativa aos filhos³¹.

Dá-se ênfase aos aspectos pessoais, mais especificamente, às questões legais que envolvem a perda do nome, a guarda dos filhos e o direito aos alimentos, pela maior relação com a culpa.

O uso do nome do outro cônjuge foi disciplinado pelo art. 1.578 do CC/2002. O artigo dispõe que perderá o direito ao uso do nome o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial, desde que o

26 LEITE, Eduardo de Oliveira. Vida em comum no domicílio conjugal. In: O DIÁRIO do norte do Paraná. Maringá, 29 jul. 1991.

27 BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e Direito de Visita. In: A FAMÍLIA na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 284.

28 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 379.

29 Esse só é defeito pelo divórcio. Reconhece-se aqui a inutilidade do sistema dual.

30 O efeito principal da sentença judicial que julga a ação de separação judicial é a dissolução da sociedade conjugal a partir do trânsito em julgado da sentença.

31 PEREIRA, op. cit., 282.

outro tenha requerido e não haja prejuízos à sua identificação pessoal, parental ou não lhe cause dano³².

O CC/2002 disciplinou, ainda, o direito à pensão alimentícia devida ao ex-cônjuge, na linha de que o responsável pelo seu pagamento será aquele declarado culpado³³.

Todavia, a atual sistemática tem direcionado à estipulação dos alimentos ao binômio necessidade-possibilidade³⁴, havendo possibilidade de o cônjuge declarado culpado receber alimentos do cônjuge inocente. Para tanto, basta que aquele esteja inepto para o trabalho e não possua parentes em condições de prestá-los³⁵.

Não bastassem os empecilhos criados ao recebimento de prestação alimentícia pelo cônjuge supostamente culpado, o referido binômio também passa a sofrer o influxo da culpa. É que o § 2º do art. 1.694 dispõe que eles só serão devidos na exata medida do necessário à subsistência do ofensor. Em outras palavras: pagar-se-á somente o suficiente para não matar o suposto culpado de fome.

Note-se a latente contradição da legislação, quando estabelece mecanismos que se dizem hábeis à solução do caso concreto e depois trata de atenuá-los de tal forma que acaba conduzindo-os à desapareição. Eis o caso do indigitado artigo.

Felizmente, os aplicadores do direito, sensíveis à situação de penúria que se legaria a qualquer dos cônjuges que viesse a ser taxado de culpado, posto que jamais transporiam as barreiras legais³⁶ estabelecidas à percepção dos alimentos, tratou de se edificar sob os firmes pilares da dignidade, excluindo, gradativamente, a figura da culpa de nossos julgados, para fins de concessão de alimentos.

32 ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

33 Art. 1.702 do Código Civil de 2002.

34 Tratado no 51º do art. 1.694 do Código Civil de 2002.

35 Art. 1.704, parágrafo único do Código Civil de 2002.

36 Não ter o cônjuge culpado qualquer parente que possa auxiliar na sua subsistência e não ser apto ao trabalho. Ressalte-se que ultrapassadas tais condições, os alimentos serão prestados, mas na medida exata do mínimo à sobrevivência.

Sabe-se, pois, que a discussão das vicissitudes de vida do casal perante o Judiciário, a fim de apurar de quem foi a culpa pelo desfazimento da sociedade conjugal é maneira dissimulada que a Lei encontrou, a pretexto de manter os vínculos sagrados do matrimônio, de adentrar na esfera íntima do ser humano, impelindo-o a expor suas dores e seus dissabores.

Irônica atitude do legislador, quando da conservação da culpa para dissolver a sociedade conjugal, levando dramas íntimos e personalíssimos à exposição e, possivelmente, ao escárnio. Trata-se de verdadeira invasão da individualidade da pessoa, atingindo-a em sua dignidade.

A culpa é alavanca de uma forma disfarçada de posituação da vingança, da ira, verdadeira inversão de valores, já que pretende revelar a ética, nos moldes de moralidade reinante – que se pretende preservar – mas, que acaba destruída pelos seus próprios instrumentos.

Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafraseando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode dizer-se que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz. (...) os psicanalistas levam meses, até anos, para descobrir as motivações últimas e inconscientes da mais pedestre raça humana. Os juizes, contudo, esses têm o dever e a pretensão de desvendar na estreiteza e superficialidade do processo³⁷.

Eis o modelo contemplado pela nossa legislação civil, quando optou pela manutenção da culpa para o desfazimento da sociedade conjugal. Este fator, a nosso sentir, positiva a retributividade da dor causada a outrem, uma espécie de vingança, por ter sido frustrada a expectativa de se ser eternamente amado, e mais: na medida exata dos danos sofridos, que, acredita-se, tenha o juiz a dádiva de estipular.

37 PELLUSO, Antonio César. O desamor como causa de separação e divórcio. *Seleções Jurídicas*. ADV-COAD, mar. 1998, p.36-40. Disponível em: <<http://www.gallegal.net/mediatos.asp?ivTextoid=1130619101>>. Acesso em 13 fev. 2008.

6 Os Princípios Constitucionais do Direito de Família: rumo à supressão da culpa

O momento se propõe à verificação da possibilidade de coexistência do sistema que pugna pela manutenção da culpa no ordenamento jurídico e aquele que se assenta na dignidade da pessoa humana, instituído pelo movimento de constitucionalização do Direito de Família, mais precisamente, pelo reconhecimento dos princípios constitucionais atinentes às reflexões de Família.

Na trilha da exposição, embora a doutrina não seja concorde quanto aos princípios que regem o direito de família, mister que sejam tomados aqueles que guardam relação mais estreita com a conjugalidade e o momento em que seus laços são desfeitos.

Estudar-se-á, a partir de então, em que aspecto cada um desses princípios se (in) compatibiliza com o sistema de apuração da culpa na separação judicial figurado no CC/2002.

6.1 Princípio da Facilitação do Divórcio

Muitos eram os empecilhos gerados pela legislação ao desfazimento conjugal, até que se chegasse ao momento presente, em que o direito à separação, assim como o de contrair matrimônio, passou a integrar o rol de direitos da personalidade.³⁸

Não obstante, a CF/88 compreendeu a desnecessidade de se buscar um responsável pelo término do matrimônio, empreendendo esforços no estabelecimento de mecânica legislativa compatível com a ampliação das possibilidades de divórcio, com o intuito de consolidar a permissiva cunhada pela linha personalista.³⁹

38 ALVES, op. cit., p. 76.

39 SILVA, Clovis Couto. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro* apud BITTAR, Alberto Carlos; BITTAR, Alberto Filho. *Direito Civil Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Finda a concepção sacralizada do matrimônio⁴⁰, cujos laços não mais são impassíveis de dissolução, imperativo que as pessoas se unam e assim permaneçam por força da sua vontade e do amor, e não porque a Igreja impõe. Assim, é de causar perplexidade o fato de o Código Civil de 2002 ter mantido a necessidade de apuração da culpa, para decretação da separação judicial litigiosa.

6.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança

A necessidade de apuração da culpa não guarda qualquer relação com o princípio em tela, uma vez finda a noção de que seria a guarda do infante deferida àquele cônjuge que não fosse declarado culpado pelo fim da sociedade conjugal.

O critério prevalecente, nos dias de hoje, é o do melhor interesse da criança, que impõe que a guarda será atribuída a quem revelar as melhores condições⁴¹ de exercê-la, nos termos do disposto no art. 1.584 do CC/02.

Ressalte-se, por relevante, a tendência atual de se priorizar o melhor interesse da criança, mediante a aplicação da guarda compartilhada, ou conjunta, onde nenhum dos pais sofre a privação do convívio cotidiano com os filhos.

Desatenta a tais aspectos, a legislação insiste na ávida busca por culpados, fechando os olhos às conseqüências desastrosas disso para as crianças e os adolescentes. É que a revolta oriunda da separação, mormente, na ocasião em que se imputa uma culpa a alguém, compreende sentimentos tais como aversão, angústia, raiva, dor e medo, que

40 O Direito Canônico teve contribuição salutar neste processo que, inclusive, amparou o princípio judaico-cristão da culpa, a fim de castigar os responsáveis pela desagregação desses laços sagrados. Curioso o fato de até os dias atuais se adotar a máxima católica "O que Deus uniu, o homem não pode separar". Até o fim da idade média, a Igreja manteve forte sua autoridade no que diz respeito ao casamento, quando a eclosão da Reforma Protestante transferiu para o Estado a competência para ditar as regras, admitindo a dissolução do matrimônio, caso fosse essa a vontade dos cônjuges. Perceba-se que a influência dos conceitos básicos extraídos da doutrina canônica até hoje incide no direito pátrio.

41 Refere-se a condições não apenas materiais, mas psíquicas, afetivas, emocionais, educativas, psicológicas.

fatalmente conduzirão os cônjuges a se posicionarem como vítimas, atribuindo ao outro a culpa pelo acontecimento de tantas mazelas.

Tal situação dá ensejo a que os filhos se sintam responsáveis pelo insucesso do relacionamento dos pais, adentrando em um mundo de dúvida, desconsolo e tristeza. É o que Maria Berenice Dias como Síndrome da Alienação Parental⁴².

Em vista disso, resta clara a impropriedade de se apurar culpa, quando da separação judicial, caso se pretenda preservar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

6.3 Princípio da Igualdade

Rodrigo Pereira da Cunha toma a igualdade com ênfase ao respeito à alteridade, que é baseada no reconhecimento do outro, de suas peculiaridades, e não em sua discriminação ou inferiorização⁴³.

O autor destaca que ainda vivemos sob o jugo da desigualdade de gêneros e da violação do direito à igualdade, apesar da sua proclamação pelos organismos internacionais e pelas constituições democráticas.

É partindo dessa concepção que se entende a manutenção da culpa pela legislação civil de 2002 como mácula à igualdade.

É que a mulher, durante séculos, foi tomada como propriedade masculina, subjugada à vontade do chefe da família, a quem deveria se submeter e servir. Isso se manifesta mesmo hodiernamente, por exemplo, com a tolerância à infidelidade masculina, enquanto a feminina é odiosa.

Como bem compreende Paulo Lôbo, a desigualdade das acepções acerca do homem e da mulher, quanto aos comportamentos durante

42 DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

43 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro: para a organização jurídica da família*. Curitiba: UFPR, 2004. 157 p. Tese (doutorado) - curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2004. p.100.

centenas de anos atribuíveis a cada gênero, mesmo no contexto da valorização da igualdade, ainda está permeada de crendices.

E manter-se a culpa é perpetuar esses tabus, à medida que a delegação feita pelo Estado à família, quanto à formação dos cidadãos, é tarefa que acaba quase sempre onerando exclusivamente a mulher, havendo certo descompromisso tanto do homem, como das entidades públicas e entes governamentais⁴⁴.

Portanto, à luz do exposto, mesmo em meio à promoção de políticas de gêneros, a sociedade ainda é relutante em aceitar a situação em que a mulher não quer mais manter a sociedade conjugal, ou aquelas em que quem deixa de amar primeiro é o cônjuge virago. Por isso, manter a culpa na legislação civil ainda é forma indireta de consagrar desigualdades, inclusive, as de gênero.

6.4 Princípios da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal

É muito tênue o limite entre a necessidade de se preservar a privacidade e a intimidade da família, a reger suas relações segundo sua vontade e determinação, e o dever do ente estatal de harmonizar a convivência familiar, mediante a implementação de políticas sociais,⁴⁵ para ordenação da família. Em outras palavras, até onde o Estado poderá adentrar no seio familiar, para impor os seus meios de estruturação, para fins de preservar este instituto?

No momento em que a tendência do Estado é afastar-se cada vez mais da vida privada do cidadão, não faz sentido desconsiderar que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade. É de se perguntar, portanto, se o Estado poderia impor que existe um culpado pelo fim do casamento.⁴⁶

44 DIAS, Maria Berenice. O dever de fidelidade. *Revista AJURIS* n. 85, t. 1, p. 477-479, mar. 2002.

45 Incentivo a controle de natalidade, planejamento familiar, paternidade responsável, assistência educacional aos membros da família, proibição de violência etc.

46 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, psicanálise e inclusão social. In: *DIREITO de família*

Vê-se que quando o Estado impõe normas por demais restritas, baseado na proteção ao instituto da família, muitas vezes, acaba por malferir o princípio da não-intervenção.

É que somente as famílias são hábeis ao estabelecimento dos preceitos que devem nortear a sua convivência. Apenas elas têm a capacidade de saber quais os caminhos que as conduzirão à realização e à felicidade enquanto núcleo familiar, sobretudo, porque as diretrizes que adotam são de caráter personalíssimo.

Embora tais direitos não se revistam de caráter absoluto, não se nega a contradição contida na exigência estatal de que a pessoa em busca da separação escancare por completo as esferas individual, privada e íntima do outro cônjuge, para obtenção do desmanche matrimonial.

A fórmula que estabelece a imputação da culpa malferre a paz da pessoa na qualidade de elemento essencial à garantia da intimidade, como bem assevera o professor Sílvio Romero Beltrão, quando da constatação de que o direito à vida privada considera a autonomia da pessoa humana, como a liberdade de tomar decisões sobre assuntos íntimos e revela-se como garantia de independência da pessoa.⁴⁷

A Liberdade deve contemplar tanto a vontade dos indivíduos de constituírem matrimônio, quanto seu desejo de dissolvê-lo, quando a relação conjugal não mais estiver pautada no respeito, no afeto e na compreensão.

Ninguém pode ser constrangido a permanecer casado, por receio de vivenciar as vexatórias e injustas medidas impostas pela Lei civil ao cônjuge, seja no momento em que se apura a culpa perante o Judiciário, seja naquele em que é apenado por não mais querer viver em matrimônio.

Resta nítido o estorvo ao princípio da liberdade, ou autonomia, causado pela manutenção de um regime falido de averiguação de culpa.

contemporâneo e novos Direitos: Estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119-120.

47 BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 129.

6.5 Princípio da Afetividade

Sob a justificativa de preservar a sociedade, o Estado se arvora no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos.

Como é de se esperar, o fim do amor causará frustrações, dor, decepções, pois, para o bem ou para o mal, há um sentido de eternidade no casamento. Ao contrair matrimônio, evidente que ninguém carrega consigo o desejo de vê-lo rompido.

E quando o afeto é findo, o sentimento mercantil se aloja entre os casais e parece requerer trocas simbólicas e/ou materiais, numa intrincada teia psicológica, envolvendo egos e papéis, na trilha do confessionário, do divã ou do fórum.⁴⁸

Possivelmente, o princípio da afetividade é o que apresenta maiores dificuldades de aquilatar, pois envolve elementos ecléticos. Cuidar de sonhos, aspirações, sentimentalidades e desejos certamente não é tarefa das mais simples, quicâ para o Direito, tão relutante em compreender que a nova estrutura da família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram importância secundária.

Nesse ínterim, não tem sentido a averiguação da culpa com motivação de ordem íntima, psíquica, concluindo-se que a conduta pode ser apenas sintoma do fim da união afetiva matrimonial⁴⁹.

A averiguação da culpa distoa da evolução social da família, uma vez os pressupostos do casamento são a vontade e o afeto, não os ditames estatais, que visam a uma suposta proteção da instituição familiar

48. COLARES, Marcos. *A sedução do ser feliz*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 185.

49. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 179.

Deixar de amar alguém não é um ato planejado, calculado ou decorrente de culpa. Não pode ser medido nem apedido, pois se trata de impulso inerente à condição humana, ocorrido, muitas vezes, na mesma intensidade que o próprio amor.

Assim, o término do amor é um semento subjetivo que não se expressa racionalmente, não sendo razão a permanência compulsória no CC/2002 de um vínculo matrimonial que não há mais amor.

6.6 Princípio da Dignidade Humana

A dignidade atrela-se à noção de que o homem não pode ser tratado como coisa, objeto de Direito. Ele é, sujeito de Direito, "titular de faculdades subjetivas"⁵⁰.

O princípio é bem lembrado por Lúcia ao apreender o sentido que lhe atribuiu Immanuel Kant, relacionando a tudo aquilo que não tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em troca dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa estima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela é dignidade.⁵¹

Carmem Lúcia Antunes Rocha foi pioneira no estudo da dignidade como processo inerente ao constitucionalismo contemporâneo, estabelecendo uma nova forma de pensar o sistema jurídico, tomando a dignidade como "Princípio e fim do Direito"⁵².

Muitos são os exemplos das formas como esse princípio se manifesta no ordenamento: mediante a justificação da mudança de sexo e de

50. *Idem*, p. 66.

51. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costos*. Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986. p. 77 apud LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <www2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 06 nov. 2007.

52. ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade frente à exclusão social. In: *Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados - Justiça, realidade e utopia*. AB, Conselho Federal, p. 69-92, v. I, 2000.

nome de transexual, adoção por homossexuais, eliminação de embriões excedentários, aborto legal, pena de morte, dentre outros.

Tem-se, ainda, que o princípio jurídico da dignidade como fundamento de um Estado Democrático, que exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana, em cujo âmago reside o imperativo de exigência a todos os operadores do Direito para que abandonem preconceitos, de modo a se evitar tratamento indigno a qualquer pessoa humana.

Sabidamente, a jurisprudência nacional consagra o simples reconhecimento da ruptura da vida conjugal, expurgando a culpa e as suas consequências jurídicas. Nessa linha, as punições decorrentes do decreto judicial de separação-sanção aos poucos tendem à total desapareção.

7 Considerações finais

Muitas razões conduzem à crença de que o Código Civil não refletiu o estágio atual de desenvolvimento das relações de família. De tal constatação despontaram justificativas a explicar os motivos do legislador civil para imputação de culpa, no ato de desfazimento da sociedade conjugal.

