

# ENTRE

REVISTA DA UNICORP

# ASPAS



**UNICORP**  
UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA

# **ENTRE**

REVISTA DA UNICORP

# **ASPAS**

**Março / 2013**

**ENTRE**  
REVISTA DA UNICORP  
**ASPAS**

**ISSN 2179-1805**

**CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO**

Juiz Ricardo Augusto Schmitt  
*Presidente*

Juiz Joselito Rodrigues de Miranda Júnior  
Juiz Marcelo José Santos Lagrota Felix  
Juiz Pablo Stolze Gagliano  
José Orlando Andrade Bitencourt  
Thais Fonseca Felippi

**CAPA E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA**

Assessoria de Comunicação do TJBA

**REVISÃO E IMPRESSÃO**

Coordenação de Serviços Gráficos do TJBA

**TIRAGEM**

2.000 exemplares

5ª Av. do CAB, nº 560, 1º Subsolo, Anexo do Tribunal de Justiça  
CEP: 41.475-971 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3372-1752 / Fax: (71) 3372-1751 / [www.tjba.jus.br/unicorp](http://www.tjba.jus.br/unicorp) / [unicorp@tjba.jus.br](mailto:unicorp@tjba.jus.br)

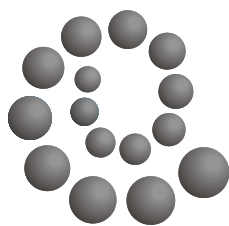
Entre Aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (abr.2011) – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011-

Catálogo do volume 3, publicado em março de 2013.  
Semestral.

ISSN: 2179-1805.

1. Direito – periódicos. 2. Estudos interdisciplinares – periódicos.  
I. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. II. Universidade Corporativa do TJBA.

CDD: 340.05  
CDU: 34



**UNICORP**

UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA



**PRESIDENTE**

Des. Mario Alberto Hirs

**ASSESSOR ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA II**

Juiz Ricardo Augusto Schmitt

**SECRETÁRIA-GERAL**

Maria Guadalupe de Viveiros Libório

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA  
DOS MAGISTRADOS**

Cecília Cavalcante Reis Neri

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA  
DOS SERVIDORES JUDICIÁRIOS**

Carmem Silvia Bonfim dos Santos Rocha

*Entre Aspas Volume 3. Boa leitura.*

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Existe uma teoria do Direito em Marx?</b>                                                                                                           | 13  |
| Lourival Almeida Trindade                                                                                                                              |     |
| <b>“Der tote erbt den lebenden” e o estrangeirismo indesejável</b>                                                                                     | 37  |
| Pablo Stolze Gagliano                                                                                                                                  |     |
| <b>A judicialização da política como problemática de pesquisa</b>                                                                                      | 45  |
| Julia Maurmann Ximenes                                                                                                                                 |     |
| <b>Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais?</b>                                                                  | 55  |
| Frederico Magalhães Costa                                                                                                                              |     |
| <b>Prazo prescricional das pretensões de reparação civil em face da Fazenda Pública ante a superveniência do prazo trienal do Código Civil de 2002</b> | 73  |
| Tais Macedo de Brito Cunha                                                                                                                             |     |
| <b>Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais</b>                              | 80  |
| Mário Soares Caymmi Gomes                                                                                                                              |     |
| <b>Justiça Restaurativa: uma alternativa eficaz</b>                                                                                                    | 99  |
| Serugue Almeida Souza                                                                                                                                  |     |
| <b>A função do amicus curiae na reforma do Código de Processo Civil brasileiro: da legitimidade ao lobby</b>                                           | 117 |
| Frederico Magalhães Costa                                                                                                                              |     |
| <b>A impugnação das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil: é preciso mudar?</b>                                                    | 130 |
| Daniel de Araujo Gallo                                                                                                                                 |     |
| <b>A (in) funcionalidade do Sistema Torrens no registro de imóveis brasileiro</b>                                                                      | 147 |
| Carlönilda Maria Dettmann Vieira                                                                                                                       |     |
| <b>A não-obrigatoriedade da adaptação física do transexual para a promoção do direito à identidade de gênero</b>                                       | 169 |
| Vanessa Santana de Jesus Souza                                                                                                                         |     |
| <b>A (in) aplicabilidade do CDC às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos ou serviços para atividade profissional</b>               | 183 |
| Márcio Alban Salustino                                                                                                                                 |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Uma visão familiarista do art. 1.240-A do Código Civil: a volta da culpa nas dissoluções de vínculos conjugais</b>                                                                                                                              | 200 |
| Alberto Raimundo Gomes dos Santos                                                                                                                                                                                                                  |     |
| <b>A (in) compatibilidade do cumprimento de sentença com a moratória legal trazida pelo art. 745-A do Estatuto Processual Civil brasileiro</b>                                                                                                     | 213 |
| Adilson Souza Andrade                                                                                                                                                                                                                              |     |
| <b>O imposto de transmissão por morte no Inventário</b>                                                                                                                                                                                            | 233 |
| Antônio Gonçalves Magalhães                                                                                                                                                                                                                        |     |
| <b>Condições desumanas nos estabelecimentos penais: transferência do preso para regime menos gravoso, aplicação de medidas cautelares ou colocação em prisão domiciliar à luz do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana</b> | 243 |
| Marisa Marques dos Santos                                                                                                                                                                                                                          |     |
| <b>A sociedade aberta de intérpretes do Direito Penal: a Justiça Restaurativa como o caminho para adequar o Direito Penal ao contexto de uma sociedade pluralista</b>                                                                              | 266 |
| Alina Mourato Eleoterio                                                                                                                                                                                                                            |     |
| <b>Uma (re) leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais</b>                                                                                                                                            | 282 |
| José Ferreira Coelho Neto                                                                                                                                                                                                                          |     |
| <b>A inaplicabilidade da teoria da coculpabilidade quando demonstrada concretamente a reserva do possível pelo Estado</b>                                                                                                                          | 303 |
| Suélen Nunes Oliveira                                                                                                                                                                                                                              |     |
| <b>A quebra positiva do princípio da igualdade no processo penal</b>                                                                                                                                                                               | 313 |
| Marcos Bandeira                                                                                                                                                                                                                                    |     |
| <b>Redução da menoridade penal: um problema maior de segurança pública</b>                                                                                                                                                                         | 328 |
| Natália Maria Freitas Coelho                                                                                                                                                                                                                       |     |
| <b>A evolução e legitimidade do Ministério Público no poder investigativo do Brasil</b>                                                                                                                                                            | 333 |
| Abelardo Paulo da Matta Neto                                                                                                                                                                                                                       |     |
| <b>A proteção internacional dos direitos humanos e o caso de violação ao deficiente mental</b>                                                                                                                                                     | 359 |
| Damião Ximenes Lopes                                                                                                                                                                                                                               |     |
| Bartira Pereira Dantas                                                                                                                                                                                                                             |     |



**AUTORES CONVIDADOS**



## EXISTE UMA TEORIA DO DIREITO EM MARX?<sup>1</sup>

*“Aprender o que é Direito nas “obras” da ideologia dominante só poderia, evidentemente, servir para um dos dois fins: ou beijar o chicote com que apanhamos ou vibrá-lo no lombo dos mais pobres, como nos mande qualquer ditadura”<sup>2</sup>.*

### Lourival Almeida Trindade

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; mestrando em Direito Econômico da Facultad de CC. Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Asunción – UAA; doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino, em Buenos Aires; pós-graduado no curso de Especialização em Direito: “Novos Direitos e Direitos Emergentes”, pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina; pós-graduado, no curso de Especialização em Direito Processual, pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina; ex-professor de Direito Processual Penal da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia; ex-professor da Escola Superior de Agricultura do Sudoeste Baiano (ESASBA), no ano de 1989; membro fundador do IBADPP, Conselheiro da Seccional da OAB – Bahia – triênio 2001/2003.

**Resumo:** Este trabalho tem, como breve objetivo, demonstrar a crise epistemológica do paradigma tradicional, emanado do iluminismo e que não mais serve ao Direito, na atualidade, em face do seu esgotamento. A análise do tema perpassa uma nova proposta, trazendo ao debate a teoria crítica do Direito, a qual, além de romper com o velho paradigma, procura evidenciar as verdades do Direito, encobertas e silenciadas, falaciosamente, pelos modelos positivista e neopositivista. Noutra perspectiva, será analisada a possibilidade da existência de uma teoria do direito, em Marx, e não, necessariamente, uma teoria crítica, em sua obra, uma vez que, no próprio Direito, há discussão, a respeito desta última. Do mesmo modo, serão trazidas, à baila, as ideias e o pensamento dos autores russos, neomarxistas do Direito.

**Palavras-Chave:** Teoria crítica do Direito. Crise epistemológica do paradigma tradicional. Teoria do direito em Marx. Neomarxistas do Direito.

### 1. Introdução

Trata-se de simples trabalho – daí suas limitações – que tem, como breve objetivo,

demonstrar a crise epistemológica do paradigma tradicional, emanado do iluminismo e que não mais serve ao Direito, na atualidade, em face do seu esgotamento.

Essa crise do paradigma da razão, envolvendo todas as ciências sociais, atingiu, em cheio, o Direito. Resultante disso, torna-se urgente uma nova reflexão epistemológica crítica para o Direito, para que lhe sirva de fundamento. Enfim, é necessária a construção de um novo paradigma para o Direito, porque o tradicional positivista, além de ancorar um discurso jurídico liberal-individualista e uma cultura normativa, formal e técnica, encontra-se esgotado, como modelo teórico.

Por outro lado, no curso do tratamento da matéria, serão utilizadas, indistintamente, as locuções “teoria crítica do Direito”, “crítica jurídica”, ou “pensamento jurídico”, por entendê-las aplicáveis, na mesma significação, como reflexão e questionamento do saber jurídico positivado, oficialmente, até então, de uso consagrado.

A análise do tema perpassa uma nova proposta, trazendo ao debate a teoria crítica do Direito, a qual, além de romper com o velho paradigma, procura evidenciar as verdades do Direito, encobertas e silenciadas, falaciosamente, pelos modelos positivista e neopositivista. É inequívoca a urgência de uma teoria crítica do Direito, que possa representar, ao mesmo tempo, a emancipação dos sujeitos históricos oprimidos. Por isso, foram examinadas as novas tendências, envolvendo a teoria crítica do Direito, com ênfase, para aquelas do continente latino-americano.

Noutra perspectiva, será analisada a possibilidade da existência de uma teoria do direito, em Marx, e não, necessariamente, uma teoria crítica, em sua obra, uma vez que, no próprio Direito, há discussão, a respeito desta última. Do mesmo modo, serão trazidas, à baila, as ideias e o pensamento dos autores russos, neomarxistas do Direito.

No que se refere à localização, no tempo e no espaço, o trabalho abrange a teoria crítica contemporânea do Direito, na América Latina, assim como, metodologicamente, opta-se por um modelo circular de reflexão, sobre as várias tendências, exurgidas, no contexto da teoria crítica do Direito, na atualidade latino-americana. O trabalho se desdobra em três capítulos: o primeiro discorre sobre a crise do paradigma tradicional e sobre a existência, ou não, de uma teoria crítica do Direito. O segundo trata da existência, ou não, de uma teoria do Direito, em Marx. O terceiro, finalmente, traz a visão dos neomarxistas russos sobre o Direito.

## 2. A crise do paradigma moderno e a teoria crítica do Direito

Antes de tudo, vale acentuar que, na atualidade, os diversos campos do saber ocidental vivem verdadeira crise epistemológica de paradigma.

Segundo a definição de Kuhn, o vocábulo paradigma deve ser tomado como sendo: “(...) aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”<sup>3</sup>.

As verdades teleológicas, metafísicas e racionais<sup>4</sup>, que, à luz dos séculos, serviram de fundamento às diferentes falas da ciência e às racionalidades dominantes esgotaram-se. Não mais se constituem em oráculo das inquietações e das necessidades das vítimas<sup>5</sup> do atual sistema social capitalista, principalmente, nos arraiais dos países periféricos.

Além disso, é certo que os modelos teórico-políticos, gestados, a partir do século XVIII, e que nortearam todo o século XX, encontram-se exauridos. É preciso, pois, repensar um direito para a época transmoderna<sup>6</sup>. É urgente nova reflexão, sobre os fundamentos da existên-

cia de um direito pós-moderno, uma vez que o direito “moderno” foi construído, sobre princípios filosóficos, em homenagem a uma época, que leva seu nome, na qual se tinha uma crença pia no caráter universal das soluções jurídicas e nas benfeitorias da lei toda-poderosa<sup>7</sup>.

Contudo, assevere-se, de logo, não se tratar, aqui, de uma reflexão crítica, mística e desalentadora, de referência às promessas não cumpridas pela modernidade jurídica.

Mas ninguém, por maior ilusão que tenha, nos dias atuais, será capaz de defender os ideais iluministas, diante da crise global da sociedade contemporânea, a ponto de ainda crer possível a realização de suas promessas.

Ao contrário, o viés pessimista, em relação à “*modernidade industrial capitalista, e com a visão de mundo construída a partir do ideal racionalista de Descartes*”, já vem proclamado, desde Horkheimer e Adorno, segundo Edmundo Lima de Arruda Júnior, o ilustre professor, brasileiro, de sociologia jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina<sup>8</sup>

Nessa linha de ideias, Boaventura de Souza Santos, catedrático de Coimbra, também, assinala, em resumo, que “(...) *as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos. Sobre tudo, no que respeita à promessa de igualdade (...) No que respeita à promessa de liberdade (...) No que respeita à promessa da paz perpétua*”<sup>9</sup>.

Após haver enumerado as três grandes promessas incumpridas da modernidade, Souza Santos, indignado, chega a ser enfático:

Esta enumeração breve dos problemas que nos causam desconforto ou indignação é suficiente para nos obrigar a interrogarmo-nos criticamente sobre a natureza e a qualidade moral da nossa sociedade e a buscarmos alternativas teoricamente fundadas nas respostas que dermos a tais interrogações. Essas interrogações e essa busca estiveram sempre na base da teoria crítica moderna<sup>10</sup>.

Não há dúvida, portanto, de que, atualmente, os modelos culturais, instrumentais e jurídicos, cujas raízes genéticas fincam-se na racionalidade iluminista, tornaram-se inadequados e insatisfatórios. Hoje, forte descrença perpassa os modelos filosóficos e científicos, os quais, em decorrência de seu esgotamento, não podem oferecer parâmetros e normas seguras a mais ninguém. Daí, a urgência de sua desconstrução, ou, quem sabe, no mínimo, que se busquem novos padrões alternativos de organização social. O momento é de ruptura com o paradigma dominante, calcado no idealismo individual, no racionalismo cartesiano e no formalismo positivista.

Não bastasse isso, a conflituosidade, cada vez mais crescente, a complexidade das tensões sociais e a realidade social excludente, gerada no seio do capitalismo globalizado, aliado à barbárie da ordem neoliberal, que diviniza o mercado, todos esses fatores tornaram obsoletos os modelos culturais tradicionais, dentre eles, o Direito, além de haverem provocado um novo paradigma societário<sup>11</sup>. Enfim, tudo isso impele-nos na direção de um novo modelo de regulação social.

Diante, pois, dessa crise da razão instrumental – que, em vez de libertar, oprime, em vez de humanizar, coisifica e aliena o homem –, é necessário que a crença jurídica busque a mudança e a reconstrução de paradigmas, através de um discurso, crítico e desmistificador, produzindo um novo conhecimento científico, que represente a ruptura com o velho pensamento dogmático e seus pressupostos metodológicos e temáticos<sup>12</sup>.

## ENTRE ASPAS

Sendo assim, em face dos paradoxos da racionalidade, originários de um paradigma arcaico, tornou-se urgente a construção de um modelo crítico interdisciplinar para o direito que, apesar de não romper, totalmente, com o “*modelo tradicional de racionalidade tecnoformal*”<sup>13</sup>, possa representar a vocalização e a libertação dos sujeitos históricos oprimidos. De tal forma que, como acentua Wolkmer:

(...) a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito<sup>14</sup>.

Urge, por conseguinte, a construção de um novo pensamento jurídico crítico, que represente a emancipação das vítimas sofredoras, principalmente, nas humanidades latino-americanas periféricas. Tal pensamento crítico terá a função, de acordo com o dizer lapidar de Wolkmer:

(...) de provocar a autoconsciência dos sujeitos sociais oprimidos e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, dos grupos privilegiados e das formas institucionalizadas de poder (local ou global). Nesse sentido, a “crítica” enquanto dimensão epistemológica e ideológica tem um papel pedagógico altamente positivo, medida que se torna instrumental operante adequado ao esclarecimento, resistência e emancipação, indo ao encontro dos anseios, interesses e necessidades de todos aqueles que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão<sup>15</sup>.

Sim, porque o direito há de ser pensado, não de forma abstrata e metafísica, mas, sempre, na dimensão do justo. Enfim, é necessário ser ele recolocado no locus da práxis político-social libertadora, o que, em última análise, significa o resgate de sua dignidade política<sup>16</sup>.

Por outras palavras, essa juridicidade crítica pressupõe novas perspectivas de reflexão, mediante o rompimento com a tradicional racionalidade da cultura jurídica ocidental. Sem dúvida alguma, é tarefa da teoria crítica do Direito<sup>17</sup> promover a sua desideologização, transformando-o em instrumento pedagógico de efetivação de um direito novo, que possa representar a vocalização máxima da dignidade humana.

Em síntese, diferentemente do teórico tradicional, que não se ocupa da gênese social dos problemas, das situações reais, nas quais a ciência é usada, diria Horkheimer “(...) a tarefa do teórico crítico é superar a tensão entre a sua compreensão e a humanidade oprimida, para a qual ele pensa”<sup>18</sup>.

### 3. Teoria Crítica do Direito: Histórico

Antes de qualquer conceituação, impõe-se o retrospecto histórico do surgimento da Teoria Crítica do Direito. Esta, conforme diz Wolkmer, deita suas vertentes genéticas, no final

dos anos 60, através da contribuição de juristas europeus, que passaram a estudar o Direito, criticamente, de forma distanciada do modelo tradicional.

Enfatize-se que, segundo o autor, no referido período, o movimento crítico no Direito sofreria o influxo do economicismo jurídico-soviético, mediante o pensamento de Stucka e Pashukanis, da releitura gramsciana da teoria marxista, realizada pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault, sobre o poder. Ademais, esclarece Wolkmer que o movimento, de inspiração neomarxista e de contracultura, começou a questionar o sólido pensamento juspositivista, dominante no âmbito acadêmico e das instâncias das instituições<sup>19</sup>.

De acordo com a linha histórica, traçada por Wolkmer, nos anos 70, o movimento se consolidaria, na França, através de professores universitários de esquerda, e, num segundo momento, na Itália, tendo, à frente, magistrados antipositivistas e politizados, precursores do *"uso alternativo do direito"*<sup>20</sup>.

Na década de 80, o movimento de crítica jurídica espalharia seus raios, na América Latina, notadamente, na Argentina, tendo, como expoentes, Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Enrique Mari e Outros, no México, Oscar Correas, no Chile, Eduardo Novoa Monreal, na Colômbia, um grupo de juristas, integrantes do Ilsa e, no Brasil, são realçados, dentre outros, Roberto Lyra Filho, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luiz Fernando Coelho e Luis Alberto Warat<sup>21</sup>.

Seguindo essa mesma perspectiva histórica, Eros Roberto Grau, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, situa o surgimento do movimento da crítica jurídica, na França, na segunda metade dos anos 70, com a publicação do *Pour une critique du droit*, coletânea de ensaios que se abre com um manifesto. Antes disso, em 1976, havia sido publicado *Une introduction critique au droit*, de Michel Miaille<sup>22</sup>. Prossegue Grau, citando Cárcova, que:

(...) já em 1975, contudo, na Universidade de Belgrano, em Buenos Aires, em Congresso Internacional de Filosofia Jurídica, a tendência crítica se manifestava em trabalhos de Enrique Mari, Alicia Ruiz, Carlos Cárcova e Ricardo Entelman. O movimento argentino nasceu a partir da idéia de que, para conhecermos a especificidade do direito, impõe-se compreendermos a totalidade estruturada que o contém, ou seja, a totalidade social; para tanto, é necessária a constituição de um saber multi e transdisciplinar, lugar de interseção de múltiplos conhecimentos: históricos, antropológicos, econômicos, psicanalíticos, lingüísticos etc. (Cárcova 1991/15)<sup>23</sup>.

### 3.1. Conceito

Após esta breve introdução histórica, pode-se conceituar a teoria crítica do Direito, seguindo os passos do nunca bastante citado Wolkmer:

(...) como a formulação teórico-prática que se revela como exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e

operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica<sup>24</sup>.

Por seu turno, conceitualmente, Luis Fernando Coelho assevera estar o contexto da teoria crítica do direito entrelaçada, dialeticamente, “(...) *entre a teoria e a experiência, na realização do direito como espaço de luta e conquista com vistas à autonomia dos indivíduos e à emancipação das sociedades*”<sup>25</sup>.

### 3.2. Existe uma teoria crítica do Direito?

Pontue-se, inicialmente, que há discussão acalorada, entre os jusfilósofos, a propósito da existência ou não de uma teoria crítica do Direito. O tema é por demais controverso. Assim, há defensores ardorosos de sua existência, como, também, os que a negam, admitindo, apenas, a existência de correntes, tendências e movimentos, a seu respeito.

#### 3.2.1. Defensores da existência de uma teoria crítica do Direito

Entre os que se posicionam a favor da existência de uma teoria crítica do Direito, a partir de determinados pressupostos teóricos, avultam-se Michel Miaille e Ricardo Entelman, além de Luiz Fernando Coelho, no Brasil<sup>26</sup>.

Argumenta Wolkmer que a contribuição de Miaille, como adepto de uma teoria crítica do Direito, traduz-se em uma crítica, radical e contundente, ao sistema jurídico capitalista e à normatividade burguesa dominante<sup>27</sup>.

Esclarece Wolkmer que, para Miaille, é necessário desconstruir os mitos e os pressupostos ideológicos, encobertos pela legalidade burguesa, mediante nova proposta epistemológica, embasada no materialismo dialético e histórico, bem assim o rompimento com o modelo de dominação socioeconômico e individualista, inerente à estrutura jurídica capitalista, desse modo, possibilitando o surgimento da teoria crítica do Direito, seja no nível do pensamento, seja no nível da prática, capaz de dessacralizar os mitos normativos<sup>28</sup>.

Vista, assim, por Miaille, a teoria crítica do Direito tem uma conformação de ciência social revolucionária, servindo de verdadeiro instrumento de transformação política, ao dar forma a uma nova racionalidade científica, capaz de erradicar os modelos jurídicos de dominação. É certo que os postulados críticos de Miaille, inicialmente, inspiraram-se, na epistemologia francesa e no cientificismo de Althusser, portanto, de vertente neomarxista<sup>29</sup>.

Porém, Wolkmer explicita que ocorreria verdadeira mudança epistemológica, na evolução do pensamento de Miaille, o qual abdicaria de suas posturas althusserianas, contidas, em sua obra, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, abandonadas e refutadas, na segunda parte de *L'État de Droit*, de modo que, na atualidade, o referido autor não mais tem uma visão do Direito, como instância ideológica superestrutural, única, mas como forma específica de produção e de relação social capitalista<sup>30</sup>.

A partir dessas fontes, Miaille desenvolve sua teoria crítica do Direito, na sociedade capitalista. Principalmente, segundo Joaquim Falcão, “*uma teoria marxista renovada do Direito, capaz de suplantando as insuficiências da concepção do Direito, como mero reflexo da infra-estrutura, ou como instância ideológica*”<sup>31</sup>.

Na Argentina, a teoria crítica do Direito, também, ganharia adeptos, na primeira metade dos anos 80, notadamente, através de Ricardo Entelman. Para este autor, a teoria crítica do Direito tem, como finalidade:

criar um lugar no contexto da problemática jurídica, no qual seja possível, simultaneamente, superar a racionalidade idealista em que se apoiam as diferentes escolas do pensamento tradicional no campo do Direito e fazer avançar o pensamento jurídico materialista, a fim de que este não se limite à mera função de desmontamento daquela racionalidade<sup>32</sup>.

Extraí-se, noutra perspectiva, ainda, do viés epistemológico da crítica jurídica de Entelman, citado por Wolkmer, que “(...) o discurso, concebido como linguagem em ação, permite pensar o Direito e as teorias produzidas sobre ele”<sup>33</sup>, o que deixa transparecer que o seu discurso jurídico crítico é eclético e interdisciplinar.

Desse modo, o pensamento crítico de Entelman ultrapassa as margens do materialismo jurídico, indo além dos aportes ideológicos de Althusser e do realismo normativo lógico – linguístico, tendo buscado inspiração, inclusive, em Foucault e na psicanálise<sup>34</sup>.

Por sinal, o próprio Entelman é categórico em colocar, como tarefa da teoria crítica, a releitura do jurídico, mediante a construção de uma genealogia do poder social, ao tempo em que evidencia a necessidade de uma mudança de perspectiva, em relação às formas clássicas do pensamento jurídico, enquanto prática política<sup>35</sup>.

Exatamente, porque, na concepção de Entelman, citado por Luiz Fernando Coelho:

(...) a teoria crítica consiste no modo de encarar o direito como ‘prática social específica, na qual estão expressados historicamente os conflitos, os acordos e as tensões dos grupos sociais que atuam em uma formação social determinada. Por conseguinte, o conhecimento jurídico é parte do conhecimento da formação social em sua totalidade e de suas transformações na história’<sup>36</sup>.

No que se refere à posição de Luiz Fernando Coelho, vale acrescentar, apenas, que sua contribuição, em favor de uma teoria crítica, é de cunho culturalista e equidistante das posturas socialista e marxista<sup>37</sup>.

### 3.2.2. Teóricos críticos da teoria crítica do Direito

Da outra margem, situam-se os chamados críticos da teoria crítica do Direito, dentre eles, podendo ser postos, em relevo, dentre outros, no Brasil, os jusfilósofos Roberto Lyra Filho, Eros Roberto Grau, Leonel S. Rocha, Luis Alberto Warat, Tércio Sampaio Ferraz e Antoine Jeammaud, na França.

Estes teóricos críticos, em regra, são contrários à existência de uma “teoria crítica” do Direito, pois, conforme salienta Jeammaud, esta não teria um conceito operacional, capaz de apreender a especificidade de um determinado fenômeno jurídico<sup>38</sup>.

Até porque dizem os referidos autores que o primeiro desafio de uma teoria crítica, no campo jurídico, seria a procura de resposta para uma pergunta essencial, que vem atravessan-

do os séculos e tirando o sono dos jusfilósofos: O que é Direito?<sup>39</sup> Pergunta, aliás, homônima de um pequeno grande livro de Lyra Filho<sup>40</sup>.

Além da dificuldade de se obter resposta para tal questionamento, tão tormentoso e vexatório, sustenta a corrente, contrária à existência de uma teoria crítica, que esta esbarraria, também, na questão do próprio objeto do direito.

Sobretudo, porque, conforme assevera Horácio Wanderley Rodrigues:

A construção do objeto é abstrata e de certa forma arbitrária. Em outras palavras, a questão conceitual no campo das ciências, em especial as humanas e sociais, é preponderantemente um problema político-ideológico. Por isso, para a efetivação de uma teoria crítica do Direito, é necessário, antes de tudo, que também se repensem as formas de elaboração e de abordagem dos fenômenos jurídicos a serem analisados<sup>41</sup>.

Na esteira dos que criticam a teoria crítica do Direito, figura Leonel Severo Rocha, jurista e professor da Universidade Federal de Santa Catarina. Parte ele do pressuposto de que, numa verdadeira teoria crítica, não pode haver oposição, entre ciência e ideologia.

Por isso, afirma que “... a ideologia moderna é positiva, ou seja, não é uma mera ilusão no sentido negativo do positivo. Desta maneira, todo conhecimento científico tem um forte componente ideológico, o que não torna fortuita a lógica interna do seu discurso, mas apenas desmascara o compromisso de sua racionalidade com a política”<sup>42</sup>.

É de concluir-se, pois, de suas afirmações, serem os pressupostos da crítica do Direito mais políticos que científicos. Quanto a isso, por sinal, o autor é por demais claro “(...) o que se pode efetuar é a proposta de uma nova diretriz política, nunca científica, para o saber jurídico”<sup>43</sup>.

Mas a crítica de Rocha à teoria crítica do Direito vai, mais além, ao pontuar que:

(...) tanto a dogmática como a teoria crítica são pontos de vista epistemológicos que ocultam, sob suas roupagens particulares de ciência, objetivos políticos específicos: conservadores, para a dogmática, e contestadores, para a teoria crítica. Todavia, isto não autoriza a teoria crítica a defender a superação da dogmática jurídica, enquanto ciência, inserindo-se na velha oposição ciência/ideologia. (...) Ou seja, não existe oposição, a não ser teórica, entre saber jurídico dito ideológico ou não! O direito sempre foi político; é falsa a afirmativa de que o direito se torna crítico devido à descoberta realizada pela teoria crítica deste aspecto inerente a sua materialidade. O que pretendo assinalar é que não existe um direito dogmático ou direito crítico; o que existe é um direito interpretado sob um ponto de vista dogmático ou crítico<sup>44</sup>.

No que se refere à posição de Luis Alberto Warat, este, de igual modo, coloca-se, contrariamente, à possibilidade de se falar de uma teoria crítica do Direito. Segundo Warat, o que há é uma pluralidade de movimentos, uma heterogeneidade de tendências. Em consequência de tal multiplicidade, não se pode falar de uma única teoria crítica do Direito<sup>45</sup>.