Sustentou-se que o projeto do Código Civil é muito antigo, redigido sob os clamores da década de 70, somente vindo a ser aprovado quase um século depois. Daí o fato de já ter nascido velho.

Fala-se, também, na necessidade de se resguardar o conceito de família, tão esfacelado na pós-modernidade, usando-se a culpa como óbice à iniciativa de se pleitear a separação.

Encontrou-se respaldo à imputação da culpa até mesmo em moralismos, que só atrasam a marcha rumo à viabilização da felicidade, pois não há moral no mundo capaz de contemplar os anseios de cada um dos membros que optaram pela vida em família, cada qual à sua maneira. E se imiscuir de reconhecer tais maneiras seria mais do que um atentado à dignidade, seria injustiça.

Conforme verificado, o aparato principiológico, fruto do movimento de constitucionalização do Direito Civil, não guarda qualquer compatibilidade com o sistema que preconiza a imputação de culpa, mantido no CC/02. Muito pelo contrário; tal sistema caminha na contramão da História.

É indubitável que cada vez mais se percorre caminho sem volta com destino à eliminação da culpa, seja pela desconsideração de seus efeitos pelos aplicadores do direito, seja, sobretudo, pela urgência de se reler o CC/02 à luz dos princípios constitucionais aplicados às reflexões de família. Eis o meio mais coerente de viabilizar "o direito a ver um futuro diferente disso que aí está"⁵³.

No guilt of being the constitutional family.

Abstract

Significant changes on the civil law has been observed, especially, in the family, when their relations are guided in respect to subjectivity and individuality, in affection, solidarity, feelings shared by members of the new family entities outlined by the constitution of 1988. However, the 2002 civil legislature remained, inexplicably, the system that considers necessary the guilt allocation by one spouse to the other, both for purposes of obtaining a decree of separation, and to punish the guilty spouse by the end of the conjugal society. By clarifying some of the constitutional principles that focus on Family Law,

by the constitutionalization of civil law, one seeks to check if there is, in fact, the need to determine guilt, for the dissolution of marriage ties, when the concern now is to reinterpret the past institutes in order to conform them to the expectations of society today. Achieving the justice ideal, in this sense, will only be viable when the family reflections to pay attention to more universal standards and judgments, where the ethics' principles, core of human dignity will be superimposed on any other moral.

Key-words: Separation. Guilt. Family. Constitutional Principles.

53 FACHIN, Luiz Edson. A "Reconstitucionalização" do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 a 07/10/2004.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial: Uma perspectiva histórico-jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. **Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia**. Brasília: AB, Conselho Federal, p. 69-92, v. I, 2000.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e Direito de Visita. A FAMÍLIA na travessia do milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-294

COLARES, Marcos. **A sedução de ser feliz: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações**. Brasília: Letraviva, 2000.

COSTA, Judith Martins. **A construção do direito privado: reflexos dos princípios e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone Coelho. Separação litigiosa, na esquina do direito com a psicanálise. **Ajuris**, n. 76, p. 233.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Casamento: nem direito nem deveres, só afeto. **Ajuris**, n. 80, p. 205, 2000.

_____. Separação: Culpa ou só desamor? **Seleção Jurídica**, Institutos dos Advogados do RS, ADV, mar./abr. 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios**. VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004.

_____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Código Civil Comentado: direito de família, casamento, arts. 1.511 a 1.590**. Álvaro Villça de Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DIREITO de Família Contemporâneo e Novos Direitos: Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 de maio de 2008.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 06 nov., 2006.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de família no novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 53-81, 2001.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PELUSO, Antônio Cezar. O desamor como causa da separação e do divórcio. **Seleção Jurídica**, Institutos dos Advogados do RS, ADV, p. 49, mar./abr. 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

_____. **Direito de Família Contemporâneo**. Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinar. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro: para a organização jurídica da família**. Curitiba: UFPR, 2004. 157 p. Tese (doutorado) – curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004.

_____. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Anais do I Congresso de Direito de Família.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. São Paulo: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2007.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A influência da constitucionalização do direito privado nas relações contratuais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/privado.pdf>>

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1967. v. III.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 17, a. 5, jan./mar., p. 33-49, 2004.

_____. Muito pior a emenda que o soneto. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10. p. III, abr./jun. 2002.

_____. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WELTER, Belmiro Pedro, **A compreensão dos preconceitos no direito de família pela hermenêutica filosófica: Ensaio científico que faz parte da tese de doutoramento do autor, sobre a teoria tridimensional do direito de família, a ser sustentada na UNISINOS/RS**.

Ordem econômica e meio ambiente: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais¹

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá, Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília, Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília.

Resumo

A proteção do meio-ambiente hoje não pode servir como argumento contraposto de forma radical ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social, devendo-se procurar perspectivas de integração

deste bem jurídico com os interesses econômicos públicos e privados.

Palavras-chave: Direito ambiental. Ordem constitucional econômica. Decisões judiciais.

I Notas Introdutórias

Pretendo neste tópico abordar o tema da relação entre meio ambiente e ordem econômica no Brasil, notadamente para os fins de estabelecer como isto dever ser levado em consideração na decisão de casos judiciais concretos que envolvam bens e interesses ambientais e

Referência deste artigo

DUARTE, Raissa Teles. Sem culpa de ser a família constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 433-458, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 03 set. 2009. Aprovado em: 30 nov. 2009.

¹ Este ensaio é o resultado parcial do Projeto de Pesquisa sobre IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS, desenvolvido junto ao Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, sediada no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

econômicos. Para tanto, vou tecer algumas considerações preambulares sobre o tratamento normativo que é dado ao meio ambiente na ordem constitucional e como isto se conecta à ordem econômica, após o que serão constituídas algumas ferramentas argumentativas para auxiliar o deslinde de conflitos que possam se estabelecer no particular.

II Meio ambiente, ordem econômica e Constituição: prognósticos do sistema jurídico brasileiro orientado pelos Direitos Fundamentais e sua dimensão ambiental

Estou convencido, com outros filósofos e juristas no Ocidente, que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo². Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve itself. That is the key to a proceduralist conception of law³.

2 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998. p.47.

3 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, op. cit., p. 493. Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é do ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito (como quer STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.176, isto porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo alemão numa aceção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade,

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia a dia de seu evoluir? Dá-se pela via da transmutação desta vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas inseridas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: *the basic rights to conditions of live which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights⁴.*

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados), e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista⁵* – haja vista a comple-

mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensejam a formação de um modelo de Sociedade historicamente situada e compromissada, axiológica e deontologicamente).

4 Conforme HABERMAS, Jürgen. Postscript to *Between Facts and Norms*. *New York University Law Journal*, E. 154. New York University Press, sep. 2004, p. 50.

5 VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. p.118.

xidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontornável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada na dicção do que sustentava Savigny⁶, no sentido de permanentemente lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Robert Alexy⁷, três níveis, que se constituem em: 'regras', 'princípios' e 'procedimentos'; fundadas, pois, na iclía da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

Hay que evitar un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello – dicho con otra terminología – de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente si en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución.⁸

6 SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Turim, Deltrico, 1960. p.118.

7 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p.174.

8 Idem, p.176.

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art.225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais posso destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação⁹. Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando aqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.¹⁰

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); 3) quanto à polícia do ambiente, esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente¹¹.

9 Como quer DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 164 e seguintes.

10 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.119.

11 CANOTILHO, J. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 9, p. 47, 1993.

Mas de que meio ambiente trata o sistema jurídico brasileiro? É comum se afirmar que o conceito de meio ambiente nos últimos anos tem obtido ampliação significativa, inclusive em termos de espécies distintas mas integradas, tais como meio ambiente natural e meio ambiente artificial, que, por seu vez, se subdivide em meio ambiente artificial ou urbano, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, dentre outras classificações que poderiam ser agregadas. Nesta direção, o meio ambiente artificial diz com a criação humana material e intelectual, o patrimônio histórico e o meio ambiente do trabalho humano – onde são tutelados bens atinentes à saúde e à segurança do trabalhador, cabendo ao empregador, – por meio do método preventivo e de maneira objetiva –, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

Já no que tange à relação do meio ambiente com a ordem econômica, importa observar o que está disposto no art. 170, da Constituição Federal, modificado pelos termos da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, no sentido de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o estabelecido no inciso VI, a saber: *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.¹²

Nada mais coerente do que esta modificação impressa pela Emenda Constitucional referida, em face da prioridade que a ordem econômica dá ao asseguramento a todos de existência digna, o que não existe sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida de todos.¹³

12. Faço uma abordagem ampliada desta discussão em meu livro LEAL, Rogério Gesta. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

13. Portanto, destoando da orientação economicista de COASE, Ronald Henry. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1., p.16, 1960, para quem, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

Por estas razões é que o próprio conceito de dano ambiental também restou ampliado, para atender os multifacetados caracteres do conceito de meio ambiente referidos. Assim é que a doutrina insiste com o fato de que *dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida*.¹⁴ De outro lado, os recursos ambientais sob a perspectiva normativa, consoante os termos do art. 3º, inc. V, da Lei Federal nº 6.938/1981, são: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Daí que Paulo Affonso Leme Machado define o dano ambiental como aquele sofrido pelo conjunto do meio natural ou por um de seus componentes, levado em conta como patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões sobre pessoas e bens. É a lesão (alteração, prejuízo de um fator ambiental ou ecológico, ar, água, solo, floresta, clima etc.), que gera uma modificação – para pior – da condição de equilíbrio ecológico do ecossistema local ou abrangente.¹⁵

Decorre daí as preocupações com a questão, por exemplo, da sustentabilidade, aqui entendida fundamentalmente nas suas dimensões: (a) social, verdadeira finalidade do desenvolvimento; (b) a cultural; (c) do meio ambiente, e a (d) econômica.

Neste particular, é preciso atentar para o fato de que a estas questões estão associadas tantas outras, como a distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades, afigurando-se a sustentabilidade econômica não como condição prévia para as anteriores, mas variável que tem de ser mensurada contingencialmente tendo em conta as demais sustentabilidades; estão presentes aqui também questões relativas à existência ou falta de governabilidade política e a geração de políticas públicas curativas e preventivas das sustentabilidades referidas.¹⁶

14. MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 421-2. Ver também o excelente texto de BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Paget, 2004.

15. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.118. Ver igualmente o trabalho de FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

16. Ver o texto de SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Gatamond, 2002.

Por tais razões que Henrique Leff insiste no fato de que *o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano.*¹⁷ Da mesma forma o magistrado federal Zenildo Bodnar refere que esta sustentabilidade deve ser entendida como imperativo ético tridimensional: *implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.*¹⁸

Em face destes elementos a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o da **precaução**, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental.

No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois

17 LEFF, Henrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 31.

18 BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. p.06. Texto virtual enviado pelo autor em 15/04/2009. No mesmo texto ainda adverte o autor: *A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa tríplce dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhoria das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional.*

tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes¹⁹, a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Esta nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

*Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.*²⁰

A partir da idéia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza abso-

19 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79 e seguintes. Da mesma forma MACHADO, Paulo Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

20 DERANI, Cristiano. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p.167.

luta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo, que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.²¹

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho assevera que as idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbüßl*) entre bens juridicamente protegidos.²²

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.²³

21 BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 172.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 1174. Ver também o texto CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português**. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Ambiental Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

23 Idem, p. 1.179. Na mesma direção ver o texto de BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Ambiental Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

A partir daqui, quero tratar de dois casos paradigmáticos em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve de enfrentar vários aspectos do meio ambiente e da ordem econômica para solver situações que – aparentemente – poderiam redundar em situações periclitantes a direitos individuais e coletivos.

III Primeiro Caso

O primeiro caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido²⁴, em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egregio Tribunal de Justiça (fl.254), "a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto n° 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas no art. 108 do mesmo diploma". O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Diga o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias. (...)

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa à indenização e a obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos

24 No âmbito do Agravo de Instrumento nº 70915155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha autoria.

nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse, as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais), por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento, sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º, art.12, e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento danoso ao meio ambiente. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotado quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não teria o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não geraria qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado, e quem deveria produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa-se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe da Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros dados do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação sem qualquer tipo de tratamento de dejetos. Há documentos do Município nos autos dando conta de que este Condomínio possui rede de esgoto *servido por tratamento primário com fossa séptica*, sendo este o **tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade**. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, em sua investigação, que *de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de uma fossa séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público.*²⁵

Assim, até aquele momento processual, não havia sequer indício de qual o impacto ambiental que poderia decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o forneci-

25 Relato do Ministério Público no feito.

mento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, vários quilômetros antes e acima da zona urbana; (e) o referido arroio, no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas.

Estes fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? (3) Que impactos econômicos podem decorrer desta decisão e para o próprio empreendimento e Município? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente é aquele que dá indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art.5º, XXXVI, art.225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos do art.90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art.21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por cir-

cunstâncias de fato²⁶, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiente sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se dar com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, era dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

(3) Mas e os impactos econômicos significativos que podem advir deste cenário de inviabilização da iniciativa edilícia que se apresenta no feito? E as pessoas que já adquiriram seus imóveis para neles residir? E a empresa que – empregando muitos – tem que responder não só para com as condições do condomínio, mas também com eventuais

26 Nos termos do art.81, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

indenizações por atrasos de obras e outras medidas de regularidade ambiental/processual? Qual o limite de suportabilidade do meio ambiente e das pessoas envolvidas à solução do caso concreto?

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico²⁷. Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo nº 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que: *As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.*²⁸

No Brasil, a Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: *As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade

27 Conforme o trabalho de MIRRA, Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alípio; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.

28 ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2001. p. 31.

européia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador²⁹.

Tendo este princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais.

Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e pelo empreendimento poluidor, envolvendo todos aqueles que estão vinculados – direta e indiretamente³⁰ – a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sózinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil ao meio ambiente e à Sociedade a prova do fato constitutivo do seu direito, o que é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo consuetário de forma absoluta.³¹

29 Conforme ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador*: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Coimbra, 1997. p.27. O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) – sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

30 Estou me referindo, no caso, à responsabilidade do Poder Público local, que autorizou a obra, com os seus licenciamentos respectivos, na perspectiva, por certo, de rentabilidades fiscais futuras. Sobre esta perspectiva, ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

31 Vai neste sentido o texto de LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.95. Refere o autor que prevalece no processo civil moderno o princípio geral

Diante da decisão judicial de primeiro grau, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insistindo com a tese da irregularidade da instalação do hospital no local, em virtude do risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes, tratando-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria. Argumentou que o laudo elaborado fundação pública especializada nestas questões, confirmou a inadequação do local, na forma em que se encontrava, para a instalação de unidade de saúde, o que foi ratificado pelos técnicos da Secretaria Municipal de Gestão Ambiental, e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, consoante ampla documentação acostada no feito. Apontou, ainda, malferimento às regras inscritas na Constituição Federal (artigo 170, inciso VI), e no Estatuto das Cidades (especialmente artigos 2º, incisos I, IV, VI, e XIII; e 36 a 38). Por derradeiro, disse que a área escolhida para a instalação do hospital “... é uma das zonas mais problemáticas do Município, em termos ambientais. Por isso, não podem os réus, à revelia do interesse social, decidir pela implantação de um equipamento de saúde que, sabe-se, consumirá mais de R\$ 40 milhões, em local que as manifestações técnicas indicam ser inadequado”, pedindo a concessão da liminar para suspensão do início das obras e, no mérito, o provimento do recurso.

No Tribunal o efeito suspensivo foi deferido, oportunizando-se a manifestação dos agravados.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde veio aos autos apresentar contra-razões, suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público, haja vista a ausência de prova de que as obras de construção do hospital já tinham iniciado ou estivessem na iminência de começar. Apontou a ausência dos elementos autorizados da concessão da tutela antecipada, em face da regularidade da obra, inexistindo qualquer óbice à instalação do hospital em área contígua ao Distrito Industrial. Argumentou quanto à efetiva obtenção de todas as licenças e autorizações para a construção da casa de saúde, inexistindo qualquer oposição da FEPAM para que as obras fossem iniciadas. Postulou, ao final, o desacolhimento do recurso.

O Estado do Rio Grande do Sul de igual forma ofereceu contra-razões, defendendo a regularidade do local escolhido para a instalação do hospital, perquirindo a manutenção da decisão hostilizada.

O Sr. Procurador de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, mostrando-se irregular a instalação do Hospital Regional nos limites do Distrito Industrial de Santa Maria, todavia, entendeu desnecessária a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial neste momento processual.

Diante da complexidade da matéria, tenho que algumas considerações precisam ser esposadas com caráter introdutório de minhas razões na delimitação da perspectiva de solução ao caso.

Cumpra consignar que tanto a propriedade como a cidade, historicamente, variaram conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade e pelo espaço público da cidade derivam do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que tais institutos não têm natureza meramente jurídica, e tampouco podem ser tratados como mônadas no âmbito do tecido social em que se encontram, mas, ao contrário, afiguram-se como verdadeiros fatos/atos jurídicos e sociais, provenientes muito mais de correlações de forças múltiplas – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo³⁴.

Em termos de Brasil, festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é escato que o domínio enfusca os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vultumbra a criação

34. Tratei deste assunto no livro LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.³⁵

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade³⁶.

A Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delimitadoras de um conteúdo mínimo à sua função. Desta sorte, tem-se, por exemplo:

(1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III.

(2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada.³⁷

(3) O art. 182 e seguintes da Constituição atual fixam regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária.³⁸

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito de propriedade, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas

35 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.67.

36 Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

37 Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, entendemos que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

38 Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local - art. 182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva do solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapão especial urbano - art. 183 - sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m²; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

pelo ordenamento jurídico, formam o seu estatuto³⁹, não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar⁴⁰. Aliás, é o próprio sistema normativo brasileiro que indica alguns parâmetros de irregularidade ou danosidade para o direito de propriedade urbana e seu exercício, ao menos em termos potenciais, a saber, os formados pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais⁴¹ atinentes à matéria.

Na verdade, tenho que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos - tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, ilicitude por si só⁴².

Todas estas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que ele é, antes de tudo, propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre estes temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão (vinculada) desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído⁴³.

39 Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de Derecho Civil**. Madrid: Civitas, 1987. p.139.

40 Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. Limitações da propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.421, 1970, p. 39-46.

41 Os do Estatuto da Cidade, por exemplo.

42 Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a "fazer", a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. **Diritto Urbanistico**. Turim: UTET, 1998. p.48.

43 Neste sentido o trabalho de LEFEBVRE, Henry. **The production of space**. London: Blackwell, 1992. p.34 e seguintes. Ademais, os ditames do art.2º, do Estado da Cidade.

De outro lado, aqueles elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade e da cidade estão prévia e definitivamente conectadas, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Ao lado destas questões normativas à espécie, há as políticas e sociais latentes no caso concreto, eis que não se discute o mérito do projeto (a construção de um hospital em região tão carente de serviços de saúde), causa de comoção e mobilização comunitária – como se pôde vislumbrar dos documentos e partes envolvidas –, mas tão somente o *locus* de sua instalação.

A tese provocadora da jurisdição e apresentada pelo Ministério Público é a de que o local definido para a instalação do Hospital Regional (Rede Sarah) é inadequado para tanto, em face dos seguintes fatores:

(a) trata-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria, podendo acarretar danos à saúde dos pacientes, em face da exposição à poluição decorrente da atividade industrial;

(b) a Sociedade de Engenharia e Arquitetura de Santa Maria reconheceu a existência de "... atividades e/ou indústrias (Usina de Asfalto do município e indústria de baterias) que podem ser enquadradas como 'usos incompatíveis e inconvenientes'", devido à "proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes" à unidade de saúde;

(c) de acordo com estudo elaborado por fundação especializada na matéria, a referida área apresenta-se vulnerável à poluição, seja em razão de sua geologia (predominantemente arenosa e permeável), seja porque o solo apresenta acidez e baixa fertilidade natural, possuindo "alta permeabilidade e grande índice de susceptibilidade à erosão";

(d) ainda de acordo com esta fundação, há sinais de poluição, decorrentes da presença de lixo nas proximidades e da contaminação dos

recursos hídricos com esgotos e lixo urbano e industrial (inclusive com emissão de resíduos sem qualquer tratamento), "... sendo perceptível um odor muito forte e focos de proliferação de insetos" (fl. 11);

(e) a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental também se manifestou sobre a impossibilidade de instalação do hospital no local definido pelo Estado, apontando, além dos elementos já citados: que o regime de ventos no local não favorece a construção de unidade de saúde, que o solo não se afigura o mais adequado para a realização de obras de vulto; e que o local é desaconselhado para obras destinadas a intensa ocupação humana, em virtude da poluição;

(f) o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB-RS), de igual sorte, indicou suas preocupações relativas às conseqüências nocivas que poderiam decorrer da instalação do hospital no local escolhido, em face dos problemas já apontados;

(g) os órgãos representativos de profissionais da saúde (Sindicato Médico de Santa Maria, Unimed Santa Maria, Conselho Regional de Medicina) apontaram, ainda, a ausência de rede de esgoto tratado, a presença de poluição industrial e o risco de poluição dos aquíferos com os dejetos do hospital, impondo-se a realização de estudos aprofundados para a sua instalação; e

(h) a Associação de Empresas do Distrito Industrial de Santa Maria e o IBAMA manifestaram-se contra a localização da unidade de saúde no local indicado pelo Estado, referindo questões acerca da limitação da atividade industrial e do impacto ambiental na área, decorrentes da interação entre os estabelecimentos instalados no DI e a saúde dos pacientes, impondo-se a realização de estudos aprofundados para aferição da viabilidade da obra.

Todas estas manifestações trazidas aos autos, lídimas em face do princípio da participação popular no âmbito da formulação, execução e acompanhamentos de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art.2º, II, do Estatuto da Cidade), corporificam mecanismos de gestão democrática da cidade, estabelecendo verdadeira interlocução jurisdicional à solução do caso concreto.

Aqui, efetivamente, pode-se visualizar a importância do enfoque e contextualização societal do problema sob comento, bem como o universo de intérpretes e concretizadores do plexo normativo cogente brasileiro que se formou, reunindo múltiplas representações legítimas de proteção dos interesses envolvidos. Decorre daqui, verificar as múltiplas variáveis que estão presentes no caso em termos materiais (natureza social do conflito), identificando quem são os sujeitos conflitantes, a história detalhada e matricial do conflito, bem como suas contingências econômicas, políticas, ambientais e de saúde pública, e em que medida tais elementos atingem os sujeitos conflitantes ou mesmo podem conformar o conflito em si.

Neste sentido, o problema jurídico é sempre um problema prático-normativo⁴⁴, porque (a) o seu caráter problemático-metodológico específico é regulativo (está alcançado pelo sistema de normas vigentes), com um fundamento axiológico e de realização concreta; e porque (b) estes problemas são de imediata aplicação, no sentido de realização de uma intencionalidade prática, propostos pelo próprio sistema, no âmbito de seus princípios e regras (constitucionais e infraconstitucionais), orientando validamente a práxis comunitária.

De outro lado, os riscos ambientais e de saúde pública que restaram explicitados nos autos chama à colação o dever de precaução protetiva dos interesses públicos indisponíveis que estão sob confronto. Na dicção de Derani, citando Kloespfer, *a política ambiental não se esgota na defesa contra ameaçadores perigos e na correção de danos existentes. Uma política ambiental preventiva reclama que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cuidado, parciosamente.*⁴⁵

44 NEVES, Castanheira. **Digesta**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 2. v., p.110.

45 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.165. Na verdade, o princípio da precaução vem sendo explorado pela Declaração de Wingspread, de 1970, na Alemanha, da seguinte maneira: *Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente. Conforme disposto no site <www.fgaia.org.br/texts/t-precau>, acessado em 08/05/2006. Derani propõe um conceito preliminar deste princípio, conectando-o aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradição da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais, nossa compreensão e a atual estágio de desenvolvimento da ciência, jamais conseguem captar em toda densidade.*

Por sua vez, as ponderações que levaram a magistrada de primeiro grau a não outorgar a antecipação de tutela (acima elencadas) também se apresentam como substanciais à delimitação da fatispécie debatida.

É do cotejo destes arrazoados que, entendo, precisam ser extraídas as motivações da presente decisão, a uma, porque evidenciados problemas de ordem ambiental e de sustentabilidade da obra pública analisada, em face de sua natureza hospitalar, não espancados de forma convincente, ao menos no âmbito ainda restrito do Agravo de Instrumento; a duas, porque a complexidade da matéria (considerando os interesses jurídicos envolvidos e suas amplitudes sociais), efetivamente está a perquirir mais zelo à cognição aprofundada para decisão final, até porque se pode, eventualmente, criar situações irreversíveis, atingindo de forma violenta os recursos públicos destinados à edificação, bem como o impacto ambiental e de saúde pública já referidos.

Por todas estas razões, decidi pela manutenção da decisão agravada que deferiu o efeito suspensivo pleiteado pelo Ministério Público, mantendo a ordem de suspensão do início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional – Rede Sarah.

Veja-se que, a despeito desta decisão ter sido proferida em sede de Agravo de Instrumento, passível, pois, de ser reformada em decisão de mérito definitiva no âmbito da ação civil pública que se desenvolve na comarca de origem, ela também gerou alguns comportamentos políticos alternativos na comunidade, em termos de localização matricial da obra pretendida, consoante notícia do jornal Diário de Santa Maria, edição de 21/03/2006. Este veículo dá notícia de que:

Depois de o Tribunal de Justiça do Estado ter suspenso, na semana passada, a construção do hospital regional/Sarah ao lado do Distrito Industrial, começou uma corrida frenética em busca de um novo terreno para a obra. Ontem, depois de uma reunião na Secretaria Estadual da Saúde, na Capital, ficaram definidas as candidaturas de quatro áreas: uma na Zona Leste e três na Zona Oeste. Todas em Santa Maria.

A tarefa de indicar o novo terreno será de uma comissão formada por representantes da prefeitura, do governo do Estado e da Câmara de Vereadores, entre outros. Ela vai avaliar as quatro áreas oferecidas. O trabalho será corrido, pois o resultado tem de ser apresentado em uma nova reunião com o secretário estadual da Saúde, Osmar Terra, na próxima segunda-feira, quando deve ser batido o martelo sobre o novo local (veja quadro).

O presidente do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede/Centro), Antônio Carlos Jordão, visitou no último sábado os quatro terrenos que estão na disputa pelo hospital regional/ Saúde. Segundo ele, todos os locais têm chances, mas ainda é muito cedo para dizer qual deles será o escolhido.⁴⁶

Isto mostra a importância e pertinência da reflexão ponderada judicialmente, levando em conta o maior número possível de questões que tocam os interesses que estão em jogo na lide.

V Terceiro Caso:

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, em 2001, buscava-se a recomposição do meio ambiente degradado em função de construções irregulares realizadas na conhecida Praia Brava, localizada na Cidade de Itajaí e na nominada Praia dos Amores, localizada no Balneário Camboriú.⁴⁷

A intenção de recompor o meio ambiente degradado por anos ininterruptos de ocupação urbana (muitas delas clandestinas e irregulares) destas localidades pela via judicial da ação civil pública traz ao Judiciário um problema que, para além do jurídico, em face até das situações consolidadas no tempo, é de natureza social e econômica complexa, envolvendo tanto o crescimento material da região como o próprio desenvolvimento social proporcionado pela indústria do turismo, constru-

46 *Jornal Diário de Santa Maria*, edição de 21/03/2006, p.03.

47 Autos nº 2001.72.08.000141-4, da 2ª Vara Federal de Itajaí/SC, em que fora dado deferimento parcial do liminar tão somente para proibir novas edificações nestas localidades. Juiz Zenildo Bodnar.

ção civil, serviços, etc. Assim que, à avaliação da matéria, mister é que fossem levadas em consideração as múltiplas e distintas variáveis endo e exo-processuais que envolviam o debate.

As questões endo-processuais que poderiam ser destacadas aqui é as que dizem com a explícita insuficiência de muitos institutos processuais tradicionais para lidar com o tema complexo e multifacetário – além de difuso – que é o meio ambiente. Neste ponto, o magistrado gestor desta ação, em artigo científico já referido, sublinha estas particularidades, ao dizer que

Os institutos da dogmática processual tradicional também precisam de uma revitalização hermenêutica, pois os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca de institutos como: legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais.

A legitimidade, tanto ativa como passiva, deve ser vista numa perspectiva ampliada. A coisa julgada deve ter efeitos erga omnes. O juiz deve julgar além do pedido quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente e não pode ser um mero espectador inerte do desenvolver do processo; deve, antes, assumir uma postura ativa na busca da verdade suficiente e da plena realização da justiça.⁴⁸

Já sob os aspectos exo-processuais, importa ter presente que o universo de abrangência de uma decisão que viesse eventualmente intervir no meio ambiente construído naquelas localidades poderiam igualmente impactar todo o seu entorno, inclusive quiçá inviabilizando a própria sustentabilidade material da região e de seus habitantes, razão pela qual, tendo-se consciência do que está envolvido, impunha-se a criação de espaços de interlocuções compartilhadas entre todos os potencialmente envolvidos, chamando-os à discussão e deliberação pública democrática e legítima, por óbvio que balizada pelo sistema normativo vigente.

48 BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*, p.18. Há também implicações diretas para os âmbitos da ampliação da noção de contraditório, entendido como verdadeiro espaço de diálogos compreensivos voltados para o consenso que não é exclusivamente das partes, mas de um novo sujeito de direito que é o meio ambiente natural e construído, assim como no que diz com a flexibilização do ônus da prova, para igualmente criar múltiplos cenários de instrução capaz de constituir soluções satisfativas para todos – por óbvio que se descurar do devido processo legal.

Nada mais coerente, diante da perspectiva sustentada anteriormente de co-responsabilidades constitucionais e republicanas à proteção do meio ambiente, que se envolva a comunidade como sujeito de direito difuso e coletivo que é para que contribua no processo decisional dos destinos que se esteja dando a sua história enquanto comuna.

Foi o que fez o magistrado condutor do feito, ao determinar a realização de uma audiência pública para discutir as questões de natureza extra-processuais que, eventualmente, seriam atingidas por decisão judicial. Para tanto determinou que fossem convidadas para esta audiência pública os seguintes agentes: Prefeitos de Itajaí e Balneário Camboriú; Procuradores Gerais dos respectivos Municípios; Presidentes das Câmaras de vereadores; Promotor de Justiça Coordenador de Defesa do Meio Ambiente; Secretários Municipais do Meio Ambiente e Ação Social, ou áreas relacionadas; Deputados da Região; Superintendente do IBAMA; Diretor Geral da FATMA; Comandante da Polícia de Proteção Ambiental; Associação de moradores da Brava e Praia dos Amores; ONG – Voluntários pela verdade Ambiental; Professores e alunos da Universidade local.

Esta verdadeira comunidade aberta de intérpretes e concretizadores do sistema normativo nacional fora chamada para discutir problemas que dizem respeito a sua existência enquanto sociedade, e acolheram o chamado, pois consta que mais de quatrocentas pessoas compareceram no ato, dentre moradores, pescadores, professores, representantes da comunidade, entidades de proteção ao meio ambiente e políticos da região (deputados, prefeitos, vereadores, etc.). Após ampla discussão sobre alternativas de solução à ocupação detrimetosa do meio ambiente natural pelo construído, pela via da persuasão não coatada, mas dialogada, os proprietários dos quiosques – mesmo aqueles que moravam com suas famílias no local -, assumiram o compromisso de desocupar pacificamente a área de dunas, o que fizeram sem a necessidade de uso da força física legítima do Estado-Juiz.

Por sua vez, o Poder Executivo local, sob o assentimento da população e de suas representações parlamentares presentes, assumiu o

compromisso de elaborar e executar um amplo projeto de revitalização ambiental daquelas localidades, em toda a orla marítima, incluindo aí a construção de quiosques fora das áreas de Proteção Ambiental, que viessem garantir o emprego e a renda das pessoas retiradas do local.

Os níveis de satisfatividade neste feito foi duplo, de um lado envolvendo as partes direta e potencialmente atingidas pela lide, eis que cumpriram com o acordado para fins de revitalização das áreas atingidas pela ação civil pública, ao mesmo tempo que encontraram formas alternativas de manutenção de suas atividades cotidianas no âmbito econômico, de lazer, de preservação ambiental, etc., não tendo gerado tal autocomposição nenhum recurso processual. De outro lado, o Poder Judiciário operou como espaço de interlocução jurídica e política à mediação do conflito, com legitimidade soberana, eis que envolveu a própria comunidade interessada no feito.⁴⁹

VI Quarto Caso:

Ainda no âmbito da Justiça Federal há outra recente decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicada em 09/03/2009, condizente a pedido formulado por empresa concessionária de serviço público de energia elétrica para que fosse suspensa a execução de liminar concedida em Medida Cautelar Inominada proferida por magistrado do primeiro grau que, em síntese, determinava a imediata paralisação de quaisquer atos praticados com base em licença de instalação oportunizadora da construção de Usina Hidrelétrica, eis que esta teria sido outorgada fundada em EIA/RIMA irregular, o qual, por sua vez, autorizara a licença prévia concedida.⁵⁰

49 Como disse o magistrado instrutor da causa, em texto científico referido anteriormente: *A proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza. Implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado.* BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. p.13.

50 Autos do Processo nº2009.04.00.004869-3-PR, Relatora Des. Federal Sílvia Maria Gonçalves Goraieb. O argumento fundamental da ação civil pública e do pedido de liminar, pois, fora o de dano ambiental não mensurado adequadamente.

À apreciação da pretensão postulada, a magistrada relatora colacionou um universo significativo de variáveis fáticas que envolviam a *questio*, dentre as quais: (a) que as obras desta hidrelétrica já haviam sido iniciadas em julho de 2008, envolvendo 575 trabalhadores contratados, e mais de 4.500 postos de trabalhos diretos e indiretos, gerando, em expectativa tributária, aproximadamente R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), atinentes a ISSQN para os Municípios da região; (b) que o estágio em que se encontra o canteiro de obras, pelo que consta dos autos, sinaliza potencial risco de deslizamentos significativos de terras às margens de mananciais hídricos envolvidos na espécie, o que demandaria certamente recomposição de toda a área sob comento, representando duplicidade de trabalho e tempo.

Uma vez demarcadas descritivamente os fatos e variáveis atinentes ao caso⁵¹, ao menos no despacho da liminar, não houve manifestação da douta Desembargadora Federal sobre quais os elementos identificatórios do alegado dano ambiental sustentado pelo Ministério Público (fator relevantíssimo no caso)⁵², prejudicando, em meu sentir, o segundo momento do estudo de caso que é o da análise das variáveis e fatores extra-normativos envolvidos em termos de pesos e importância⁵³.