Analisando o pensamento waratiano, Wolkmer reforça a tese, até aqui, exposta: a de

que Warat, também, nega a existência de uma verdadeira teoria crítica do Direito, enquanto escola ou corrente de pensamento, em face da fragmentariedade do saber crítico, que não se apresenta de forma monolítica<sup>46</sup>, além de ser cheio de promessas. Diz Wolkmer textualmente:

Discutindo as condições de possibilidade de existência da ‘teoria crítica’ (entendida como ciência do Direito), ele explora, a partir de um referencial teórico que passa pela semiologia do poder e pela filosofia da linguagem jurídica, os diversos territórios abrangidos pelo ‘discurso crítico. (...) Essas condições permitem afirmar que, para Warat, o espaço teórico do saber crítico está ‘(...) bastante fragmentado, nada monolítico e cheio de promessas (e que...) deve ser negado como escola ou corrente de pensamento’. (...) Segundo Warat, o espaço gnoseológico coberto pelo discurso jurídico crítico tem muitas similitudes e cumplicidades com as crenças epistêmicas que mantêm a elaboração do saber jurídico tradicional. Essa relação de convivência, que questiona mas não destrói uma racionalidade jurídica impregnada de crenças e mitos, consagra uma ‘teoria crítica’ que não tem significação e não está comprometida com a verdade (...). Ora, mesmo reconhecendo um papel transgressor para a ‘teoria crítica’, Warat observa que esta não consegue erradicar determinados pressupostos autoritários, pois, se o pensamento jurídico tradicional é totalitário porque ‘fala em nome da lei’, a teoria crítica ‘é também totalitária porque fala em nome de uma verdade social’<sup>47</sup>.

Apesar disso, não se pode negar ser a obra waratiana de extrema importância para a teoria crítica do Direito, em que pesem as críticas levantadas a esta, como visto, uma vez que o autor procura desmitificar os vários discursos jurídicos, seja o do intérprete, seja a dos operadores jurídicos, seja, enfim, do cientista do Direito.

Além disso, Warat busca desconstruir os pressupostos epistemológicos das teorias idealistas e positivistas, já que os seus achados, no campo da semiologia e da psicanálise, permitem desnudar e dessacralizar as falácias do discurso jurídico tradicional.

Eros Roberto Grau é outro jusfilósofo que nega, enfaticamente, a existência de uma teoria crítica do Direito, ao afirmar que “*o que há são movimentos ou correntes de crítica do direito*”<sup>48</sup>. Em sequência, prossegue Grau:

Uma boa parte desses movimentos partiu, de uma forma ou de outra, da releitura marxista, produzindo diferentes resultados. E mesmo anteriormente à falência das experiências de socialismo possível no século XX (= socialismo estatal) – e bem anteriormente ao neoliberalismo em voga, observe-se – a crítica jurídica instalada na França orientou-se, em alguns desdobramentos, à análise da tecnologia e prática de regulação jurídica (Jemmaud 1986/64 e ss.).

O que se pode afirmar, em termos amplos, é que quase todos os que adotaram a postura de censor diante do fenômeno jurídico estavam – e alguns permanecem assim – convencidos de que não basta descrever o direito; cumpre-nos transformá-lo. Inúmeras vezes, no entanto, o que se tem praticado como se fora crítica do direito não ultrapassa os limites da

## ENTRE ASPAS

crítica do discurso jurídico. A crítica do direito, então, é substituída por uma crítica da doutrina jurídica, que prospera no sentido de desviar o debate a respeito do direito para o âmbito do discurso sobre o direito. Assim, v.g., certos adeptos da *critical contract law*, norte-americana, incorporam uma visão ingênua da realidade, limitando-se, em verdade, a produzir crítica da doutrina jurídica e a cogitar de princípios da doutrina - e não do direito. Não se confunda, portanto, crítica do direito com marxismo, ainda que os marxistas pensem criticamente<sup>49</sup>.

Em síntese, pode-se afirmar, forte em Wolkmer, que, apesar da divergência doutrinária, envolvendo o tema e:

ainda que inexista uma formulação teórico-orgânica, uniforme e acabada, e persista a controvérsia entre os jusfilósofos sobre a existência ou não da ‘teoria crítica do Direito’, não se pode desconhecer e negar a existência de um pensamento crítico, representado por diversas correntes e tendências, que buscam questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional (idealismo/formalismo)<sup>50</sup>.

### 4. Existe uma teoria do Direito em Marx?<sup>51</sup>

Impõe-se assentar, de logo, que grassa controvérsia, entre os jusfilósofos, a propósito da existência, ou não, de uma verdadeira teoria jurídica, na obra de Karl Marx.

Contudo, antes da análise da matéria, é necessário que se busque uma definição, a respeito do que se deva entender por uma teoria. O Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Carlos Ayres de Brito, assim, a conceitua:

Teoria é conhecimento ordenado, conhecimento sistematizado sobre um determinado assunto. Conhecimento, além do mais, **especulativo**; ou seja, ordem de saber que se constrói sem imediata preocupação com a sua aplicabilidade aos casos concretos. Independente da prática, portanto. Quando associado ao nome ‘Direito’, para com ele formar a locução ‘Teoria do Direito’, o substantivo de que estamos a falar é tipo articulado de conhecimento que busca isolar o Direito das outras realidades normativas. Explica o Direito como objeto cultural – normativo que se não confunde, **verbi gratia**, com a moral e a religião”<sup>52</sup>.

A partir de tal premissa conceitual, não se pode cogitar de uma verdadeira teoria do Direito em Marx. Enfatize-se que Marx não se debruçou, mais de espaço, sobre a questão jurídica, a ponto de se poder elevá-la ao *status* de uma teoria, em sua vasta obra. Até porque, em seus textos históricos e econômicos, aparecem, apenas, breves alusões ao vocábulo Direito, mesmo assim, em diversas sinonímias, ora “*para designar as normas jurídicas que sustentam o poder das classes dominantes, ora para apontar o Direito dos espoliados e oprimidos. Marx não foi um filósofo do Direito...*”, diria Tarso Genro<sup>53</sup>. Tal assertiva mantém coerência com o pensamento marxiano.

Aliás, Marx sempre defendeu a tese, segundo a qual, tanto o Estado como o direito estatal, numa etapa do comunismo evoluído, tenderiam a desaparecer e deveriam ser relegados ao museu da história, como autênticos inutensílios. Assim sendo, não existiam razões, para que ele se demorasse, mais a fundo, numa análise teórica do fenômeno jurídico.

Daí porque, nessa linha de reflexão, verbera Arruda Jr.: *“Hoje sabemos que Marx tinha uma concepção pouco desenvolvida do Estado e do Direito”*<sup>54</sup>.

Não há dúvida de que a ideia que Marx fazia do Direito era a de que este completava e consagrava a força<sup>55</sup>, enquanto que o Estado, nas mãos da classe exploradora, era um instrumento suplementar de exploração das classes oprimidas<sup>56</sup>.

Assim sendo, não é demais repetir que seria verdadeira contradição, por parte de Marx, elaborar uma teoria sobre algo (o direito), fadado ao desaparecimento, por se tratar de instrumento coercitivo de uma classe, numa futura sociedade comunista, sem classe dominante, nem classe dominada.

Nesse mesmo sentido, sinalizam Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e Enzo Bello, ao textuarem que:

É certo que jamais existiu uma 'teoria marxista do direito'. Apesar da formação jurídica de Marx, do fato de ter escrito sobre filosofia do direito, e da sua preocupação com temas ligados ao direito (estado, sociedade civil, constituição, sufrágio, etc.), ele não formulou um pensamento especificamente voltado ao direito, nem se preocupou em sistematizar suas contribuições.

Todavia, tal não significa que Marx tenha negligenciado a relevância do direito no processo histórico de emancipação humana e, conseqüentemente, na luta revolucionária dos trabalhadores<sup>57</sup>.

Nessa mesma trilha, Souza Santos, também, nega, veementemente, a existência de uma teoria marxiana do Direito, ao pontuar que:

A afirmação de que existe uma teoria marxista do direito se converteu quase num lugar-comum, ainda que com frequência seja reconhecida a existência de algumas teorias marxistas contra o direito – das quais a mais conhecida seria a de Pashukanis. A razão usualmente invocada para este déficit teórico tem sido a de que tanto o próprio Marx quanto Engels somente fizeram referências dispersas e incompletas (não sistemáticas) ao problema do direito na sociedade capitalista. Nenhuma das estratégias dominantes no movimento operário tem verdadeiramente necessitado, até hoje, de uma teoria marxista do direito. (...) É que, sendo o direito um instrumento de dominação capitalista, há de ser combatido do mesmo modo que o Estado burguês (...) Assim, torna-se desnecessária uma teorização detalhada da possível utilização da legalidade pela classe trabalhadora; pelo contrário, a teoria marxista do direito deve revelar a negatividade do direito frente ao movimento revolucionário. Neste sentido, a teoria marxista do direito se transforma numa teoria marxista contra o direito<sup>58</sup>.

Em similar diretiva, dilucida, percucientemente, Michel Miaille:

Esta observação é decisiva no que diz respeito ao estudo do direito. De fato, Marx não produziu em lado nenhum uma teoria do direito, explícita e completa. No entanto, ocupou-se várias vezes de problemas jurídicos, mas nunca deu as chaves de uma explicação teórica do conjunto. Encontrar-nos-emos mais do que sobre qualquer outra questão diante de um terreno frequentemente por desbravar: (...) Como escrevem certos autores, não há ainda hoje teoria marxista do direito satisfatória<sup>59</sup>.

Argumente-se, ainda, com Elster, quando afirma que *“Marx era constitucionalmente incapaz de chegar a conclusões sem estudo profundo, prolongado e independente, sempre buscando as fontes originais e apenas desenvolvendo seus próprios argumentos depois de tê-los assimilado satisfatoriamente”*<sup>60</sup>.

Ao contrário, conforme aponta Elster, Marx formulou densa crítica, quando escreveu, sobre economia, por exemplo, tendo, neste campo do conhecimento, elaborado espessa teoria econômica. Eis o que disse Elster, a propósito das elaborações teóricas de Marx:

A crítica marxista da teoria econômica está formulada de forma (desnecessariamente) extensa nos três volumes das Teorias da Mais Valia. A obra contém discussões das doutrinas mercantilista e fisiocrática, assim como extensa discussão sobre Adam Smith, Ricardo, Malthus, e de um grupo de escritores a que Marx se refere como economistas vulgares<sup>61</sup>.

Diante de tudo quanto asseverado, conclui-se que, ainda por esse aspecto de sua formação intelectual, Marx, jamais, seria capaz de elaborar uma teoria do Direito, de forma superficial, assistemática, enfim, com argumentos de segunda mão.

No Brasil, quem mais se aprofundou, sobre o tema examinado, – da existência, ou não, de uma teoria do Direito, em Marx, segundo Wolkmer, foi o filósofo Roberto Lyra Filho, *“no ensaio inacabado Humanismo Dialético e no livro Karl, meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito”*<sup>62</sup>.

Tanto assim que, fulcrado nas falas transgressivas de Lyra Filho, Wolkmer afirma que *“inicialmente, o autor lembra que, quanto mais cresce a literatura marxista sobre o Direito, ‘tanto mais aumenta a confusão em torno do assunto que ela pretende elucidar’*<sup>63</sup>.

Analisando, percucientemente, o pensamento de Lyra Filho, prossegue Wolkmer:

Escrevendo, de modo categórico, que não há em Marx uma filosofia jurídica projetada e acabada, Lyra Filho, estudando atentamente o problema, arrola seis tipos de obstáculos que inviabilizam uma adequada teoria marxista do Direito.

O primeiro obstáculo é de ordem filosófica: refere-se ao uso inadequado, à interpretação muitas vezes incorreta e ao manejo distorcido das fontes originárias realizadas pelos que se dizem ser discípulos “fiéis” de Marx”. O segundo obstáculo é de origem lógica: trata-se da falta de uma elaboração sistemática do método-conteúdo (dialético) e de uma abordagem mais precisa e completa do próprio Direito, enquanto processo inserido no fluxo histórico-social”.

O terceiro obstáculo, que merece atenção especial do autor, é de ordem

paralógica: entendem-se aqui os múltiplos sofismas que se evidenciam ‘toda vez que o intérprete ou Marx mesmo, em textos diferentes ou até no mesmo texto, põem, sob o termo único - Direito - coisas diversas e isoladas, em lugar da totalidade dialética do fenômeno jurídico’. Especificando-se o conjunto dessa questão, comenta criticamente Lyra Filho que Marx utilizou a expressão ‘Direito’ com significação dos opostos e, às vezes, até mesmo reciprocamente exclusivos. Diante disso, Marx ‘se permitia, às vezes, certas generalizações que passavam de uma a outra, sem atentar para o limite assim transposto e o desajuste da conclusão (...). Marx nunca assumiu a tarefa de esclarecer em que consiste a essência do Direito e suas idéias jurídicas’. ‘(...) Foram os marxismos que, à falta de apoio numa concepção sistemática do Direito e do método-conteúdo (a dialética), para abordá-lo, dedicaram-se a coordenar citações heterogêneas, a fim de suprir a lacuna e ‘inferir’ do acervo uma espécie de ontologia jurídica, depois atribuída a Marx, que, no entanto, nele não existe’<sup>64</sup>.

Em sequência analítica da posição de Lyra Filho, sobre a inexistência de uma teoria do Direito, em Marx, pontua Wolkmer:

As objeções contundentes de Lyra Filho voltam-se contra os reducionismos mecanicistas e as aplicações dogmáticas das noções de infra-estrutura e superestrutura que não permitem o avanço do conhecimento dialético. Melhor apreciação desse processo no nível do Direito permitirá visualizá-lo não apenas como repressão/dominação ideológica da classe dominante, mas também repensá-lo e resgatá-lo como estrutura material para a libertação e a emancipação dos povos oprimidos. Nesses termos, constitui, no dizer do autor, verdadeira contradição ‘contra a dialética (...), na praxis e nas formulações ideológicas, omitir a verificação fundamental de que os problemas jurídicos aparecem na própria infra-estrutura, enquanto nesta, como na superestrutura, o ‘edifício’ mostra, na base, a negação de Direitos dos espoliados e oprimidos, de classes e grupos dominados’<sup>65</sup>.

Ainda, em consonância com o pensamento de Lyra Filho, Wolkmer diz que:

O quarto tipo de obstáculo às relações entre Marx e o Direito é de natureza cronológica: refere-se à tentativa de se fazer uma reflexão histórica a partir da periodização (à moda althusseriana) do que é ‘velho/novo’, ‘falso/verdadeiro’, ‘improdutivo/fecundo’ em Marx<sup>66</sup>.

A quinta espécie de dificuldade que aparece no rol proposto vincula-se aos obstáculos psicológicos: trata-se das características subjetivas e emocionais, cultivadas pelos herdeiros de Marx, de identificar ou generalizar o Direito (e a justiça) com determinados expoentes reacionários e com instituições sociais ilegítimas, ficando evidente tal juízo na elaboração, na aplicação e no próprio ensino do Direito<sup>67</sup>.

O sexto e último tipo de problema está situado na esfera dos obstáculos

metodológicos: compreende-se aqui a necessária postura de isenção e descondicionamento de todo aquele pesquisador e intérprete da obra de Marx que, na maioria das vezes, está sujeito a falsos e superados objetivismos, bem como a irracionais e anticientíficos subjetivismos investigatórios. Daí a obrigatoriedade de uma leitura nova da obra de Marx no que se refere às suas abordagens sobre o Direito<sup>68</sup>.

Depreende-se, pois, do pensamento de Lyra Filho, como pré-exposto por Wolkmer, a sua crítica, acre e desmistificadora, “às chamadas teorias ‘marxistas’ do Direito, verdadeiras ‘obras-primas’ de aclamação da edificação de algo que não existe em Marx”<sup>69</sup>.

Tanto é verdade que Marx não elaborou uma única teoria do Direito, na acepção global do termo, que, conforme Lyra Filho, remissivamente, citado por Wolkmer, *‘Escapa-lhe, inclusive, o Direito de rebelião, este aspecto da doutrina político-jurídica liberal, que tanto embaraça os positivistas-legalistas’*<sup>70</sup>.

Como dito, anteriormente, há acendrada polêmica, em torno da existência, ou não, de uma teoria marxiana do Direito. Portanto, após a exposição dos argumentos, ainda que, a breve trecho, neste trabalho, daqueles que negam sua existência, torna-se conveniente expender as ideias daqueles que a confirmam. Seguindo-se a rota do sempre mencionado Wolkmer, aparecem Wolf Paul e Elías Díaz.

Assim posto, dir-se-á, forte na citação remissiva de Wolkmer, que:

Mesmo reconhecendo as grandes limitações e o caráter fragmentário dos subsídios jurídico-estatais presentes nos trabalhos de Marx, Elías Díaz mostra-se propenso a reconhecer a existência de uma teoria ‘marxiana’ do Direito. Na realidade, para o jusfilósofo da Universidade Autônoma de Madri, existe e pode perfeitamente se falar de uma teoria marxiana do Direito e do Estado, pois, acima de tudo, cabe ‘(...) encontrar na obra de Marx elementos suficientes – ainda que, como já se afirmou, não isentos de ambigüidades – para construir dita teoria, e, a partir desta, como resultado não dogmático, uma posterior teoria marxista do Direito e do Estado (...)’<sup>71</sup>.

A seguir, Wolkmer reproduz citação literal de Elías Díaz:

‘(...) é preciso reconhecer que as dúvidas e, inclusive, a negação da existência de uma teoria marxiana e/ou marxista do Estado e do Direito, atitude hoje bastante difundida, não foi suscitada somente por parte de autores estreitamente vinculados com posturas políticas conservadoras, das quais mais facilmente se poderia aduzir que estão distorcidas por razões ideológicas, por apriorismos ou por interesses estranhos à racionalidade científica e filosófica. A verdade é que também as perspectivas progressistas e os enfoques seriamente analíticos vêm colocando em questão a existência de tal teoria ou, pelo menos, insistindo em sua ‘insuficiência’, deficiência ou irrelevância’<sup>72</sup>.

Não se pode olvidar, em arremate, que o próprio Wolkmer<sup>73</sup> filia-se à corrente doutrinária daqueles que infirmam a possibilidade de uma teoria científica do Direito, em Marx, fazendo

coro com a maioria dos intérpretes marxistas, segundo os quais, como visto, não se pode cogitar de uma teoria ou de uma doutrina, na obra do filósofo alemão, sem dúvida alguma, um dos maiores pensadores da humanidade, de que se tem notícia, no curso da história.

Tanto assim que Sartre chegou a proclamar: *“o marxismo é a filosofia insuperável do nosso tempo (...) porque as circunstâncias que o engendraram não foram superadas”*<sup>74</sup>.

Entretanto, Wolkmer admite:

(...) ainda que se possam compartilhar posturas que absolutamente não concebam a proposta de uma rigorosa e sistemática teoria do Direito em Marx, nada obsta reconhecer, no espaço ocupado pela pluralidade de formulações jurídico-marxistas, a significativa contribuição para a filosofia e a Teoria Geral do Direito de uma hermenêutica de teor crítico-dialética inspirada no humanismo de Marx<sup>75</sup>.

### 5. Os neomarxistas e o Direito Histórico

É incontroverso que, no período pós-Segunda Grande Guerra, desencadeou-se grande interesse de estudos, sobre as concepções marxistas do Direito. Notadamente, diria Wolkmer, em face da *“tradução para o inglês das principais obras dos juristas soviéticos, sua divulgação por meio das críticas contundentes feitas no Ocidente por Hans Kelsen e a forte incidência política da ex-URSS sobre a Europa”*<sup>76</sup>.

Assim, foram realizados vários estudos críticos, sobre os fundamentos normativos da Teoria Geral do Direito, priorizando, principalmente, interpretações, de natureza ideológica, no Direito positivo predominante, nos países de modo de produção capitalista<sup>77</sup>.

Diante, pois, de tais aportes interpretativos, é possível distinguir, nitidamente, duas fases, formadas por correntes marxistas do Direito, na antiga URSS, no período que se sucede à Revolução de Outubro até o final da era estalinista: a fase clássica da teoria marxista do Direito e a fase do soviétismo-estalinista do Direito<sup>78</sup>.

#### 5.1. Fase Clássica da Teoria Marxista do Direito

Nesta fase clássica, influenciada, fortemente, pelo “economicismo” da Segunda Internacional, busca-se desenvolver e sistematizar, pela primeira vez, uma teoria marxista do Direito. Nela, os autores adotam postura teórica, claramente, identificada por um *“economicismo antinormativista”*, uma vez que tinham uma concepção do Direito, não como estrutura normativa, mas como sistema de relações sociais, produto natural do modo de produção socioeconômico<sup>79</sup>.

Em decorrência disso e fiel à ortodoxia marxista, Pashukanis, como dito por Wolkmer:

tece críticas ao normativismo jurídico classista, predominante na sociedade capitalista, pois o Direito burguês é o ‘único’ Direito possível no verdadeiro sentido da palavra’, uma vez que não se poderá falar de um Direito na sociedade comunista do futuro, tampouco em ‘(...) Direito socialista proletário no período transicional da ditadura do proletariado’<sup>80</sup>.

Nessa linha de ideias, Pashukanis, após haver promovido cerrada crítica às doutrinas jurídicas ocidentais, põe, em relevo, o aspecto histórico do Direito, em face da infraestrutura econômica, com o escopo de demonstrar, de modo claro, que o normativismo tradicional possuía um caráter burguês-capitalista<sup>81</sup>.

Pashukanis, além de haver concebido o Direito, como um sistema de relações sociais, preocupou-se, diferentemente de Stuchka, com o aspecto da conversão dessas relações, em instituições jurídicas<sup>82</sup>.

Para Pashukanis, o Direito está circunscrito à ordem capitalista, portanto, tendente ao desaparecimento, no marco superior do comunismo. Tanto mais que, *“numa sociedade coletivista, na qual haverá unidade de propósito social e harmonia de interesses, o Direito deixará de ser necessário e será substituído por normas técnico-sociais baseadas na utilidade e conveniência econômicas”*<sup>83</sup>.

Pashukanis sofreria crítica acre de Kelsen, por considerá-lo equivocado, porque o economicismo de sua obra, fincado na interpretação econômica de Marx dos fenômenos políticos, *“acabou reduzindo o ‘jurídico’ ao econômico”*<sup>84</sup>. Kelsen faz ainda outras severas críticas, em sua obra, Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho, sobre as concepções econômico-mecanicistas do Direito, em Pashukanis. Entretanto, em função da natureza reduzida deste trabalho, não serão, aqui, examinadas.

Convém salientar, apenas, que Pashukanis não deixaria, sem resposta, as objeções de Kelsen aos seus achados teóricos marxistas. Tanto assim que, replicando a crítica de Kelsen, Pashukanis, como expoente máximo da teoria do Direito, argumenta, segundo a citação de Wolkmer, que:

O extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais (p. 34). (...) Uma tal teoria geral do Direito, que nada explica, que a priori volta às costas (...) à vida social, e que se preocupa com normas sem se importar com sua origem (o que é uma questão metajurídica!) ou com suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência<sup>85</sup>.

De referência a Stuchka, apesar de admitir uma relação vinculada, entre Direito e Economia, destarte, repulsando as teorias burguesas, que confundem Direito, com norma, ou com emoção, ou com justiça, certo é que este autor, de acordo com Wolkmer, *“desvia-se da concepção marxista de que o Direito é mera forma ideológica, admitindo que pertence à infraestrutura das relações sociais”*<sup>86</sup>.

Após esse período clássico da teoria marxista do Direito e com as mudanças socioeconômicas e político-ideológicas, ocorridas na ex – URSS, os ideólogos estalinistas procuraram desconstruir o axioma do desaparecimento do Direito e a concepção de ser o Direito produto das relações sociais, gestadas pelo sistema capitalista burguês. Tudo isso com o fito exclusivo de justificarem o Estado burocrático do período estalinista e, dessa forma, elaborarem um Direito socialista, visando à tutela e preservação dos interesses do Partido

Comunista. Em consequência, adveio uma segunda tendência, no espaço da teoria marxista do Direito, conhecida como o período do estalinismo soviético.

Em consonância com as lições de Wolkmer:

A segunda corrente jurídica claramente normativista é centrada principalmente na figura de Andrej Vyschinski (1883-1954), o teórico oficial dos anos que se seguiram aos grandes ‘expurgos’. Em Vyschinski, o objeto científico no direito é substituído por um objeto exclusivamente ideológico – a pureza do dogma econômico cede terreno para o dogma político estalinista. O Direito assume uma conjuntura ‘normativo-volitiva’, pois é constituído por ‘normas’ emanadas do Estado, o qual, por sua vez, representa a ‘vontade’ da classe dominante. Esta classe dominante no regime soviético nada mais é do que a própria classe trabalhadora, chefiada pelo partido bolchevique<sup>87</sup>.

Nessas condições, o Direito deixa de ser a expressão de uma relação social de cunho socioeconômico, como queriam Stuchka e Pashukanis, para se tornar *‘o meio de realizar a vontade da classe dominante; a classe dominante empresta-lhe um caráter obrigatório, dando-lhe regras de comportamento estabelecidas ou sancionadas pelo Estado e garantidas pela pressão por parte do Estado’*<sup>88</sup>.

Vê-se, desenganadamente, que Vyschinski nega ser o Direito um sistema de relações sociais, adotando posição, claramente, normativista, o que demonstra ter ele uma concepção teleológica do Direito, marcada pela definição do Direito soviético. Assim, segundo este autor, o Direito seria *“um sistema de normas estabelecidas pela legislação do Estado de Trabalhadores, que expressa a vontade de todo o povo soviético, conduzido pelas classes trabalhadoras encabeçadas pelo Partido Comunista, a fim de proteger, fortalecer e desenvolver as relações socialistas e a construção de uma sociedade comunista”*<sup>89</sup>.

Trata-se, como analisado, de duas correntes clássicas do marxismo, antagônicas e irreconciliáveis: a primeira, influenciada e representada por Stuchka e Pashukanis, fincada na ortodoxia do economicismo e para a qual o Direito é mero reflexo da economia; a segunda, influenciada e representada por Vyschinski, conotada pelo positivismo jurídico-socialista.

No entanto, atualmente, em face de uma releitura da obra marxiana, vislumbra-se uma terceira via de interpretação, mediante a qual Marx é revisitado. Por este novo fio condutor, vem consolidando-se o entendimento de que, se o Direito é produzido pela estrutura econômica, também, interage, em relação a ela, ocasionando-lhe mudanças. No Brasil, merecerem realce a alentada releitura dos textos marxistas, realizada por Eros Roberto Grau, segundo o qual *“a economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”*<sup>90</sup>.

É inegável a profundidade da obra de Marx, daí, as divergências acentuadas de seus seguidores, a seu respeito. Talvez, de Marx, pudesse ser dito o que se disse, certa vez, algures, de Proust: mais citado do que lido, mais lido do que compreendido. Ou pudesse ser dito, de outra forma, pela pena fina, mordente e cintilante de Lyra Filho:

É fácil ler Marx e Engels como positivista ou jusnaturalista (...) O fato é que, entre marxistas e marxólogos, cada um cita os clássicos no trecho que lhe interessa, assim como os teólogos citam a Bíblia, para cá e para lá: (...) Citar frases é um passatempo de quem só faz negócio com assinatu-

ra de avalista e vive procurando uma firma célebre e desprevenida para as suas promissórias (...) Por isso mesmo é que, em vez de ler Marx ou Engels, vertendo-os em garrafinhas que não mostram a grandeza e marés do oceano, é preciso repensar Marx e Engels com a leitura dos textos, que são marcos dum itinerário inacabado, e não repositório da ciência feita, (...) Marx e Engels foram os constantes 'revisionistas' de si mesmos. Prestamos homenagem maior, e até mais fiel, ao gênio marxiano retomando o itinerário, não porque sejamos mais inteligentes do que Marx, e sim porque estamos um século adiante<sup>91</sup>.

Não se podendo olvidar, ainda, que não se deve fazer dos textos de Marx uma incorreta interpretação, sob pena de se inferir destes, “coisas que este não escreveu”<sup>92</sup>, como diria Ariel Germán Petruccelli.

Por isso, parafraseando-se Roberto Lyra Filho, pode-se afirmar que, sem Marx, nada se intenta, validamente, no plano da reflexão, sobre o Direito, “*porém com ele o trabalho apenas começou*”<sup>93</sup>.

## 6. Conclusão

Ficou evidenciado, no transcurso deste trabalho, que o paradigma tradicional do Direito, emanado do iluminismo e do liberalismo, está obsoleto, além de achar-se, completamente, exaurido.

Do mesmo modo, procurou-se demonstrar que o formalismo positivista e o racionalismo do modelo liberal servem, apenas, para ocultar a utilização do Direito, por parte das classes, integrantes do poder estatal, como instrumento de alienação do ser humano e de dominação dos sujeitos históricos oprimidos.

O trabalho procurou, ainda, através da teoria crítica do Direito, revelar um novo pensamento jurídico, capaz de desconstruir e desmistificar as bases da epistemologia tradicional, que silenciam, ideológica e dogmaticamente, as vítimas do sistema capitalista, no contexto atual da América Latina.

Da mesma forma, ficou clareado que, apesar das divergências dos teóricos neomarxistas, não se pode falar de uma verdadeira teoria do Direito, em Marx.

Finalmente, procurou-se demonstrar a controvérsia calorosa, envolvendo os neomarxistas soviéticos, a respeito do verdadeiro papel do Direito, à luz dos postulados do pensamento de Marx.

## Referências

---

ARNAUD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Trad. port. de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

ARRUDA JÚNIOR., Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: (ensaios de sociologia do direito)*. Rio de Janeiro: Luam, 1998.

## A REVISTA DA UNICORP

BRITTO, Carlos Ayres de. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPELLE, Wanda. O Discurso Jurídico e o Homem. A Leitura do Verso pelo Reverso *in* Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

CHAUÍ, Marilena. *Direito & Avesso*. n. 2. Brasília: Ed. Nair, 1983.

COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hacia un Marx desconocido*. Un comentario de los manuscritos del 61-63. Biblioteca del pensamiento socialista. Serie estudios críticos. Iztapalapa: siglo veintiuno editores, 1988.

ELSTER, Jon. *Marx, Hoje*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FALCÃO, Joaquim. Uma Proposta para a Sociologia do Direito *in* Carlos A. Plastino (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FARIA, José Eduardo (org.). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988.

GENRO, Tarso Fernando. Fontes Materiais e Igualdade Jurídica. Uma Reflexão sobre Socialismo e Direito *in* Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. Salvador: Progresso, 1959.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica *in* *Textos Escolhidos*. Col. Os Pensadores. Trad. de José Lino Grünnewald. [et al.]. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JEAMMAUD, Antoine. Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do Direito. *In*: Carlos A. Plastino (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LIMA, Martônio Mon't Alverne Barreto. BELLO, Enzo (coord.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. Desordem e Processo: Um Posfácio Explicativo *in* Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 302.

\_\_\_\_\_. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

PETRUCCELLI, Ariel Germán. Enrique Dussel y el tercer criterio epistemológico de demarcación: contrarréplica In *Cuadernos de Herramienta. Debate Marxismo y Epistemología*. Setiembre de 2001. n° 1. Reedición Junio 2007. Buenos Aires: Herramienta, 2007.

PICAZO, Luis Díez. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Ariel, 1973.

POLITZER, George [et alli]. *Princípios Fundamentais de Filosofia*. Trad. de João Cunha Andrade. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. *Crítica da Teoria Crítica do Direito*. Seqüência. Florianópolis: Ed. UFSC, n.º 6, dez. 1982.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialista in Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Átila, 1989.

\_\_\_\_\_. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. Conteúdo. V I. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito – o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. v. III. Porto Alegre: Safe, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

### Notas

---

1. Este artigo, com ligeiras alterações, foi resultado de um trabalho do autor, apresentado, no curso de doutorado, na UMSA, em Buenos Aires, para a disciplina Teoría del Derecho. Dedico-o ao prof. Antônio Carlos Wolkmer, da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, que, no curso de pós-graduação, em convênio entre a UESB – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia e a UFSC, ensinou-me, com suas falas, mágicas e transgressivas, um novo jeito de caminhar, pelos entremeios frios da lei, pelos novos caminhos de um Direito insurgente, vocalizador de um “discurso sedicioso”, dessacralizador das velhas e jurássicas ensinanças dogmáticas. De Wolkmer, sempre serei discípulo.
2. Roberto Lyra Filho *in* Por que estudar Direito, hoje?

3. Thomas S. Kuhn. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 5. ed., São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 219.
4. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.
5. O termo vítima é aqui empregado, como sinônimo de seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, enfim, excluídos, conforme o sentido que lhe deu Enrique Dussel. *Ética da Libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002, p. 303.
6. Luis Alberto Warat prefere usar o termo “transmodernidade”, para se referir aos fenômenos, geralmente, agrupados, sob o rótulo: pós-modernidade. Isto porque, segundo pensa o autor, a “pós-modernidade” não é outra coisa que a modernidade, em suas formas esgotadas, em trânsito para outros estilos de pensamento. Warat, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito – o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. v. III. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 138.
7. André-Jean Arnaud. *O Direito Traído pela Filosofia*. Trad. port. de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 245-247.
8. Edmundo Lima de Arruda Jr. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: (ensaio de sociologia do direito)*. Rio de Janeiro: Luam, 1998, p. 29.
9. Boaventura de Souza Santos. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. Conteúdo. V I. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 23-24.
10. Boaventura de Souza Santos. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. Conteúdo. V I. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 24.
11. José Eduardo Faria (org.). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988, p. 24.
12. José Eduardo Faria (org.). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1988, p. 26.
13. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 03.
14. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.03.
15. Antonio Carlos Wolkmer. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33.
16. Marilena Chauí. *Direito & Avesso*. n. 2. Brasília: Ed. Nair, 1983, p. 22.
17. Há quem afirme não haver uma teoria crítica do Direito, mas uma teoria crítica **no** Direito, uma vez que ela pode ser aplicada, nos diversos ramos das ciências, que têm, como objeto, o estudo do fenômeno humano. Contudo, neste trabalho, ambas as locuções serão utilizadas indistintamente.
18. Max Horkheimer. Teoria Tradicional e Teoria Crítica *in* *Textos Escolhidos*. Col. Os Pensadores. Trad. de José Lino Grünnewald. et al. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.
19. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.
20. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.
21. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16-17.
22. Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149.
23. Carlos Cárcova. Teorias jurídicas alternativas. Los Estudios jurídicos teóricos en América Latina. No hay derecho 3. Buenos Aires, 1991 *apud* Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149.
24. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18.
25. Luiz Fernando Coelho. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.
26. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.
27. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.
28. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

29. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.
30. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.
31. Joaquim Falcão. Uma Proposta para a Sociologia do Direito *in* Carlos A. Plastino (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 60.
32. Ricardo Entelman. Nuevas Perspectivas de la Filosofía del Derecho. Culturas, París: Unesco, 1982, p. 155 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.
33. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.
34. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.
35. Ricardo Entelman. “Discurso normativo e organização do poder: a distribuição do poder através da distribuição da palavra”, texto apresentado no encontro da Clacso, Buenos Aires, 1985 *apud* Wanda Capelle. O Discurso Jurídico e o Homem. A Leitura do Verso pelo Reverso *in* *Desordem e Processo*: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 163.
36. Ricardo Entelman. El discurso jurídico como discurso del poder. La ubicación de la función judicial. Intento de análisis en el contexto teórico de la “teoría crítica del derecho”. Comunicação ao I Congresso Internacional de Filosofía del Derecho. Compilación de Comunicaciones, La Plata, 1982, v II, p. 113 *apud* Luiz Fernando Coelho. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 324.
37. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109.
38. Antoine Jeammaud. Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do Direito. *In*: Carlos A. Plastino (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 73-94.
39. Horácio Wanderley Rodrigues. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 136.
40. Roberto Lyra Filho. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
41. Horácio Wanderley Rodrigues. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 136.
42. Leonel Severo Rocha. *Crítica da Teoria Crítica do Direito*. Sequência. Florianópolis: Ed. UFSC, n.º 6, dez. 1982, p. 132.
43. Leonel Severo Rocha. *Crítica da Teoria Crítica do Direito*. Sequência. Florianópolis: Ed. UFSC, n.º 6, dez. 1982, p. 134.
44. Leonel Severo Rocha. *Crítica da Teoria Crítica do Direito*. Sequência. Florianópolis: Ed. UFSC, n.º 6, dez. 1982, p. 133-135.
45. Luis Alberto Warat. El Jardim de los Senderos que se Bifurcam: A Teoria Crítica do Direito e as Condições de Possibilidade da Ciência Jurídica. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul: Almed/Fisc, 4-5: 60, 1985 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.
46. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.
47. Luis Alberto Warat. El Jardim de los Senderos que se Bifurcam: A Teoria Crítica do Direito e as Condições de Possibilidade da Ciência Jurídica. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul: Almed/Fisc, 4-5: 60, 1985 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27- 28.
48. Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 148.
49. Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 148-149.
50. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.
51. O enfoque é, apenas, sobre a existência ou não de uma **teoria** do Direito em Marx e não de uma teoria crítica.
52. Carlos Ayres de Britto. *Teoria da Constituição* – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.
53. Tarso Fernando Genro. Fontes Materiais e Igualdade Jurídica. Uma Reflexão sobre Socialismo e Direito *in* *Desordem e Processo*: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º

- aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lra. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 91.
54. Edmundo Lima de Arruda Júnior. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: (ensaios de sociologia do direito)*. Rio de Janeiro: Luam, 1998, p. 16.
55. George Politzer [et alli]. *Princípios Fundamentais de Filosofia*. Trad. de João Cunha Andrade. São Paulo: Hemus Editora Limitada., 1995, p. 324.
56. George Politzer [et alli]. *Princípios Fundamentais de Filosofia*. Trad. de João Cunha Andrade. São Paulo: Hemus Editora Limitada., 1995, p. 329.
57. Martônio Mon't Alverne Barreto Lima e Enzo Bello (coord.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.XIX-XV.
58. Boaventura de Souza Santos. Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialista *in* *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Átila, 1989, p. 185-186.
59. Michel Miaille. *Introdução Crítica ao Direito*. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 67
60. Jon Elster. *Marx, Hoje*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 26
61. Jon Elster. *Marx, Hoje*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 196.
62. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.
63. Roberto Lyra Filho. Humanismo Dialético in *Direito & Avesso*, Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.
64. Roberto Lyra Filho. Humanismo Dialético in *Direito & Avesso*, Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.
65. Roberto Lyra Filho. Humanismo Dialético in *Direito & Avesso*, Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.
66. Roberto Lyra Filho. Humanismo Dialético in *Direito & Avesso*, Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
67. Roberto Lyra Filho. Karl, meu Amigo. Diálogo com Marx sobre o Direito. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1983; Humanismo Dialético. *Direito & Avesso*. Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
68. Roberto Lyra Filho. Karl, meu Amigo. Diálogo com Marx sobre o Direito. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1983; Humanismo Dialético. *Direito & Avesso*. Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
69. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
70. Roberto Lyra Filho. Humanismo Dialético in *Direito & Avesso*, Brasília: Nair, 3:69, Jan. 1983 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
71. Elías Díaz. De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular. Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 166 e 170-2 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155.
72. Elías Díaz. De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular. Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 166 e 170-2 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155.
73. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.
74. Jean Paul Sartre. Questions de méthode: marxisme et existentialisme – Critique de la raison dialectique. Paris: Gallimard, 1972, p. 29 *apud* Martônio Mon't Alverne Barreto Lima e Enzo Bello (coord.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XIV.
75. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.
76. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.
77. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.
78. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156-157.
79. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157.
80. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157.

81. Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 134.
82. Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 134.
83. Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 134.
84. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157.
85. Pashukanis, Teoria Geral do Direito e Marxismo. Trad. port. do prof. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 19 e 34 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 159.
86. Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 133.
87. Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 133-134.
88. A. Vyschinski. *apud* Iring Fetscher. Direito e justiça no marxismo soviético *in* Karl Marx e os marxistas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970, p. 241 *apud* Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 135.
89. Orlando Gomes. *Marx e Kelsen*. Salvador: Progresso, 1959, p. 29-30.
90. Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 59. Nesse sentido, também, Luis Díez Picazo. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Ariel, 1973, p. 24.
91. Roberto Lyra Filho. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 80.
92. No original: “cosas que éste no escribió”. Ariel Germán Petruccelli. Enrique Dussel y el tercer criterio epistemológico de demarcación: contrarréplica *In Cuadernos de Herramienta. Debate Marxismo y Epistemología*. Setiembre de 2001. nº 1. Reedición Junio 2007. Buenos Aires: Herramienta, 2007, p. 39-45. Veja-se, ainda, sobre a matéria Enrique Dussel. *Hacia un Marx desconocido*. Un comentario de los manuscritos del 61-63. Biblioteca del pensamiento socialista. Serie estudios críticos. Iztapalapa: siglo veintiuno editores, 1988.
93. Roberto Lyra Filho. *Desordem e Processo: Um Posfácio Explicativo in Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário/org. [por] Doreodó Araújo Lyra*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 302.

## **“DER TOTE ERBT DEN LEBENDEN” E O ESTRANGEIRISMO INDESEJÁVEL**

### **Pablo Stolze Gagliano**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em solenidade ocorrida em 1998, tendo recebido o diploma de honra ao mérito (lauréa), pela obtenção das maiores notas ao longo do bacharelado. É pós-graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, tendo obtido nota dez em monografia de conclusão. É mestre em Direito Civil pela PUC-SP, tendo obtido nota dez em todos os créditos cursados, nota dez na dissertação, com louvor, e dispensa de todos os créditos para o doutorado. Foi aprovado em primeiro lugar em concursos para as carreiras de professor substituto e professor do quadro permanente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e também em primeiro lugar no concurso para Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia (1999). É autor e coautor de várias obras jurídicas, incluindo o Novo Curso de Direito Civil (Saraiva). É professor da Universidade Federal da Bahia, e da Rede Jurídica LFG. Já ministrou aulas, cursos e palestras em diversos tribunais do país, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

### **1. Reflexão Inicial**

Este artigo não tem uma maior pretensão linguística, afigurando-se como um mero desabafo e um apelo à pesquisa consciente.

### **2. A importância do Direito Comparado**

Penso ser indiscutível a importância do Direito Comparado em qualquer pesquisa jurídica que pretenda afastar a pecha da superficialidade.

A análise comparativa de sistemas estrangeiros, não apenas permite um melhor enquadramento do objeto científico sob análise, mas, principalmente, aperfeiçoa a sua percepção no tempo e no espaço.

Se, por exemplo, o jurista pretende desenvolver uma pesquisa em torno do *contrato de leasing*, nada melhor do que buscar os referenciais históricos e contemporâneos do instituto, não apenas no Brasil, mas em Estados que o hajam regulado.

Na mesma linha, a busca por princípios torna-se muito mais fecunda, quando se deitam os olhos em outros sistemas.

Foi o que vivenciei, por exemplo, quando da redação do volume dedicado ao novo divórcio<sup>1</sup>, ao me deparar com o “Zerrütungsprinzip” do Direito alemão.

Na oportunidade, fora afirmado:

Em síntese: com a entrada em vigor da nova Emenda, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou, como dito, de qualquer outra causa específica de descasamento. Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto – o qual busca inspiração no “Zerrüttungsprinzip” do Direito alemão –, como simples fundamento para o divórcio.

Aliás, analisando a doutrina civilista brasileira, sobretudo a produzida nas últimas décadas, é forçoso constatar, cada vez mais, a presença de institutos, expressões e palavras recepcionadas e utilizadas em língua estrangeira: *duty to mitigate* (teoria interessantíssima, baseada no princípio da boa-fé, segundo a qual, mesmo o titular de um direito tem o dever de atuar para mitigar o prejuízo experimentado pelo devedor), *substantial performance* (ou doutrina do adimplemento substancial, amplamente estudada no âmbito do contrato de seguro, por meio da qual defende-se a impossibilidade de se considerar resolvido o contrato quando a prestação desempenhada pelo devedor, posto não haja sido perfeita, aproxima-se substancialmente do seu resultado final), *disregard of legal entity* (desconsideração da pessoa jurídica), *Treu und Glauben* (expressão alemã que traduz a ideia de boa-fé objetiva), enfim, sem mencionarmos ainda frases e locuções outras, largamente repetidas, nas academias, fóruns e universidades do país, provenientes do latim – língua que, posto importante, não é mais falada (*venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*<sup>2</sup>).

Impossível, para mim, em um simples e despretensioso artigo, esgotar as dezenas, senão centenas, de expressões estrangeiras amplamente recepcionadas – e até reverenciadas – pelos profissionais do Direito no Brasil.

E não sou contra esta prática.

Embora cultive um inegável amor pela língua portuguesa – a mais bela das línguas – tenho consciência de que, por conta da própria interpenetração dos sistemas normativos mundiais e da interdisciplinaridade crescente – ninguém está imune a adoção de expressões estrangeiras.

O que não posso aceitar, e aqui vai um desabafo, é a postura daqueles que, como meros repetidores automáticos, reverberam expressões estrangeiras sem se preocupar em buscar o seu real sentido.

Com isso, não quero dizer que todos nós devemos conhecer todas as línguas do mundo. Isso seria impossível.

Pretendo apenas conclamar, você, amigo leitor, a não aceitar uma expressão estrangeira, sem antes buscar a sua fonte e o seu sentido.

Não me conformo com a impensada reverência ao estrangeirismo jurídico.

Certa feita, quando aluno, ouvi uma pessoa, em um debate jurídico, utilizar uma expressão estrangeira, o que fez com que o seu interlocutor – com quem contendia – corar e calar-se, por não saber rebater aquela assertiva.

Fui, em seguida, por curiosidade acadêmica, pesquisar aquela expressão, e vi que nenhum sentido fazia.

Aquele sujeito – “estelionatário intelectual”, se me permitem – apenas lançou mão de uma frase estrangeira de efeito, como recurso de retórica, para “ganhar a discussão”, o que

muito me faz lembrar dos escritos de SCHOPENHAUER:

Portanto, cada um deveria preocupar-se unicamente em formular juízos verdadeiros. Para isso, deveria pensar primeiro e falar depois. Mas, na maioria das pessoas, à vaidade inata associa-se a verborragia e uma inata deslealdade. Falam antes de ter pensado, e quando, depois, se dão conta de que sua afirmativa era falsa e não tinham razão, pretendem que pareça como se fosse o contrário. O interesse pela verdade, que na maior parte dos casos deveria ser o único motivo para sustentar o que foi afirmado como verdade, cede por completo o passo ao interesse da vaidade. O verdadeiro tem de parecer falso e o falso, verdadeiro.<sup>3</sup>

O fato de alguém citar uma expressão estrangeira, especialmente por não derivar da nossa língua mãe, exige, do receptor da informação, a necessidade de estudo e de pesquisa daquela assertiva, para que não seja vítima de uma falsa percepção do conhecimento, indesejavelmente amplificada pela repetição mecânica de um conteúdo incompreendido.

E graças a este hábito de pesquisa que sempre nutri, deparei-me com uma situação muito interessante.

### 3. Der Tote erbt den Lebenden

Como é cediço, o art. 1.784 do Código Civil consagrou o denominado *princípio da saisine*:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

De acordo com este princípio, oriundo do Direito Feudal, e amplamente aceito no mundo, quando um sujeito morre, a sua herança é imediatamente transmitida aos seus herdeiros legítimos e testamentários.

Trata-se, pois, de uma ficção jurídica, para evitar que, durante o tempo em que tramita o inventário ou o arrolamento, a referida herança remanesça sem titular.

Assim, se JOÃO morre, deixando três filhos, PEDRO, MATHEUS e ALISSON, cada um deles, no mesmo instante do óbito, passa a ser titular da fração ideal de 1/3 da herança, por força do princípio mencionado. Somente ao final do inventário (ou arrolamento), após deduzidas as dívidas do falecido, serão individualizados os bens que tocarão a cada herdeiro.

É como se o vivente (o herdeiro) continuasse o direito do falecido, sem interrupção.

Pois bem.

Ao aprofundar a pesquisa sobre o tema, deparei-me com a referência feita pela doutrina a uma expressão alemã que caracterizaria o citado *princípio da saisine*:

**“Der Tote erbt den Lebenden”.**<sup>4</sup>

Não há erro algum na referência que a doutrina faz, quando menciona a frase para caracterizar a *saisine*.

O problema é que, ao buscar o sentido exato da expressão, fui colhido de espanto.

Por mais que me esforçasse em compreender o sentido da expressão traduzida do alemão para o português, a frase não apresentava sentido algum.

Sei que uma boa tradução não se apegue ao sentido isolado de cada palavra, mormente na língua alemã, com as suas complexas declinações e o constante uso do passivo na palavra escrita erudita.

Todavia, mesmo assim, a frase, citada e repetida, não faria sentido algum se convertida para o português, pois afirmaria que o “morto herda do vivo”.

Der Tote (**o morto**) erbt (**herda**) den Lebenden (**do vivo**).

Ora, o vivo é quem herda do morto! E não o contrário!

Não me conformei, e consultei outros estudiosos da língua alemã.<sup>5</sup>

O grande professor Arruda Alvim, dileto amigo, um dos maiores juristas brasileiros, com domínio inclusive do alemão gótico, também externou espanto, pois, tal como a frase é conhecida e difundida, não teria, em uma tradução fiel ao verbo utilizado, sentido algum.

Destaco trecho de correspondência que me fora enviada pelo culto professor da PUC-SP:

Na realidade, a frase, se for traduzida literalmente leva a um resultado inverso do que pretende significar. Não é o morto que herda, senão que é o herdeiro que herda. Talvez, uma tradução melhor, ainda que pouco eufônica – para respeitar esse instituto – seria a de que *O morto faz o herdeiro herdar*. Mas na verdade, isto é forçar. Em alemão correto, consta do The Free Dictionary by Farlex a frase: *"Die Tochter beerbt ihre Eltern"*, ou seja, *a filha herda dos seus pais*. Há também uma outra linguagem do alemão para o alemão, ou seja, a partir do texto francês *Le mort saisit le vif* (der Tote "ergreift" den Lebendigen, d. h. den Erben). Ou seja, troca-se o verbo *erben/erbet* por *ergreifen/ergreift*, ou seja, O morto apanha/alcança os vivos (dados tirados de <http://www.retrobibliothek.de/retrobib/seite.html?id=105134>). Na Áustria liga-se o texto ao Prinzip des unmittelbaren Erbanfalls – „Der Tote erbt den Lebendigen“. Na verdade, *a função jurídica desse princípio*, seja na França, seja na Alemanha, é a de não permitir que entre a morte e a assunção da herança haja um espaço vazio. Mas, literalmente, pode uma tradução assim feita, levar a confusão.<sup>6</sup>

De fato, o único sentido possível da frase, a despeito da sua literalidade confusa, é atribuir-lhe uma via inversa de inteligência, para se afirmar que o vivo herda do morto.

E não o contrário<sup>7</sup>.

#### 4. Conclusão

Ora, certamente, deve haver alguma explicação, talvez histórica, perdida ao longo dos séculos.

Não pretendo, aqui, como disse no início deste modesto artigo, tecer considerações meramente gramaticais.

A minha intenção é menos arrojada.

Quero, apenas, conduzir o leitor, especialmente os meus alunos, a um raciocínio que valorize o amor pela pesquisa, e não incentive a mera repetição de fórmulas.

Como visto, ao aprofundar o estudo da referida frase, abriu-se para mim um portal de indagações pertinentes e de alta profundidade jurídica.

Tudo a reforçar mais uma vez a velha lição de que o Direito se reconstrói sempre.

E de que, ainda que estudemos a mesma matéria diversas vezes, um novo horizonte sempre se descortina.

### Notas

---

1. O Novo Divórcio, publicado pela Editora Saraiva e escrito em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho (pág. 62), 2010.
2. Discorri sobre esses institutos na obra Novo Curso de Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos – vol. 4, tomo 2, no capítulo V, item 6, dedicado ao estudo dos desdobramentos da boa-fé objetiva (Ed. Saraiva), escrito em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho.
3. SCHOPENHAUER, Arthur. *Como Vencer um Debate sem Precisar ter Razão em 38 Estratagemas (Dialética Erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, pág. 97.
4. Ver o grande PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. VI (Sucessões), 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.15. E, na mesma linha, refere o mesmo autor, com propriedade, o talentoso Cristiano Imhof: “23/11/2010 STJ. Art. 1.784 do CC/2002. Instituto da saisine. Evolução histórica. Sobre o tema, destaca-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira: Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse de bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*. Com efeito, no século XIII a saisine era referida num Aviso do Parlement de Paris como instituição vigente os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans. Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden*. [...] sistema atual. Com a promulgação do Código Civil de 1916, ficou assentada a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Código Civil, art. 1.572). O mesmo princípio predominou no Projeto do Código Civil de 1965 e no Projeto de 1975, e se viu conservado no novo Código Civil, conquanto neste eliminada a referência a “domínio e posse” (art. 1.784). É o conceito de *droit de saisine* que ainda vigora na sua essência, e do qual podem ser extraídos os necessários efeitos: [...] 2. Não é o fato de ser conhecido, ou de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e a propriedade dos bens. É a sucessão. Não há mister um ato do herdeiro. Não precisa requerer ao juiz o imita na posse. Esta lhe advém do fato mesmo do óbito e é reconhecida aos herdeiros que por direito devem suceder, tal como em o direito anterior se proclamava, adquirindo eles a posse civil com todos os efeitos da natural, e sem que seja necessário que esta se tome (Alvará de 1954 citado). 3. O herdeiro que tem a *legitimatio ad causam* para intentar ou continuar as ações contra quem quer traga moléstia à posse, ou pretenda impedir que os herdeiros nela se invistam. Esta legitimação envolve a faculdade de defender a herança contra as investidas de terceiros, não valendo ao esbulhador ou qualquer possuidor ilegítimo a alegação de que o herdeiro somente cabe uma fração do monte e não a totalidade do acervo. Quer dizer: ao herdeiro, embora somente tenha direito

## ENTRE ASPAS

a uma fração da herança, é reconhecido o poder defensivo de todo o acervo. No Código Civil de 2002, semelhante legitimação deflui do parágrafo único do art. 1.791, segundo o qual o direito dos co-herdeiros, durante a fase de indivisão, 'regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio'". (PEREIRA, Caio Mário da Silva Instituições de direito civil: Direito das sucessões. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. VI, pág. 19 a 22). Fonte: [http://www.cc2002.com.br/imprimir.php?id=1279&ergo=print\\_noticia](http://www.cc2002.com.br/imprimir.php?id=1279&ergo=print_noticia) acessado em 14 de junho de 2012 (Grifei).

5. Fica aqui o meu registro de agradecimento pelas agradáveis discussões acerca da linguística alemã com os diletos Cássio Frederico Pereira, mestrando pela USP, e Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Procurador da República.

6. Correspondência datada de 24 de abril de 2012.

7. Também na doutrina germânica, a dita frase, verdadeiro princípio, é citada, ainda que o autor, talvez pela sua redação confusa, cuide de tentar emprestar-lhe sentido: "Damit wurde mit der alten germanischen Regelung gebrochen, nach der es keiner Annahme der Erbschaft bedurfte, da der Grundsatz galt: der Tote erbt den Lebenden, was bedeutet, daß der Tote den Lebendigen im Sinne einer Übereignung zum Erben macht" (Steffen Breßler: Gesetzliche Erbfolge, Testament und Pflichtteil im Freiburger Stadtrecht, fonte: <http://fhi.rg.mpg.de/seminar/0001bressler.htm>, acessado em 14 de junho de 2012) (grifei).



**AUTORES SELECCIONADOS**



## **A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO PROBLEMÁTICA DE PESQUISA**

### **Julia Maurmann Ximenes**

Advogada. Professora da pós-graduação em Direito Constitucional e do Mestrado “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público. Diretora da Escola de Direito de Brasília/IDP. Professora de Sociologia Jurídica do Curso de Formação para a Magistratura do TJ-DFT. Líder do Grupo de Pesquisa/CNPQ “Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania”. Graduada e mestre em Direito. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília.

### **Introdução**

Com a criação dos Tribunais Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial o fenômeno da judicialização da política foi gradativamente ganhando espaço nas pesquisas científicas, principalmente no campo da ciência política.

No Brasil a ciência política também foi responsável pelas primeiras análises e mais recentemente a pesquisa jurídica tem se aproximado do tema. A proposta do presente artigo é demonstrar este percurso teórico de aproximação da teoria jurídica da judicialização da política e propor possibilidades de análise da problemática.

Nosso pressuposto é de que o fenômeno da judicialização da política implica em um novo “paradigma”. Isto porque este novo paradigma questiona a separação dos poderes clássica e inclui novos papéis para o exercício do Direito, o que, entretanto, problematiza a questão e permite inúmeras possibilidades de pesquisa. A nossa proposta é justamente “organizar” estas possibilidades, e proporcionar uma visão geral do tema.

A abordagem é de caráter sociojurídico, pois a problemática de pesquisa está inserida na realidade, no cotidiano, e a partir disto deverá ser analisada.

Para tanto, iniciaremos com uma diferenciação na análise – a da ciência política e a jurídica. Em seguida problematizaremos o tema a partir de duas grandes questões: ativismo judicial e efetivação dos direitos, tratando especificamente do papel do Poder Judiciário. Encerraremos o presente artigo apresentando possíveis problemas de pesquisa e sua aproximação de uma variável externa – o processo de “cidadanização”, ou seja, de efetiva inclusão social.

O problema de pesquisa que conduzirá este artigo é: como a pesquisa jurídica pode trabalhar com o paradigma da judicialização da política no atual arranjo democrático brasileiro?

### **1. O fenômeno da judicialização da política – análises**

O conceito de Direito Positivo por muito tempo o isolou de outros campos do saber.

Isto porque a questão residia na normatividade emanada do Estado, sem nenhum tipo de questionamento valorativo sobre o seu conteúdo. Assim, após a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades cometidas com amparo legal, já que o Estado as “legitimava”, esta visão foi questionada. A pergunta passou a ser: só porque positivado pelo Estado, o Direito não pode ser questionado?

Esta foi a grande problemática que conduziu a criação de Tribunais Constitucionais na Europa no pós-guerra. A intenção era permitir que um órgão neutro, não político, analisasse o Direito Positivo, à luz de valores constitucionais, de princípios. Assim surge uma nova arena de discussão sobre questões políticas – os Tribunais Constitucionais.

A demanda nestes novos tribunais passou a ser conhecida como “judicialização da política”. Judicialização significa que o Poder Judiciário passa a decidir sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, tipicamente deliberativas, Poder Executivo e Poder Legislativo. Obviamente que é nesta questão que reside a maior crítica ao fenômeno – a crítica ao caráter contra-majoritário das cortes constitucionais.

One governmental body, unelected by the people, tells an elected body that its will is incompatible with fundamental aspirations of the people. This is at the root of the “countermajoritarian difficulty”, which has been the central concern of normative scholarship on judicial review for the past three decades. (GINSBURG, p. 2/3)

Contudo, mesmo diante das críticas, o desenho democrático constitucional tendenciona para o sistema de revisão constitucional pelo mundo. Ginsburg (2003) analisa a expansão do fenômeno da judicialização da política e aponta três perguntas interessantes: por que os países adotam a revisão judicial durante períodos de democratização e desenho constitucional mesmo com a crítica contra-majoritária apontada anteriormente? Por que algumas cortes são mais “agressivas” na revisão judicial do que outras? Quais são os fatores envolvidos? O autor aponta uma resposta para estas questões: “politics matters”. Assim, as inúmeras questões políticas perpassam a revisão judicial e o Direito não pode mais se isolar.

Portanto, podemos perceber que na verdade o fenômeno da judicialização da política aproxima o Direito da Política independentemente do campo de estudo envolvido. Diante da proposta do presente artigo, que é justamente analisar as possibilidades como objeto de pesquisa, é preciso visualizar as duas abordagens e sua intersecção – a política e a jurídica.