E por que o cotejamento dos danos ambientais investigados na ação civil pública deveria estar presente na avaliação e deliberação judicial neste caso? Porque ele trata exatamente de um interesse e bem da vida indisponível, razão fundante da própria ação judicial, devendo ter

51 Os momentos da descrição de um caso são: **Identificação**: Consiste em agregar o máximo de informações sobre o caso a fim de destacá-lo de seu contexto. Qual a situação fática existente, sem valorar; **Qualificação**: Consiste em aprofundar a identificação ao máximo com elementos de qualidade e quantidade, a fim de subsidiar as análises. Aqui há a valoração qualitativa e quantitativa dos dados colhidos faticamente, sob a perspectiva dos princípios e regras que o informam; **Contextualidade**: Consiste em agregar elementos que ligam o caso ao conjunto da realidade social, mostrando qual o universo de agentes, meios e resultados potencialmente envolvidos na espécie.

52 No despacho há referência de que *os fatos invocados para justificar a liminar deferida não levam à qualquer nulidade, pois podem ser sanados e resolvidos sem a paralisação da obra.*

53 As fases deste momento aqui seriam as seguintes: **Análise dos Atores**: levar em conta aspectos dos personagens e de suas posições, motivos, pressupostos, do perfil social, educacional, sexual e formativo de cada um dos atores; **Análise dos meios**: levar em conta questões atinentes à infraestrutura física, orçamentária, logística, de informação e equipamentos, das rotinas e procedimentos envolvidos; **Análise dos fins**: verificar em que medida os meios existentes são aptos aos fins que estão postos, analisando se há coerência e pertinência de comportamentos dos atores e escolha dos meios para que se consiga atingir as finalidades possíveis. Neste ponto é preciso já ter claro quais resultados lícitos que podem advir do caso, e suas implicações jurídicas e extra-jurídicas (econômicas, políticas, sociais, ambientais), utilizando para tanto o manejo holístico e integral do sistema normativo – constitucional e infraconstitucional (principiológico e regratório).

presente se o resultado a se chegar deveria atender, ou não, e em que medida o meio ambiente atingido.

No momento prospectivo da solução – mesmo que precária – do caso, devem ser considerados os seguintes elementos: **Cenários de Enfrentamento**: Com base nos elementos agregados anteriormente, trata-se de estabelecer os cenários fáticos e normativos para o enfrentamento da situação, levando em conta, de um lado, quais os efeitos materiais (econômicos, orçamentários, ambientais, etc.) que se pretende dar ao caso, em face dos juízos de valor e jurídicos (constitucional e infraconstitucional) constituídos nas fases anteriores; **Possibilidades de Ação**: Delimitados os cenários, é fundamental indicar as possibilidades de ação e solução que deles decorrem, a fim de refinar a sua perspectiva e subsidiar as possíveis escolhas dos agentes a quem cabe decidir; **Tarefas a Realizar**: Depois da opção por um dos cenários é fundamental construir um planejamento de tarefas, acompanhada de um cronograma, com responsabilidades e prazos, a fim de orientar a ação concreta no andamento do que se fará em relação ao caso.

Veja-se que, em face da ausência de avaliação direta do objeto central da ação, não se tem elementos para julgar sobre se a decisão poderia ter estabelecido dossimetria material distinta à continuidade das obras que se buscava suspender, autorizando algumas atividades e não outras, por exemplo, tendo imperado fundamentalmente o raciocínio econômico.

VII Quinto Caso:

Há um outro caso paradigmático da Justiça Federal envolvendo o famoso caso da Usina Hidrelétrica Barra Grande, que abrangeria parte de territórios dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, e cujo Estudo de Impacto Ambiental, consoante defendido pelos autores da Ação Civil Pública⁵⁴, seria nulo, uma vez que não previra a derrubada

54 Estou me referindo aos autos da suspensão de execução de liminar da Ação Civil Pública nº2004.04.01.049432-1/SC, publicado no **Diário de Justiça da União** de 02/12/2004. Os autos da ACP propriamente ditos levaram o nº2004.72.00.013781-9/SC.

de vegetação primária e secundária em estado de regeneração (envolvendo mata atlântica, com florestas de araucárias e respectiva biodiversidade)⁵⁵.

Ocorre que o magistrado da subseção judiciária de Florianópolis, seção judiciária de Santa Catarina, deferiu liminar para suspender os efeitos da autorização de supressão de vegetação da presidência do IBAMA, ordenando ainda que a autarquia se abstinhasse de conceder qualquer outra que viabilizasse o desmatamento da área para constituir a bacia de inundação da referida usina, bem como inoportunamente a emissão de licença de operação da mesma usina.

As razões de justificação e fundamentação desta decisão levaram em conta as seguintes questões descritivas, analíticas e prospectivas: (a) que as licenças prévias à construção da hidrelétrica não observaram o chamado plano global relativo à avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos de toda a bacia do rio Uruguai, limitando-se a considerar apenas os impactos e fragilidades das sub-bacias dos rios Ijuí e Butuí-Piratinim-Içamaquã, o que implica juízo de cognição e valoração parcial dos impactos que potencialmente poderiam ser causados à toda a bacia hidrográfica⁵⁶; (b) que o próprio termo de ajuste de conduta firmado entre as partes reconheceu a necessidade de se identificar e avaliar os efeitos sinérgicos e cumulativos resultantes dos impactos ocasionados pelo conjunto dos aproveitamentos em planejamento, construção e operação situados em uma mesma bacia hidrográfica; (c) que apesar das obras já terem sido iniciadas, não ocorrera a identificação e avaliação antes referida, inexistindo elementos que demonstrem com segurança quais os verdadeiros impactos, fragilidades e possibilidades

55 É interessante notar que há nos próprios autos do processo o reconhecimento de que a floresta atlântica, em razão de suas peculiaridades biológicas, possui o reconhecimento internacional como sendo um dos ecossistemas mais importantes e mais ameaçados do planeta, conforme estudos de MOULIN, Marlúcia Ferraz. Desmatamento e queimada: estudo de um caso. In: DIREITOS Metaindividuais. São Paulo: Ltr, 2005. Além disto, atualmente o bioma mata atlântica está reduzido a 7,84% de sua cobertura florestal original, servindo de habitat para mais de 20 mil espécies de plantas, 261 espécies de mamíferos, 620 espécies de pássaros, 260 espécies de anfíbios.

56 Refere explicitamente o magistrado prolator da decisão monocrática que: *os impactos ambientais da construção de uma hidrelétrica não se restringem à sub-bacia hidrográfica daquele curso de água que foi interrompido ou daquelas terras adjacentes que serão inundadas. Esse é apenas o nível local do impacto, que deve também ser considerado quanto ao restante da bacia hidrográfica e dos ecossistemas que dependem, direta ou indiretamente, daquele equilíbrio.*

de aproveitamento ecologicamente sustentável da bacia hidrográfica do rio Uruguai, inviabilizando a detecção de novos aproveitamentos dos potenciais hidrelétricos na bacia do rio Uruguai; (d) a FEPAM realizou tão somente estudo de impacto e fragilidades ambientais da sub-bacia do rio Ijuí, sendo que sua área de drenagem é de apenas 10.861km², enquanto a bacia do rio Uruguai totaliza 174.612 km², representando a bacia do rio Ijuí o ínfimo universo de 6,22% da bacia do Uruguai. Considerada ainda a sub-bacia do rio Piratinim/Içamaquã – também incluídos no estudo da FEPAM, ter-se-ia uma abrangência do estudo de impacto e fragilidades alcançando percentual de 15,47% da bacia do Uruguai. Assim, estaria a descoberto de estudos envolvendo os impactos e fragilidades ambientais mais de 84% da bacia atingida pela obra analisada.

Ponderou a União Federal em seu pedido de suspensão sob comentário, dentre outras questões processuais⁵⁷, que esta usina se afigurava de alta importância para todo o sistema elétrico interligado nacional, e que já havia sido aportado à obra vultosos valores do orçamento público, estando inclusive as obras em franco estágio de conclusão à época.

A ponderação foi acolhida pelo relator do pedido de suspensão, sustentando, em síntese, que: (a) houve termo de compromisso firmado entre as partes interessadas, firmando obrigações atinentes à preservação ambiental, com medidas mitigadoras e compensatórias do impacto ambiental referido; (b) a construção da hidrelétrica já implicara gastos públicos significativos, e que seu funcionamento se revelava indispensável ao desenvolvimento da ordem econômica, sendo que as medidas compensatórias referidas atenderiam a um projeto de conciliação entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente.

Não há no despacho analisado, todavia, o cotejamento material do que consistiam aquelas medidas compensatórias e mitigadoras do impacto ambiental a autorizar juízo de convencimento sobre a adequação

57 Que envolviam a questão da competência da jurisdição, se do local do dano (art.2º2, da Lei nº7.347/75), ou do domicílio do réu (art.94, CPC), pautando-se o relator pelo local do dano. Relator do pedido de suspensão o Des. Federal Vladimir Passos de Freitas.

de vegetação primária e secundária em estado de regeneração (envolvendo mata atlântica, com florestas de araucárias e respectiva biodiversidade)⁵⁵.

Ocorre que o magistrado da subseção judiciária de Florianópolis, seção judiciária de Santa Catarina, deferiu liminar para suspender os efeitos da autorização de supressão de vegetação da presidência do IBAMA, ordenando ainda que a autarquia se abstinhasse de conceder qualquer outra que viabilizasse o desmatamento da área para constituir a bacia de inundação da referida usina, bem como inoportunamente a emissão de licença de operação da mesma usina.

As razões de justificação e fundamentação desta decisão levaram em conta as seguintes questões descritivas, analíticas e prospectivas: (a) que as licenças prévias à construção da hidrelétrica não observaram o chamado plano global relativo à avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos de toda a bacia do rio Uruguai, limitando-se a considerar apenas os impactos e fragilidades das sub-bacias dos rios Ijuí e Butuí-Piratinim-Içamaquã, o que implica juízo de cognição e valoração parcial dos impactos que potencialmente poderiam ser causados à toda a bacia hidrográfica⁵⁶; (b) que o próprio termo de ajuste de conduta firmado entre as partes reconheceu a necessidade de se identificar e avaliar os efeitos sinérgicos e cumulativos resultantes dos impactos ocasionados pelo conjunto dos aproveitamentos em planejamento, construção e operação situados em uma mesma bacia hidrográfica; (c) que apesar das obras já terem sido iniciadas, não ocorreria a identificação e avaliação antes referida, inexistindo elementos que demonstrem com segurança quais os verdadeiros impactos, fragilidades e possibilidades

55 É interessante notar que há nos próprios autos do processo o reconhecimento de que a floresta atlântica, em razão de suas peculiaridades biológicas, possui o reconhecimento internacional como sendo um dos ecossistemas mais importantes e mais ameaçados do planeta, conforme estudos de MOULIN, Marlúcia Ferraz. Desmatamento e queimada: estudo de um caso. In: DIREITOS Metaindividuais. São Paulo: Ltr, 2005. Além disto, atualmente o bioma mata atlântica está reduzido a 7,84% de sua cobertura florestal original, servindo de habitat para mais de 20 mil espécies de plantas, 261 espécies de mamíferos, 620 espécies de pássaros, 260 espécies de anfíbios.

56 Refere explicitamente o magistrado prolator da decisão monocrática que: *os impactos ambientais da construção de uma hidrelétrica não se restringem à sub-bacia hidrográfica daquele curso de água que foi interrompido ou daquelas terras adjacentes que serão inundadas. Esse é apenas o nível local do impacto, que deve também ser considerado quanto ao restante da bacia hidrográfica e dos ecossistemas que dependem, direta ou indiretamente, daquele equilíbrio.*

de aproveitamento ecologicamente sustentável da bacia hidrográfica do rio Uruguai, inviabilizando a detecção de novos aproveitamentos dos potenciais hidrelétricos na bacia do rio Uruguai; (d) a FEPAM realizou tão somente estudo de impacto e fragilidades ambientais da sub-bacia do rio Ijuí, sendo que sua área de drenagem é de apenas 10.861km², enquanto a bacia do rio Uruguai totaliza 174.612 km², representando a bacia do rio Ijuí o ínfimo universo de 6,22% da bacia do Uruguai. Considerada ainda a sub-bacia do rio Piratinim/Içamaquã – também incluídos no estudo da FEPAM, ter-se-ia uma abrangência do estudo de impacto e fragilidades alcançando percentual de 15,47% da bacia do Uruguai. Assim, estaria a descoberto de estudos envolvendo os impactos e fragilidades ambientais mais de 84% da bacia atingida pela obra analisada.

Ponderou a União Federal em seu pedido de suspensão sob comentário, dentre outras questões processuais⁵⁷, que esta usina se afigurava de alta importância para todo o sistema elétrico interligado nacional, e que já havia sido aportado à obra vultosos valores do orçamento público, estando inclusive as obras em franco estágio de conclusão à época.

A ponderação foi acolhida pelo relator do pedido de suspensão, sustentando, em síntese, que: (a) houve termo de compromisso firmado entre as partes interessadas, firmando obrigações atinentes à preservação ambiental, com medidas mitigadoras e compensatórias do impacto ambiental referido; (b) a construção da hidrelétrica já implicara gastos públicos significativos, e que seu funcionamento se revelava indispensável ao desenvolvimento da ordem econômica, sendo que as medidas compensatórias referidas atenderiam a um projeto de conciliação entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente.

Não há no despacho analisado, todavia, o cotejamento material do que consistiam aquelas medidas compensatórias e mitigadoras do impacto ambiental a autorizar juízo de convencimento sobre a adequação

57 Que envolviam a questão da competência da jurisdição, se do local do dano (art.2º2, da Lei nº7.347/75), ou do domicílio do réu (art.94, CPC), pautando-se o relator pelo local do dano. Relator do pedido de suspensão o Des. Federal Vladimir Passos de Freitas.

do termo de compromisso conciliatório entre o desenvolvimento e a proteção ambiental, fragilizando assim os elementos descritivos do caso concreto, o que vai igualmente prejudicar o sopesamento das variáveis e fatores que estavam interagindo na espécie (momento analítico do caso), o que, por fim, compromete a dimensão prospectiva da decisão, deixando de abordar elementos constitutivos do caso indispensáveis à sua adequada aferição.

Somente em sede de Agravo de Instrumento é que os autores da ACP trazem à colação informações que compõe de forma mais abrangente o cenário fático e contextual do entorno das partes envolvidas – notadamente condizentes às partes interessadas na hidrelétrica -, deduzindo, no que interessa a mina análise: (a) que era falso o pressuposto de que houve gastos públicos de monta na construção da hidrelétrica, pois o titular da concessão é empresa privada, cujos acionistas são grandes grupos empresariais, sendo que o único dinheiro público investido foi sob a forma de empréstimo efetuado pelo BNDS à empreendedora; (b) que a obra não objetiva fundamentalmente o fornecimento de energia elétrica aos cidadãos consumidores, mas, mediante créditos de energia no sistema interligado, iria alimentar plantas industriais de empresas de grande parte.

De posse destes dados mais explicitamente postos pelos autores da ACP, somado a novas informações inclusive sobre assassinato de um indivíduo na área sob comento, e ainda ao fato de que não fora contestada pelo IBAMA a alegação de fraude do EIA/RIMA, o que atingiria cerca de mais de 2000 hectares de mata atlântica primária (dado que surge nos autos densificando materialmente o prejuízo ambiental anteriormente posto de forma vaga), fez com que o mesmo relator chegasse a conclusão de que o próprio termo de compromisso à reparação dos danos ambientais referidos fosse ultimado em face de contingências de alta pressão política envolvendo a demanda de energia elétrica para o país.

Convencido, pois, da complexidade que se criara nos autos, houve por bem o relator em chamar uma audiência de tentativa de conciliação entre as partes, usando do processo como espaço de interlocução po-

lítica e jurídica, para viabilizar entendimentos possíveis em face das variáveis e fatores cotejados, a qual, a despeito de não resultar exitosa, gerou para todos os envolvidos elementos de cognição e reflexão que possibilitaram juízos deliberativos mais consistentes e fundamentados, no sentido de que: (a) a despeito do prejuízo ambiental referido, há um fato consolidado no tempo⁵⁸ (uma vez que a liminar de suspensão da obra fora suspensa), no sentido de estar a obra já concluída, representando investimento na órbita de R\$1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais), representando edificação de 185 metros de altura por 665 metros de comprimento; (b) que houve acordo de compensação das áreas degradadas, razões que o levaram, no mérito do Agravo de Instrumento interposto pelos autores da ACP, indeferido, com voto vencido de Desembargador que compunha a sessão de julgamento.

Sem sombra de dúvidas que neste feito o tempo de ação e reação dos poderes constituídos que têm a competência para zelar pelo meio ambiente natural e construído depôs contra seus misteres, isto porque os fatos consumados falaram mais alto na decisão judicial, relevando aspectos mais econômicos do que sociais, aceitando a política compensatória sempre deficitária em termos de recomposição do meio ambiente.

No cotejo destes elementos, pode-se ver que há aspectos descritivos e analíticos muito mais favoráveis à biosfera do que ao empreendimento hidrelétrico, ou que ao menos deveriam ensejar maior acuidade na formatação e execução dos termos de compromissos e condutas ambientalmente sustentáveis que se associam a feitos desta espécie, o que tampouco fora ventilado na decisão judicial de segundo grau.

⁵⁸ Sendo que o contrato de concessão data de maio de 2001, o início da construção em julho do mesmo ano, e o desvio do rio ter ocorrido em outubro de 2002, o que torna inexplicável a ACP ter sido tentada somente em setembro de 2004.

Abstract

The nowadays environmental protection can not serve like radical argument against the economic and social improvement, should be sought integration perspective about this

legal interest with public and private economic issues.