Para a ciência política o fenômeno da judicialização tem sido objeto de estudo principalmente quanto ao seu grande dilema – o caráter contra-majoritário apontado anteriormente. A questão reside na problemática do poder – a análise é basicamente institucional e utiliza a democracia como paradigma. Em análise sobre a judicialização da política Oliveira e Carvalho (2002) apontam a obra dos americanos Tate e Vallinder (1995) como institucionalista e tecem reflexões sobre os estudos na temática.

O tema da judicialização foi também trabalhado por dois autores institucionalistas, Tate e Vallinder, que utilizaram estudos de caso para então apresentarem uma definição do termo. Embora esta não se enquadre em qualquer realidade – como no caso brasileiro, por exemplo, ela será utilizada pela maioria dos autores que os sucedeu. De acordo com tais autores, a judicialização da política caracteriza-se pela difusão de proce-

dimentos judiciais em arenas de deliberação política. Dessa forma, o conceito propõe que o ajuizamento de ações que envolvam questões políticas constitui, por si só, um processo de judicialização da política. No entanto, os estudos sobre esta temática têm demonstrado que o aumento da litigância na arena política pode ser ocasionado por mecanismos institucionais, os mais diversos, ou por uma alteração no modo de interpretar dos juízes (ativismo judicial). Portanto, é bem provável que as causas da emergência da judicialização obedeçam a uma lógica bem particular, variando de país para país.

Não apenas as causas mas os impactos da judicialização da política variam de país para país. São inúmeras variáveis envolvidas – cultura jurídica do Poder Judiciário e da sociedade (quanto aos motivos que conduzem à litigância e quem litiga), nível de conhecimento dos direitos, estratégias envolvidas na litigância, processo histórico e político, etc...

No caso brasileiro, podemos trazer algumas considerações típicas do momento histórico, político e jurídico.

- A juridicização das relações sociais: “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (VIANNA et al; 1999, p. 15).
- O fenômeno da judicialização da política é decorrente do texto constitucional de 1988, cujo rol de direitos fundamentais ultrapassa o modelo liberal, incluindo direitos sociais de caráter prestacional, pressionando Executivo e Legislativo na condução de políticas públicas.
- A cultura jurídica brasileira, vista a partir da relação com o Estado, tem se modificado. Como exemplos podemos citar movimentos como o Direito Alternativo e o Direito Achado na Rua que buscam aproximar os operadores do Direito da realidade social brasileira; o próprio aumento de litigância decorrente da juridicização das relações sociais; as alterações no ensino jurídico determinadas pela Portaria nº 1.886/94 incluindo formação sociopolítica.

Para o Direito, a questão da legitimidade democrática é abordada, mas recentemente a pesquisa tem se concentrado no exercício do Poder Judiciário e sua relação com os direitos fundamentais. Esta nova análise trouxe para o campo além do Direito Constitucional também o Direito Administrativo. Assim, a tônica da análise se concentra hoje nos limites do controle judicial, partindo da judicialização da política como um novo paradigma, inerente a realidade. Neste sentido que a proposta do presente artigo busca demonstrar as possibilidades de estudo e pesquisa nesta temática.

## 2. Ativismo judicial ou efetivação dos direitos?

Após trabalharmos com as diferentes análises sobre o fenômeno da judicialização da política, e partindo do pressuposto que se trata de um novo paradigma para a pesquisa jurídica, resta discutirmos uma nova categoria teórica que perpassa a problemática – o ativismo judicial.

ABROMOVICH (2005) destaca cinco casos de atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais): “legalizar uma decisão de política pública já assumida pelo Estado; executar uma lei ou uma norma administrativa que determina obrigações jurídicas em matéria social; estabelecer um padrão dentro do qual a administração deva planejar e implementar ações concretas e supervisionar sua execução; determinar uma conduta a seguir; ou, em certos casos, constituir em mora o Estado em relação a uma obrigação, sem impor um remédio processual ou uma determinada medida de execução.” (p. 210). Desta reflexão é possível perceber que o autor trabalha com a judicialização e não com o ativismo judicial pois “amarra” a atuação do Poder Judiciário à políticas públicas definidas previamente.

Esta amarra decorre da própria dificuldade de definição do ativismo judicial – a questão é delimitar “a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas que se mostra de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição, pela sua abertura semântica, comporta leituras distintas, mas igualmente defensáveis” (COELHO, 2010, p. 5).

Portanto, diante do paradigma da judicialização da política, os excessos no exercício compreenderiam o ativismo, e então seriam objeto de análise. Por que? Se passarmos a apontar toda a atuação do Poder Judiciário como ativista, acontecerá exatamente a previsão de Maciel e Koerner (2002): esvazia-se o termo, que na verdade decorre de uma realidade, conforme já apontado aqui.

Os autores sugerem que é preciso avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro nas duas últimas décadas, centrando a atenção no “path” histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõe o sistema judicial. Finalizam alegando que o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira deve ser estudado sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política.

A partir do padrão de decisões judiciais pode-se formular pesquisas empíricas sobre o comportamento decisório em relação a temas e objetos específicos, evidenciando-se, assim, os impactos daquelas transformações sobre a prática judicial, bem como os projetos alternativos de juristas e operadores do direito às situações de mudança e recalcitrância. (p. 131)

Concordamos parcialmente com os autores: nossa proposta aqui é iniciar as análises a partir da judicialização da política e não utilizá-la como variável, uma vez que a realidade já foi afetada por um arcabouço jurídico e institucional que a consolidou, no Brasil e no exterior. O ativismo judicial se insere neste contexto e pode ser utilizado como uma categoria teórica na análise da problematização decorrente da judicialização da política, mas também dependerá de premissas teóricas previamente definidas para a análise.

Neste sentido, ou seja, na tentativa de categorizar o ativismo judicial, autores americanos (CANON, 1983; KMIEC, 2004) sugerem algumas características típicas: prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; estratégia de não-aplicação dos precedentes; conduta que permite aos juízes legislar; afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; julgamento para alcançar resultado pré-determinado. A partir destas categorizações, sem a análise de dimensões que não apenas a jurídica, toda

efetivação de direitos sociais pode ser enquadrada como ativista. É neste sentido que propomos problematizar a judicialização e o próprio ativismo no campo da pesquisa jurídica.

Outra explicação para a necessária diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial é a efetivação dos direitos fundamentais. Após o primeiro momento de inércia do Poder Judiciário diante do caráter programático de alguns direitos fundamentais, principalmente os sociais, passou-se a defender a necessidade de intervenção, de concretização destes direitos.

As normas e princípios “directivos” e “programáticos” não possuem apenas uma eficácia obrigatória e plenamente vinculante em relação ao legislador ordinário. Vinculam ainda, dentro de certos limites e observadas certas condições, todos os órgãos constitucionais chamados à sua concretização e actualização. Melhor seria dizer-se que se dirigem, preliminarmente, não tanto à actividade legislativa quanto à chamada actividade de “indirizzo político”. Muito mais do que simples normas “directivas”, representam, objectivamente, um momento fixador na constituição do Estado de “directivas políticas gerais”, de “princípios directivos materiais”, numa época profundamente marcada pela intervenção deste último no domínio solidarista das “prestações sociais”. (QUEIROZ, 1990, p. 144).

A grande questão parece residir nos limites da atuação do Poder Judiciário quando no contexto da judicialização da política. Em que medida o Poder Judiciário é ativista ou apenas efetiva os direitos previstos na Constituição? Esta é a principal pergunta. Nossa proposta de resposta perpassa uma terceira variável – a convergência para a cidadania e inclusão social.

Conforme a tabela abaixo, percebemos como principais categorias teóricas na análise sociopolítica a juridicização das relações sociais, e na análise jurídica a teoria da separação dos poderes. Contudo, ambas conduzirão a controvérsia entre ativismo judicial e efetivação dos direitos, que por sua vez pode conduzir a uma outra problemática – a da inclusão social ou “cidadanização”.

O processo de “cidadanização” decorre da necessidade de possibilitar a articulação entre leis e práticas sociais, em face de um contexto de cultura excludente. A inclusão social passa a ser um importante traço a acompanhar tanto a efetivação dos direitos sociais mediante políticas públicas eficazes quanto ao concreto exercício da cidadania, no sentido de todos se verem como “sujeitos de direitos”, independentemente das inúmeras variáveis frequentemente determinantes para a exclusão no Brasil, como cor, raça, opção sexual, e distribuição de renda.

A proposta é ver a problemática inserida na ideia de “direito a ter direitos”. Isto porque até a Constituição de 1988 o *status* de cidadão estava atrelado a determinadas características como ter carteira assinada (trabalhador formal) no que Wanderley Guilherme dos Santos (1979) chama de cidadania regulada. O novo modelo de proteção social brasileiro rompeu com esta tradição “reguladora” se preocupando com a efetiva inclusão social. Esta nova percepção do conceito de cidadania no âmbito da proteção social pode ser também observada nos direitos sociais em geral, os “direitos sociais como direitos”, inclusive como passíveis de judicialização. (COURTIS, 2009).

Assim, a inclusão social e o processo de “cidadanização” ampliam as possibilidades de análise sociojurídica do fenômeno da judicialização da política, aproximando as pesquisas da realidade, permitindo categorizações sobre o exercício dos diferentes atores envolvidos.

### 3. A atual problemática de pesquisa no campo jurídico

Diante do exposto, é possível perceber um amplo campo de pesquisa considerando a judicialização da política como novo paradigma. Com o extenso rol de direitos fundamentais, cada um dos mesmos e suas respectivas políticas públicas poderão ser objeto de análise na pesquisa jurídica a partir das possibilidades de efetivação, de análise à luz de princípios constitucionais, de análise dos dados estatísticos sobre a sociedade brasileira e a inclusão social.

A resistência nestes objetos de pesquisa está no seu caráter interdisciplinar – sim, será preciso compreender a categoria teórica “política pública”, objeto da ciência política; o mesmo quanto a questões de poder e a análise da dinâmica dos atores envolvidos. Contudo, estas categorias irão contribuir para a problematização da pesquisa jurídica no contexto do paradigma da judicialização da política.

Algumas problemáticas viáveis para a pesquisa jurídica seriam:

- 1 – Os processos judiciais que envolvem a judicialização da política para caracterizar um ativismo judicial ou efetivação dos direitos, o que percorre também analisar os motivos e fundamentação das decisões;
- 2 – as políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais e sua relação com princípios constitucionais;
- 3 – os diversos atores sociais envolvidos – autores dos processos, individuais ou coletivos, e suas estratégias ao judicializar os diversos interesses envolvidos;
- 4 – análise da atuação dos diversos atores jurídicos – Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura, Conselho Nacional de Justiça, Supremo Tribunal Federal, suas atuações, estratégias, interesses;
- 5 – a definição mais precisa de categorias teóricas que dependem da análise de casos concretos como mínimo existencial, reserva do possível, papel do Estado.

MAGALHÃES (2003) aponta uma hipótese a ser testada na problemática sobre a judicialização da política: os tribunais constitucionais não são diferentes de outros tribunais – não têm poder de iniciativa, ou seja, precisam ser provocados – assim, o papel político do Tribunal Constitucional depende de fatores que lhe são externos, em particular dos incentivos dos atores políticos para “judicializar” os seus conflitos através da litigância constitucional. (p. 210)

DUARTE (2005) propõe um interessante dilema: saber se a lei, bem como os tribunais, se assumem como instrumentos que permitem aos movimentos sociais desenvolverem estratégias de ação política e legal, reforçando as suas identidades como atores políticos. Esta tomada de posição, na nossa opinião, seria uma viável caracterização do ativismo judicial.

ABROMOVICH (2005) também aponta a possibilidade de diferentes atores recorrerem à intervenção judicial com o objetivo de mostrar outras frentes para a formação da “agenda pública”:

São estratégias legais complementares, que partem de uma perspectiva ou de um “ênfase procedimentalista”: não se exige uma prestação, nem se impugna diretamente uma política ou uma medida referente a direitos sociais. O que se pretende é garantir condições que tornem possível a adoção de processos deliberativos de produção de normas legislativas ou atos da administração. (p. 210)

Portanto, as possibilidades de pesquisa podem incluir a atuação e estratégias dos diferentes atores envolvidos na judicialização da política e na efetivação dos direitos e a partir disto uma contribuição para a “cidadanização” ou um ativismo judicial.

Uma outra importante variável a ser considerada quanto a cidadanização é a própria “qualidade da democracia”. Em tese de doutorado, BEIRICH (1998) analisa o Tribunal Constitucional Espanhol após a ditadura de Franco e aponta que a redistribuição do poder acarretada pelo novo desenho institucional com a criação do Tribunal Constitucional Espanhol, resultou em uma melhora na qualidade da democracia, por intermédio (dentre outras apontadas pela pesquisa) no estabelecimento de uma cultura de direitos (acesso dos cidadãos às Cortes) e no rompimento com o conservadorismo dos juízes, que não interpretam a lei, a aplicam (o que implica em uma corte mais ativa, inclusive para mudar a cultura política dos juízes).

Para MORLINO (2004) uma “boa democracia” é aquela que tem uma estrutura institucional estável que concretiza a liberdade e igualdade dos cidadãos por intermédio do funcionamento legítimo e adequado das instituições. Para o autor:

A good democracy is thus first and foremost a broadly legitimated regime that completely satisfies its citizens (quality in terms of result). When institutions have the full backing of civil society, they can pursue the values of the democratic regime...Second, a good democracy is one in which the citizens, associations and communities of which it is composed enjoy at least a moderate level of liberty and equality (quality in terms of content). Third, in a good democracy, there are the citizens themselves who have the power to check and evaluate whether the government pursues the objectives of liberty and equality according to the rule of law. They monitor the efficiency of the application of the laws in force, the efficacy of the decisions made by government, and the political responsibility and accountability of elected officials in relation to the demands expressed by civil society (quality in terms of procedure). (p. 12)

Portanto, a reivindicação pode ser uma estratégia dos diferentes atores e neste sentido contribuir para o adensamento da democracia via “cidadanização”. Se retomarmos o comunitarismo político como filosofia da Constituição de 1988, a “fragmentação política” é um dos grandes receios para a democracia. Por fragmentação política TAYLOR (2000) explica que:

Quanto mais fragmentado um eleitorado democrático nesse sentido, tanto mais serão suas energias políticas transferidas para a promoção de agrupamentos parciais e tanto menos possível será mobilizar maiorias democráticas ao redor de programas compreendidos em comum. Surge o sentido de que o eleitorado como um todo é indefeso diante do Estado-Leviatã; um agrupamento parcial bem organizado e integrado pode de fato ser capaz de causar um impacto, mas a idéia de que uma maioria de pessoas possa moldar e levar a efeito um projeto comum passa a se afigurar utópica e ingênua. Nesse caso, as pessoas desistem. Essa simpatia já decadente com relação aos outros é ainda mais enfraquecida pela

carência de uma experiência comum de ação, e uma sensação de impotência faz parecer uma perda de tempo tentar promover essa experiência. Mas isso, naturalmente, praticamente o torna impossível, e o círculo vicioso se fecha” (p. 299/300).

Assim, fechamos o cenário das possíveis pesquisas jurídicas que envolvem a judicialização da política hoje, inserindo conceitos como cidadania e inclusão social como importantes variáveis para compreensão do novo papel exercido não apenas pelo Poder Judiciário, mas por diferentes atores jurídicos como Ministério Público e Defensoria Pública. A análise necessariamente deverá perpassar o posicionamento destes atores no campo jurídico e político, observando a possível influência na formulação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais, mas também nas diferentes estratégias dos atores sociais envolvidos, no que chamamos de “cidadanização”.

### Conclusão

Como conclusão, apontamos a judicialização da política como novo paradigma apresentado pelo novo arcabouço jurídico e institucional pós-Constituição de 1988 e a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais como decorrência. Em seguida, visualiza-se as decorrências deste novo cenário – uma articulação dos diferentes atores envolvidos – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública de um lado; e Poderes Legislativo e Executivo como os atores legitimados e para efetivação dos direitos fundamentais e formulação das políticas públicas.

Destes novos atores e do novo cenário decorre a temática aqui levantada como uma categoria teórica de problematização – a “cidadanização”. Em que medida o fenômeno da judicialização da política contribui para o adensamento democrático via processo de participação?

Desta feita, o paradigma da judicialização da política conforme aqui apontado é um importante fator gerador de pesquisa jurídica, desde que o campo da pesquisa jurídica permita a inclusão de novas categorias teóricas além da indefinição inerente ao termo fluído do ativismo judicial. O desafio é justamente precisar melhor o ativismo judicial a partir de categorias teóricas que partam da judicialização da política, mas a insiram no cenário da cidadanização.

### Referências

---

ABROMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos., ano 2, n. 2, 2005, p. 189-223.

BEIRICH, Heidi Ly. *The role of the Constitutional Tribunal in Spanish Politics (1980-1995)*. Thesis of Doctor of Philosophy. December 1998.

CANON, Bradley C. *Judicial Activism*. Judicature. V. 66, n. 6, dec-jan 1983, p. 237-247.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

## A REVISTA DA UNICORP

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* V Congresso de Direito da FAETE. Teresina, maio 2010.

COURTIS, Christian. *Social rights as rights*. Disponível em [http://www.yale.edu/documents/pdf/Courtis\\_Social\\_Rights\\_as\\_rights.pdf](http://www.yale.edu/documents/pdf/Courtis_Social_Rights_as_rights.pdf). Acesso em out 2009.

DUARTE, Madalena. *Novas e velhas formas de protesto: o potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais*. Disponível em [www.ces.fe.uc.pt](http://www.ces.fe.uc.pt). Acesso em novembro 2005.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. *Ou Isto ou Aquilo – a sociologia jurídica nas faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

\_\_\_\_\_. *Através do Espelho – ensaios de sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001.

KMIEC, Keenan. *The origin and current meanings of judicial activism*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1441-1477.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1990.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 113-133.

MAGALHÃES, Pedro. *The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian Democracies*. Thesis of Doctor of Philosophy. Ohio State University, 2003.

MORLINO, Leonardo. *What is a “good” democracy?* Democratization, Vol.11, No.5, December 2004, pp.10–32.

OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. *A judicialização da política: um tema em aberto*. Paper apresentado no Grupo de Trabalho Controles Democráticos e Cidadania, Encontro da Associação Nacional da Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS, Caxambu, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, N; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

## ENTRE ASPAS

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos Sociais – afinal do que se trata?* Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck ET AL. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **ATIVISMO JUDICIAL: UMA QUESTÃO DE *PODER* OU REFLEXO DE MUDANÇAS INSTITUCIONAIS?**

### **Frederico Magalhães Costa**

Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especializando em Direito Público.

### **Isabela Souza de Borba**

Oficiala de Gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestre em Filosofia, Teoria e História do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

**Resumo:** O presente trabalho destina-se a compreender as mudanças paradigmáticas por que passa o Poder Judiciário brasileiro, notadamente, os momentos de rupturas e redefinições institucionais não manifestados de forma explícita pela doutrina especializada. Para tanto, o presente trabalho refletirá a dificuldade em estabelecer o papel do juiz neste contexto, em função de que recorrentemente problemas de ordem política, como a ineficácia dos direitos sociais ou mesmo o estabelecimento de diretrizes de cunho político-econômico, têm sido transferidos ao Judiciário, consubstanciando o que (academicamente) se convencionou chamar judicialização da política ou politização do judiciário. Ademais, compreenderemos os fatores que determinam o ativismo judicial brasileiro no sentido de aprofundar o debate sobre a legitimidade deste fenômeno no Estado Democrático de Direito. A partir do referido problema, podem-se citar duas hipóteses: a primeira refere-se à dificuldade de a magistratura lidar com os direitos fundamentais e a consequente redefinição das funções estatais. A segunda refere-se à compreensão do ativismo judicial como questão determinada pelas variáveis do poder, considerando o viés paternalista assumido pelo Judiciário ao chamar para si problemas que dizem respeito à esfera política, caracterizando-se como tábua de salvação no seio de uma sociedade carente de políticas públicas efetivas.

**Palavras-Chave:** Democracia. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Ativismo Judicial. Magistratura. Paternalismo. Cidadania.

### **1. Introdução**

A definição das funções e competências jurisdicionais pela Constituição da República de 1988, bem como a reformulação dessas atribuições pela Emenda Constitucional n. 45/04, desempenharam um papel significativo no sentido de alargar o âmbito de atuação dos juízes brasileiros. A competência do Poder Judiciário foi estendida no sentido de abarcar, por

exemplo, o controle de constitucionalidade das leis, de modo que questões de cunho político foram aos poucos sendo transferidas para o Poder Judiciário, especialmente diante da necessidade de garantir-se a supremacia da ordem constitucional e, por suposto, do processo e do conteúdo democrático em que foi engendrada.

Com efeito, a história do Judiciário e das instituições políticas revelou a necessidade de implementação do controle de constitucionalidade como medida de coibir formal e materialmente a elaboração de leis que não estejam em consonância com a Constituição. Nessa tarefa, o Judiciário atua contra a maioria que o elegeu, por meio de sufrágio universal e secreto, seus representantes. Logo, diz-se que os juízes desempenham uma função contramajoritária, já que, além de zelar pela observância do texto constitucional, é responsável por tutelar os interesses das minorias. Assim, a dita função contramajoritária do Poder Judiciário visa a resguardar a democracia em sua acepção material<sup>1</sup> que, pelo viés garantista, abarca, necessariamente, a tutela dos direitos fundamentais em benefício das minorias, sob pena de transformar o regime democrático em uma temida tirania da maioria.

Naturalmente, essa gama de funções atribuídas ao Poder Judiciário – entendido, então, como garante, em última instância, da democracia e dos direitos fundamentais – fez surgir novos fenômenos no universo jurídico, como é o caso da judicialização da política, problemática que tem sido palco de fundadas discussões a respeito da legitimidade da interferência do Judiciário em esferas essencialmente políticas.

As discussões, no entanto, devem-se não apenas a uma conjuntura de ordem teórica, mas ao mundo dos fatos, já que, não raro, decisões judiciais têm deflagrado a interferência do Poder Judiciário na esfera política, leia-se, no âmbito da Administração Pública, quando está em jogo a efetivação dos direitos fundamentais. Operam-se verdadeiras determinações ao Poder Executivo, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas voltadas aos direitos sociais, tema que, inclusive, foi submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

Essa situação denota a tensão que se coloca entre a ingerência do Judiciário na esfera política e, por outro lado, a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. Surgem, assim, os debates a respeito da (in)suficiência da clássica teoria montesquiana da separação dos poderes para explicar esse fenômeno que passou a ser uma das questões mais latente na agenda política. Nesse âmbito, analisa-se, principalmente, o controle de atos administrativos e de políticas públicas pelo Poder Judiciário, numa tentativa de repensar os atuais fundamentos, bem como a própria estrutura do princípio da separação dos poderes.

Ainda que essa seja uma problemática relevante do ponto de vista da teoria do direito e, mesmo da teoria política, o presente trabalho limita-se à análise de dois fatores relacionados ao ativismo judicial. O primeiro fator a ser analisado é o ativismo judicial enquanto processo necessário à efetivação dos direitos fundamentais. Em contrapartida, o segundo fator diz respeito ao ativismo judicial enquanto manifestação de poder e afirmação do Judiciário como tábua de salvação para a solução de conflitos de ordem política e como *pater* de uma *societate órfã* (Ingeborg Maus). É justamente com base nessa problemática que o presente trabalho será desenvolvido, buscando contrapor as reais necessidades de atuação do Judiciário em relação às irrefutáveis matizes que permeiam o ativismo judicial.

Nesse contexto, verifica-se imprescindível estudar as duas principais vertentes relacionadas ao assunto em tela, uma se condiciona a afastar a hipótese de intervenção judicial na esfera política, com fundamento, sobretudo, na ordem democrática –

procedimentalismo –, e outra cuja tendência é defender a atuação positiva dos magistrados em tutela da efetivação dos direitos fundamentais – substancialismo.

O paralelo entre essas duas correntes principais propicia o aprofundamento da pesquisa no que tange à identificação do ativismo judicial como medida necessária ou propositalmente de poder. Ressalta-se, no entanto, que os objetivos traçados para o presente estudo não têm o condão de estancar a matéria ou, mesmo, se direcionam a assumir um ou outro ponto de vista. O pressuposto principal é estimular uma visão crítica a respeito do controle judicial dos atos da Administração Pública e, por assim dizer, das políticas públicas quando está em xeque a efetivação dos direitos fundamentais.

## 2. O que (academicamente) se convencionou chamar judicialização da política e ativismo judicial

O termo *judicialização da política* é fruto de debates acadêmicos a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera política reservada à Administração Pública e ao Legislativo. A sincronização do termo ao fato decorreu da necessidade de estudar a questão com mais cautela, pois não se trata de acontecimento isolado, mas, sim, de uma situação que desempenha um encadeamento de outras, levando a um macroconflito que pode ser analisado de várias perspectivas, seja na perspectiva de mudanças institucionais, na perspectiva de poder ou, mesmo, na de redefinição ou reestabelecimento da ordem democrática veiculada na Constituição da República de 1988.

Não causa espanto que essa problemática tenha vindo à tona e agora se coloque como um empecilho na cena política e jurídica do Estado brasileiro. Uma das Constituições mais avançadas do mundo, extensa, rígida e que prevê uma gama de direitos, bem como instrumentos aptos a sua efetivação, que, porém, ainda é muito recente e está em constante aproximação da sociedade e de seus anseios, ou seja, em processo de aperfeiçoamento e constante discussão, inclusive porque é sob este aspecto que precisa ser interpretada e abordada.

Além de *termo*, é possível identificar a judicialização da política como um *fenômeno*. Luiz Werneck Vianna identifica esse fenômeno com o fato de o Brasil ter adotado o sistema abstrato de controle de constitucionalidade das leis<sup>3</sup>, com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, que seriam os legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (VIANNA, 1999, p. 47). Em que pese a referida abordagem, é importante reconhecer que esse fenômeno político-jurídico não ocorre apenas no âmbito do controle das leis em tese, o conflito entre a decisão judicial e a vontade do soberano aparece, também, nas instâncias ordinárias, mediante a postulação de direitos sociais ao Estado, como é o caso das ações individuais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos e das ações coletivas promovidas também em torno do direito à saúde, mas, ainda, em relação à educação, moradia, trabalho, etc.

Conforme muito bem ponderado pelo Grupo do Ativismo Judicial do IBMEC-RJ, UFU e PUC-Rio<sup>4</sup>, “em uma escala comparativa, a judicialização da política seria um fenômeno maior dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial”<sup>5</sup>. Parafraseando Tate e Vallinder<sup>6</sup>, o Grupo identificou a judicialização da política com os instrumentos de proteção judicial, assim como com a migração de discussões do Legislativo para o Judiciário através de impugnações ou, ainda, pela adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do

Legislativo e Executivo. Por outro lado, identifica o ativismo judicial como um fenômeno no qual os juízes passam a se interessar por uma atuação política.

Dada essa distinção, a tendência é que a judicialização da política conduza ao ativismo judicial, que se situa num âmbito mais restrito, em que o magistrado toma para si a função de tomar decisões políticas. Ambos os fenômenos, em que pesem as diferenças são típicos do Estado Contemporâneo, já que sua origem não é outra senão as cartas constitucionais do pós-guerra, que objetivando compensar o tempo perdido incluíram em seus textos uma série de direitos fundamentais e instrumentos para fazê-los valer na prática. No entanto, ainda que estejam assegurados os direitos primários, bem como os secundários (instrumentais)<sup>7</sup>, há uma inegável carência de efetividade dos direitos sociais, isto é, aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado.

A falta cometida pelo Estado em relação aos direitos sociais é atribuída ao Poder Executivo, já que ele detém a competência para implementar políticas públicas voltadas à concretização desses direitos, e a irresignação da sociedade em relação a esse conflito, gerado frente ao organismo estatal migra para a esfera jurisdicional, ensejando a tomada de decisões judiciais que assumem um conteúdo político e imperativo no sentido de determinar que a medida necessária seja operacionalizada, de alguma maneira, pela Administração Pública.

Neste contexto é que surge a questão da tomada de decisões políticas pelo Poder Judiciário e, com isso, a problemática inerente ao ativismo judicial, cuja legitimidade será discutida por duas correntes doutrinárias: a corrente procedimentalista e a corrente substancialista.

### 3. Ativismo judicial: o debate entre procedimentalistas e substancialistas

O assunto “ativismo judicial” perpassa, necessariamente, pela análise de duas principais correntes de pensamento: a procedimentalista e a substancialista. Tais correntes defendem, linhas gerais e respectivamente, (a) que a atuação jurisdicional deve deter-se apenas à aplicação da lei, que serve como limite ao processo de interpretação do texto legal, e, (b) que o processo de interpretação deve ser eficiente no sentido de garantir, em primeira mão, os direitos fundamentais e os pilares do Estado Constitucional, sem restringir a magistratura ao texto da norma.

O procedimentalismo, sustentado por Habermas<sup>8</sup> e Garapon<sup>9</sup>, tem como eixo central o processo de formação da vontade da maioria, o qual está fundado nas conjecturas provenientes de todos os grupos sociais de determinado Estado, considerando-se a cidadania e a participação como pressupostos para a concretização de uma democracia consistente.

A corrente procedimentalista não nega o fenômeno do ativismo judicial e, pois, da ampliação das competências do Poder Judiciário a partir da positivação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas. No entanto, repele a invasão da política pelo direito, sob o argumento de que depositar no Judiciário expectativas decorrentes do descontentamento com o sistema político seria ignorar o processo de formação da vontade majoritária e, por conseguinte, derrubar os postulados democráticos.<sup>10</sup>

Nessa linha de raciocínio, o Judiciário não pode ser visto como instituição cuja função é zelar pelas demais funções do Estado – Executiva e Legislativa –, sua competência deve restringir-se à aplicação da lei, pois, em virtude da harmonia entre os poderes, é vedado

que interfira em esfera alheia à jurisdicional. Ademais, não é de bom grado, segundo essa corrente, que o Judiciário assuma caráter prestacional, pois não lhe compete atuar positivamente no sentido de atender às carências da sociedade; o contrário, no pensar procedimentalista, contribuiria para a transformação de cidadãos em indivíduos-clientes, dependentes de um Estado providencial<sup>11</sup>, dado o descrédito da população com as instituições políticas.