Key-words: Environmental law. Constitutional economic. Order – judicials roles.

Referências:

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. **Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. São Paulo: Coimbra, 1997.

BACHELET, Michel. **Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In: CANOTILHO, Joaquim

José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Ambiental Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BODNAR, Zenildo. **Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade**. Texto virtual, 2009.

CANOTILHO, J. **Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais**. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 9, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português**. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Ambiental Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald Henry. **The problem of social cost**. **Journal of Law and Economics**, 3(1), 1. 1960.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonada, 2002.

DI LORENZO, Italo. **Diritto Urbanistico**. Turim: UTET, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.) **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

GANDOLFO, Orlando Carlos. **Limitações da propriedade**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 421, 1970.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.** Cambridge: MIT Press, 1998.

_____. Postscript to *Between Facts and Norms*. **New York University Law Journal**, E. 154. New York University Press, sep. 2004.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Tratado de Derecho Civil.** Madrid: Civitas, 1987.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direito Urbanístico.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **A função social da cidade e da propriedade no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEFÈBVRE, Henry. **The production of space.** London: Blackwell, 1992.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Curso de Direito Ambiental.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Cidadania coletiva.** Florianópolis: Paralelo, 1996.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v.74, 1998.

MOULIN, Marlúcia Ferraz. Desmatamento e queimada: estudo de um caso. In: **DIREITOS Metaindividuais.** São Paulo: Ltr, 2005.

NEVES, Castanheira. **Digesta.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 2.v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SAVIGNY, Fredrich Carl. **Sistema del Diritto Romano Attuale.** Turim: Daltricce, 1960.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Referência deste artigo

LEAL, Rogério Gesta. Ordem econômica e meio ambiente: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 459-500, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 23 set. 2009. Aprovado em: 01 dez. 2009.

Os crimes de perigo abstrato e sua (in)constitucionalidade frente ao princípio da lesividade

Taísa Cristina Tenório Salvador da Costa

Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Resumo

Hodiernamente, nos deparamos com uma realidade social que, apesar de trazer resquícios da Revolução Industrial, desfruta da plenitude da pós-modernidade, ainda que com todas as implicações dela decorrentes. Os avanços das ciências e da tecnologia requerem do operador do Direito uma adequação praticamente instantânea às novas regras que se estabelecem. E é neste contexto que a presente leitura busca acordar um maior entendimento sobre a (não) adoção dos crimes de perigo abstrato como forma de proteção dos bens jurídicos penais frente ao Princípio da Lesividade. É sabido que tais bens possuem base constitucional, visto que é através da Carta Magna que a soberania emanada do povo é exercida e tais valores que os fundamentam tornam-se preocupação do legislador ao garantir sanções àquele que pratica determinada conduta tipificada em lei. Inicialmente, faremos um apanhado principiológico a fim de delimitar a aplicação do

direito penal após o esgotamento de todas as vias possíveis de controle social, fazendo com que se privilegie a dignidade humana. Detalhadamente, será abordado o Princípio da Lesividade, uma vez que sua compreensão se faz fundamental para confrontá-lo com os crimes de perigo abstrato, uma vez que o Estado Democrático de Direito prima pela utilização dos mecanismos penais como *ultima ratio*, sendo considerado, portanto, como garantista e não intervencionista. Por fim, traremos o conceito e alguns dos requisitos pertinentes aos crimes de perigo abstrato, buscando evitar ambigüidades quanto a sua terminologia, para que, conclusivamente, seja analisada sua (in)compatibilidade frente ao direito penal da lesividade preconizado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Princípios Penais. Lesividade. Perigo abstrato. Inconstitucionalidade.

Introdução – o Direito Penal como instrumento de controle social

A Constituição Federal, lei maior do nosso país, da forma em que está atualmente apresentada, se mostra como fruto da expressão da soberania do povo. É através da sua descrição de Direitos Fundamentais, por exemplo, que em um Estado Democrático de Direito os interesses sociais primordiais serão compreendidos como bens jurídicos, passando a se tornarem objetos de sua proteção e posteriormente da tutela penal, sendo definidos tendo em vista estarem pautados na proteção da dignidade humana e na análise da realidade social.

A partir deste embasamento, buscar-se-á um maior entendimento acerca da legitimidade do poder garantista deste Estado, ou seja, a importância de na Carta Magna serem buscados os bens a tutelar e a sujeição da criminalização aos limites por ela impostos, muito embora este conceito se revele relativo a partir do momento em que a interferência do Estado apenas se legitima quando há verdadeira afetação ao bem jurídico por ela definido (LUIZI, 1998, p. 03).

No Estado Democrático de Direito, o direito penal é garantista e não intervencionista: o âmbito jurídico-penal deve ser concebido como estando o Estado a serviço dos cidadãos. Por ter a pessoa como objeto principal de proteção, o Estado de direito é incompatível com qualquer proposta de diminuição de garantias: a legitimidade do recurso à pena, no direito penal garantista, está condicionada ao princípio da 'mínima intervenção, máximas garantias' (BARROS, 2001, p.72).

Desta forma, se consolida a relação entre Constituição e Direito Penal, à medida que este se revela como campo normativo da configuração de princípios, valores e normas nela previstos, não obstante terem muitos dos ditames do Estatuto Repressivo e da Lei de Execução Penal se tornado normas constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

Assim sendo, a atuação do direito penal, em prol deste Estado Democrático de Direito, através dos princípios da anterioridade e legalidade (*nullum crimen sine praevia legem*), se revela como meio de controle social quando protege bens jurídicos essenciais à convivência dos indivíduos, sem que se utilize de arbítrio para aplicar uma sanção quando esta for necessária. Por tal razão podemos extrair dessas idéias a importância dos princípios penais constitucionais como limitadores a esta tarefa estatal, inclusive no que tange à aferição do potencial da conduta do agente (CARDOSO, 2008, p.02).

1 A relevância do enquadramento do bem jurídico na ordem constitucional

É importante salientar que os bens jurídicos se apresentam como expressão de uma liberdade, conquanto se manifestem como um produto da sociedade, mas que apresentam também uma função tanto limitadora quanto delimitadora do *jus puniendi* ao impedir o Estado de criminalizar condutas inofensivas, socialmente toleradas e puramente morais. Da mesma forma, não podemos esquecer que o desempenho da função eminentemente garantista do direito penal, tem início já no primeiro momento de sua manifestação, qual seja o de delimitação dessas condutas, ou mais precisamente, o da definição e escolha do bem que se busca tutelar, legitimando, pois, a sua atuação frente ao ordenamento jurídico (BARROS, 2001, p.72-73). Bastante demarcada, neste sentido, é a lição do Prof. Juarez Tavares, *in verbis*:

O bem jurídico serve também aos propósitos garantistas, vinculados à proteção da pessoa humana, de admitir uma incriminação não apenas quando ocorra lesão ou perigo de lesão do próprio bem jurídico, mas quando da incriminação não resulte uma dessocialização da pessoa humana. Independentemente da sanção penal aplicável, a própria incriminação pode produzir, muitas vezes, um efeito dessocializador, p.ex., quando passe a retratar como penalmente proi-

bidas, por si sós, sem qualquer exame do dano social daí resultante, condutas situadas no âmbito normal de relação das pessoas (*apud* ABREU, 2008, p.05).

Vimos que o preceito “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” é essencial para que se tenha iniciada a atuação do direito penal como mecanismo de controle dos comportamentos por ele não permitidos, buscando a proteção dos chamados bens jurídicos penais. Por tal razão, dentre esses bens, haverá uma seleção visando à proteção de alguns deles de forma mais incisiva, a depender de uma correlação com a definição de espécie de conduta (dolosa ou culposa) ou ainda se tentado ou consumado, com a devida intervenção do direito penal (GOMES, 2001, p. 97).

1.1 A fragmentariedade, a subsidiariedade e a intervenção mínima como princípios delimitadores do Direito Penal

A esta seleção de bens corresponde o Princípio da Fragmentariedade, segundo o qual, apenas uma fração de tudo que deverá ser tutelado pelo direito positivo será regida pelo direito penal, através da tipificação de condutas que afetem um desses bens de tal forma que sua ocorrência traga abalos para convivência em sociedade, ou seja, merecem a tutela penal aqueles comportamentos danosos/lesivos que, praticados de forma omissiva ou comissiva, provocam um prejuízo intolerável ao bem jurídico. É importante ressaltar que este princípio, em absoluto, não implica na criação de lacunas quanto à tutela de certos bens, mas sim deve ser encarado como um critério limitador à tutela penal do Estado (PRADO *apud* MACHADO, 2006, p.01). Não obstante, devemos ressaltar que existem correntes que tratam da localização deste princípio no nosso ordenamento. Para um melhor entendimento, faremos uso das palavras de Machado:

O professor Nilo Batista entende que o caráter fragmentário do Direito Penal não constitui um princípio autônomo, mas sim mais uma das vertentes do princípio da intervenção mínima. Portanto, para essa primeira corrente, a natureza fragmentária do direito penal seria apenas e tão somente mais uma das características do princípio autônomo da intervenção mínima. A segunda posição é aquela que identifica a fragmentariedade como decorrência lógica da adoção dos princípios da intervenção mínima, lesividade e adequação social. Neste sentido, defende Rogério Greco que a fragmentariedade é a ‘concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano abstrato anteriormente à criação da figura típica (2006, p.01).

A este princípio, agrega-se diretamente o da Subsidiariedade, que preceitua a utilização do direito penal apenas quando o conflito ocasionado não puder ser solucionado por outra área do direito, como, por exemplo, a civil ou administrativa, devido à sua gravidade e relevância social, limitando, pois, o *jus puniendi*, precisando proteger o bem jurídico penal mediante o cerceamento da liberdade daquele que a praticou, mesmo que isso venha a causar uma lesão aos seus direitos individuais.

A tarefa de definir a importância do bem jurídico e a gravidade da conduta, por seu turno, deriva de uma atividade hermenêutica, tendo por base a Carta Magna. O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter respaldo nela, local onde são inscritos os valores que a sociedade produz (BLANCHINI, 2002, p.43).

É exatamente nesta relação onde se mostra a afetação do bem jurídico e seu valor é que reside o núcleo binômio fragmentariedade-subsidiariedade, que também terá o condão de indicar qual o nível de tutela mais indicado (GOMES, 2001, p.92).

El derecho penal solo ha de intervenir en determinadas situaciones puntuales que signifiquen un peligro para los bienes jurídicos y no en todos. Esto significa que hay márgenes de actuación que representan riesgos para el bien jurídico no punibles. Del principio de necesidad de la pena deriva que solo los comportamientos más graves pueden ser causa de una reacción penal y no aquellas que producen riesgos de

escasa entidad. Dicho de otra forma, no todo ataque y afección a un bien jurídico debe ser sancionado penalmente, sino aquellos ataques más graves (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán H. *apud* NUNES, 2006, p.02).

Como forma de manifestação do Princípio da Intervenção Mínima, que surgiu por ocasião do movimento social de ascensão da burguesia, em pleno Iluminismo, e cuja compreensão se faz necessária até os dias atuais, em que se julga legítima apenas a criminalização de um fato se o mesmo constituir o único meio para proteção de um bem jurídico penal, sendo, pois, *ultima ratio* do ordenamento jurídico, restringindo a atuação do arbítrio do legislador, fazendo com que o direito penal, para atuar, atenda à verificação de certos requisitos. O primeiro deles diz respeito à dignidade do bem jurídico penal, a qual é verificada com base na sua importância perante a sociedade – fato este determinante para que ele seja visto como bem jurídico penal – e tipificação das condutas que o afetam. O segundo requisito diz respeito ao elevado grau de danosidade/lesividade da conduta. Ou seja, além de atentar contra ele, deverá ofendê-lo (FERRAZ, 2006, p.23).

Neste contexto, deve estar o legislador atento para só tipificar uma conduta quando este for o último e único modo de proteção de um determinado bem jurídico penal.

A partir da eleição do bem jurídico penal podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do direito penal e o delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa, sendo ainda necessária uma indagação sobre o bem jurídico e sua afetação (KAZMIERCZAK, 2008, p.03).

1.2 O Princípio da Lesividade no nosso Estado Democrático de Direito

Como já fora visto, o modelo de tutela penal a que se propõe um Estado Democrático de Direito se fundamenta numa estrutura na qual apenas deve se punir em último caso (intervenção mínima) aquelas condutas que destoam da proteção conferida aos bens jurídicos penais (fragmentariedade) e que geram conseqüências que não podem ser solucionadas por outra área do direito (subsidiariedade). Não obstante, temos que esta tutela deve se apresentar como necessária, ao que os doutrinadores convencionaram denominar de Princípio da Necessidade ou Adequação, o qual age como outro importante ‘freio’ ao arbítrio do Poder Público, de modo que quando tal ou qual ação ou omissão não gera inquietação ao dever de punir pertinente ao Estado, a tutela penal não se faz necessária.

Deste modo, temos que para o direito penal da lesividade, a conduta do agente deve ser clara, inequívoca e de efetiva ofensa ao bem jurídico penal, invocando, portanto, a sua proteção pela tutela penal. Em outros termos, não basta o desvalor da ação, sendo imprescindível também o do resultado (GOMES, 2001, p.85).

Para alguns autores (GOMES, 2001; LOPES, 2000, dentre outros...), o Princípio da Lesividade – ou da Ofensividade – se apresenta como um critério hermenêutico em razão do qual não se pode punir conduta que não seja, ao mesmo tempo, penal e constitucionalmente relevante. Ele deriva do brocardo *nullum crimen sine iniuria*, que quer dizer não ser vislumbrada a ocorrência de crime quando não houver uma lesão intolerável a um bem jurídico penal. Com isso, o delito vem a se configurar, sobretudo em seu resultado jurídico, o qual pode ser encarado como uma perturbação intolerável a uma liberdade alheia. (GOMES, 2001, p.84)

Em nível legislativo, o princípio da lesividade possui natureza constitucional, impede o legislador de configurar tipos penais que hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos indiferentes e pré-existentes à norma e em nível jurisdicional-aplicativo deve comportar para o juiz o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, apesar de se apresentar na conformidade do tipo, se revela concretamente inofensivo ao bem jurídico tutelado (CARNEIRO *apud* ABREU, p.04).

Se assim não fosse, não seria verificada a função de garantia pertinente ao princípio da legalidade, outrora referido, sendo necessário que tal atividade que busca tornar típica tal ou qual conduta seja inequívoca. Em outras palavras, a intervenção penal só resta justificada quando houver um bem jurídico afetado, onde a ação ou omissão humana causar lesão ou dano, sendo este o limite máximo admissível para a intervenção punitiva do Estado (BARROS, 2001, p.69). Devemos ainda ressaltar que os resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias não foram devidamente acompanhados pelo avanço da legislação penal, o que nos faz vislumbrar uma afetação, potencial ou efetiva, de um número cada vez maior de bens jurídicos penais (BOTTINI, 2007, p.118).

A lesividade surge, inclusive, como uma justificativa doutrinária para a intervenção mínima do Estado. Punirá aquelas condutas que, efetivamente, tragam repercussões para o meio social, não se podendo falar em delito sem mencionar não só o desvalor da ação, mas também o desvalor do resultado, fazendo com que o bem jurídico que fora lesionado passe a ser o objeto jurídico do crime. Em nosso país, esse princípio encontra respaldo implícito na Constituição, como não poderia deixar de ser, e no Código Penal, em seu artigo 13, quando diz não existir crime sem resultado jurídico que se expressa numa lesão ou perigo concreto de lesão.

Por esta razão, devemos explicar este princípio através das suas funções primordiais já consolidadas em nossa doutrina, com base nos estudos de Nilo Batista, a saber: não é possível que haja a punição do autor meramente pelos atos de cogitação ou mesmo de preparação, uma vez que deles não decorreu lesão real ou potencial a bem jurídico penalmen-

te protegido, tampouco fora iniciada a execução do crime, sendo que, neste último caso, existem duas importantes exceções – quando tais atos são encarados como delitos autônomos e quando há um concurso de pessoas em cujo contexto a relevância penal não poderá deixar de ser punida. De mesma sorte, proíbe-se a imposição de sanção penal a um simples estado do agente e, por último, mas não menos importante, é vedada a punição a condutas que não afetem qualquer bem jurídico (1999, p.92-94).

É, portanto, fazendo um elo entre esta última função e os crimes de perigo abstrato que trataremos a última parte desta leitura.

2 Dos crimes de perigo abstrato e sua (in) compatibilidade com a ordem constitucional

Em um momento inicial, é fundamental que façamos uma distinção entre crimes de dano e de perigo em função do bem jurídico penal a ser tutelado. Os crimes de dano referem-se àqueles que realmente atingem o bem jurídico de forma clara, inequívoca. Os de perigo, por sua vez, representam as ameaças que sofrem tais bens diante da prática de uma determinada conduta.

De mesma sorte, é interessante que diferenciemos as terminologias de risco e perigo, uma vez que a terminologia referente à ‘perigo abstrato’ seria mais específica se fizesse menção a um risco. Expliquemos: nos bancos de graduação, aos estudarmos os crimes contra a vida, ou mesmo, medicina legal, nos deparamos com as expressões ‘perigo’ e ‘risco’ de vida. Perigo de vida diz respeito ao fato que, uma vez cometido, deixou a vida do indivíduo em uma real situação de emergência, indicando que ela estaria mesmo prestes a se esvaír. Risco de vida, por sua vez, traduz uma subjetividade maior. Qualquer comportamento do agente poderia fazer com que a vida do outro tivesse fim, porém, estar-se-ia tratando de uma situação futura incerta. Tal relação não é diferente com este tipo de crime. Os crimes de dano são, pois, correspondentes

ao perigo, devido à potencialidade da conduta e os de perigo, na verdade, se relacionariam melhor com o que convencionou chamar de periculosidade. Contudo, por uma questão de concordância doutrinária, a nomenclatura utilizada neste trabalho será a convencional.