Na concepção procedimentalista, o Estado que pretende a tudo atender, ou melhor, comprometido com a realização das necessidades sociais, ao inspirar confiança nos cidadãos, gera, por outro lado, cobranças da própria população que quer ver cumpridas as promessas. Logo, um Estado providencial deve ter, além de comprometimento, estrutura para assegurar o cumprimento das promessas e essa função compete às instituições políticas, representantes da vontade majoritária, consideradas o principal mecanismo de exercício da democracia.

Com base nessa situação de descontentamento da população em relação às promessas não cumpridas pelas instituições políticas, o Judiciário surge como órgão apto a concretizá-las, tanto pelas competências constitucionais que lhe foram outorgadas, quanto pela concepção contemporânea de Estado de Direito, que exige a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse contexto, o Judiciário não só cria novos argumentos, mas aplica-os na prática como fundamento de decisões políticas.

Diante desses fatores, a corrente procedimentalista observa, nas sociedades atuais, um movimento de migração do lugar simbólico da democracia para o da justiça, o que leva ao enfraquecimento das instituições políticas e, via de consequência, ao fortalecimento do Judiciário como instância de salvação das promessas não cumpridas pelos demais Poderes (VIANNA [et al.], 1999, p. 25).

No mesmo sentido, observa Antoine Garapon: “O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito político” (GARAPON, 1996, p. 44).

Percebe-se que Garapon, ao mesmo tempo em que critica o “sucesso da justiça”, afirma o problema da falta de interesse dos cidadãos pelo desenvolvimento e aprimoramento da política, ou seja, a “perda do espírito político”. Este é o ponto de partida do posicionamento procedimentalista, busca-se a conscientização da sociedade, a participação dos diversos grupos econômicos e sociais no processo de formação da vontade majoritária; se isso ocorresse, na visão procedimental, as instituições políticas estariam legitimadas por uma democracia eficiente e cada função estatal – Executivo, Legislativo e Judiciário – exerceria seu papel em harmonia com as demais.

Nesta corrente, portanto, a Justiça não pode ser vista como instância de salvação, mas, sim, como um órgão que detém a competência de oferecer as melhores soluções para os conflitos surgidos no seio da sociedade. Desta forma, a sociedade deve ser encarada como um amálgama de diferentes ideologias, que se encontram no processo de formação da vontade da maioria e, quando bem estruturadas, levam à uma democracia consistente, em que cada função estatal pode atuar com autonomia, sem ensejar um controle externo, senão aquele que provém do próprio exercício da cidadania.

Destarte, no que interessa a esse trabalho, o procedimentalismo pode ser compreendido como um paradigma contrário ao ativismo judicial. Nessa concepção, a prestação jurisdicional com qualquer teor político configura fere o processo democrático, ao mesmo tempo em que corrobora o definhamento das instituições políticas e a “perda do espírito político”.

Por outro lado, a corrente substancialista, defendida por Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti<sup>12</sup> e, no Brasil, inserida por Lênio Luiz Streck<sup>13</sup>, tem sido aplicada principalmente nos países de cultura ocidental. Oposto ao procedimentalismo, que propõe um paradigma de democracia formal, o substancialismo propõe uma concepção material da ordem democrática.

O substancialismo é fruto da positivação, na Constituição, de valores e princípios ligados a um ideal de justiça e da visualização do Poder Judiciário como garante, em última instância, da efetivação dessas normas que passaram a compor o ordenamento jurídico.

Além disso, o substancialismo deve ser compreendido como uma crítica construtiva à democracia representativa (democracia formal), que, apesar de expressar a vontade da maioria, acaba, muitas vezes, suprimindo o interesse das parcelas da sociedade que não estão inseridas no processo democrático. Essa exclusão decorre, naturalmente, da democracia representativa e é agravada pela hegemonia de certos grupos, principalmente grupos econômicos, que buscam obter vantagens através das instituições políticas.

Assim, para Lênio STRECK, “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito” (STRECK, 2007, p. 25).

Considerando essas falhas da democracia representativa, no que diz respeito às desigualdades promovidas pela exclusão de certos grupos do processo de formação da vontade, o substancialismo sugere uma postura ativista do Judiciário durante o processo de produção e aplicação da norma jurídica.

Nesse contexto, a garantia de acesso à justiça revela um importante papel no que tange às minorias, que se encontram excluídas do processo de formação da vontade majoritária. O acesso à justiça aparece como um mecanismo de inserção dos grupos excluídos, permitindo-lhes reivindicar seus direitos e, de alguma forma, participar da agenda política e social.

Neste contexto, o substancialismo afirma uma nova postura do Judiciário em relação às demais funções estatais, deixando de lado a independência dos poderes para permitir o equilíbrio e a harmonia.

Esse ponto é crucial para distinguir o procedimentalismo do substancialismo. Ao passo que, no paradigma procedimental nenhum dos Poderes deve ser colocado em posição distinta dos outros, no sentido de exercer controle sobre as demais atividades estatais; para a corrente substancialista, o Judiciário, pode, quando provocado, intervir nas demais esferas do Poder Estatal para fazer valer os direitos fundamentais.<sup>14</sup> Deste modo, a corrente substancialista propõe o ativismo judicial, ponderado e não discricionário, porquanto transcender os *checks and balances* significa controlar as demais funções estatais, principalmente em casos de omissão quanto à implementação dos postulados fundamentais.

O procedimentalismo e o substancialismo, sem dúvida, são os eixos centrais da discussão travada em torno do ativismo judicial. Com razão a corrente substancialista quando postula uma solução concreta para os casos de inefetividade dos direitos sociais. Ora, a garantia dos direitos sociais está na base do regime democrático e, portanto, é uma questão afeta ao Estado como um todo, ou seja, há uma espécie de *responsabilidade solidária* das instituições estatais no sentido de assegurar, sobretudo, a supremacia e a concretização da Constituição.

Ocorre que o eixo substancialista, ao defender o ativismo judicial, parece querer remediar uma situação cujo diagnóstico é bem mais complexo e merece ser tratado desde a sua origem. Nesse norte, o procedimentalismo entra em cena para colocar em debate a ordem

democrática e a autonomia dos cidadãos, identificando-os não como destinatários, mas como próprios autores de seus direitos (CITTADINO, 1999, p. 209). Logo a corrente procedimentalista pressupõe vetores de comunicação estabelecidos no seio da sociedade e, a partir da autonomia gerada pela interação, atribui aos próprios sujeitos de direitos a responsabilidade pelas suas decisões.

Portanto, tem-se, de um lado, uma perspectiva imediatista e, de outro, uma que propõe uma remodelação do sistema político, pois a comunicação como vetor da democracia, ao menos no Brasil, somente será eficiente após um processo de realocação das decisões políticas implementado na e pela própria sociedade. Todavia, será que a efetividade dos direitos fundamentais e, sobretudo, da Constituição, pode esperar (mais um pouco...)? Além disso, em que implica considerar que são os magistrados os atores mais adequados para fazê-lo?

#### 4. A sociedade órfã e o juiz como (super)ego da sociedade

O contexto de expansão dos direitos e das promessas constitucionais (não)cumpridas<sup>15</sup> pelo Estado ao longo de 23 anos de *constituir-a-ação* da vida brasileira através da Carta Cidadã de 88 (STRECK, 2004, p. 103) – acordo político simbólico<sup>16</sup> concebido entre 1986-1988 e modificado, sobretudo, pela influência das transformações engendradas no núcleo do capitalismo neoliberal, fenômenos da crise do Estado Social<sup>17</sup> e da *Constituição Dirigente Invertida*<sup>18</sup> – foi fruto germinado no seio de uma sociedade carente de políticas públicas que atendessem às mais prementes necessidades sociais.

Reconstituído o Estado brasileiro em 1988, para além das funções típicas e do dever de realizar as novas prestações no sentido de satisfazer as necessidades comuns e coletivas (afora as individuais) por meio das mais diversas políticas públicas, depositou-se nas mãos do Estado a esperança/função de julgar a sua própria ineficiência, esperando deste um reconhecimento de deveres fundamentais não cumpridos, na esperança de que fossem obtidas prestações provedoras, paternais.

Com o fenômeno da *judicialização da política* – interpretado nos tópicos anteriores – passou-se a deslocar o eixo da atuação política, antes relacionada à transformação de uma necessidade pública em direito, para a transformação de direitos em políticas públicas. Destarte, alterou-se o papel dos atores políticos e jurídicos, esperando-se destes a concretização de transformações sociais<sup>19</sup> em caso de ineficiência daqueles, de modo que, com as redefinições do Estado Constitucional de Direito<sup>20</sup>, à sociedade restou padecer inerte, esperando uma resposta do Estado-juiz<sup>21</sup>, sobretudo em relação aos novos direitos.

Nesse sentido, ampliou-se o acesso à justiça de modo que a esperança dos brasileiros transformou-se em fundamento para a crença no Poder Judiciário, legitimando-o para cobrar uma atuação do Estado inerte: o ativismo jurídico surge como fruto do inativismo político. Com isso, as figuras do Poder Judiciário, notadamente os magistrados, tornaram-se protagonistas da atividade política, figurando, pois, como tábua de salvação das pretensões sociais, ora, juridicamente postuladas.

Esse fenômeno corresponde ao que a politóloga Ingeborg Maus caracterizou como uma *sociedade órfã*<sup>22</sup>. Segundo a pesquisadora alemã, na família e na sociedade verificou-se a irrelevância da paternidade na definição do ego, isso gerou sobremaneira a determinação deste a partir de diretrizes sociais, o que gerou a redefinição do superego da sociedade: da paternidade familiar à paternidade jurídica.

Assim, “(...) a sociedade órfã ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, que podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (...) [diante do] crescimento no século XX do ‘Terceiro Poder’, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai (...) [Contudo,] não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, Ingeborg, 2000, p.185).

Assim, a *sociedade órfã* assume um significado diverso em *terrae brasilis*, isso porque o Estado de Bem-Estar Social – aquele que constitui os direitos fundamentais-sociais e garante o espaço democrático – goza de extrema eficiência na Alemanha, enquanto que no Brasil a situação não é a mesma. Com efeito, a extrema carência inerente à *questão social* brasileira agravou aqui o fenômeno retratado por Maus, visto que a garantia dos direitos por meio de políticas públicas está(eve) associada a um histórico de clientelismo<sup>23</sup> inerente à desgastada imagem do ser-da-política brasileira, o que torna a crença na racionalidade jurídica – fundada no projeto constitucional (supostamente neutro) – ainda maior, já que confiante em uma magistratura (em tese) dissociada dos jogos de poder.

Nesse sentido, a figura paterna do Poder Judiciário adquire importância significativa no contexto brasileiro, especialmente no que toca à *microjustiça*<sup>24</sup>, tendo em vista que, nesta relação do *cidadão órfão*<sup>25</sup> com o Poder Judiciário, projetou-se o Estado-juiz como *paterjudeus* – aquele sujeito que pode compartilhar a angústia das promessas constitucionais não cumpridas por ser também membro da sociedade órfã, além de ter em suas mãos a possibilidade de decidir a vida dos seus concidadãos, em detrimento das demais (in)decisões políticas dos poderes do Estado. Ou seja, os *cidadãos-órfãos* esperam do *paterjudeus*, enquanto membro da *sociedade órfã*, que este faça jus a interpretar os pleitos sociais de acordo com as regras e garantias fundamentais, considerando, sobretudo, as promessas da CF 88 não cumpridas pelo Estado brasileiro.

Ademais, essa discussão se sobleva quando inserida no contexto da *judicialização da política*, já que, para além de ratificar “paradoxalmente o infantilismo dos” *cidadãos-órfãos*, a *sociedade órfã* institui(u) um efeito *totalizante* ao recorrer ao Poder Judiciário e atribuir-lhe contornos de veneração religiosa, qual seja: para todas as necessidades humanas poderia o *paterjudeus* ser chamado. O Judiciário passaria, então, a se caracterizar como local privilegiado da expressão de todas as expectativas, frustrações e aceitação da vida humana em sociedade, substituindo aos poucos a liberdade inerente à atuação política-cidadã pela forma jurídica de racionalidade e o espaço institucionalizado do Estado-juiz.

Ou seja, a ineficiência do Estado provedor provocou uma relevante alteração do *locus* de atuação política, de modo que a pretensão de implementar os (velhos e novos)<sup>26</sup> direitos passou a ser deslocada do parlamento e da burocracia administrativa para os fóruns e tribunais<sup>27</sup>. Nesse sentido, para muitas movimentações sociais – sob o fundamento de que o novo pacto constituinte previra a prestação pelo Estado dos mais diversos direitos (simbolicamente<sup>28</sup>) ali consagrados – a luta política deu lugar às petições iniciais e instituiu o Judiciário como instância de pleito e (com isso,) controle de uma atividade ínsita à democracia: a cidadania.

## 5. Perplexidades e caminhos possíveis diante das mudanças institucionais e dos novos atores do poder

A racionalidade jurídica em que são formados os *paterjudeus* é inapta a lidar com toda complexidade humana, pois, “ignora suas faltas políticas e existenciais, oferecendo-nos o espetáculo de uma luta sem ardores e muitas culpas. Como mortos que falam da vida, o saber tradicional do Direito mostra suas fantasias perfeitas na cumplicidade cega de uma linguagem sem ousadia, enganosamente cristalina, que escamoteia a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da alienação’”(WARAT,2004, p.374).

Ora, o jurista requerido pela *sociedade órfã*, dificilmente, será encontrado, porque foram ensinados a dialogar a partir de uma *pedagogia da indiferença* que “conduz a um gregarismo alienado que desestimula quase absolutamente o florescimento autônomo do desejo” isso porque “é conhecido o modo de operar da concepção juridicista (das crenças que sustentam a ideologia do ‘Estado de Direito’) dissolvendo todas as dimensões do poder do Estado na lei, mostrando as práticas do Direito como um dique de contenção do arbítrio, proclamando a lei como um instrumento da razão que preserva tanto a liberdade como a igualdade. Constroem-se, assim, saberes externos à sociedade que negam todas as suas insuficiências e perdas, mostrando-as realizadas pelas palavras. O discurso jurídico<sup>29</sup> inverte os despojos e as exclusões sociais, apresentando-os como direitos do homem.” (WARAT, 2004, p.376).

Com isso, ratifica-se a perda do lugar da política como *locus* privilegiado do homem enquanto “animal simbólico” e deposita-se no Poder Judiciário a esperança das decisões relacionadas à cidadania, imunizando-se, pois, a atuação política por outras vias. Com efeito, alerta novamente Warat, “Somos fascinados por esse discurso brilhante que nos deixa moles como um gato adormecido e sem condições de reagir contra forma de sociedades cada vez mais despolitizadas e desumanizadas” (WARAT, 2004, p.374).

Outrossim, complementa o mestre argentino: “Uma sociedade para ser democrática precisa, em primeiro lugar, que seja garantido o espaço de emergência de conflitos. O espaço onde se organizam as reivindicações políticas, econômicas e sociais. Aqui é preciso entender que existe uma grande diferença entre garantias para a organização de um espaço de reivindicações e as garantias que o Direito tradicionalmente apresenta para a solução jurídico-instituída dos conflitos. A tendência dominante no segundo caso é a dissolução do poder organizativo, das formas de solidariedade, resistência e luta (contra as estruturas e as instituições, as formas de dominação instituídas: a microfísica da dominação), deslocando o conflito” (WARAT, 2004, p.339).

Todavia, outra questão se coloca como pano de fundo a partir da crítica *waratiana*. É o fato de enxergar o outro como condição de possibilidade para uma ética da alteridade, de modo que as decisões do Judiciário se colocariam como necessárias a elevação do outro (os jurisdicionados carentes de direitos sociais) a sujeitos de direitos não apenas no papel, mas na prática social.

Com efeito, aqui se discute além da legitimidade do Direito<sup>30</sup> na realização desta atividade provedora uma mudança institucional relacionada não só ao *lôcus* da política enquanto espaço de decisão inerente ao poder, mas àqueles que a implementam. Se a cultura política brasileira (quicá latina) relaciona-se previamente com o paternalismo<sup>31</sup>, diante da alteração dos atores (e do local do fazer política) da transformação social, não foi outra figura senão a de um pai a esperada pelos *cidadãos-órfãos*.

Nesse sentido, nem tudo está perdido. Como os magistrados estão sendo chamados para dar respostas a questões políticas, o ativismo judicial pode ser relevante, desde que a alfabetização no Direito se faça permitindo a reimplantação de um espaço de autonomia da sociedade, especialmente porque, como nos diz Warat, “estamos necessitando retroagir as práticas de ensino jurídico a uma instância inaugural da política, que permita a reimplantação de um espaço de autonomia da sociedade. [Isso porque,] a representação linguística da realidade é uma forma inicial de política [de modo que] as práticas do ensino do Direito não podem deixar de intervir nessa inscrição inicial da política da linguagem, se quiserem contribuir para que o homem possa preservar o devir de seus sonhos”(WARAT,2004,p. 375).

No contexto da *judicialização da política*, em que *cidadãos-órfãos* constituintes de uma *sociedade órfã* projetam suas expectativas na alteridade do Estado-juiz, cuja racionalidade é engendrada pela linguagem (jurídica)<sup>32</sup>, ganha relevo a compreensão de Warat acerca da formação no Direito deste *outro* que, embora confundido com a figura paterna, poderia promover uma *humanização do direito* e uma *cidadanização do Judiciário*.

Nesse sentido, importa compreender que por pertencerem à mesma *sociedade órfã* – o que nos afasta da relação com agentes impessoais determinados pelo domínio tecnocrático da burocracia estatal (MAUS, 2000, p. 185) e por estarem em franco contato com a angústia de ter que resolver um problema relacionado a um direito social não cumprido pelo Estado, estes magistrados devem ser compreendidos como sujeitos “que permitam aos excluídos construir o espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos. E, por outro lado, que ajude a um judiciário perdido em sua identidade institucional a reencontrar-se, tornando suas práticas cidadãs, buscando um novo perfil institucional e pessoal, baseado na figura de um ‘juiz cidadão’. Em outras palavras, a humanização do Judiciário passando pela descoberta de uma nova identidade para a magistratura: a identidade do magistrado como cidadão, como homem sensível e comum, não mais como um semi-Deus”<sup>33</sup>.

Nesse caminhar, WARAT ensina que “os diferentes sujeitos do ofício jurídico (...) podem ajudar o despertar da hipnose, impedir que desabemos nesse imenso buraco negro do imaginário pós-alienado. Penso nas possibilidades de mutação, nas viradas de situações inesperadas e nas condições de insuspeitas de conservação do espaço político. Ora, certamente as possibilidades de contar com ‘sujeitos mutantes’ do ofício jurídico dependem de uma substancial alteração das condições do ensino jurídico. A política, colocada na origem, tem um valor de método, dela parte o caminho inicial como fulgor instituinte, como oportunidade para que o homem possa reencontrar seus vínculos perdidos com a vida” (WARAT, 2004, p. 375).

Além disso, aduz o mestre que “não se pode implementar a democracia com um Direito que juridifique a Política. A situação oposta é que permite a realização da sociedade democrática. A democracia se implementa através de uma prática política que possibilita ao Direito que outorgue aos centros produtores de significações jurídicas a capacidade de criação permanente de novos hábitos e rotinas.” (WARAT, 2004, p.295).

Compreende-se, pois, que o espaço privilegiado para o projeto waratiano de emancipação do outro pela cidadania, vincula-se necessariamente com a mediação preventiva. Trata-se da preservação do Estado de Direito por meio da “politização do Direito [que deve] passa[r] por uma profanização dos conflitos convertidos em litígios, que por sua vez permita aos autores de um conflito escutarem-se a si mesmos. Quem pode escutar a si mesmo começa a sentir-se cidadão (nesse ponto se radica a dimensão política do afeto)”, além disso a proposta de *hominização do Judiciário* pressupõe “convidar os integrantes da magistratura a pensar-se, a produzir pensamentos arraigados sobre si mesmos, entender o Direito fora das margens que hoje resulta entendido”<sup>34</sup>.

## 6. Considerações finais

O ativismo judicial, como visto, é uma questão pontual e problemática no seio da sociedade e da comunidade jurídica e política. No Brasil, o STF reforçou o papel político da jurisdição constitucional ao estabelecer a “a inoponibilidade do arbítrio estatal frente à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais”, ou seja, a possibilidade de “controle e intervenção do judiciário em tema de políticas públicas, quando configurada a hipótese de abusividade governamental<sup>35</sup>” (ADPF n. 45).

Toda essa problemática, bem como a questão do decisionismo, perpassa pela necessidade de efetivação dos direitos sociais, mas, principalmente, em razão do fortalecimento que esses direitos assumiram nas constituições contemporâneas. Sem dúvida, houve uma mudança institucional que revolucionou o papel relegado aos direitos sociais até então, para colocá-los como protagonistas de uma série de situações afetas exclusivamente ao Estado. Com isso, alteraram-se também os papéis dos atores políticos e jurídicos.

O protagonismo dos direitos sociais no âmbito constitucional, isto é, a previsão exaustiva desses direitos e, em caráter secundário, dos instrumentos de fazê-los valer, ensejou, de outro norte, a preocupação do Estado em relação à efetivação desses direitos e, com a insuficiência de medidas por quem de competência, levou a discussão ao Judiciário, que, diante disso, não raro é visto e se coloca como instância de salvação para questões políticas que deveriam ser enfrentadas e solucionadas no espaço **político**.

Por outro lado, o contexto nos mostra uma sociedade carente de soluções, ao menos no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, e desiludida por promessas não cumpridas, situação que não pode deixar de ser levada em consideração, já que não se está diante de uma política liberal como a decimonônica<sup>36</sup>. Vive-se numa fase em que a sociedade passou a ter consciência de seus direitos, embora seja isso uma questão em constante processo de construção.

Nesse contexto, ao lado do decisionismo judicial em matéria de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, está situada, sem dúvida, uma questão de poder relacionada aos atores dessas mudanças institucionais e societárias enquanto fenômeno que engendrou o Judiciário como tábua de salvação do tardio Estado do Bem-Estar Social no Brasil. Nesse sentido, embora esta (nova) função atribuída à jurisdição possa podar/neutralizar a articulação política da sociedade – conforme vimos a partir das críticas da corrente substancialista, bem como na concepção *maus-waratiana* – diante das promessas constitucionais não cumpridas pela modernidade em *terrae brasiliis*, compreende-se fundamental a atuação destes novos atores político-jurídicos, sobretudo no sentido de garantir o espaço político da cidadania e a implementação dos direitos fundamentais, em especial no sentido da *cidadanização do judiciário* e da promoção da *ecocidadania waratiana*.

## Referências

---

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. *IN: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.); e STRECK, Lenio Luis. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factilidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I e II, 1997.

\_\_\_\_\_. *A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utopicas*. Novos Estudos CEBRAP, n18, Setembro de 1987.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000.

O'DONNELL, Guillermo, Democracia Delegativa. *Journal of Democracy en Español*, Santiago, v. 1, pp. 07-23, julho de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em constituição dirigente? *In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.); e STRECK, Lenio Luis. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Vol. III O direito não estudado pela teoria moderna jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia e ensino do direito*: o sonho acabou; coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Claudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. *Territórios desconhecidos*: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Claudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

\_\_\_\_\_. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social*: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat\\_edh\\_educacao\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 01 setembro de 2011.

### Notas

---

1. Em Kelsen, a democracia era concebida essencialmente em sua dimensão formal, sendo, pois, democrática toda a decisão tomada pelos representantes eleitos pelo povo, tendo por base os direitos de liberdade e igualdade política. Mais tarde, também no âmbito da Teoria do Direito, Luigi Ferrajoli traz à tona a dimensão substancial de democracia, cujo elemento central reside na limitação da vontade da maioria, em virtude de um núcleo de direitos fundamentais considerados fundantes do Estado e que não podem sofrer qualquer tipo de alteração ou subtração ainda que por deliberação da maioria. Ferrajoli concebe o Estado de Direito como um sistema de limites substanciais em relação ao poder, seja ele manifestado em um regime autocrático ou, mesmo, democrático.

2. A respeito da educação, ver o voto proferido na ADPF n. 45.

3. Os estudos realizados na década de 90 por Marcus Faro de Castro em *Política e Economia no Judiciário*; por Aritosto Teixeira, *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*; e em 1999 por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos, Maria Alice Resende de Carvalho e Manuel Palácios Cunha Melo, além de outros pesquisadores da UERJ, são memoráveis para compreender o tema. Este último analisou das 1935 ADI ajuizadas até o ano de 1998. Em alusão à pesquisa realizada por Ariosto Teixeira em 1990-1996, observam os autores a respeito da atuação do STF: “(...) o presente estudo compartilha a percepção de que o STF tem sido muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial. No entanto, é de se frisar que, na investigação ora apresentada, indica-se a tendência, dada a pressão das ações interpostas por intérpretes da sociedade civil, a uma adesão maior daquela Corte ao novo papel de guardião dos direitos fundamentais que lhe foi destinado pelo legislador constituinte”. (VIANNA, 1999, p. 48). Ocorre que já se passaram quase 12 anos e a “política” do STF alterou-se substancialmente. A Corte tem constantemente inovado ao interferir com veemência na esfera administrativa e, inclusive, legislativa, dando ensejo a outros fenômenos, como é o caso da mutação constitucional. (Sobre mutação constitucional, consultar: STRECK, Lenio Luiz (et. al). A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011).

4. O Grupo do Ativismo Judicial é integrado pelo professor Alexandre Garrido da Silva, Universidade Federal de Uberlândia, Anna Federici Araujo, Bacharel em Direito pela PUC-Rio, Bernardo Medeiros, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Daniella Peçanha, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ, Eduardo Pereira Vals, graduando em Direito do Ibmecc-RJ, Fernando Gama, Universidade Federal Fluminense, Havine [...], Bacharel em Direito pelo Ibmecc-Rio, Jorge Chalub, Mestre em Direito pela PUC-Rio, José Ribas Vieira,

Ibmec, PUC-Rio, Julliano Castro, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ, Karine Souza, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ.

5. O artigo intitulado “Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF” encontra-se disponível em: [http://www.anpr.org.br/portal/components/com\\_anpronline/media/Artigo\\_Ribasgarantismo.pdf](http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Ribasgarantismo.pdf). Observa-se que o texto não está paginado, por isso, a citação não se deu pelo método autor-data utilizado neste trabalho.

6. TATE, C., VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. Apud GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. *Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF*. Disponível em: [http://www.anpr.org.br/portal/components/com\\_anpronline/media/Artigo\\_Ribasgarantismo.pdf](http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Ribasgarantismo.pdf). Acesso em 16.9.2011.

7. Uma das classificações modernas de direitos fundamentais é fornecida por Luigi Ferrajoli, que irá distinguir os direitos fundamentais em primários e secundários. Os primários seriam os direitos em si, tanto as prestações positivas como as abstenções impostas ao Estado. Os secundários possuem natureza instrumental, ou seja, são os mecanismos previstos constitucionalmente para fazer valer os direitos fundamentais primários, no Brasil, os remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

8. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

9. Cf. GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

10. Neste sentido, elucidam Luiz Werneck VIANNA et. al.: “Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ‘ao gozo passivo de direitos’, ‘à privatização da cidadania’, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, ‘à clericalização da burocracia’, ‘a uma justiça de salvação’, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial”. (VIANNA [et al.], 1999, pp. 23-24).

11. Estado providencial é aquele que assume o dever de prestar auxílio à população no âmbito social, econômico e cultural a fim de reduzir as desigualdades sociais – típica idéia do Estado Social, surgido no segundo pós-guerra, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho. Como anota Garapon: “[...] em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender” (GARAPON, 1996, p. 44).

12. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

13. “Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.” (STRECK, 2007, p. 25).

14. Nesse sentido, aduz Lênio Luiz STRECK: “(...) entendo que, o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exsurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição).” (STRECK, 2007, p. 31).

15. Conforme lecionam Gilberto Berconci e Luís Fernando Massonetto: “A partir das últimas décadas do século XX, o padrão de financiamento público da economia do segundo pós-guerra passou a ser contestado, dando início à reação neoliberal e ao desmonte institucional do Sistema de Bretton Woods. Desde então, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser frontalmente atacado, trazendo à tona questões que já pareciam superadas – a cisão entre a economia e finanças públicas, a abstenção do Estado no

domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira propugnada pelos liberais. Como consequência, a integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo. O que se viu foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o acaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente” (BERCOVICI, 2007, p. 123).

16. Conforme aduz Marcelo Neves, a constituição simbólica “é um mecanismo com amplos efeitos políticos-ideológicos (...), decarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública. O efeito básico da legislação simbólica como forma de compromisso dilatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma ‘representação/encenação’ coerente dos grupos políticos divergentes (...) implica, nessas condições, uma representação ilusória à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nos respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional (...) Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nesse sentido, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista” (NEVES, 2007, pp. 54 e 99).

17. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Nova Intransparência: A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas*. Novos Estudos CEBRAP, n. 18, Setembro de 1987, pp. 103-114.

18. A desarticulação das ordens financeiras e econômicas nas constituições cuja causa se relaciona com a hegemonia das tendências neoliberais reflete o fenômeno da constituição dirigente invertida. Na compreensão de Berconci e Masonetto, este fenômeno impôs que “o direito financeiro, antes voltado à organização do financiamento público da economia capitalista e à promoção de políticas de bem-estar social, teve seu conteúdo profundamente modificado. Mais especificamente, o direito financeiro, antes voltado à ordenação da expansão material do sistema mundial a partir do paradigma keynesiano, deu lugar a um complexo normativo voltado à organização da expansão financeira do processo sistêmico de acumulação (...) [de modo que] diferentemente do que ocorrera na ordem do segundo pós-guerra, a camada capitalista do mundo dos negócios, localizada no entrelaçamento das redes de poder e capital do sistema mundial, passou a comandar a expansão do capital (...), impondo uma adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais, a partir das expectativas dos detentores da riqueza mundial” (BERCOVICI, 2007, pp. 135-136).