Faria Costa já apontava para a percepção de três níveis de lesividade. O primeiro seria o dano a determinado bem jurídico, seguido por um segundo nível, compreendido pela colocação desse bem em perigo concreto, quando sua normativa intencionalidade é perturbada por força de uma ação humana responsável. Os delitos de perigo abstrato, por sua vez, refletiriam um terceiro nível de lesividade, que só seria possível mediante uma descrição minuciosa, pelo legislador, da conduta proibida, relacionada a um bem jurídico concreto com dignidade penal (BOTTINI, 2007, p.205).

Os crimes de perigo abstrato são aqueles que se mostram consumados sem que seja necessária qualquer comprovação da situação que, ao menos, ameaçou o bem jurídico. Para sua configuração, basta estar presente a probabilidade de causar um dano ou uma lesão que tornará possível a punição pelo descumprimento da lei. Tal presunção é tida como absoluta (*juris et de jure*), prescindindo, inclusive, de um real prejuízo ao bem jurídico (BOTTINI, 2007, p.111).

Pela dogmática atual, os crimes de perigo abstrato são desprovidos de ofensividade, indo de encontro ao princípio da legalidade, porquanto não contém em seu bojo a devida conceituação da conduta a ser punida, tampouco exigindo um resultado normativo, chegando a permitir arbitrariedades por parte dos aplicadores da lei em prejuízo do réu. É justamente no que tange a este aspecto que se torna necessária a comprovação de todos os riscos de lesão aos bens jurídicos de terceiros, o que nos leva a duas interpretações. A primeira delas nos permitiria transformar tais delitos no chamado perigo concreto, com o condão de se verificar algum nível de ofensividade da conduta. A segunda seria optarmos por declarar tais crimes como inconstitucionais, fazendo com que esses tipos penais fossem gradativamente sendo retirados do orde-

namento jurídico, por se mostrarem incompatíveis com o nosso modelo democrático de direito que traz como pilar do *jus puniendi* estatal a proteção de bens jurídicos que repousam no princípio da lesividade.

2.1 Demonstração da lesividade ao transformar crimes de perigo abstrato em concreto

É importante ressaltar que os crimes de perigo abstrato, da forma que a doutrina os expõe, ao tentar transformá-los naqueles em que o perigo se torna concreto, ressalta o caráter preventivo do direito penal em uma expressão bastante protetiva, uma vez que a inobservância da letra da lei expõe diretamente o bem jurídico penal a um efetivo perigo de dano/ lesão.

Também se verifica o incremento de regras para garantia de expectativa de segurança para a vida social atual, exigida pelos anseios do povo, vez que a ampliação dos bens jurídicos penais faz com que a sanção penal não surja como mera ameaça a comportamentos que possam atingir esses bens, mas sim como mecanismo de controle de vigência das regras de organização (BOTTINI, 2007, p.123).

2.2 A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

Tais crimes, por possuírem uma presunção absoluta quanto à criação do perigo pelo agente, trazem consigo a possibilidade de puni-lo, sem que seja verificado um resultado jurídico, como preceitua o artigo do Estatuto Repressivo supra referido. Este constitui apenas o primeiro dos aspectos que não coaduna com o nosso modelo democrático de Direito. Como entender constitucional, por exemplo, uma conduta tipificada no ordenamento sem que ela gere qualquer conseqüência visível para o meio social? Sem qualquer afetação a um bem jurídico penal? É latente a violação dos princípios da legalidade e da lesividade.

Devemos admitir que, atualmente, não tem sido este o posicionamento mais verificado nos Tribunais Superiores, verificando-se também uma menor preocupação em relação à pessoa do réu, contudo é importante destacar este posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca de tais delitos:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se ainda o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente, renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico (...). A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica (STJ, REsp 34.322-0, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 02.ago.1993, p.14295).

Em um momento subsequente, tal previsão normativa, infelizmente, acaba por permitir arbitrariedades que, inclusive, prejudicam o réu, uma vez que a presunção de inocência é substituída pela presunção de culpa do agente. O acusado deve ser considerado inocente até a sentença transitada em julgado e, em caso de dúvida, a decisão deve lhe ser favorável (*in dubio pro reo*), não cabendo a uma norma infraconstitucional tratar desta regulação.

O Estado Democrático de Direito tem por substrato último a dignidade humana: logo, as normas em análise devem estar referidas, exclusivamente, a comportamentos que violem bens jurídicos, compreendidos como interesses decorrentes desta dignidade constitucional e que, por isso, devem estar lastreados, mesmo que mediadamente, nas condições necessárias ao livre desenvolvimento dos indivíduos. A proteção de bens jurídicos difusos, sem referentes imediatos ou mediatos em interesses humanos concretos, não se coaduna com um poder punitivo orientado para a defesa da dignidade do ser humano (BOTTINI, 2007, p.296).

Não obstante, passa a ser fruto da mera vontade do julgador a análise da culpabilidade, uma vez que basta o cometimento da conduta prevista no Código Penal para que também se presuma a culpa do agen-

te. Com a aceitação constitucional deste tipo de crimes, passaríamos também a acolher que o direito penal passasse a exercer papéis estritamente estatais, mesmo que pertinentes ao direito civil ou trabalhista, promovendo com isso, sua administratização (BORBA, 2005, p.04-05; ABREU, 2008, p.13).

Portanto, não é possível aceitar que num Estado em que a soberania emana do povo, garantias e direitos fundamentais sejam objetos de mitigação. Mas, é o que acontece e assim vai permanecer se não ocorrer uma alteração legislativa neste sentido, uma vez que se passa a tutelar bens que não são pertinentes ao direito penal e, pelo uso equivocado dos meios que dispõe para protegê-los, se verifica até uma limitação das garantias fundamentais, deixando de lado a idéia da *ultima ratio*.

Considerações finais

Uma vez diante dos crimes de perigo abstrato, os quais prescindem de qualquer elemento probatório de sua ocorrência, bem como do Princípio da Lesividade, orientador de um Direito Penal Mínimo, graças às suas características garantistas e não intervencionistas podemos dizer que se trata de flagrante inconstitucionalidade admiti-los em nosso ordenamento jurídico, uma vez que tais previsões normativas genéricas acabam por conceder ao magistrado um poder de atuação que, por não estar devidamente definido, termina por não tratar propriamente do desvalor da conduta do agente, como também por reprimir um resultado que venha a afetar bens jurídicos de terceiros, o qual sequer possa ter se verificado.

Busca-se, portanto, através de um sistema penal de garantias ter um número reduzido de condutas criminalizáveis, ainda que as mudanças sociais que vem ocorrendo ao longo do tempo tenham dificultado a compreensão do nexos causal entre os comportamentos delituosos e os resultados verificados, reservando, portanto, este status apenas àquelas que tornem intolerável a manutenção daquele que as praticou dentro do contexto social em que vive.

Tais crimes, além de possuírem uma estrutura típica incomum, vão de encontro a muitos preceitos constitucionais, nitidamente o da legalidade, o da lesividade, o da presunção de inocência, dentre outros, não por outro motivo terem se constituído no objeto desta pesquisa.

Assim, mantemos a posição que considera inconstitucionais tais crimes, uma vez que eles não se comprometem com a missão de assegurar proteção a bens representativos da dignidade humana, objetivo maior a ser perseguido pelo nosso Direito Penal.

The abstract danger crimes and their (un)constitutionality face the harmfulness principle.

Abstract

Of today, we face a social reality that, in spite of bringing traces Industrial Revolution, enjoys the fullness of post modernity, even with all the implications arising therefrom. Sciences and technologies' advances require from the law operator a nearly instantaneous adaptation to the new rules that are established. And it is in this context that this reading looks for a better understanding of the (non)adoption of the abstract danger crimes as protection of property face the harmfulness principle. It is known that such properties have constitutional basis, because it is through the Federal Charter that the emanated sovereignty of the people is exercised and such values that underlie became the concern of the legislator to ensure sanctions to those who practice certain conducts fixed in law. Initially, we caught a set of principles

to limit the application of criminal law after exhausting of all possible lines of social control laying emphasis on human dignity. Meticulously, we'll discuss the harmfulness principle since its understanding is fundamental to confront it with the crimes of abstract danger, since the Democratic State of Right prefers the use of the penal mechanisms as it ultima ratio, being considered, therefore, as garantist and non-intervencionist. Finally, we will bring the concept and the requirements pertaining to abstract danger crimes, trying to avoid ambiguities regarding its terminology, so that, conclusively, analyze their (un)constitutionality face the harmfulness law criminal alleged by the Federal Charter.

Key-words: Criminal Principles. Harmfulness. Abstract danger. Unconstitutionality.

Referências

ABREU, Marcelo Luís. **Anotações sobre a função garantística do bem jurídico penal.** Disponível em: <<http://www.direitofba.net/artigos/artigo013.doc>>. Acesso em 18 abr.2008.

BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. **A individualização da pena na Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BLANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.** Disponível em: <http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discente/disc_02.doc>. Acesso em: 21.jun.2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARDOSO, Vitor de Azevedo. **A idéia de direito penal mínimo.** A aplicação do direito penal mínimo em consonância com o conceito de Estado Democrático Social de Direito. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1061>>. Acesso em: 16 maio 2008.

FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de perigo abstrato: a tutela de bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** Brasília, a. 14, edição especial, p.07-53, dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série: As Ciências Criminais no Século XX – v. 06).

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da Ofensividade como pressuposto do *jus puniendi***. Enfoque sobre o conceito material de delito à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigos_Detalhe.cfm?doutrina=864>. Acesso em: 10 abr.2008.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n.04, abr. 1998 (versão *on-line*).

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O Princípio da Fragmentariedade e os Tribunais Pátrios**. Disponível em: <http://juristas.com.br/impressao_revistas.asp?ic=1936>. Acesso em: 10.abr.2008.

NUNES, Leandro Gornick. **O porte ilegal de munição e a teoria do delito**. Disponível em: <http://www.gornicknunes.adv.br/pt/adv_artigos/11.pdf>. Acesso em: 15 abr.2008.

Referência deste artigo

COSTA, Taísa Cristina Tenório Salvador da. Os crimes de perigo abstrato e sua (in)constitucionalidade frente ao princípio da lesividade. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 501-516, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 15 out. 2009. Aprovado em: 27 nov. 2009.

Controle incidental de constitucionalidade

Teodomiro Noronha Cardozo

Juiz estadual Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP;
Faculdade Damas da Instrução Cristã e da Pós-graduação da UFPE e da ESA/OAB-PE.

Resumo

O artigo tem por objeto a investigação da origem do controle incidental de constitucionalidade nos sistemas concentrado e difuso e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Controle incidental de constitucionalidade. Sistemas de controle.

1 Origem do controle de constitucionalidade

O atual modelo de controle de constitucionalidade originou-se nos Estados Unidos, fruto de decisão da Suprema Corte no célebre caso *Marbury v. Madison*, no século XIX. O Presidente John Adams derrotado para a reeleição da casa branca nomeou correligionários para o exercício de funções públicas estratégicas. Como forma de manter sua hegemonia no poder judiciário, já que havia perdido o poder político para os repu-

blicanos, no apagar das luzes de seu governo, nomeou William Marbury para exercer o cargo de juiz de paz no Condado de Washington, DC.

James Madison, Secretário de Estado, do novo Presidente eleito, negou-se a dar posse a Marbury, justificando que o novo Governo não estava obrigado a cumprir as nomeações do Governo anterior, posto que não efetivadas por esquecimento do então Secretário de Estado de Adams. Irresignado, Marbuy impetrou na Suprema Corte um *mandamus of writ* objetivando a garantia da posse no referido cargo.

Marshall, *Chief of Justice* da Suprema Corte, em decisão inédita, criou um mecanismo de controle da Constituição pela via judicial. Ele decidiu que o pleito de Marbury era legítimo, todavia, declarou a inconstitucionalidade da lei estadual que assegurava o direito à posse e por isso Marbury não tomou posse no cargo.

A famosa decisão de Marshall revolucionou a história do constitucionalismo moderno, como marco decisório para estabelecer a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, reconhecendo ao Poder Judiciário o controle de leis e atos normativos do Poder Público por meio do mecanismo denominado *checks and balance*. A partir desse marco histórico todo ato do Congresso contrário à Constituição deverá ser declarado nulo, inválido ou ineficaz (*null and void and no effect*).¹

A partir da querela Malbury x Madison – confirmou-se a supremacia da Constituição – pelo controle total dos atos dos poderes constituídos, outorgando ao Poder Judiciário, na solução de casos concretos, a interpretação da *Magna Charta*, objetivando a adequação e a compatibilização de atos normativos do Poder Público às normas superiores da Constituição.²

1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 281.

2 MOARES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 694.

2 Sistemas de controle de constitucionalidade

A técnica de controle instituída por Marshall foi importante para a consolidação da jurisdição constitucional, por meio de três sistemas, a saber: 1) político, 2) jurisdicional e 3) misto.

O controle político de inconstitucionalidade é entregue a órgãos de natureza política como o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa do século passado; a um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da Ex-URSS e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa.

Já o controle jurisdicional é o mais comum hoje em dia, denominado de *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, sendo definido como a faculdade que as Constituições consagram ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público, cujo controle é exercido formal e materialmente.

Por fim, o controle misto ocorre quando a Constituição submete certas categorias de controle de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, a exemplo da Suíça, em que as leis federais se submetem ao controle político da Assembléia Nacional e as leis locais ao controle jurisdicional.³

Com efeito, na Áustria o controle de constitucionalidade não se originou de um caso prático como o modelo norte-americano. O modelo austríaco surgiu da elaboração teórica de Hans Kelsen diante da necessidade de garantir a supremacia da Constituição. A grande diferença entre os dois modelos reside na perspectiva da titularidade da declaração de inconstitucionalidade.⁴

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 52.

4 TEIXEIRA, João Paulo Alain. Controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da ESMape**, Recife, a. 13. n. 27, p. 249-269, jan./jun. 2008. No mesmo sentido, veja-se Alexandre de Moraes. *Opus citatum*, p. 694. Para este autor o controle dos Tribunais Constitucionais europeus deu-se a partir da crise da democracia representativa.

O controle de constitucionalidade na Áustria englobava as leis oriundas do Parlamento e os decretos editados pelas altas autoridades administrativas com força de lei. Antes da Constituição Austríaca de 1920 as decisões da Corte Ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* no que tange à constitucionalidade de uma lei ou decreto não tinha força vinculante sobre as Cortes Inferiores, que poderiam aplicar uma norma declarada inconstitucional pela mais alta Corte.⁵

Assim, no modelo austríaco a tutela da supremacia constitucional incumbe a uma Corte Especial a partir de 1920 – o Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof*) em substituição à antiga mais alta Corte Ordinária (*Oberster Gerichtshof*). Segundo Kelsen o Tribunal Constitucional se coloca na posição de somente afastar a inconstitucionalidade de uma lei, declarando-a nula, com seus efeitos **ex nunc** e raramente com efeitos **ex tunc**.⁶

3 Controle de constitucionalidade no Brasil

No Brasil o controle de constitucionalidade das leis tem duas vertentes: a) o controle por via de exceção e o controle por via de ação. O modelo brasileiro, de natureza mista, inspirou-se nas ideias do constitucionalismo norte-americano e austríaco. Para Bonavides tal modelo eclético traduz uma certa evolução institucional que não pode passar despercebida.⁷

5 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305

6 Idem, *ibidem*. Conforme Bonavides para possibilitar a segurança jurídica dos atos do poder público e dar tempo ao Governo de editar uma nova lei constitucional. *Op. cit.*, p. 302.

7 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 293. O controle de constitucionalidade instituído na Constituição de 1891 foi o jurisdicional, sob a influência do modelo dos EUA acolhendo o critério do controle difuso ou por via de exceção, adotado até hoje. José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 53.

3.1 Controle difuso de constitucionalidade no Brasil

Ruy Barbosa, inicialmente, foi o grande defensor do modelo norte-americano, por meio do qual, qualquer órgão judicial (juízes ou tribunais) tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição.

Todavia, no controle difuso havia uma aproximação ao modelo austro-germânico e em 1965 foi introduzido em solo brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade. Compete ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle difuso por meio de Recurso Extraordinário e de *Habeas Corpus*.

3.2 Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Federal de 1988 manteve os controles difuso e concentrado. Compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal, por meio das seguintes ações:

- a) Ação de Inconstitucionalidade genérica (ADIIn);
- b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);
- c) Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF);
- d) Ação de Inconstitucionalidade Interventiva;
- e) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Com efeito, na redação original da Constituição de 1988 estavam inicialmente previstas a ADIIn genérica e a ADPF, aquela plenamente operante, e esta, dependente de norma regulamentadora para viabilizá-la. A ADC foi introduzida no ordenamento pátrio em 1993, por meio da

EC-03, firmando a competência do STF.⁸ Todavia, a ADPF só ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei 9.882/99. No mesmo ano, o desenho da ADC e da ADIn ganhou novos contornos com a edição da Lei 9.868.