19. Como afirma José Luis Bolzan de Moraes: “A institucionalização dos direitos sociais próprios ao Estado do Bem-Estar Social, oriunda de meados do século XIX e agigantada durante o século XX (...) significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, com isto, regras constituídas para expressá-las incorporando pretensões diversas daquelas tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica liberal-individualista, sob formato inédito e com estratégias e metodologias para realização diferenciadas. Neste período, passou-se dos tradicionais interesses individuais – sem abandoná-los, por óbvio – individuais homogêneos, coletivos, difusos e outras formas distintas que com estes dialogam, e.g., o interesse público – assumidas ao longo dos anos” (MORAIS, 2010, pp.101-102).

20. O Estado Constitucional reflete a fase contemporânea do Estado de Direito. É fruto da superação do Estado Legislativo (ou Liberal) e, por conseguinte, do Estado Social. Quanto à função da sociedade a ser desempenhada neste Estado, Peter Häberle, compreende acertadamente que o Estado Constitucional foi

idealizado a partir de uma “sociedade aberta”, em que o sistema jurídico e seus postulados reclamam do intérprete da Constituição uma atitude que substitua o monopólio metódico pelo pluralismo metódico. Sobre o assunto, Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a concepção pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

21. Sobre o assunto: “Este ultimo momento se agiganta com a crise das estruturas político-jurídicas da modernidade, ganhando cada vez maior espaço e centralidade a ação jurisdicional como ambiente propício para o tratamento das suas promessas incumpridas, sobretudo em países em defasagem no tratamento da questão social e onde uma percepção liberal-individualista-egoísta dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em ‘perfeita’ harmonia com estratégias políticas de ‘clientelização fidelizada’ da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a ‘concessão’ de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania muito em voga na história política latino-americana, na qual um ‘falso’ Estado Social – na prática um Estado Assistencial – foram ‘doados’ pelos ‘donos’ do poder político-econômico a indivíduos ‘bestializados’, acostumados a ‘assistirem’ transições conservadoras’. A história político-institucional brasileira parece ilustrar bem esta assertiva. Da independência à república, da velha à nova república, do Estado Novo à ditadura militar de 1964 e desta à transição ‘negociada’ à (re)democratização presenciou-se uma sucessão de ‘mudanças para ficar tudo como está(ava)’, onde o cidadão foi sempre coadjuvante” (MORAIS, 2010, p.103).

22. Contextualizando o surgimento deste fenômeno, afirma Ingeborg MAUS que “Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela indeterminação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o modelo clássico de superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma.” (MAUS, 2000, p.184)

23. Nas palavras de José Murilo de Carvalho: “De modo geral, indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto.” *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581997000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52581997000200003&script=sci_arttext)>. Acesso em 29 de maio de 2011.

24. A compreensão de *microjustiça* vincula-se tão somente à resolução dos problemas que chegam à jurisdição – já que pautado na inércia – e está relacionada à angústia que (podem) sente(ir) o magistrado, diante da carência do outro que postula individualmente requerendo uma prestação prevista na Constituição, o que (pode) significa(r) uma predisposição favorável para atender às súplicas por direitos sociais. São exemplares às decisões relacionadas à saúde. Em contraposição, à *microjustiça*, compreende-se por *macrojustiça* aquela relacionada aos aspectos de justiça distributiva, enquanto distribuição de riquezas que visam atender às necessidades públicas de forma coletiva por meio de políticas públicas através dos demais poderes/funções de Estado cuja competência fora atribuída pela CF 88.

25. A idéia de *cidadania-órfã* decorre da interpretação, no contexto brasileiro, do que a politóloga alemã Ingeborg Maus caracterizou como fenômeno da *sociedade órfã*.

26. Cf. Norberto BOBBIO. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.06

27. O professor Márcio LEAL assina que “a ascensão de novos movimentos sociais a partir dos anos 60 produziu a positivação de um novo catálogo de direitos, alçados à categoria ao menos material de direitos constitucionais. Com isso, saturou-se ainda mais a já enorme carga e as possibilidades de o Estado-providência lograr a implementação desses direitos, que exigem a criação de programas e políticas específicos” de modo que, para além da esfera política, “os novos direitos difusos e transindividuais, em situações de

conflito ou violação pelo Estado ou por entidades particulares, encontram na ação coletiva um instrumento de concretização, permitindo sua judicialização e possibilitando a proteção do direito sem a necessidade de despesa pública extraordinária. Ou seja, o Judiciário concretiza políticas públicas em situações de conflito concreto, e que está em jogo a manutenção de um mínimo de normatividade de tais políticas, expressas na Constituição ou em Lei”. (LEAL, 1988, p. 115-116) (grifo nosso).

28. Vide nota 19.

29. Neste sentido, corrobora Marcelo Neves ao afirmar que “O problema ‘ideológico’ consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos ‘donos’ do poder e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral.” (NEVES, 2007,p.98).

30. Streck afirma que “Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um ‘desde-já-sempre’ condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. Ele se dá como um acontecer. Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão. É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância – a justiça constitucional – como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra as maiorias.”(STRECK, 2002, p.90-91).

31. Como aduz Guillermo O’DONNELL sobre o tema, “se espera que los votantes elijan, independientemente de sus identidades y afiliaciones, al individuo más apropiado para hacerse responsable del destino del país. En las DDs [Democracias Delegativas] las elecciones constituyen un acontecimiento muy emocional y en donde hay mucho en juego: los candidatos compiten por la posibilidad de gobernar prácticamente sin ninguna restricción salvo las que imponen las propias relaciones de poder no institucionalizadas. Después de la elección, los votantes (quienes delegan) deben convertirse en una audiencia pasiva, pero quevistoree lo que el presidente haga” (O’DONNELL, 2009, p.12). Cf. também as lições de Bobbio em *Estado, Governo e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 28-31; bem como, *Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 41-43.

32. “A Dogmática com seu discurso persuasivo e retórico consegue apresentar os problemas axiológicos como problemas semânticos e assim cumprir a importante função de reformular o Direito Positivo sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando esta tarefa” (WARAT, 2004, p. 25).

33. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat\\_edh\\_educacao\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 01 setembro de 2011. p. 17.

34. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: Fundamentos*

## ENTRE ASPAS

*preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat\\_edh\\_educacao\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.dhnet.org.br/educar/textos/Warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 01 setembro de 2011. p.17-18.

35. Embora não seja objeto deste estudo, importante ressaltar que, (não apenas) em sede de jurisdição constitucional, seguindo a antiga tradição jurídica de termos vagos, são criadas diferentes expressões para identificar fenômenos e embasar teses, como é o caso da mencionada “abusividade governamental”. Tal problemática se coloca no âmbito hermenêutico, sugerindo a desmistificação de uma jurisdição que atua em parábolas.

36. Expressão hispânica utilizada para referir-se ao século XIX.

## **PRAZO PRESCRICIONAL DAS PRETENSÕES DE REPARAÇÃO CIVIL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA ANTE A SUPERVENIÊNCIA DO PRAZO TRIENAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

### **Tais Macedo de Brito Cunha**

Servidora do Ministério Público do Estado da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito do Estado pela JusPodivm.

**Resumo:** O Decreto nº 20.910/1932 disciplina a prescrição das pretensões contra a Fazenda Pública, estabelecendo como regra geral o prazo quinquenal de qualquer pretensão que seja formulada em face do fisco. O Código Civil de 2002, por seu turno, trouxe o prazo de três anos para as pretensões de responsabilidade civil, instaurando divergência jurisprudencial e doutrinária acerca de qual prazo deveria ser aplicado aos entes públicos nestas situações: se o prazo quinquenal disciplinado na Lei especial ou o prazo de três anos inaugurado pelo Código Civil. Este trabalho pretende demonstrar que o princípio do interesse público impõe a preservação das prerrogativas da Fazenda Pública, o que significa conferir prazo mais benéfico ao fisco, conforme intencionou o legislador pátrio quando estabeleceu o prazo quinquenal para a Fazenda Pública ao tempo em que o Código Civil de 1916 estabelecia prazo prescricional vintenário para os particulares.

**Palavras-chaves:** Fazenda Pública. Prescrição. Pretensão de reparação civil. Quinquenal. Interesse Público.

**Sumário:** 1. Considerações introdutórias; 2. Disciplina conferida pelo ordenamento jurídico pátrio à prescrição das pretensões em face da Fazenda Pública; 3. Problemática advinda com o Código Civil de 2002; 4. Conclusão; Referências.

### **1. Considerações introdutórias**

A Fazenda Pública, conforme consabido, possui tratamento diferenciado no âmbito de sua atuação judicial, como demonstram, por exemplo, o prazo que lhe é conferido em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC), o reexame necessário (art. 475 do CPC), o regime de precatórios (art. 100 da CF) e a exigência de citação pessoal do representante da Pessoa Jurídica de Direito Público (arts. 222 e 224 do CPC).

E não poderia ser diferente. A Fazenda Pública representa o interesse público em juízo, uma vez que busca defender os bens públicos e recursos que são pagos pelos contribuintes para serem revertidos em benefício da própria coletividade.

Some-se a isso a burocracia que é inerente à Administração Pública em razão da incidên-

cia do regime jurídico público, que indubitavelmente impede a Fazenda Pública de reunir as mesmas condições que um particular tem para defender seus interesses na Justiça.

Neste diapasão, a incidência do princípio da igualdade impõe um tratamento diferenciado à Fazenda Pública, já que propugna por um tratamento *“igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades”*.

Assim, não há que se falar em “privilégios” conferidos à Fazenda Pública, já que este vocábulo denota benefício concedido em violação ao princípio da igualdade, o que, conforme demonstrado, não é o caso. Tratam-se, em verdade, de prerrogativas conferidas à Fazenda Pública para satisfazer o interesse público e o princípio da igualdade.

Conforme veremos a seguir, a par do regramento processual diferenciado, a prescrição, instituto de direito material que corporifica a segurança jurídica nas relações humanas, também recebeu tratamento legislativo diferenciado no que atine aos entes públicos.

## 2. Disciplina conferida pelo ordenamento jurídico pátrio à prescrição das pretensões em face da Fazenda Pública

Inicialmente, cumpre destacar que, contrariando aqueles que ainda afirmavam que a prescrição consubstancia a perda ou extinção do direito de ação, o Código Civil de 2002 dispôs em seu art. 189 que **“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”** (grifo nosso). A prescrição, portanto, atinge a pretensão daquele que teve seu direito violado e não propriamente a ação.

Convém ressaltar, entretanto, que desde o momento em que o direito de ação alcançou sua autonomia em relação ao direito material, sendo reconhecido como direito autônomo e imprescritível garantido pela Constituição de provocar o Judiciário para obter a prestação jurisdicional, não é tecnicamente correto afirmar que a prescrição atinge a ação, não tendo o Código Civil de 2002, portanto, inaugurado esta percepção.

Pretensão, por seu turno, consoante ensina o professor Pablo Stolze em suas explicações em sala de aula, *“é o poder jurídico conferido ao credor, de coercitivamente, exigir o cumprimento da prestação inadimplida”*. Consubstancia, portanto, a exigibilidade de um direito, de modo que a prescrição é o instituto que fulmina esta exigibilidade em razão do decurso do tempo, muito embora remanesça incólume o direito material.

Sobre o tema, esclarecedora é a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 72):

O direito subjetivo, a partir de quando passa a ser exigível, dá origem à pretensão. De fato, a partir da exigibilidade do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a realização do direito, caracterizando a pretensão. Tal exigência, contudo, não comporta qualquer ação, de modo que o ao exercer pretensão o sujeito não age contra ninguém; apenas exige a realização do direito, limitando-se a aguardar a satisfação por parte do destinatário.

Enquanto exercício da pretensão faz supor que o devedor, premido, atenda ao seu dever jurídico, a ação, uma vez exercida, consiste na prática de atos materiais voltados contra o sujeito passivo, independentemente do seu comportamento. Em outras palavras, no exercício da pretensão, o titular do direito apenas exige seu cumprimento, aguardando o correlato

## A REVISTA DA UNICORP

atendimento pelo obrigado. Já na ação, não há tal atitude passiva de espera do cumprimento, despontando, isto sim, a prática de atos conducentes à realização ou concretização do direito.

Sob a égide do Código Civil de 1916, os prazos de prescrição eram disciplinados nos seguintes termos:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

No que tange a Fazenda Pública, o Código trouxe disciplina especial. Vejamos.

Art. 178. Prescreve:

§ 10. Em 5 (cinco) anos:

VI – as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação. Os prazos dos números anteriores serão contados do dia em que cada prestação, juro, aluguer ou salário for exigível;

Em 1932, através do Decreto nº. 20.910, a matéria passou a ter disciplina legal específica para a Fazenda Pública, restando, todavia, mantido o prazo prescricional de 5 anos previsto no Código Civil, *verbis*:

Art. 1.º – As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Verifica-se que, tendo em vista o interesse público de proteção ao erário, a máxima de que “o direito não socorre aos que dormem” deve ser aplicada ainda com mais afinco em relação aos credores da Fazenda Pública, o que foi sinalizado pelo Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que publicado sob a vigência do Código Civil de 1916, estabeleceu o prazo prescricional geral de cinco anos para as pretensões em face da Fazenda Pública, enquanto o Código Civil estabelecia à época para os particulares um prazo prescricional de 20 anos. Incontestável, portanto, a evidente pretensão de o legislador conferir um tratamento diferenciado e mais favorável à Fazenda Pública.

Consolidando o objetivo de favorecer os entes públicos, o art. 10 do referido Decreto estabelece que “*o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes de leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras*”.

É dizer que, não obstante a regra estabelecida de que as pretensões formuladas em face dos entes públicos prescrevem no prazo de cinco anos, prazos inferiores devem beneficiar o fisco.

Sucede que, tendo em vista a inexistência de prazos prescricionais inferiores ao prazo quinquenal do Decreto nº 20.910/1932, este dispositivo não teve aplicabilidade até a superveniência do Código Civil de 2002, que trouxe a controvérsia objeto do presente trabalho.

### 3. Problemática advinda com o Código Civil de 2002

No que tange ao prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil contra a Fazenda Pública, nenhuma dúvida ou polêmica se instaurou até a superveniência do Código Civil de 2002.

Com efeito, o novo *codex* trouxe muitas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto ao tema. Isso porque o Código Civil de 2002 prevê o prazo de três anos para as pretensões de responsabilidade civil, que é mais favorável do que o prazo quinquenal aplicável à Fazenda Pública por força da disciplina do Decreto nº 20.910/32.

Inicialmente o STJ tinha firmado o entendimento de que o prazo prescricional de três anos disciplinado no Código Civil de 2002 deveria prevalecer sobre o quinquênio previsto no Decreto n. 20.910/32. O fundamento utilizado foi exatamente no sentido de que o legislador estatuiu o prazo quinquenal em benefício do fisco e que a inteligência do art. 10 do Decreto em tela evidencia o objetivo de favorecer ainda mais a Fazenda Pública, já que estipula que prazos menores afastam a incidência da regra geral do prazo quinquenal. Eis um julgado que evidencia este posicionamento:

Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Prescrição. Decreto n. 20.910/32. Advento do Código Civil de 2002. Redução do Prazo Prescricional para três anos.

**O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto n. 20.910/32.**

O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

Recurso Especial provido.” Grifo nosso (Acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, REsp 1.137.354/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 8/9/2009, DJe de 18/9/2009).

Entretanto, este posicionamento não mais vigora na Corte Especial, que, conforme julgado a seguir colacionado, passou a entender que mesmo em ações indenizatórias a prescrição contra a Fazenda Pública rege-se pelo Decreto nº 20.910/1932. Vejamos.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de ação de indenização por dano moral proposta por pessoa acusada de infundado crime de desobediência.

2. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto nº 20.910/1932, que disciplina que o direito à

**reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial.**

Precedentes: REsp 1.197.876/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/3/2011; AgRg no Ag 1.349.907/MS, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/2/2011; e REsp 1.100.761/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/03/2009. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 7385/SE, T1, rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 16/08/2011, DJe 19/08/2011 ). [Grifo nosso]

A oscilação da própria corte especial demonstra a relevância e controvérsia levantada pelo tema. Entretanto, o posicionamento atual do STJ no sentido de que mesmo em ações indenizatórias a prescrição contra a Fazenda Pública rege-se pelo Decreto nº 20.910/1932, com a devida vênia, não parece consonar com o escopo do ordenamento jurídico de beneficiar a Fazenda Pública, sobretudo em face da previsão expressa constante no Decreto em comento de que prazos inferiores devem beneficiar o fisco. Neste sentido, a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 89):

Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral – aplicável à todos, indistintamente – ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto n. 20.910/1932.

Veja-se que o simples argumento de que norma especial prevalece sobre norma geral não tem o condão de suplantar a teleologia perseguida pela legislação brasileira de favorecer os entes públicos, mormente – repise-se – havendo previsão expressa na norma especial de que prazo inferior deve prevalecer, como ocorre no caso em tela. Não podemos olvidar que a lei especial em comento foi criada exatamente para beneficiar a Fazenda Pública e com a superveniência do novo Código Civil estaria prejudicando-a, já que neste diploma o prazo é menor.

Um exemplo que demonstra como seria esdrúxulo admitir prazo maior para a Fazenda Pública é o caso dos particulares que prestam serviço público. Com efeito, tendo em vista o interesse da coletividade na prestação do serviço público, a legislação e a jurisprudência conferem a esses particulares algumas proteções próprias dos entes públicos. É o que ocorre, inclusive, no que tange ao prazo prescricional, conforme demonstra o art. 1º - C da Lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Vejamos.

Art. 1º – C. Prescreverá em 5 (cinco) anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e **de pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.** (grifo nosso)

Ou seja, durante a vigência do Código Civil de 1916, quando vigia o prazo vintenário para os particulares, a Lei especial nº 9.494/1997, pretendendo atribuir tratamento diferenciado de Fazenda Pública aos particulares prestadores de serviço público, em razão do indubitável

interesse público nesses serviços, estabeleceu para estes particulares o prazo quinquenal.

O Código Civil de 2002, entretanto, trouxe um prejuízo àquele particular, que por prestar um serviço público, atividade de interesse da sociedade, fica impedido de ser beneficiado com o prazo trienal do Código Civil, que é aplicado a todos os demais particulares, mas não àqueles que prestam serviço público. Registre-se, contudo, que este raciocínio se aplica apenas àqueles que, ao argumento de que deve prevalecer a norma especial, não admitem a aplicação do prazo trienal à Fazenda Pública, permitindo esta anomalia no nosso ordenamento jurídico.

Sobre o tema, a Procuradora do Município de Porto Alegre Dra. Cláudia Padaratz conclui nos seguintes termos:

O Código Civil de 2002, em relação às pretensões de reparação civil, inaugurou uma nova sistemática no tratamento do instituto da prescrição. A ocorrência de antinomia entre disposições do codex e regras pré-existentes determina o emprego de regras de hermenêutica tendentes a assegurar a lógica e a unidade do ordenamento. Impõe-se a preservação das prerrogativas da Fazenda Pública decorrentes do princípio do interesse público. O prazo de prescrição quinquenal para as ações pessoais, previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42 e no art. 1º-C, Lei nº 9.494/97, vigora quando o prazo para os particulares for igual ou superior. Contrariamente, aplica-se o prazo de prescrição trienal previsto, no art. 206, § 3º do Código Civil, às ações contra a Fazenda Pública, em face do princípio do interesse público.

Com efeito, admitir que o particular tenha prazo inferior ao da Fazenda Pública é absolutamente incoerente e discrepante da lógica consagrada na legislação pátria, razão pela qual perfilhamos o entendimento de que em relação às pretensões de reparação civil contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo trienal do Código Civil.

#### 4. Conclusão

Indubitavelmente, a legislação pátria evidencia, seja no campo do direito processual, seja no material, o objetivo de conferir um tratamento diferenciado à Fazenda Pública em razão do interesse público de proteger o erário.

No que tange ao prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil contra a Fazenda Pública, o quinquênio do Decreto nº 20.910/1932 cumpriu o seu papel com inegável eficiência durante o período de vigência do Código Civil de 1916, época em que a regra geral para os particulares era a prescrição vintenária.

Entretanto, o prazo trienal advindo com o Código Civil de 2002 trouxe uma mudança para o cenário jurídico até então vigente, uma vez que tornou o prazo quinquenal insuficiente para preservar a prerrogativa dos entes públicos que se depreende da *ratio legis*.

Neste diapasão, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, bem como uma interpretação literal da inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/1932 impõem a conclusão de que a disciplina do referido Decreto continua a existir, contudo só terá aplicação ao fisco quando não houver prazo inferior, como é o caso do prazo trienal para as pretensões de reparação civil do Código Civil de 2002.

Entendimento diferente implicaria na negativa de uma prerrogativa ao fisco que sempre lhe foi conferida pelo ordenamento jurídico pátrio, acolhendo-se uma inversão total dos valores consagrados pelo legislador ordinário ao ser admitido em idêntica matéria um prazo prescricional maior para a Fazenda Pública e menor para o particular.

Nesta senda, considerando a lógica protecionista consagrada pelo ordenamento jurídico pátrio em relação aos entes públicos, calcada nos princípios da supremacia do interesse público e da isonomia, advogamos a tese de que em relação às pretensões de reparação civil contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo trienal do Código Civil.

### Referências

---

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Poder Público em Juízo para concursos*. 1ª Ed. Juspodivm, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Vol. I. 12ª Ed. Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PADARATZ, Cláudia. *Repensando a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública sob a ótica do interesse público*. Disponível em: [http://lproweb.procompa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/repensandofazenda.doc](http://lproweb.procompa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/repensandofazenda.doc). Acesso em: 04 de maio de 2012.

## APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE RETÓRICA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. (Madison, The Federalist)*

### Mário Soares Caymmi Gomes

Juiz de Direito. Graduado em Direito pela UFBA. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Orlando Gomes / PUC-SP. Mestrado em Letras pela Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Da lei à Constituição – evolução histórica do pensamento jurídico – 3 Expressões concretas da nova concepção pós-moderna de direito – a) Uma nova Concepção de Estado – b) A crise do conceito de lei e de repartição dos poderes – c) A politização do judiciário – 4 O problema conceitual da reserva do possível – 5 A questão da eficácia dos direitos fundamentais e a reserva do possível – 6 Por um tratamento retórico da reserva do possível – 7 Conclusões

### 1. Introdução

A reserva do possível é uma criação jurisprudencial alemã, segundo nos informa Krell (2002), tomada em face um pleito estudantil perante a Corte Constitucional, tendo em vista a insuficiência de vagas em universidades do sul deste país, o que tolheria o direito social de liberdade de acesso profissional.

Na ocasião, no julgamento popularmente conhecido naquele país como *numerus clausus*, ter-se-ia decidido que o direito à prestação do Estado estaria sujeita à reserva do possível, ou seja, ficariam elas sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, levando em conta fatores econômicos e disponibilidade de verbas.

A partir desse *locus* argumentativo, a reserva do possível ingressou de vez no mundo do direito, ainda que, dado o fenômeno ser recente, ainda serem pontuais os estudos a respeito do tema, que estão longe de reunir, sob tal denominador, uma série homogênea de doutrina e jurisprudência.

Por tal razão, buscaremos neste texto dar a nossa contribuição a respeito do tema, percebendo-o por uma via que nos parece importante, e que não vem sendo explorada com a devida percuriência pela doutrina nacional. Trata-se de encarar o assunto pelo viés retórico,

buscando perceber em que medida a reserva do possível não se constitui num objeto de conhecimento em si mesmo mas num fator de argumentação jurídica onde se encontram, de maneira pragmática, direito, economia e ideologia, num frutuoso trabalho dialético cuja síntese ainda não se obteve.

O trabalho se desenvolve, em princípio, com uma breve análise histórica que nos permita, em primeiro lugar, estabelecer a posição topológica dos direitos fundamentais na ciência jurídica. Por outro lado, abordaremos alguns aspectos relevantes que constituem uma mudança paradigmática na transformação do Estado e, no seu interior, da repartição de funções, que são importantes para que se compreenda a nova postura do juiz como auxiliar na efetividade desses direitos.

Em seguida, apresentaremos uma discussão a respeito das conclusões a que chegaram os trabalhos até hoje publicados sobre o tema da reserva do possível, bem como a jurisprudência sobre ele, demonstrando as suas inconsistências e fragilidades.

Ao final, explanaremos a respeito do pragmatismo jurídico e buscaremos apontar algumas das vantagens de se discutir o tema sob o seu prisma conceitual.

## 2. Da lei à Constituição – evolução histórica do pensamento jurídico

Para que se possa entender com clareza o papel retórico da reserva do possível, enquanto lugar argumentativo acerca da eficácia dos direitos fundamentais, é importante que tracemos um brevíssimo histórico do pensamento jurídico.

Faremos um corte epistemológico para situar a discussão, em seu estágio inicial, no positivismo jurídico.

Como sabemos, com o alçamento da burguesia ao papel de protagonista social tratou-se de estabelecer um núcleo de direitos fundamentais dos cidadãos que consistia na criação de esfera de não interferência de sua liberdade e autonomia privada.

É então que nasce o Estado de Direito, que se vê limitado em sua ação por meio da edição de leis, elaboradas pelos representantes do povo, que deliberam pelo voto da maioria. Esse sistema passou para o mundo das ideias políticas como expressão cabal ou núcleo da moderna teoria da democracia.

Um dos primeiros teóricos a respeito dessa nova forma de Estado foi Montesquieu, que em seu conhecido *Espírito das Leis*, partindo de estudos empíricos a respeito do governo inglês, buscou tomar-lhe como modelo ideal tendo em vista que, sob essa organização política tripartida em Executivo, Legislativo e Judiciário, o poder limitar-se-ia a si mesmo, evitando-se com isso o retorno do absolutismo.

O prestígio desses poderes, considerados reciprocamente, não era igual. Na teoria do Barão *De La Brède* a primazia caberia ao Legislativo visto que ele estaria afinado com a vontade popular, representativa da nova classe hegemônica.

A lei, supostamente clara e perfeita, reflexo da inspiração racionalista que dominava não apenas as ciências sociais e políticas, mas também as ciências da natureza, era a peça chave do pensamento juspositivista e, não curiosamente, o direito viu-se reduzido à análise dos seus termos, afastando com isso, definitivamente, que o jurista pudesse se converter num crítico do direito posto, cabendo-lhe um esvaziamento subjetivo total, de modo que se tornasse uma “caixa de ressonância” para que pudesse cumprir devidamente o seu dever de “boca que repete as palavras da lei”.

Nessa ocasião, o fenômeno de aplicação da lei era reduzido ao chamado silogismo lógico (desde então, a forma racional, despidida de qualquer conteúdo, é apropriada como o modelo principal no estudo do fenômeno jurídico). A passagem da premissa maior (lei) à menor (caso concreto) não era problematizada visto que se acredita que seria algo de fácil, numa operação de relação entre continente e conteúdo.

Esse parâmetros da filosofia do direito positivista, enquanto domínio de conhecimento avalorativo e sistematicamente fechado (BOBBIO, 1995), está afinado com a filosofia da ciência que se praticava na época. Sua característica mais marcante era a descoberta das leis da natureza que poderiam ser descobertas pelo homem por recurso à razão, de modo a tornar os fenômenos previsíveis. Estava aí subjacente uma filosofia de culto à ordem, que tomava a natureza como uma máquina inerte e passiva. Por esse viés, segundo Prigogine e Stengers (1997) o mundo se deixa descobrir pelo intelecto humano por meio de uma racionalização totalitária que não conhece limites e que tende a reduzir as conclusões dessa investigação em termos alienantes do contexto, de modo a fazer imperar uma total homogeneidade.

Sobre esse mesmo tema, Knorr Cetina (2005) afirma que esse período da produção científica se baseava em quatro pilares conceituais: a) a autonomia da ciência, que se desenvolveria sem vincular-se a qualquer influência externa; b) a produção científica como uma atividade cumulativa e necessariamente progressiva, rumo à verdade; c) a disseminação, entre os membros da comunidade científica, dos princípios do universalismo e desinteresse; d) por fim, pela falta de influência da cultura na produção da ciência, sendo esses elementos não apenas distintos mas estanques.

O rigor desse modelo aumentou ainda mais com a passagem para o chamado positivismo lógico propalado pelo primeiro Wittgenstein (1994) e, em especial, pelo Círculo de Viena, que considerava a linguagem natural imprecisa e, por conseguinte, imprópria para a produção de ciência. No direito, essa postura culminou com Kelsen (1984) e a sua teoria do direito como estudo da norma enquanto juízo hipotético de dever ser, que deveria afastar do seu interior todo juízo moral, que obedeceria a uma lógica própria.

Isso empobrecia o mundo jurídico, que se limitava a fazer com que os seus estudiosos visassem o domínio de um técnica racional de segmentação textual para a formação da norma enquanto expressão da lógica deôtica, e se pudesse reduzir a fonte do direito à lei e a discussão acerca da validade ao escalonamento piramidal.

Após as grandes guerras, no entanto, houveram importantes mudanças na concepção da ciência, introduzindo-se em seu interior uma reflexão ética, tendo em vista o reconhecimento de que um saber totalizante sem uma base moral poderia levar à supremacia do mal e à prática de uma série de atos dos mais ignóbeis que a humanidade já experienciou: o nazismo.

Segundo Harvey (2005) o liberalismo idealizado pelas revoluções burguesas do século XIX encontrou o seu ápice na economia fordista, baseada em maquinário pesado e na política da intervenção limitada do Estado na economia e na vida privada dos cidadãos. Hoje, no entanto, esse modelo encontra-se desgastado pelo reconhecimento, por meio do Estado Social Democrático, de que o modelo liberal é incapaz de distribuir as riquezas necessárias ao bem-estar de todos.

Faria (1999) salienta que neste cenário globalizante os referenciais institucionais, organizacionais, políticos e jurídicos forjados desde o século XVII perderam a sua centralidade e exclusividade, de modo que os problemas nacionais deixam de ter primazia, abdicando-a em prol do internacionalismo e da formação de blocos de Estados e organismos multinacionais que, por sua vez, passam a condicionar toda a pauta econômica, jurídica e social.

Esses fatores acabaram por trazer resultados na esfera política. Se ela podia ser vista como uma disputa por determinadas alternativas que, compondo uma agenda, elegia alternativas que seriam permitidas e sancionadas pela legislação, hoje a política não pode ser mais situada no restrito campo governamental. A sua importância está fragmentada entre o antigo modelo estatal e os múltiplos atores transnacionais e organizações civis de todo tipo que também exploram politicamente os seus propósitos e lutam entre si pela hegemonia.

É com base nesses ensinamentos que podemos afirmar que em tempos de pós-modernidade não existe um centro organizador nem do sujeito e nem do direito. Se a ideia de ordenamento jurídico é tributária do capitalismo liberal do século XIX, como sustenta Ferraz Júnior (1996), a falência do modelo liberal implicou, a partir do início do século XX, na incorporação nas Cartas Constitucionais de direitos sociais que impõem ao Estado um fazer e ao operador do direito a adoção de uma postura hermenêutica progressista, de modo a não deixar que tais garantias, como diz Lassalle, não passasse de escritos numa folha de papel.

Se na era positivista o estudo do direito se volta especialmente para as questões da norma e da validade, no atual estágio do pensamento jurídico pós-moderno ou pós-positivista, o mote está voltado para a discussão da legitimidade e, com ela, da eficácia dos direitos fundamentais como elemento justificador mesmo da própria existência do direito.

Dentro do panorama moderno vigia a tese racionalista, que concebia o real como algo estático e passivo, apto a ser dominado pelo intelecto. O conhecimento, assim, se respalda no modelo cartesiano da correspondência, ou seja, conhecer algo significa enunciar conteúdos linguísticos que expressem um “estado de coisas no mundo”. Existe aí uma confiança em que as palavras possuem núcleos estáveis e que eles podem representar a essência das coisas. A verdade, dentro desse paradigma epistemológico, pressupõe que uma asserção reflete o mundo tal qual ele é o que, no campo jurídico, indicaria demonstrar, sob a forma de uma linguagem formal, aquilo que expressa o texto normativo.

Na pós-modernidade, no entanto, dá-se ênfase a uma concepção de linguagem que demonstra que a ligação entre as palavras e as coisas é meramente convencional, como postula Saussure (2004), ou seja, não existe qualquer possibilidade daquelas incorporarem a essência das coisas. A linguagem, portanto, não pode fornecer parâmetros para um estatuto da verdade como correspondência tendo em vista que esse conceito é meramente comunicativo, ou seja, verdadeiro, por esse prisma, seria aquilo que os homens de uma dada coletividade, que comungam de uma certa visão de mundo, estão aptos a admitir como certo. E é claro que para que se possa chegar nesse consenso, argumentos referíveis à mera lógica não são adequados.

Essa linha de raciocínio se afina com o pensamento de Patterson (1996, p. 151), que aponta, de maneira lapidar, a diferença entre uma teoria da verdade moderna e outra, pós-moderna, salientando que:

De um ponto de vista modernista, a ‘verdade’ denomina a relação entre uma proposição enunciada e algum estado de coisas que faz essa proposição verdadeira. A visão que eu identifico como ‘pós-moderna’ rejeita o projeto de solucionar a conexão entre proposições e o que as faz verdadeiras. De um ponto de vista pós-moderno, dizer que alguma proposição é verdadeira é o mesmo que dizer que ‘um falante adequadamente colocado que usasse essas palavras nesse sentido seria plenamente afiançado/justificado (*warranted*) em tomar como verdadeiras essas afirmações naquela situação’ (Hillary Putnam)

Como sustenta Capra (1995), estamos passando por tempos de complexidade, onde o saber é holístico, ou seja, não pode ser reduzido a apenas um campo do saber. A sociedade não se fragmenta mais em poucas classes estáveis, e nem as aspirações individuais são reduzidas. Os papéis sociais, como observa Bauman (2000) são cada vez mais pulverizados, o que nos impele cada vez mais a acordos temporários de convivência coerentes com cada um deles.

O direito, hoje, no paradigma pós-moderno exige ser colocado de maneira pragmática, ou seja, como meio para um fim maior. Ele não se reduz em si mesmo, na norma ou na lógica deôntica: ele busca transformar a realidade, e não tornar-se o seu espelho, ou o seu duplê inerte.

É exatamente por conta disso que hoje muito da discussão sobre a dogmática e a hermenêutica estão passando por um período de crise, já assinalado por Streck (2007), em que o vetusto perfil juspositivo, ainda predominante em larga escala tendo em vista, especialmente, a resistência à mudança pelo ensino jurídico, vem perdendo espaço para uma concepção mais progressista, que tem como característica principal o caráter técnico ou instrumental da ciência jurídica.

Passamos, portanto, de um momento do pensamento jurídico que via a lei como seu objeto mais relevante, tendo em vista que se glutinaram, em derredor desse conceito, uma série de conquistas históricas – igualdade, generalidade, limitação ao poder executivo, entre outras – e chegamos hoje num novo estágio, em que a Constituição não é vista apenas como a lei suprema, a fonte das fontes, mas como repositório *axiológico* do direito posto que se busca como instrumento de transformação social.

### 3. Expressões concretas da nova concepção pós-moderna de direito

#### a) Uma nova concepção de Estado

Sob o impacto da pós-modernidade, o Estado não deve ser tomado como um objeto acabado e autorreferenciado. Ele é, por um lado, um artifício, uma criação humana (vide Rousseau) e, por outro, uma meta para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Por tal razão, “os Estados devem ser justificados em função de como beneficiam o povo; idealmente, portanto, eles se destinam a ser aventuras cooperativas para vantagem mútua” (MORRIS, 2005, p. 25).

O Estado não é uma entidade autônoma e nem um organismo com vida própria, destacada, em absoluto, das necessidades de seus membros. Corriqueiramente, os livros de ciência política costumam definir o Estado tendo em vista noções de soberania, organização política e continuidade no espaço e tempo. No entanto, segundo o autor referido, hoje se exigiria, além desses requisitos, outro, o “compromisso de fidelidade”, consistente na lealdade recíproca que deve haver entre as promessas estatais propaladas e o direito de seus cidadãos que exigem o seu cumprimento. Por essa via, um Estado só se torna justificado se ele respeita a justiça, em especial os direitos humanos fundamentais.

Outra obra que segue a mesma linha é a Teoria do Estado de Martin Kriele (2009) em que a discussão sobre a sua legitimidade predomina desde o primeiro capítulo, onde se destaca a necessidade do Direito não ser reduzido à forma ou à lei, mas como elemento articulado com a moral e, sendo assim, comprometido com a substância, ou seja, em produzir considerações racionais que se reflitam em determinadas condições materiais que revelem a instrumentalização de uma pauta mínima de existência digna.<sup>1</sup>

Por esse viés, o Estado não é; ele não é o final da experiência política humana, mas um vir-a-ser mutável no decorrer da história, ideia essa que se afina com a lição de Streck (2007), que separa a evolução da ideia de Estado em três fases distintas.

Em primeiro lugar, o Estado Liberal de Direito, nascido com a ascensão hegemônica da burguesia capitalista ao poder, era pautado pelo absoluto individualismo e a doutrina absenteísta, que busca provocar a menor intervenção possível no campo econômico. Com o passar do tempo, e encontrando-se o sistema de produção capitalista em sua fase madura, reconhecida a sua incapacidade de promover o bem comum, instaura-se, desde então, a partir do pós-guerra, o Estado Social de Direito, que já admite a intervenção como mecanismo de disciplina e extirpação dos excessos da liberdade contratual e econômica, além de reconhecer princípios comuns e intrínsecos à dignidade humana. Por fim, diz ele, estamos vivendo o modelo do Estado Democrático de Direito que “pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade” (STRECK, 2007, p. 38).

Essa fase do Estado Democrático implica, como constata García-Pelayo (2009), uma tentativa de “refundação” desse termo, de modo a suprimir o hiato antes existente entre Estado e Sociedade, de modo a reconhecer a importância dos partidos políticos, grupos de interesse e iniciativas individuais como elementos importantes na formulação das leis e nos acordos de governabilidade.

### **b) A crise do conceito de lei e da repartição dos poderes**

A transição do Estado de Direito ao Estado de Bem Estar Social fez com que houvesse uma modificação na concepção de lei, de modo que a atividade legislativa tem sido cada vez mais outorgada aos magistrados, por meio da inclusão nos textos de princípios e palavras de significação polissêmica. De outra parte, a maior instância produtora de legislação passou a ser o Executivo que, por meio de expedientes como, v.g. a Medida Provisória, no Brasil, decretos de necessidade e urgência, na Argentina, decretos, no Peru etc., vem conseguindo implementar a sua política com retardo menor do que o naturalmente imposto pelo longo procedimento legislativo. Por fim, temos um Legislativo que hoje exerce as suas funções de maneira menos livre, condicionado pela pauta do Executivo e pela forte influência dos grupos de pressão na defesa de seus interesses (para um apanhado mais completo desse fenômeno, vide GOMES, M., 2005).

A partir daí, rompeu-se o “paradigma legalista” de modo a abranger a área de atuação do Estado a searas que lhe eram antes interditas, exigências essas que paulatinamente foram sendo agregadas em Constituições ou em Tratados Internacionais de Direitos Fundamentais cuja adesão foi se tornando mais abrangente.

Esse rompimento com o legalismo aconteceu, de acordo com Hespanha (apud TAVARES, 2003, p. 53) por três fatores especiais: “(i) desobediência generalizada à lei; (ii) não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares.”

A crise da legalidade deixou patente que não adiantava apenas criarem-se leis. Era necessário que houvesse coragem e disposição para fazê-las cumprir, daí o avançamento do

Executivo. Por outro lado, também fazia-se necessário que, para enfrentar o gestor, fosse ampliada a esfera de autoridade da magistratura para que pudesse não apenas adotar uma postura de limitação do excesso estatal mas, também, pudesse conferir efetividade às leis nacionais e, em especial, concretizar as promessas constitucionais.

Cappelletti (1999), confirmando a nossa assertiva, salienta que concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do Executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o Judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa, em especial pela expansão da criatividade judicial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de supremacia em relação às demais funções.

É essa perspectiva crítica que encontramos na obra de Cornejo (2002) que, ao estudar a divisão de funções antes e hoje, destaca os eixos hermenêuticos e ideológicos que animam a sua instrumentalização em cada período histórico, de modo a demonstrar que o fenômeno da tripartição de funções estatais deve levar em conta, hoje, os pressupostos sociológicos, jurídicos, políticos que a fazem ser o que é.

No plano sociológico, o Estado atual não consegue fazer uma separação rigorosa com a sociedade civil de modo que segue sendo influenciado por uma multiplicidade de organismos nacionais e internacionais que lutam por interesses diversos e muitas vezes conflitantes. Ele não consegue, por isso, seguir perenemente uma linha liberal ou garantista, movimentando-se em tantas searas quanto sejam a articulação de forças que o impelem.

Um maneira sociológica de tentar explicar essa complexidade está na crise pós-moderna que gera a dissolução das identidades que são múltiplas e refratárias, obrigando os sujeitos, a todo instante, a escolher e transitar de maneira plural por tais meandros, retirando-lhe a serenidade.<sup>2</sup>

Nessa “crise de sentido” em que vive o homem moderno, o Judiciário surge como uma espécie de último recurso ou trincheira, por meio do qual ele pode, ainda, depositar as esperanças de dispor de um terreno que lhe inspire segurança.<sup>3</sup>

No plano jurídico, a crise da lei e da legislação faz com que a aplicação desta deixe de ser matematicamente certa posto abranger em seu interior princípios e valores de grande amplitude semântica. Isso faz com que os magistrados sejam forçados a adquirir uma postura criativa na solução dos conflitos, que leve em conta os meandros do caso concreto. Isso, por outro lado, faz com que a tarefa hermenêutica não seja uma atividade certa ou previsível o que indica que o princípio da segurança jurídica, típico do Estado Liberal, esteja sendo mitigado por valores de confiança no Judiciário na concretização das metas constitucionais ainda que, para tanto, tenha-se de, pontualmente, tornar menos homogênea a prática jurídica para dar-se primazia à melhor solução de acordo com o contexto, enriquecendo a atividade interpretativa por meio do pensamento típico.<sup>4</sup>

Por fim, no plano político, estamos diante da crise da teoria da representação uma vez que, com o engrandecimento dos grupos intermediários entre Estado e indivíduo (fato esse que não constava da pauta liberal originária), hoje não se pode negar que vivemos uma democracia “neocorporativa” onde os partidos políticos, os sindicatos, as organizações não-governamentais chamam para si o protagonismo das lutas hegemônicas. Outro fator importante para a derrocada do modelo liberal deu-se com a introdução de uma “democracia midiática” que apela para a personalização do poder por meio do recurso à imagem e a técnicas publicitárias para a “marketização” da política, que se transforma em mais uma commodity da sociedade de consumo tão bem delineada por Baudrillard (1995).

### c) A politização do judiciário

O modelo de juiz do paradigma liberal não é o mesmo modelo postulado na pós-modernidade, onde emerge uma formação discursiva que concede outros atributos ao magistrado, peculiares ao Estado Democrático de Direito onde ela surge, e que vem impelindo o magistrado à novos desafios no que diz respeito à adoção de um papel hermenêutico ativo em prol da legitimação das promessas constitucionais de justiça e igualdade para todos.

Quando se pensa, hoje, no juiz não se pode fazê-lo como reflexo de um “super-homem” que não se iguala aos demais; como alguém que não é clivado pelo inconsciente e não tem preconceitos; como alguém que consegue suprimir a sua experiência pessoal quando precisar produzir um julgamento; ou mesmo uma pessoa que não tem nenhum temor e nem apego ao mundo material ou honorífico e quer somente distribuir justiça.<sup>5</sup>

Com base nisso afirmamos que o juiz exerce atribuição de agente político, o que tem encontrado apoio em boa parte da doutrina (HIRCHL, 2004; SHAPIRO e SWEET, 2002; GUARNIERI e PEDERZOLI, 2002; CAPPELLETTI, 1999). Não estamos falando de política partidária, que deve ser vedada ao magistrado, mas de sua *politização hermenêutica*, com a qual medita e redige as suas decisões.

Essa lição vem sendo cada vez mais repetida na doutrina brasileira, como podemos observar do trecho adiante coligido:

“Os membros do Poder Judiciário devem ser considerados como agentes políticos porque participam, por meio de suas decisões (sentenças), das atividades sociais, do ajustamento de planos econômicos e da reformulação de políticas públicas, formadoras do Estado Democrático de Direito.[...] Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado (COUTINHO, 1995, p. 48).

O papel do juiz é político pois dele exige que crie o direito, outorgando-lhe a tarefa de determinar a melhor solução para o caso concreto, que se baseia numa legislação onde, cada vez mais, se multiplicam os termos semanticamente vagos.<sup>6</sup> Pode-se falar que esse labor também é político posto que o Judiciário, ao invés de lidar apenas com a apuração de casos passados tem sido instado, por meio dos conflitos de massa e das ações coletivas, a tomar decisões que são cada vez mais prospectivas, o que faz com que o limite entre o julgar e o legislar torne-se absolutamente impreciso (e, para alguns, inexistente). De outra parte, ele é incitado a cumprir as promessas do constitucionalismo social ou nova ordem constitucional (TUSHNET, 2003), de modo a transformar a realidade em prol da implementação dos princípios constitucionais, o que impõe mudanças na hermenêutica jurídica em relação à clássica tese da subsunção.

A fase do juiz “escravo da lei”, mero aplicador silogístico do direito chegou ao fim. Ele também cria o direito (CAPPELLETTI, 1999) e, para tanto, faz uso de certa dose de criatividade e, ainda, de inteligência teleológica da norma de modo que busca a melhor solução para o caso concreto. Por tal razão,

[...] ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito. Esta contri-

buição é por demais incisiva, tanto na prática judicial alternativa em benefício dos setores sociais menos favorecidos, quanto na apreciação real das necessidades fundamentais da vida social e na realização dos fins libertários do Direito; pois, este, enquanto fenômeno universal, deve ser a ‘afirmação possível da libertação conscientizada’ e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico. (WOLKMER, 2003, p. 187).

#### 4. O problema conceitual da reserva do possível

A dificuldade de se trabalhar com o conceito da reserva do possível se inicia pela própria tentativa de conceituá-lo, já que não existe unanimidade acerca de sua natureza jurídica.

Uma definição, que se tornou clássica, desse termo é de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236-237):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

A expressão, no entanto, não é uníssona como parece transparecer da definição acima.

Da análise acurada da bibliografia nacional, verificamos que o termo por vezes é usado sem nenhuma partícula determinadora antes dele, por outras é usado o artigo definido “a”. Há também referências a um “discurso” (SIQUEIRA, 2010); a uma “cláusula” (VAZ, 2009; Min. CELSO DE MELLO, BRASIL, 2004); a uma “teoria” (SCAFF, 2005; AGUILAR; BOCCHI JR., 2011; REIS JÚNIOR, 2009; NAKAMURA, 2011; MÂNICA, 2007); e, finalmente, a um “princípio” (SILVA; WEIBLEN, 2007; Min. BENEDITO GONÇALVES, BRASIL, 2009).

Ele também é tido como regra de distribuição do ônus da prova (vide Súmula 241 do TJRJ: “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”).

Outros trabalhos dão ênfase na questão da reserva como instrumento de controle orçamentário (CARNEIRO FILHO, 2011; VAZ, 2009), adicionando um adjetivo ao seu nome (“reserva do financeiramente possível”).

Como se vê, o estatuto daquilo que se pode ter como reserva do possível varia ao sabor do autor, havendo pontos de convergência e de divergência a respeito do assunto, o que torna o seu estudo fragmentário, o que compromete mesmo o uso desse termo no espaço da racionalidade jurídica.

#### 5. A questão da eficácia dos direitos fundamentais e a reserva do possível

Quando falamos em direitos fundamentais, queremos nos referir, com Sarlet (2010), aos direitos do ser humano positivados na Carta Constitucional de determinado Estado.

Em nosso país o rol desses direitos previstos na Lei Fundamental é extenso, dado o caráter analítico que permeou a sua elaboração, abrangendo os direitos da primeira, segunda e terceira geração, na terminologia já clássica de Bonavides (1997). Aqui será dada atenção especial àqueles da segunda geração que, segundo o autor, impõem um *facere* por parte da Administração para o seu gozo pleno.

O primeiro problema que se apresenta a respeito desse tema é trazido pelo art. 5º, §1º do Texto Constitucional, que ressalva que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, dispensam qualquer tipo de diferimento legislativo. A esse respeito, a doutrina pátria entende o termo eficácia como sendo “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ele representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação [...] entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2001, p. 83).

Como vimos anteriormente, a morosidade e a pulverização dos vetores hegemônicos no Estado Pós-Moderno levou o legislativo, de poder supremo, segundo a teoria de Montesquieu, ao desprestígio. Hoje assistimos a uma crise do conceito de legalidade, especialmente no campo do Direito Administrativo (vide BRANDÃO, CAVALCANTI e ADEODATO, 2011). A vetusta regra que asseria que “ao Executivo só é possível fazer o que está previsto em lei” é hoje, em grande parte, um mito ultrapassado. O campo de ação estatal está ele especialmente voltado para o cumprimento de metas, para a adequação dos princípios constitucionais, para o atingimento de valores positivados, o que faz com que a ação administrativa seja muito mais dinâmica e, segundo Raquel Carvalho (1999) deixe de lado a legalidade em prol de um novo princípio, que abrange não apenas a lei mas, ainda, os demais elementos antes referidos, por ela denominado princípio da *juridicidade*.

Hoje o prestígio da lei é tão questionável que Binenbojm (2008) cunhou o termo *deslegalização* para se referir à cada vez maior autonomia normativa do executivo e seus decretos. Além do mais, a edição de leis, especialmente as voltadas para a execução de políticas públicas e regulação por meio de agências cujos vocábulos, estão tão carregadas de termos semanticamente vagos ou polissêmicos que, dada a sua “porosidade”, vem servindo para a edição de regulamentos executivos que se constituem em verdadeiras normas primárias.

Como se vê, passamos hoje por um momento em que o fenômeno jurídico parece tolerar ou flexibilizar a legalidade estrita em prol de um espaço de manobra, mais condizente com uma Administração Pública de feições policêntricas.

Assim como a atuação do executivo tem se transformado ao longo do tempo, sendo-lhe cada vez mais exigido que esta esteja voltada para o cumprimento das promessas constitucionais, de modo que ela não se torne apenas folha de papel, também o judiciário é co-autor desse trabalho, e não mais coadjuvante. A partir do momento que se cunha a teoria da inconstitucionalidade por omissão e admite-se o controle dos atos legislativos e executivos pelo judiciário, esse último toma força como garante da efetividade da Carta Política.

Isso fica claro quando o STF aponta que:

“se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional” (BRASIL, 2011)

Com base em tais lições, há autores que entendem que nenhum óbice de ordem orçamentária pode ser oposto contra a eficácia dos direitos fundamentais sociais, muito menos sobre a tese da reserva do possível.

Essa é a posição do juiz federal Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 313), para quem “nem a reserva do possível nem a reserva da competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações. [...] a efetividade dos direitos sociais [...] não pode depender da viabilidade orçamentária”.

Krell (2002) é outro exemplo desse entendimento. Para ele a transposição de doutrina estrangeira para o direito brasileiro, sem a necessária crítica, poderia gerar situações de enfraquecimento da efetividade dos direitos sociais já que aqui, ao contrário da Alemanha, estes fazem parte do núcleo de direitos fundamentais da Carta Política. Assim sendo, conclui o autor, a reserva do possível, num país periférico, como o nosso, se significar a necessidade de “caixa cheio” para a implementação de políticas públicas para a sua execução, seria o mesmo que reduzir a sua eficácia a zero.

Piovesan (2003, p. 110) nos parece apontar no mesmo sentido, ao asserir que “há que se propagar a ideia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”.

Na posição diametralmente oposta teríamos Holmes e Sunstein (1999) que verificam, de maneira empírica, o custo do sistema penal, a fiscalização de padrões de segurança, entre outros, demonstrando que todos eles tem um custo e tudo que exija despesa pública não pode ser exigido livremente, mas apenas dentro de parâmetros previstos na lei orçamentária.

O procurador do estado do Rio de Janeiro, Gustavo Amaral (2001), de igual modo, a partir de decisões judiciais concretas versando sobre o custo de determinados tratamentos de saúde, traça considerações a respeito da aplicação aos casos individuais (microjustiça) do princípio da isonomia, de modo que esses casos devam ser alçados a um patamar global, relativo ao direito que todos os enfermos, na mesma situação, teriam de obter o mesmo tratamento jurisdicional (macrojustiça). Dessa forma, ao decidir, os magistrados não podem ficar apegados apenas ao caso concreto, mas devem levar em conta que a hipótese pode ser exigida de outros na mesma situação, de modo que a escassez de recursos públicos deve ser ponderada na operação de densificação judicial dos direitos sociais.

Bigolin (2006) concorda com uma interpretação ponderada a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sociais:

À luz de todo o exposto, importa informar desde já que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculadas ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários.

Encontramos, ainda, posições intermediárias, como a de Jorge Miranda (1992, p. 204), para quem a reserva do possível seria “um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível”, e a de Canotilho (2004), que entende que a efetividade dos direitos sociais não pode ser exigida de imediato, posto que pautada por uma progressiva ampliação.

Como se vê, consideramos que a questão acerca da reserva do possível é um dos elementos principais num estudo acerca da efetividade dos direitos fundamentais. Das inúmeras análises observadas, consideramos haver deixado claro que a divergência entre os diversos autores dá-se com bases ideológicas muito mais do que jurídicas.

Nos parece claro que aqueles que advogam a primeira corrente buscam, com Marx e a 11ª Tese sobre Feuerbach<sup>7</sup>, implementar uma transformação radical do real, por meio de uma hermenêutica emancipatória.

Tendo em vista a persistência da corrupção e da desigualdade social no país, que ainda se mantem com as piores taxas de distribuição de renda do mundo ocidental, a solução seria, para esses, uma interferência ampla na gestão dos recursos públicos. Os gestores, por essa visão, são vistos de maneira negativa *prima facie*, sendo sua a culpa pela qual as promessas da Constituição não se realizam. Por essa via, até a alteração na alocação de verbas seria admissível, com subversão da ordem prevista na lei orçamentária, que vê a sua cogência ameaçada, para ser encarada judicialmente como uma mera recomendação, já que o que importa é transformar o mundo pela satisfação da necessidade do caso concreto.

Essa posição é idealista – no sentido filosófico do termo – na medida em que tudo aquilo que diz respeito ao real é relegado a segundo plano, já que são as ideias que moveriam o mundo, e não o contrário. Destarte, a limitação da verba pública não parece uma questão digna de preocupação, para esses autores, já que esse tema seria subalterno, estabelecendo-se, então, uma verdadeira hierarquia entre as normas constitucionais, tendo em vista que aquelas que disciplinam os orçamentos, por esse viés, estariam numa posição de submissão em relação aos direitos fundamentais, de modo que, para executá-los, tudo seria possível, até mesmo inquirir de inadequada a lei orçamentária, transformando o juiz em verdadeiro legislador positivo e administrador de fato.

De outro lado, poderíamos considerar pragmatistas o segundo grupo, para quem nenhuma providência jurídica concreta poderia ser adotada pelo juiz sem que, antes, pudesse analisar o impacto que a mesma poderia ter no orçamento, aferindo que a sua esfera de atuação está limitada à lei orçamentária e a escassez dos recursos públicos.

Essa posição leva a um “engessamento” na eficácia dos direitos fundamentais, sendo que a última palavra seria sempre do legislador e da previsão de despesa, o que nos traz a uma visão positivista da posição do juiz, como boca da lei.

Nos parece que os extremos não toleráveis. Cada uma das posições tem a sua dose de racionalidade e de igual exagero.

Acreditamos que a reserva do possível carece, para sair desse impasse, de um tratamento mais rigoroso, no que diz respeito à sua posição dentro da filosofia do direito.

## 6. Por um tratamento retórico da reserva do possível

Tendo em vista os paradoxos encontrados no tratamento doutrinário da reserva do possível, consideramos observá-lo por um prisma distinto, enquanto pertinente à retórica, ou seja, ao mundo da linguagem.

Como já observamos anteriormente, a filosofia do direito atual abandonou a possibilidade de fundamentar-se sob um prisma exclusivamente legalista que, em seu interior, distinguia claramente entre um sujeito epistemológico e um objeto submisso e dócil, cuja estrutura poderia ser desvendada pela razão.

Atribuir à reserva do possível um estatuto ontológico, como se fora um “objeto” passível de tal apreensão é um erro, que leva à sua multiplicidade de denominações.

A mais equivocada delas nos parece aquela que o equipara a um princípio. Segundo Alexy (2008, p. 90), os princípios se caracterizam como um “mandamento de otimização” que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no momento da aplicação. Assim sendo, os elementos fáticos estão fora do campo do princípio e servem, na verdade, como elemento de sua modulação.

Como deixamos claro acima, os doutrinadores identificam a reserva do possível com as barreiras de caráter orçamentário que impedem a máxima eficácia dos direitos sociais. Assim sendo, não se pode dizer que sejam eles verdadeiros princípios. Essa posição também é a de Olsen (2008), visto que a reserva do possível não prescreveria determinado estado de coisa a ser atingido e nem se trataria de um mandado de otimização.

Existiria efetivamente uma teoria sobre o tema? Quem sabe um discurso? Possivelmente uma “cláusula”?

Nenhuma dessas designações nos parece satisfatória.

Como vimos acima, a reserva do possível não nos parece ter uma significação própria, abstraída da aplicação dos direitos fundamentais. Toda vez que se busca ler algo a respeito, a sua temática volta-se, em última análise, ao problema da eficácia. Daí que não consideramos adequado o termo teoria.

Quanto a discurso e cláusula, não existe consenso a respeito dessa terminologia, que nos parece vaga e imprecisa, servindo como verdadeiros “curingas” semânticos para tratar o assunto conferindo-lhe, como já dissemos, um estatuto ontológico.

Assim, voltamos à estaca zero. Como conceber a reserva do possível?

Nos parece inegável que a única solução adequada está em vê-lo como um lugar retórico dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Isso é importante, e leva a importantes distinções.

A primeira, e mais óbvia, abandona a hermenêutica sujeito – objeto e busca fundamentar o estudo num novo tipo de domínio, que leve em conta os sujeitos em sua interação comunicativa. Assim, a reserva do possível deve ser concebida por um viés semiótico, ou seja, como fator a ser levado em conta numa situação de interação.

E como nenhuma situação de comunicação se dá no vácuo, é importante que seja analisado o entorno sociocultural em que essa interação se realiza, como forma de estabelecer-se parâmetros críticos para o estudo da significação. A reserva do possível estaria, com isso, situada precisamente na esfera do contexto, daquilo que é tomado como pressuposto e que, no trabalho hermenêutico condiciona a troca e as possibilidades de comunicação.

Destarte, a reserva do possível constituir-se-ia num topos retórico, que aglutina em seu interior uma série de considerações econômicas e jurídico-orçamentárias, que devem ser levadas em conta pelo hermenêuta e que, por conseguinte, precisam ser expressamente consideradas e precisadas argumentativamente.

Por outro lado, e recordando a nossa assertiva inserida no início do trabalho a respeito da mudança paradigmática que a pós-modernidade trouxe na forma de produção de ciência, temos que a existência recente de uma discussão a respeito da reserva do possível é ela mesma expressão dessa mudança. Isso se dá na medida em que a análise desse fenômeno não pode ser feito com argumentos exclusivamente jurídicos, exigindo do intérprete que enverede por outros domínios do saber e, assim, concretizando um saber complexo que desconsidera barreiras fixas e sólidas entre os saberes.