Destarte, no que se refere à ADIn alguns esclarecimentos devem ser feitos: a Constituição de 1988 ampliou a legitimação para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal. Antes, apenas o Procurador Geral da República era detentor de tal prerrogativa, *comprometendo a possibilidade de um efetivo e democrático controle de constitucionalidade das leis de interesse do executivo federal*.⁹

Não obstante, o chamado controle difuso, por via de exceção, como controle incidental de constitucionalidade, brota do contexto de uma relação processual, podendo dele lançar mão qualquer das partes que figure no pólo ativo ou passivo, desde que exista uma querela constitucional a ser discutida, inclusive, o juiz ou tribunal tem o poder-dever de reconhecer uma inconstitucionalidade de ofício.

Gilmar Mendes afirma que o constitucionalismo brasileiro passou por mudanças significativas, no que tange à relação que havia entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Para o Ministro do STF a ampliação da legitimação para a propositura da ação direta e a criação da ação declaratória fortaleceram o controle concentrado em detrimento do difuso.¹⁰

4 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – sem redução de texto – nos sistemas direto e incidental

A Lei 9.868/99 trata do processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no

8 TEIXEIRA, João Paulo Alain. Controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife*, a. 13., n. 27, p. 249-269, jan./jun. 2008. e MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1.062.

9 TEIXEIRA, João Paulo Alain. Controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife*, a. 13, n. 27, p. 249-269, jan./jun. 2008.

10 MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, s.d. p. 1056.

Supremo Tribunal Federal, instituindo a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, com efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da aludida Lei).

De ver-se que a lei apenas autorizou o STF a declarar a inconstitucionalidade com a limitação dos efeitos daí decorrentes. Diante disso, indaga Gilmar Mendes se é possível empregar essa técnica ao controle difuso? Após discorrer sobre a origem de tal controle, afirma Mendes, *in verbis*:

Tem-se, a nosso ver, adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica da decisão (...).¹¹

Em outra passagem, sobre os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, Mendes reafirma seu posicionamento, argumentando que não há dúvida de que a limitação dos efeitos da decisão é decorrência do controle judicial de constitucionalidade e, por isso mesmo, ele pode ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental de constitucionalidade.¹²

Judicial Diffuse Review

Abstract

The article has for object the investigation of the origin judicial diffuse review in the systems centralized and diffuse and the effects of the judicial diffuse review.

Key-words: Judicial diffuse review.

11 Idem, *Ibidem*, p. 1.098-1.099.

12 Idem, *ibidem*.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, s.d.

MOARES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

TEIXEIRA, João Paulo Alain. Controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da ESMape**. Recife, a. 13. n. 27, p. 249-269, jan./jun. 2008.

Referência deste artigo

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Controle incidental de constitucionalidade. **Revista da ESMape**, Recife, v. 14, n. 29, p. 517-524, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 16 out. 2009. Aprovado em: 26 nov. 2009.

O renascimento do *rule of law*

Thomas Carothers

Diretor, Democracy and Rule of Law Project,
no Carnegie Endowment for International Peace.
Publicado originalmente na *Foreign Affairs*, Mar/Apr, 1998, 77 (2), p. 95-106.

Tradução de José Mário Wanderley Gomes Neto

Mestre em Direito Público e Doutorando em Ciência Política pela
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Professor na
Universidade Católica de Pernambuco. Tradução mediante
autorização expressa do autor.

Resumo

Nenhum de nós poderá participar de um debate de política externa hoje em dia sem que alguém proponha o Estado de Direito (rule of law) como uma solução para um problema ou outro. O Estado de Direito é inegavelmente importante para termos sociedades pacíficas, livres e prósperas, mas não é um problema de rápida e simples solução. Transmitir um modelo de Estado de Direito para uma sociedade sem registro histórico anterior de sua implantação implica mudar as atitudes

das elites e das massas e criar uma cultura política em que ninguém está acima da lei. Infelizmente, defensores das reformas baseadas no rule of law tendem a ter em mente coisas mais simples e menos duradouras, como escrever Códigos e Estatutos e construir belos Tribunais.

Palavras-chave: Ciência Política. Estado de Direito. Reformas jurídicas. Transplantes legislativos. Reformas institucionais.

Um novo nostrum

Ninguém poderá participar hoje de um debate sobre política internacional sem que um dos participantes proponha o *rule of law*¹ como a solução para os problemas mundiais. Como pode a política norte-americana na China atravessar o problema de balancear direitos humanos contra interesses econômicos? Promovendo o *rule of law*, alguns observadores sustentam, desenvolve-se, ao mesmo tempo, os princípios fundamentais e os lucros. O que fará a Rússia mover-se para além do selvagem capitalismo ocidental² para a economia de mercado mais ordenada? Desenvolvendo o *rule of law*, muitos insistem, é a chave. Como o México poderá negociar suas traiçoeiras transições econômicas, políticas e sociais? Dentro e fora do México, muitos respondem: estabelecer o *rule of law* para todas e de uma só vez. Assim, não importa se estamos na Bósnia, em Ruanda, no Haiti, ou em qualquer outro local, a cura será, por óbvio, o *rule of law*.

O conceito está de repente por toda parte – uma venerável parcela da filosofia política ocidental experimentando um novo papel, na qualidade de um crescente imperativo da era da globalização. Inquestionavelmente, ele é importante para se viver numa sociedade pacífica, livre e próspera. Porém, sua repentina elevação à qualidade de panacéia para os males de países em transição, a partir de ditaduras ou economias estatizadas deveria por ambos, pacientes e terapeutas, em estado de alerta. O *rule of law* promete mover países a partir de uma relativamente fácil fase de liberalização política e econômica para níveis profundos de reforma. Mas a promessa demonstra-se difícil de

1 Será o termo mantido ao longo do texto em sua expressão literal original em língua inglesa. Autores de língua espanhola, bem como de língua portuguesa traduzem-no conforme o sentido atribuído:

a) originalmente, concebido como o conjunto de direitos e garantias do cidadão e de regras que legitimavam a condição do Estado de Direito;

b) nos dias de hoje, em que passou esse termo a representar uma agenda de transformações institucionais, composta por uma série de modelos voltados ao desenvolvimento econômico, ao funcionamento estável dos mercados globais, bem como ao bem-estar dos cidadãos, tem sido representado pelas expressões “marcos jurídicos” ou “marcos legais”. N.T.

2 No original, o autor faz um trocadilho com a expressão “Wild West”, Oeste Selvagem, uma alusão aos filmes de faroeste e à influência política, acadêmica e cultural norte-americana. N.T.

cumprir. Uma multitude de países na Ásia, na ex-União Soviética, no Leste Europeu, na América Latina, na África sub-saariana e no Oriente Médio está engajada num largo espectro de iniciativas reformistas baseadas no *rule of law*. Reescrever constituições, leis e regulamentos é a parte fácil. Reformas institucionais mais extensas, também necessárias, são árduas e lentas. Juízes, advogados e burocratas precisam de treinamento e instituições como sistemas judiciários, forças policiais e prisões precisam ser reestruturadas. Cidadãos precisam ser incluídos no processo se concepções de direito e de justiça deverão ser realmente transformados.

Os obstáculos primários para estas reformas não são técnicos ou financeiros, mas políticos e humanos. As reformas do *rule of law* somente terão sucesso se resolverem o problema fundamental dos líderes que se recusam a serem regulados pelo ordenamento jurídico. O respeito ao direito não se enraizará em sistemas infectados com a corrupção e o cinismo, uma vez que as elites estabelecidas somente cedem em sua tradicional impunidade e em seus interesses ocultos, mediante grande pressão. Até a nova geração de políticos surgidos a partir das transições políticas dos anos recentes é relutante em apoiar reformas que criem centros de poder alternativos, além de seu controle.

Nações ocidentais e doadores privados aplicaram centenas de milhões de dólares em reformas baseadas no *rule of law*, mas a ajuda externa não substitui o desejo de reforma, que deve vir do interior dos países destino. Países em transição para a democracia precisam primeiramente querer as reformas e, então, serem cuidadosos e pacientes nas suas reformulações legais. Enquanto isso, doadores precisam aprender a investir seus dólares reformistas onde eles trarão mais retorno – esperando poucos milagres e fraca influência em retorno.

Fundamentos jurídicos

O *rule of law* pode ser definido como um sistema no qual as leis são de conhecimento público, são claras em seu conteúdo e aplicadas

uniformemente a todos. Elas asseguram e suportam as liberdades civis e políticas que alcançaram o status de direito humano universal ao longo da última metade de século. Em particular, qualquer um acusado de um crime tem o direito a um julgamento justo, célere e é presumido inocente até prova de sua culpa. As instituições centrais do sistema legal, incluídos os tribunais, o ministério público e a polícia são justas, competentes e eficientes. Juízes são imparciais e independentes, não sujeitos à influência política e à manipulação. Talvez mais importante, o executivo está fundado sobre compreensivas estruturas legais, seus oficiais aceitam a aplicação da lei à sua própria conduta e o governo procura ser juridicamente estável.

A relação entre o *rule of law* e a democracia liberal é profunda. O *rule of law* torna possíveis os direitos individuais, os quais estão no centro da democracia. O respeito de um governo à autoridade soberana do povo depende da sua aceitação das normas jurídicas. A democracia inclui instituições e processos que, embora situados além do domínio imediato do sistema jurídico, estão enraizados nele. Elementos básicos de uma moderna economia de mercado, *v.g.*, direitos de propriedade e contratos, estão fundamentados no direito e necessitam execução por competentes agentes imparciais. Sem o *rule of law*, as principais instituições econômicas, como corporações, bancos e sindicatos não poderiam funcionar e os modos de intervenção estatal na economia – mecanismos de regulação sistemas tributários, estruturas aduaneiras, políticas monetárias etc. – seriam injustas, ineficientes e opacas.

O *rule of law* pode ser concebido de maneira ampla ou estrita. Alguns juristas norte-americanos investem-no com atributos específicos de seu próprio sistema: procedimentos mediante júri, uma constituição raramente emendada, uma visão expansiva dos direitos dos réus e uma acentuada separação de poderes. Isso exclui aqueles advindos de outras sociedades que gozam do *rule of law*, mas não chegam a seguir o enfoque norte-americano em suas particularidades específicas. Alguns políticos asiáticos focam na regular e eficiente aplicação do direito, todavia, não se preocupam com a necessidade de subordinação estatal a ele. Em

seus pontos de vista, o direito não existe para limitar o Estado, mas para servir a seu poder. Mais cuidadosamente caracterizado como *rule by law* do que *rule of law*, este conceito estrito foi construído naquilo que foi conhecido como *Asian-style democracy*.

Trauma de transição

O *rule of law* está longe de representar uma idéia nova. Ele está recebendo tanta atenção agora por estar numa posição central entre democracia e economia de mercado, numa era marcada por uma onda de transições para ambos os pólos. Observadores ocidentais afirmam que fortalecer o *rule of law* levará o Estados a mover-se para além do primeiro estágio de reformas políticas e econômicas voltadas à consolidação simultânea da democracia e da Economia de mercado.

Desde o início da década de 80, dúzias de países em diferentes regiões têm experimentado aberturas políticas, tiveram eleições razoavelmente livres e justas e estabeleceram as instituições básicas da Democracia. Alguns, no entanto, particularmente na América Latina e em partes da ex-União Soviética, do Leste Europeu e da Ásia, estão enfrentando instituições ineficientes, pouco respeito dos cidadãos pelos governos e o desafio de ir além de meros processos democráticos para valores e práticas genuinamente democráticos. Outros países, na África Sub-Saariana, na Ásia Central e em tantos outros lugares, estão não apenas estagnando, mas retrocedendo, enquanto seus recém-eleitos governantes retomam velhos hábitos autoritários. Para Estados envolvidos com sua consolidação democrática, o fortalecimento de um *rule of law* geralmente fraco apresenta-se como uma maneira de pressionar instituições governamentais clientelistas a uma melhor performance, de controlar políticos eleitos, mas ainda apenas aleatoriamente obedientes à lei, e de impedir as contínuas violações aos direitos humanos que têm caracterizado muitas democracias recentes. Para muitos sistemas reincidentes, a consolidação do *rule of law* mostra-se um último recurso contra o autoritarismo oculto e as sempre presentes tentativas de sabotar a ordem constitucional.

Muitas tentativas de transição econômica estão seguindo por um caminho similar. Governos reformadores, que implantaram seus programas ao longo de uma fase inicial de liberalização econômica e estabilização fiscal, hoje encontram-se em compasso de espera antes da segunda e mais profunda fase de transição, suturando suas cisões políticas e pedindo paciência por parte de alguns cidadãos insatisfeitos. Como Moisés Naim salientou, a primeira fase das reformas de mercado abrangeu decisões políticas de larga escala por um pequeno grupo de altos executivos. A segunda fase envolve a construção de instituições, a exemplo de agências fiscais, serviços aduaneiros, comissões antitruste e a melhora geral da governança. O fortalecimento do *rule of law* é essencial para esta fase.

Os desafios da segunda fase são sentidos não apenas na América Latina e nos antigos Estados comunistas, mas também nos países asiáticos, os quais obtiveram considerável progresso econômico sem o benefício do *rule of law*. Como as recentes crises financeiras da Ásia tornam público, se países como Indonésia, Tailândia e Malásia pretendem ir além de seus impressionantes progressos de primeira geração, precisarão de melhor regulação bancária e grande *accountability*³ governamental. De forma geral, a globalização da economia está tornando o *rule of law* imperativo, mediante mecanismos de pressão sobre os governos no sentido de oferecerem a estabilidade, a transparência e o *accountability* que os investidores internacionais demandam.

Por alicerces para o *rule of law* também auxilia na contenção de dois problemas severos – corrupção e crime – os quais são comuns a muitos países em transição, aborrecendo os cidadãos e encobrendo os esforços reformistas. O debate continua sobre as hipóteses onde a corrupção governamental tem realmente crescido nas sociedades em transição ou onde a maior abertura, especialmente na mídia, meramente tem exposto aquilo que sempre ocorreu. A escalada do cri-

3 A expressão, apesar de traduzida por muitos autores em termos variados, será mantida em sua redação original, assim como faz a maioria dos analistas em língua portuguesa, com a finalidade de preservar seu sentido primitivo. N.T.

me nas ruas e da violência civil é outra indesejável característica de sociedades em democratização, da Rússia à África do Sul, passando pela Guatemala. O crime erode o apoio do público à Democracia e atinge a economia ao assustar investidores estrangeiros e interferir na circulação de idéias, bens e pessoas. Governos reformistas por todo o mundo incluem agora a redução do crime e da corrupção em suas agendas de reformas profundas. O desenvolvimento pautado pelo *rule of law* é um ponto óbvio para começar.

Por estas razões – políticas, econômicas e sociais – políticos e analistas ocidentais têm utilizado o *rule of law* como um elixir para países em transição, prometendo remover os principais obstáculos no caminho para a democracia e para a economia de mercado. Suas qualidades universais crescem-se a seu apelo natural. Apesar das interseções entre o *rule of law*, a democracia e o capitalismo, aquele permanece num plano exterior, como uma solução não-ideológica, até mesmo técnica. Em muitos países, as pessoas têm afirmado a impropriedade de muitos modelos de democracia ou de capitalismo, mas quase ninguém, nos dias de hoje, admitir-se-á contra a idéia do *rule of law*.

O menu reformador

Embora suas maravilhosas habilidades tenham sido exageradas, o desejo pelo *rule of law* é claro. A questão é: por onde começar? A maneira corrente de classificar as reformas originadas no *rule of law* é a partir da matéria tratada: direito comercial, direito penal, direito administrativo etc. Outro método alternativo foca na profundidade da reforma, dividindo-as em três categorias básicas. As primeiras concentram-se nas próprias leis: revisando leis e códigos inteiros com escopo de remover prescrições antiquadas. Predominantemente, a economia domina o foco, a partir da disseminação ou re-disseminação de normas sobre falências, governança corporativa, tributação, propriedade intelectual e mercado financeiro. Outro foco é o direito penal, incluindo a expansão

da proteção aos direitos fundamentais nas normas processuais penais, a alteração das normas postas para atender a novos problemas como a lavagem de dinheiro e as fraudes nas transferências eletrônicas, bem como, revisando o modo de regulação das polícias.

O segundo tipo de reformas abrange o fortalecimento das instituições relacionadas com o direito, geralmente para torná-las mais competentes, eficientes, transparentes e sujeitas a controle (*accountable*). São aprimorados o treinamento e a remuneração dos juízes e dos servidores judiciários e a difusão de decisões judiciais é incentivada. Esforços reformadores têm por alvo a polícia, o ministério público, os defensores públicos e as prisões. Esforços para trazer à tona códigos de ética e *standards* profissionais para advogados, revitalizar a educação jurídica, ampliar o acesso às Cortes e estabelecer mecanismos alternativos de resolução de conflitos figuram em muitos pacotes de reformas. Outras reformas comuns incluem o fortalecimento das legislaturas, da administração fiscal e dos governos locais.

O terceiro tipo de reformas dirige-se à profunda meta de ampliar o compromisso governamental com a lei. Uma peça chave é promover a genuína independência judicial. Algumas das medidas listadas acima se dirigem a esta meta, especialmente melhores vencimentos e a revisão do procedimento de seleção dos magistrados. Mas as mudanças cruciais encontram em outro ponto. Acima de tudo, agentes públicos precisam refluir quanto à interferência no processo decisório do juiz e aceitar o Judiciário como uma autoridade independente. Devem abandonar o hábito de situar-se acima da lei. Reformas institucionais podem ajudar, clareando as regulações, tornando o serviço público uma meritocracia e mantendo a transparência e outros meios de ampliar o *accountability*. O sucesso do terceiro tipo de reformas depende menos das medidas técnicas e institucionais que das lideranças em foco e das mudanças nos valores e atitudes daqueles no poder. Embora muito do ímpeto precise vir do topo, não obstante, atividades tais como dirigir direitos humanos aos cidadãos e campanhas anti-corrupção podem fazer mais em ajuda.

O cenário global

Provavelmente, a mais ativa região em relação às reformas do *rule of law* tem sido o Leste Europeu. Desde 1989, a maioria das sociedades do Leste Europeu tomaram medidas significantes para “des-sovietizar” e amplamente reformar os sistemas jurídicos. Eles reescreveram constituições e leis e iniciaram mudanças fundamentais em suas instituições legais. Muitos oficiais governamentais começaram a aceitar a autoridade da lei e respeitar a independência judicial. A República Checa, por exemplo, teve o maior progresso em independência judicial e a Hungria lançou recentemente um compreensivo pacote de reformas judiciais. No campo das reformas institucionais, por outro lado, têm levado mais tempo que o esperado e outros falharam logo no início. Os líderes da Sérvia e da Croácia continuam a colidir com direitos fundamentais e instituições governamentais da Eslováquia mostram desvalorização quanto às regulações da Corte Constitucional. Enfim, o cenário geral tem elementos encorajadores.

A América Latina também apresenta um positivo, porém indefinido, perfil. Desde os primeiros anos da década de 1980, constitucionalmente baseados, governos eleitos estabilizaram-se por todo lugar na região. A maioria dos governos latino-americanos acorda quanto à demanda pelas reformas baseadas no *rule of law* e estão tomando medidas em direção a elas ou, ao menos, proclamam que irão. Mas as reformas judiciais e da polícia situaram-se entre os muros da indiferença burocrática e dos interesses ocultos. Poucos países, notavelmente Chile e Costa Rica, conseguiram progressos, enquanto outros, como El Salvador e Guatemala, apenas agora têm seriamente voltado suas atenções para este fim. O desejo de reformas não tem sido suficiente na Argentina e no México, os quais possuem os recursos humanos e técnicos, mas os respectivos desenvolvimentos políticos-econômicos têm sido ofuscados pelo fraco *rule of law*.

Muitos governos asiáticos começaram a modificar leis e instituições jurídicas relacionadas com interesses comerciais. Este é o projeto destes

países na procura por consolidar e avançar seu progresso econômico, a exemplo da Malásia, de Taiwan, Coréia do Sul e até da China, de outros que ainda tentam alcançar o trem, como o Vietnã. Estas reformas geralmente param no início quanto à subordinação dos poderes governamentais à lei e são mais bem entendidos como medidas para alcançar a regulação jurídica que o *rule of law*. A Coréia do Sul quase isoladamente tomou medidas para além do campo comercial e está seriamente atacando a impunidade governamental e a corrupção, como se evidencia do recente indiciamento dos ex-presidentes sul-coreanos Chun Doo-hwan e Roh Tae-woo por acusações de corrupção. A crise financeira asiática destacou a falha regional das reformas baseadas no *rule of law* em promover a transparência e accountability para os negócios dos decadentes círculos de banqueiros, executivos e políticos. Pressões por reformas maiores, vindas da própria Ásia e da comunidade financeira internacional, vêm crescendo.

A situação da antiga União Soviética é desanimadora. Apesar dos países bálticos terem tomado os primeiros passos para despolitizar e revitalizar os sistemas judiciais, poucos outros estados pós-soviéticos têm ido além de limitadas reformas na área do direito comercial. Suas instituições perderam alguns de seus hábitos soviéticos e permanecem ineficazes, politicamente subordinadas e corruptas. As dificuldades da Rússia em alcançar o *rule of law* é o elo mais fraco na transformação pós-comunista da sociedade russa. O governo iniciou uma série de iniciativas reformadoras, incluindo a implantação de novos códigos civil e criminal. Elas foram neutralizadas, no entanto, pela tendência corrente da elite de agir à margem da lei e em meio deslegalizado e problemático novo setor privado.

Embora mais de 30 países da África sub-saariana tenham alcançado transições político-econômicas desde 1990, as reformas do *rule of law* ainda são escassas no continente. O tema toma relevo em todos estes países de maneira a desenvolver frágeis transições e se espera que estes mecanismos de “justiça transitória”, a exemplo de comissões independentes e de tribunais de guerra, possam ajudar a superar a indesejável

legalidade do passado. De longe o mais positivo caso é a África do Sul, onde um programa de longo alcance para transformar a administração da justiça está em andamento. Em pior situação está um pequeno grupo de países, incluindo Botswana, Tanzânia e Uganda, onde um progresso menos dramático, mas ainda sim importante, tem sido alcançado com a reforma das legislações e das instituições jurídicas, incluindo a modernização de algumas normas comerciais e um apoio maior ao Judiciário. Em muitos países da região, os sistemas legais continuam cativos dos poderes estabelecidos.

O Oriente Médio mostra a pior atividade quanto às reformas jurídicas de todas as regiões. Alguns países árabes, entre os quais Jordânia, Líbano e Kuwait, estão, ao menos, realizando reformas no campo comercial, tais como os mecanismos necessários para estabilizar os mercados de capitais ou atrair investimentos estrangeiros. Mudanças institucionais são mais esporádicas, espalhando-se desde os surpreendentes e corajosos planos de reformas de Omã até as reformas judiciárias do Egito, cuja seriedade continua obscura.

As reformas do *rule of law* são a princípio uma meta estabelecida por muitos países. Em escala global, verifica-se um grande progresso nas reformas jurídicas relacionadas com a modernização da economia e um moderado grupo de reformas das instituições jurídicas, mas pouco aprofundamento nas reformas dos altos níveis de governo. Por todo o mundo, o movimento em favor do *rule of law* é amplo, porém superficial.

Auxílio jurídico

A maioria dos governos que estão realizando reformas do *rule of law* não agem sozinhos. A assistência neste campo tem se disseminado nos últimos anos, tornando-se uma categoria primária de ajuda internacional. Reunindo interesses próprios e altruísmo, alguns países ocidentais correram para ajudar governos do Leste Europeu e da ex-União

soviética a implementar reformas jurídicas e institucionais. As reformas legais e judiciárias da Rússia, por exemplo, têm sido apoiadas por larga variedade de projetos de assistência norte-americanos, por ajuda extensiva alemã, por um empréstimo de 58 milhões de dólares do Banco Mundial e por numerosas pequenas iniciativas do Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento e do Banco Mundial, bem como por muitas ações patrocinadas pela Grã Bretanha, pela Holanda, pela Dinamarca e pela União Européia. Ásia e América Latina são também destinos primários da ajuda em prol do *rule of law*, com um foco no direito comercial na Ásia e nos direitos penal e comercial na América Latina. África e Oriente Médio tem recebido menor atenção, refletindo um menor grau de reformas que os países que receberam auxílio.

Um grupo de agências norte-americano fomenta este auxílio, incluindo a U.S. Agency for International Development (USAID), os departamentos de comércio e de justiça e a Securities and Exchange Commission (SEC). A coordenação é fraca e conflitos internos são muito comuns. A rápida expansão norte-americana no auxílio em favor do *rule of law* exemplifica a única parcialmente bem-sucedida resposta aos desafios pós guerra fria. Muitos programas têm se esforçado para endereçar as instituições emergentes, mas os burocratas têm feito muito pouco para se assegurar que elas são bem concebidas, consistentes e coerentes.

Quase todos os principais doadores bilaterais, um largo espectro de organizações multilaterais – especialmente bancos de desenvolvimento – e incontáveis fundações, universidades e grupos de defesa dos direitos humanos têm aderido ao tema. Na maioria dos países, a assistência norte-americana em favor do *rule of law* é uma pequena parte do *pool* de auxílio, embora os norte-americanos freqüentemente o assumam como de extrema importância. Eles acreditam equivocadamente que a promoção do *rule of law* seja sua província especial, porém eles não estão sozinhos. Juristas alemães e franceses também tendem a ver cada um de seus países como o arauto das reformas dos códigos civis. Advogados e juízes britânicos ressaltam a distinta história da abordagem britânica.

Países em transição são bombardeados com fervilhantes, mas contraditórios, conselhos em relação às reformas legais e judiciárias.

Doadores, em algumas ocasiões, determinam as prioridades das reformas do *rule of law*. Enormes somas em auxílios são aplicadas na criação e recriação de leis, especialmente leis comerciais. Hordas de consultores ocidentais chegam aos países em transição com modelos jurídicos ocidentais em suas valises. Cursos de treinamento judicial oferecidos por grupos ocidentais têm-se tornado uma indústria promissora, assim como seminários sobre resolução de conflitos. Os provedores de ajuda têm expandido seus esforços em favor do *rule of law* para alcançar os parlamentos, agências do Poder Executivo e governos locais. A assistência também se estende a grupos civis que utilizam o direito para avançar interesses particulares ou organizações não-governamentais que apóiam as reformas.

O efeito multiplicador

Os efeitos desta florescente ajuda em favor do *rule of law* são majoritariamente positivos, embora freqüentemente modestos. Após mais de dez anos e centenas de milhões de dólares empregados em auxílio, muitos sistemas judiciais na América Latina funcionam de forma insatisfatória. A Rússia é provavelmente o único grande receptor desta ajuda, mas ainda não está claro se está caminhando na direção certa. Os números dos programas em favor do *rule of law* no Camboja depois das eleições de 1993 falharam em criar valores ou estruturas fortes o bastante para prevenir o golpe do ano passado. Organização em auxílio têm ajudado a escrever e reescrever leis por todo o globo, mas descobriram que a mera edição de leis acrescenta pouco sem considerável investimento na transformação das condições para implementação e efetivação. Muitos consultores ocidentais envolvidos na assistência em favor do *rule of law* são novos no campo da ajuda externa e não aprenderam que a ajuda deve apoiar processos de mudança enraizados internamente, não se dirigir a reproduzir resultados pré-selecionados.

Esforços para fortalecer instituições jurídicas fundamentais têm encontrado demora e dificuldade. Treinamentos para juizes, consultas técnicas e outras transferências de conhecimento especializado fazem sentido no papel, porém têm um impacto menor. O desejo de absorver valores tais como eficiência, transparência, *accountability* e honestidade apresenta-se óbvio para os consultores ocidentais, mas para os destinatários dos programas de treinamento estas mudanças podem representar a perda de privilégios e de segurança. Os principais programas de reforma norte-americanos, na Rússia, em El Salvador, na Guatemala e em qualquer outro lugar chegaram à conclusão que a ajuda externa não pode substituir o desejo interno pelas reformas.

As reformas do *rule of law* têm-se concentrado nas reformas de tipo um e dois por serem de mais fácil obtenção de resultado. Destarte, isto tem afetado os mais importantes elementos do problema. Ajudar países em transição a alcançar o tipo três de reformas, o qual traz mudança concreta na obediência governamental ao direito, é o mais difícil e lento tipo de assistência. Ela demanda ferramentas poderosas que os provedores de ajuda ainda estão começando a desenvolver, especialmente atividades que ajudem a dar força ao sistema legal a partir da cidadania e apoiem qualquer pacote de reformas que possam coexistir com os interesses do sistema vigente. Isto requer um nível de intervencionismo, desejo político e visibilidade que a maioria dos governos doadores e organizações não podem ou não desejam atender. Acima de tudo, isto requer paciência, atenção sustentável, enquanto se rompem interesses políticos ocultos, transforma-se valores e se constrói uma liderança consistente, pode-se levar anos.

A experiência relacionada com o auxílio em favor do *rule of law* sugere cautela. A difundida absorção dos imperativos do *rule of law* é pulsante, mas representa apenas o primeiro passo para a maioria dos países em transição naquilo que será um longo e pedregoso caminho. Embora os Estados Unidos e os demais países ocidentais possam e devam fomentar o *rule of law*, mesmo uma grande quantidade de dinheiro

não será suficiente a trazer resultados rápidos e decisivos. Assim, é bom que o presidente Ernesto Zedillo do México tenha feito o desenvolvimento do *rule of law* como uma das bandeiras de seu mandato, mas a busca por essa meta é certa de ser lenta e difícil, como assinalado pelo recente massacre no sul do país. Julgando pela experiência de outros países latino-americanos, as atividades norte-americanas acerca da fronteira com o México serão de importância secundária. De forma similar, o capitalismo ocidental selvagem da Rússia não pode ser entendido como uma curta fase de transição. As profundas falhas do *rule of law* na Rússia levarão décadas para serem resolvidas. A crise financeira asiática mostrou aos observadores que, sem o *rule of law*, o milagre asiático é instável. Apesar desta conclusão ser imediata, remediar a situação será uma operação em longo prazo.

Estas lições são de particular importância no que diz respeito à China, onde alguns gestores norte-americanos e comentaristas depuseram suas esperanças na idéia de que promovendo o *rule of law* irá permitir aos Estados Unidos fomentar mudanças positivas nos campos político e econômico, sem entrar na conflitante análise das questões dos direitos humanos. Mas os próprios esforços chineses em reformar as suas leis têm por volta de vinte anos de idade e se movem lentamente, principalmente fora do âmbito econômico. Pronunciamentos dos oficiais norte-americanos e crescentes ondas de assistência em favor do *rule of law* não têm a condição de apressar o processo, julgando-se pelos programas que estão operando na China há anos. A promoção do *rule of law* na China pode ser parte da política norte-americana em relação à China, mas não irá aumentar a influência norte-americana sobre aquele país. Tampouco irá miraculosamente eliminar as difíceis escolhas entre ideais e interesses que têm contaminado a política externa norte-americana por mais de duzentos anos.

▶ The rule of law revival

Abstract

One cannot seem to get through a foreign policy debate these days without someone proposing the rule of law as a solution to one problem or another. The rule of law is undeniably important to peaceful, free, and prosperous societies, but it is no quick fix. Imparting the rule of law to a society with no history of it involves changing the attitudes of masses and elites and

creating a political culture in which nobody is above the law. Unfortunately, proponents of rule-of-law reform tend to have simpler, less lasting things in mind, like writing legal codes and sprucing up courts.

Key-words: Political Science. Rule of law. Legal reforms. Legal transplants. Institutional reforms.

Referência deste artigo

CAROTHERS, Thomas. O renascimento do *rule of law*. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 525-540, jan./jun. 2009.

* Artigo recebido em: 16 set. 2009. Aprovado em: 02 dez. 2009.

A

Abandono	17-38
Adimplemento substancial	179-184
Alimentos gravídicos.....	39-56
Artigo 24 da LDBEN.....	241-252
Atividade econômica	365-378

B

Boa-fé.....	179-184
-------------	---------

C

Ciência Política	525-540
Código Civil – proteção internacional....	111-152
Conceito de pessoa	219-240
Concretização normativa – Diferenciação entre texto e norma.....	185-194
Controle incidental de constitucionalidade.....	517-524
Criança.....	17-38
Culpa.....	433-458

D

Decisões judiciais	459-500
Direito ambiental	459-500
Direito de Personalidade	17-38
Direito do Consumidor.....	111-152
Direito Educacional.....	241-252
Direito.....	289-310

E

Embargos de terceiro	379-406
Estado de Direito.....	525-540
Estado.....	289-310, 407-432
Ética.....	153-178
Execução	311-332

F

Família.....	433-458
Funcionalismo penal	219-240

H

Habeas corpus.....	87-110
História das idéias jurídicas	253-288
Honorários advocatícios.....	379-406

I

Inconstitucionalidade	501-518
Instrumentalidade do processo.....	57-86
Instrução probatória	57-86
Interdisciplinaridade.....	111-152
Interpretação normativa	195-216

J

Judicialização	407-432
Juiz	153-178
Julgamento	153-178

L	S
Lei nº 11.804/2008..... 39-56	Saúde..... 407-432
Lesividade 501-518	Separação 433-458
LDBEN 241-252	Sistemas de controle 517-524
Lobby 195-218	Súmula 632 do STF..... 241-252
M	T
Mérito – coisa julgada..... 311-332	Teoria da Causalidade 379-406
Monopólio – privilégio..... 365-378	Teoria da Sucumbência 379-406
O	Teoria do Direito Penal do Inimigo..... 219-240
Ordem constitucional econômica..... 459-500	Trabalho interpretativo dos juristas.. 185-194
Originalidade e continuidade..... 253-288	Transplantes legislativos 525-540
P	Tutela jurisdicional efetiva..... 333-364
Perigo abstrato 501-516	U
Políticas públicas 407-432	Unificação e desnacionalização..... 289-310
Princípios constitucionais..... 433-458	V
Princípios penais..... 501-516	Validade e eficácia da LDBEN 241-252
Processo Civil 179-184, 311-332	
Prova 57-86	
R	
Razoável duração do processo..... 333-364	
Recurso extraordinário..... 333-364	
Reformas institucionais..... 525-540	
Reformas jurídicas..... 525-540	
Retórica como metódica..... 253-288	

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 25 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

- I. Título e subtítulo (se houver)
- II. Nome e titulação acadêmica
- III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- IV. Introdução
- V. Desenvolvimento
- VI. Conclusão
- VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
- VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (key-words), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, procedimentos especiais. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.4 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede da ESMape para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.5 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMape, edição que contou com sua colaboração.

3.6 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.7 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.8 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.9 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

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

3.11 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
“Desembargador Cláudio Américo de Miranda” – ESMape
 Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca
 Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
 CEP 50.010-240
 biblioteca@esmape.com.br

Esmape-Biblioteca
 340.05
 P001
 Empréstimo

Cursos de Pós-Graduação

- Direito Público
 - Direito Civil e Processual Civil
 - Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal
 - Direito de Família e Sucessões
 - Direito Penal e Processual Penal
-

**CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
E DEMAIS CARREIRAS JURÍDICAS**

CURSOS PARA APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS



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

Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837

www.esmape.com.br

ISSN 1415-112X