Por fim, destacaríamos que a reserva do possível guarda em seu conteúdo retórico uma dimensão dialética que só pode ser verdadeiramente compreendida se temos em conta a mudança do pensamento moderno e pós-moderno, a crescente politização do juiz assim como e a sua posição atualmente assumida por ele como garante da legitimidade do próprio Estado, com os riscos e vantagens que disso tudo pode advir.

Falar de reserva do possível é situar-se argumentativamente nesse embate entre progresso e preservação de *status quo*, em validade contra eficácia, em lei contra direitos fundamentais, e tantas outras díades que envolvem o confronto entre esses dois domínios significativos que, longe de demonstrarem uma supremacia de qualquer deles, continuam a peleja pela hegemonia, senão material, ao menos no campo da interpretação.

### 7. Conclusão

Iniciamos esse trabalho discutindo as mudanças entre a modernidade a pós-modernidade no interior da ciência e, por reflexo, na concepção de Direito e Estado.

Vimos, ainda, que essas mudanças causaram impacto especial no desempenho da atividade judicial, especialmente por exigirem do magistrado, no desempenho de seu *mister*, um cuidado hermenêutico maior com a legitimação de seu trabalho hermenêutico de subsunção do fato à norma, que deixa de ser uma operação meramente lógica (silogística) para tomar a feição verdadeira ativa e politizada.

Por outro lado, o crescente ceticismo quanto à implementação dos direitos fundamentais em constituições analíticas, aliados aos movimentos de redemocratização do pós-guerra e à disseminação do controle de constitucionalidade, inclusive por omissão, deram aos juízes uma posição de destaque, deixando para trás qualquer suposição de equilíbrio entre os poderes do Estado de Direito.

Hoje percebemos uma crescente demanda processual, tendo em vista o aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso à justiça, e um número cada vez maior de magistrados ciosos não de aplicar à lei, mas de fazer justiça, conferindo eficácia imediata aos direitos fundamentais.

Essa atuação vem sendo questionada sob o pálio da reserva do possível, termo cunhado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão como limite de exigibilidade, pelos cidadãos, dos direitos sociais, tendo em vista a carência de recursos.

No Brasil, a discussão a respeito do que seria a reserva do possível ainda é bastante recente, sendo ainda em número pequeno os trabalhos que tratam especificamente do assunto. No entanto, ainda não se sedimentou um ponto de vista unívoco a respeito acerca do que se constituiria tal fenômeno, que vem sendo tratado de maneiras distintas, como discurso, cláusula, teoria e até mesmo princípio, entre outras.

O presente trabalho buscou demonstrar as inconsistências de tais denominações e sustenta que a correta abordagem desse tema diz respeito ao campo retórico, que busca na semiótica e no contexto o verdadeiro local da reserva do possível, como local de embate dialético entre positivismo e pós-positivismo, direito e economia.

Trata-se, portanto, de um *topos* retórico e não de um objeto definido, e por isso mesmo apenas tendo em vista o entrelaçamento complexo de saberes que o fundamenta é que se pode ver, com clareza, o seu lugar, enquanto função argumentativa no discurso jurídico.

### Referências

---

AGUILAR, Mateus Gustavo; BOCCHI JÚNIOR, Hilário. A Teoria da Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, a. VII, n. 40, p. 53-67, jan./fev. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos; Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista Doutrina*. Porto Alegre, s/d. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 07 dez. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 7, n. 25, p. 9-44, abr./jun. 2009.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da Legalidade – Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 542/SP, Pleno, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 28 jun. 2002, p. 89.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/MC/DF, Pleno, Brasília, DF, 29 abr. 2004. *Diário Oficial da União*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 04 mai. 2004, p. 05.

## A REVISTA DA UNICORP

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 28.962/MG, Primeira Turma, Brasília, DF, 25 jun. 2009. DJe, 03 set. 2009.

CANOTILHO, J.J. GOMES. Metodologia <<fuzzy>> e <<camaleões normativos>> na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. Disponível em: <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Carneiro\\_Filho\\_a\\_reserva.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Carneiro_Filho_a_reserva.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2011.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CARVALHO, Raquel. *O direito à informação administrativa procedimental*. Porto: Publicações Universidade Católica, 1999.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y division de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *Instrumentos de atuação do juiz-agente político no Estado Constitucional de Direito* (contribuição do Direito de Ordenação Social Alemão). 2005. 138 f. Dissertação de Mestrado junto ao Departamento de Direito de Teoria do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público* – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização económica. In AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia. O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 60-76.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do conceito de legalidade: aproximações. *Revista de Direito Privado*, v. 6, n. 21, p. 353-380, jan./mar., 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008.

## ENTRE ASPAS

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *The power of judges. A comparative study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na Pós-Modernidade*. 7ª ed. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 14ª ed. São Paulo: Loyola, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KNORR CETINA, Karin. *La fabricación del conocimiento*. Un ensayo sobre el carácter constructivista y contextual de la ciência. Tradução de Maria Isabel Stratta. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle do judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 188-220, out./dez. 1992.

MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado Moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Direitos Sociais e Administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 11, n. 119, p. 50-59, jan. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PATTERSON, Dennis. *Law & Truth*. New York: Oxford University Press, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

## A REVISTA DA UNICORP

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A Nova Aliança – Metamorfose da Ciência*. Tradução Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincadeira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

QUERIOZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Faculdade de Direito de Goiás*, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 47-66, jan./jun. 2009.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, a. 17, n. 86, p. 9-31, mai./jun. 2009.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística Geral*. 26ª ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: do Advogado, 2010.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do 26 retrocesso. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, p. 45-56, jul./ago. 2010.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 17, n. 66, p. 9-38, jan.-mar. 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: EDUSP, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu

da. *Identidade e Diferença*: a perspectiva dos Estudos Culturais. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 7-72

### Notas

---

1. Isso fica claro quando o autor afirma na obra citada que “[...] um poder público é legítimo quando vale como completamente justificado aos olhos de seus subjugados. Na atualidade, um poder público só vale como justificado, quando puder ser fundamentado através de considerações materiais racionais” (KRIELE, 2009, p. 54).
2. Para um tratamento mais aprofundado do tema das identidades na pós-modernidade veja-se, em especial, Woodward, K. (2003), Hall (2003).
3. Segundo Antoine Garapon (apud CORNEJO, 2002, p. 232), “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e estruturam a sua personalidade, busca no contato com a justiça um remédio contra o desabamento interior. Ante à decomposição do político, é ao juiz a quem se pede salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical ou paternal – de quem hão desertado os seus antigos titulares.”
4. Para um maior aprofundamento do tema, que abrange a discussão sobre a teoria tópica da argumentação no direito vide Viehweg (1997).
5. Para uma análise mais completa das diferentes metáforas que circundam a mitologia da identidade do juiz vide a nossa dissertação de mestrado cujo título é *A identidade da magistratura na narrativa jurídica: uma perspectiva da análise de discurso crítica* (GOMES, 2009).
6. Sobre o tema e ainda noções mais precisas sobre os dilemas que a ambigüidade e vagueza da linguagem geram no direito vide a obra de Carrió (1994).
7. Os filósofos têm apenas *interpretado* o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é *transformá-lo*.

## JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA ALTERNATIVA EFICAZ

### Serugue Almeida Souza

Assessor de Juiz. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas da UNIME – União Metropolitana de Educação e Cultura.

**Resumo:** O presente trabalho visa demonstrar como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo utilizada de forma alternativa e complementar ao modelo penal posto, tendo em vista o êxito de suas experiências em diversos países do mundo, mesmo com dessemelhanças culturais e históricas entre eles. São países pioneiros na execução de práticas da Justiça Restaurativa a Nova Zelândia, o Canadá, e outros que se seguiram na Europa e Américas. A aplicação e implementação dos procedimentos restaurativos no âmbito penal, em especial nos sistemas dos Juizados Especiais Criminais, como política pública de combate à violência e criminalidade é um dos pontos importantes abordados no trabalho, que apresenta ainda como pontos relevantes o chamamento da pessoa da vítima à discussão da justiça penal, incluindo-se também a sociedade. O Brasil já conta com experiências de sucesso em matéria de Justiça Restaurativa que, apesar da não existência de legislação específica, a sua aplicação promove uma justiça criminal participativa, permitindo a promoção e consolidação dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e pacificação social.

**Palavras-chave:** Direito Criminal. Sistema de Justiça Criminal. Justiça Restaurativa. Paradigma Restaurativo. Paradigma Retributivo.

### 1. Introdução

O sistema tradicional de justiça penal apresenta uma grave crise, cuja origem se verifica nas profundas transformações existentes na sociedade. A dureza dos textos legais, principalmente processuais penais, justificando-se na rigidez necessária para assegurar direitos e garantias dos acusados, e até mesmo para que não se cometam abusos na condução do devido processo, não tem sido suficiente para garantir sua efetividade, eficiência e eficácia.

Há, portanto, a necessidade de que se encontre um novo modelo de projeto que seja adaptado ao sistema moderno a fim de que se possam sentir os efeitos esperados de um modelo de justiça que aponte para a solução dos problemas verificados atualmente, quais sejam, a superlotação dos equipamentos penitenciários e delegacias, a dessocialização de apenados, e até mesmo daqueles que aguardam reclusos por uma sentença, a inserção de um preso de pequeno potencial criminoso no mundo do crime, à medida que se junta com presos de alta periculosidade, a reincidência, o desrespeito aos direitos humanos, dentre muitos outros que podem ser citados. Há que se ressaltar que, além das falhas citadas decorrentes de um sistema penal que urge por mudanças, às vezes paradigmáticas, que dois novos pontos devem

ser visualizados – a pacificação social e a reparação do dano sofrido pela vítima.

A justiça restaurativa visa reparar o dano que o crime causou às partes envolvidas no conflito, não se concentrando apenas na sanção direcionada à penalização do indivíduo. Ao passo em que busca alcançar a reparação do trauma, o modelo restaurativo visa dar a oportunidade ao infrator de assumir a responsabilidade e reintegrá-lo socialmente, contribuindo, dessa maneira, para a não reincidência criminosa ou infracional.

Um paradigma necessário de ser quebrado é o sentimento de que nenhuma outra resposta é possível de ser dada ao evento criminoso, a não ser a pena.

Dessa forma, a análise do crime do ponto de vista sancionatório, já não se admite vê-lo apenas com natureza retributiva-punitiva, mas observá-lo por um viés com finalidade utilitária alcançando-se, desta forma, a reeducação e recuperação do infrator.

Assim, a justiça restaurativa, na condição de solucionadora de conflitos, objetiva promover o fortalecimento das partes afetadas pela agressão, direta ou indiretamente, trazendo consigo a potencialização da coesão social na sociedade e comunidade. Não é por outra razão, senão esta, que no meio acadêmico o tema tem sido discutido com frequência e relevância, sobretudo nas áreas de ciências sociais e jurídicas.

No desenvolvimento e estudos das práticas restaurativas, muitos países de diversos continentes têm buscado respostas para os anseios mundiais no que se refere à segurança pública e à política criminal restaurativa e preventiva, a exemplo do Brasil. Nesse mister, a ONU tem envidado esforços no sentido de serem aperfeiçoadas as iniciativas existentes ao redor do mundo e de se trabalhar de forma colaborativa na promoção desse novo modelo de justiça em defesa dos direitos humanos e sociais da vítima, infrator e comunidade.

## 2. Crise do sistema retributivo-punitivo

O Estado, diante do cometimento de uma infração penal, tem o poder-dever de aplicar uma sanção ao violador do ordenamento jurídico visando, conseqüentemente, a paz social, retribuindo-lhe o malfeito com a aplicação de medidas por muitas vezes extrema. Dessa forma, ao longo do tempo, foi sendo aplicada a pena privativa de liberdade, tornando-se prática no modelo atual de justiça penal. Essa forma de resposta ao ilícito penal tem sido imposta como meio de prevenir reiterações dessas condutas, bem como ressocializar o infrator, o que, na prática, não se verifica o sucesso do seu intento.

Sabidamente, esses ideais buscados não são visualizados e se testemunha a falência do sistema de justiça penal vigente, uma vez que aquele que comete os ilícitos penais, ao ser submetido a uma pena que cerceie a liberdade, torna-se resultado de um processo que o dessocializa, tornando-o propenso à prática de novas condutas delitivas.

O sistema de justiça criminal construído na época moderna atendeu aos seus projetos, à medida que o positivismo jurídico, concomitantemente, foi sendo utilizado como forma de justificação do Estado, unido aos interesses econômicos da classe dominante.

O referido positivismo jurídico consagrava a razão formal, significando na visão de Saliba (2009, p. 63), uma “preocupação com a resolução dos problemas técnicos entre meios e fins, sem a análise da racionalidade dos fins”.

O paradigma impositivo da ordem social representa, nas palavras de Zaffaroni (2004, p. 69), o “controle social punitivo institucionalizado” com o alicerce preparado pelo positivismo que foi direcionado de forma repressiva desde a concepção inicial de Estado. Por esta razão, foi

afastado o sistema punitivo do interesse social, para servir aos interesses da classe privilegiada, passando a ser identificado como um sistema estigmatizante, repressivo, excludente, desproporcional, segregador e desumano. Um sistema, que ao decorrer do tempo, adquire essas características, definitivamente, não se mostra eficaz. É patente a falência do atual modelo de política criminal que estigmatiza e exclui socialmente o infrator, com penas, às vezes “perpétuas”, não pelo tempo de prisão, mas pelos efeitos colaterais que também, por vezes, são maiores de que a própria pena *stricto sensu*.

A estigmatização e o desrespeito aos direitos humanos, especialmente nos crimes punidos com privação da liberdade, obstam a ressocialização do infrator, havendo, na maioria das vezes, a consolidação de uma identidade criminosa no apenado, introduzindo-o em uma carreira criminosa que, na maioria dos casos, não tem retorno. Uma reflexão sobre esses fatos já justificaria a necessidade urgente de uma reforma no atual sistema punitivo, visto que, nesse modelo, na prática, não se vislumbra os fins pedagógicos ou (re)educativos da pena, muito menos a reinserção do desviante na sociedade.

Saliba (2009, p. 65) analisa que:

a imposição da ordem não se dá unicamente por modelos normativos e sanções formais, podendo ser detectada em outros mecanismos de controle, como o processo de alfabetização, educação, religião, programas governamentais, costumes, ciências sociais e humanas, enfim, nos procedimentos políticos, sociais e religiosos não normatizados.

A política penal ou as promessas de sua política, afirmando de que o cárcere protegeria a sociedade ou, mais ainda, melhoraria o ser humano ali condenado, não passa de falácia que já não se sustenta. Primeiro, porque mesmo dentro dos presídios os criminosos conseguem dirigir organizações criminosas, gerando terror na sociedade, e segundo que, ao adentrar ao sistema prisional, o delinquentemente iniciante passar a ter contato com criminosos de alta periculosidade que, diante dos desrespeitos aos direitos humanos e às condições mínimas de dignidade, saem muito piores do que entraram. Tais fatos fazem cair por terra o imbróglia discurso de que o encarceramento, por si só, é necessário e suficiente para que a ordem seja preservada.

De fato o modelo atual de retribuição penal tem afastado as possibilidades de reinserção social. Segundo Ferrajoli (2002 apud SALIBA, 2009, p. 72-73), a retribuição penal pode ser resumida como:

Mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

O direito penal é, acima de tudo, uma garantia e a justiça penal organiza-se a partir de

uma exigência: garantir uma coexistência pacífica entre os membros da sociedade. Entretanto, é dentro desse sistema de justiça que são observadas as maiores atrocidades e insurgências contra os princípios fundamentais constitucionais, notadamente a liberdade e a dignidade da pessoa humana, atuando a pena de prisão como fator criminógeno. O castigo e a violência punitiva como respostas à criminalidade apenas intensificam a própria violência que vitima os cidadãos.

### 3. A vítima no sistema penal

A concentração e a centralização do poder instituidor do Direito nas mãos do Estado foram, sem dúvida, alguns dos sustentáculos do Direito Positivista que aplica o Direito, livre de qualquer sujeição à vontade das partes. Dessa forma, a vontade das partes foi sendo superada pela ação do aparelho repressivo e impositivo da ordem pelo Estado que eleva a punição do infrator ao auge da preocupação da justiça penal.

Bittencourt (19 – apud SALIBA, 2009, p. 109) conceitua a vítima no sentido jurídico-penal restrito como “[...] o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal”, e no sentido jurídico-penal amplo, como “[...] o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime”.

No sistema penal tradicional, a vítima fica relegada ao campo do Direito material, não sendo dada a devida importância às consequências do delito em sua pessoa. O Estado, elevado ao *status* de garantidor da ordem pública, se apropria da vontade das partes envolvidas no conflito, sob o argumento de que a infração ofende a sociedade e, portanto, a resposta independe da vontade da vítima.

Nesse sentido leciona o professor Claudio do Prado Amaral (2005 apud SALIBA, 2009, p. 110):

É voz corrente que o Direito Penal (ciência penal) nasce com a anulação da vítima e a concomitante tomada de posição do Estado como monopolizador solucionante dos conflitos sociais mais graves. Junto com esse processo de ‘publicação’ do ordenamento jurídico penal deu-se ao mesmo tempo o processo de ‘desvitimização’, que colocou o sujeito diretamente lesionado no nível de dispensável.

O mestre Marcelo Saliba (2009, p. 110) acrescenta que “ao delinquente é apresentado um aparato judicial ao seu favor, com garantias penais, constitucionais, processuais etc., restando ao ofendido a limitada condição de narrador dos fatos”. Diante dos procedimentos tradicionais do sistema penal, ao ser “deixada de lado”, a vítima é novamente vitimizada, uma vez que sofre “danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato” (CALHAU, 2000 apud SALIBA, 2009, p. 110-111).

Nesse sentido, Hulsman escreve que:

Para a vítima, a primeira consequência é que, ao entrar no aparelho de justiça, o seu problema deixa de lhe pertencer: não pode deter a ação pública, nem aceitar uma conciliação que poderia ajuda-la a compreender o que realmente aconteceu; não poderá opinar sobre a medida que deveria

ser aplicada ao autor; e ignorará tudo o que acontecerá a ela depois disso, apesar de que talvez não lhe desejasse tanto mal. Para o delinquente se configura a mesma situação de destituição: tudo o que acontecerá será friamente abstrato, não se lhe permitirá refletir sobre as consequências de seu ato para a vítima e, o que é mais importante, quando for liberado sentirá que já pagou pelo que fez, e que portanto nada aconteceu. (2004 apud SALIBA, 2009, p. 112)

O apoderamento da vontade da vítima pelo Estado acontece não só quanto ao interesse na persecução penal, mas também quanto ao afastamento do interesse em conciliar ou reconciliar com o agressor. Assim, “a opção é primeiro pela punição, depois pela pacificação e solução do conflito social. O crime é entendido como uma ofensa à ordem, e a única ‘expectativa que deve ser atendida dentro do processo é a satisfação da pretensão punitiva estatal’” (SALIBA, 2009, p. 111).

Por todo o exposto no presente tópico, vê-se claramente que a crise do modelo de sistema penal posto se deve, em parte, ao distanciamento da vítima, sendo o seu retorno indispensável para a sua legitimação. “A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo passa pela revitalização da vítima e de seus interesses” (SALIBA, 2009, p. 117).

#### 4. Conceito de Justiça Restaurativa

O psicólogo americano Albert Eglash é apontado como o primeiro a ter empregado a expressão “restorative justice” (JACCOUD, 2005, p. 165.), que, em português, significa Justiça Restaurativa.

A Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas (PINTO, 2011) define a justiça restaurativa como qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos. Seguindo, conceitua processo restaurativo como qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) ou círculos decisórios (*sentencing circles*).

O processo busca um *Resultado restaurativo* que é o acordo construído no processo restaurativo, que incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como, ainda, promover a integração da vítima e do ofensor. Nessa perspectiva, visa atingir uma compensação das consequências dos delitos.

O termo Justiça Restaurativa não é unânime, havendo outras designações para o procedimento, como, por exemplo, justiça restauradora, justiça reparadora, justiça reintegradora, justiça conciliadora, dentre outros. Dessas denominações, algumas hão de ser destacadas, haja vista os pontos em comum entre elas esboçados pelos mais diversos doutrinadores do tema. O dissenso existe muito mais pelas definições terminológicas do que pelo próprio conceito em si.

O termo justiça restaurativa tem se fortalecido no decorrer do tempo, tornando-se o mais usual e acertado dentre os já citados, fazendo compreender como parte do processo a inclusão da vítima, o ofensor e a comunidade no procedimento.

Conceituando a Justiça Restaurativa, Ramirez (2005 apud SALIBA, 2009, p. 145, grifo do autor) diz que:

Se trata de uma variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume em las três 'R': **Responsibility, Restoration and Reintegrations** (responsabilidade, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que assume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos com la sociedade a la que también se há dañado com el ilícito.

A problemática discussão quanto à conceituação de justiça restaurativa dificultava o respeito aos seus princípios, uma vez que a preocupação se instalava na falta de uma definição clara. Tony Marshall traz como marco inicial o conceito de que “la justicia restauradora es uno processo por el cual todas las partes que tienen um interes em una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro” (LARRAURI, 2004 apud SALIBA, 2009, p. 145).

A existência de conceitos em sentido *lato* e *stricto* de justiça restaurativa foi destacada por Azevedo (2005 apud SALIBA, 2009, p. 146), conceituando-a como uma “fusão dessas duas correntes”, portanto, uma:

proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

As conceituações de justiça restaurativa ganham força ao passo em que o sistema retributivo enfraquece sua legitimidade, notadamente em relação à distancia verificada entre as partes. No dizer de Ramírez (2005 apud Saliba, 2009, p. 146), tal deslegitimidade do paradigma retributivo ocasiona uma nova possibilidade – uma reprivatização do conflito, que não se trata de privatização da justiça sem Estado, mas pelo contrário, sendo a soma de justiça mais Estado mais organismos comunitários.

No Brasil, os princípios e valores da justiça restaurativa foram enunciados na cidade de Araçatuba/SP no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em abril de 2005. Do evento resultou um documento chamado Carta de Araçatuba, que, posteriormente, foi ratificado na Conferência Internacional Acesso à Justiça por meios Alternativos de Resolução de Conflitos, realizada em Brasília-DF, no documento chamado Carta de Brasília, tornando-se um

marco para o sistema restaurativo brasileiro. Segundo o Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília (2011), o documento elencou os seguintes princípios e valores:

- 1 – Plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolveram os participantes;
- 2 – Autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases;
- 3 – Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
- 4 – Co-responsabilidade ativa dos participantes;
- 5 – Atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades;
- 6 – Envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
- 7 – Interdisciplinaridade da intervenção;
- 8 – Atenção às diferenças e peculiaridades socioeconômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;
- 9 – Garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes;
- 10 – Promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
- 11 – Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
- 12 – Facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos;
- 13 – Direito ao sigilo e à confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
- 14 – Integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação;
- 15 – Desenvolvimento de políticas públicas integradas;
- 16 – Interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
- 17 – Promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas;
- 18 – Monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.

Tais princípios não são exaustivos, haja vista que a justiça restaurativa baseia-se na mobilidade enquadrando-se nos interesses envolvidos. Entretanto, tem sua delimitação mínima a fim de que suas características e fundamentos originais sejam preservados, de modo a não permitir que haja desvio das ideias que sedimentam o modelo.

A resposta de uma tutela efetiva e eficaz almejada tantas vezes no modelo tradicional de jurisdição do Estado, por conta do insucesso verificado na maioria das vezes, passa a ser buscada não apenas de forma vertical, mas horizontalmente, no momento em que as partes, consensualmente, buscam entre si solucionar o conflito com o auxílio de agentes do Estado (mediador, psicólogos, assistentes sociais etc.), a fim de conseguir a solução do conflito no caso concreto e, ainda, a paz social, à medida em que esse modelo torna-se integrado aos costumes e à cultura da sociedade.

A justiça restaurativa não se propõe ao fim retributivo-punitivo, mas em (r)estabelecer

um envolvimento entre as partes interessadas que compõem o litígio, na tentativa de encontrar a melhor resposta para o caso. Por esta razão, o modelo restaurativo é necessário e cooperativo.

Saliba (2009, p. 148) conceitua justiça restaurativa como:

Processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação.

A ênfase nas necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade sob o enfoque dos direitos humanos, valorizando-se o reconhecimento dos impactos sociais, são características da Justiça Restaurativa e, ainda, evitar que injustiças que possam decorrer do atual modelo repressor-punitivo. Vale ressaltar, que diante da falência do modelo formal de solução de litígios, não se tem obtido êxito quando se trata de ressocializar o apenado.

### 4.1. Modalidades de procedimentos envolvendo a Justiça Restaurativa

Existem diversos processos distintos que compõem a Justiça Restaurativa como a mediação vítima-ofensor (*Victim Offender Mediation*), a conferência (*conferencing*), os círculos de pacificação (*peacemaking circles*), dentre outros.

a) *Mediação vítima-ofensor* – são encontros que envolvem os sujeitos passivo e ativo do delito (vítima e agressor), assistidos por um facilitador capacitado, visando, essencialmente, construir e chegar a um acordo reparador;

b) *Conferências familiares* – nesses encontros, além da vítima e do ofensor, se incluem os familiares ou pessoas que sejam importantes para as partes, podendo, inclusive, contar com a participação da polícia ou agentes de liberdade provisória ou, ainda, assistentes sociais. Os membros da família do agressor são essenciais e tem papéis importantes nas conferências familiares. Esse modelo, de fato, é um favorecedor dos laços familiares importantíssimos para o sucesso dos encontros.

c) *Círculos de pacificação* – nesse modelo de encontro, o espaço de participação é ampliado e aberto. Além de incluir a vítima e o agressor, poderá participar qualquer pessoa que represente legitimamente a comunidade que tenha interesse em envolver-se no processo restauratório. Por vezes, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público poderão estar inclusos. Um círculo é formado e dá-se a oportunidade de falar a cada um dos participantes. Todas as pessoas que formam o círculo têm um tempo para falar e a oportunidade de escutar a todos que dele fazem parte. O objetivo desses encontros é chegar a consensos que consigam solucionar o problema.

A justiça restaurativa representa, na prática, a aplicação do modelo que, teoricamente, deveria se esperar da intervenção estatal em reação ao fenômeno delitivo, sintetizando na tentativa de que sejam conciliadas as justas expectativas da vítima, do infrator e da sociedade.

Tal modelo ressocializador, enfatiza a função reabilitadora da pena em relação ao infrator, juntando à resposta do Estado uma utilidade para o próprio infrator e, por via de

consequência, à própria sociedade. As práticas restaurativas, diante do baixo grau de eficácia dos modelos de intervenção já tentados, mostra-se como um inegável avanço científico-social, cujo ideal não deve ser abandonado, sob pena de não serem aperfeiçoados os sistemas de resposta estatal aos conflitos penais, tampouco serem equacionados os problemas verificados nesse modelo deficiente.

O caráter ambicioso e paradigmático do modelo restaurador, como plano de reação ao conflito, não pode ser enfraquecido por quem tem medo de enfrentar um velho problema com um novo paradigma. A resposta ao conflito por meios meramente formais já se mostrou ineficaz, justificando, por si só, a efetiva instauração e ampliação das práticas restaurativas, conciliando os interesses e expectativas das partes envolvidas, bem como os da sociedade, a saber, a pacificação social.

### 4.2. Alguns marcos relacionados à Justiça Restaurativa

Os estudos e projetos-piloto acerca da justiça restaurativa são recentes e datam a partir da década de 70 do século passado, como se vê abaixo:

1970/EUA – O Instituto para Mediação e Resolução de Conflito (IMCR) usou 53 mediadores comunitários e recebeu 1657 indicações em 10 meses.

1976/Canadá/Noruega – Criado o Centro de JR Comunitária de Victoria. No mesmo período na Europa verifica-se mediação de conflitos sobre propriedade.

1980/Austrália – Estabelecidos três Centros de Justiça Comunitária experimentais em Nova Gales do Sul.

1982/Reino Unido – Primeiro serviço de mediação comunitária do Reino Unido.

1988/Nova Zelândia – Mediação vítima-agressor por oficiais da condicional da Nova Zelândia.

1989/Nova Zelândia – Promulgada a “Lei Sobre Crianças, Jovens e suas Famílias”, incorporando a Justiça Penal Juvenil.

1994/EUA – Pesquisa Nacional localizou 123 programas de mediação vítima-infrator no país.

1999/Mundo – Conferências de grupo familiar de bem-estar e projetos piloto de justiça em curso na Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Grã-Bretanha, África do Sul.

2001/Europa – Decisão-quadro do Conselho da União Europeia sobre a participação das vítimas nos processos penais para implementação de lei nos Estados.

2002/ONU – Resoluções do Conselho Econômico e Social da ONU. Definição de conceitos relativos a JR, balizamento e uso de programas no mundo.

2005/Brasil – No Brasil, Ministério da Justiça e PNUD patrocinam 3 projetos de JR em Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília. Início do Projeto Justiça Século 21.

2005/Salvador – Em 2005 foi criado o Núcleo de Justiça Restaurativa, instalado no Juizado Especial Criminal localizado no bairro do Largo do Tanque.

2007/Porto Alegre – Em três anos de implementação do Projeto Justiça para o Século 21, registra-se 2.583 participantes em 380 procedimentos restaurativos realizados no Juizado da Infância e da Juventude. Outras 5.906 participaram de atividades de formação promovidas pelo Projeto.

## 5. Justiça Restaurativa

O emprego de atos típicos da justiça restaurativa não é novo, bem como não é isolado, como se verá a seguir.

### 5.1. No mundo

A utilização de procedimentos próprios da justiça restaurativa remonta a tempos muito antigos baseados nas tradições tanto dos povos orientais como também dos ocidentais. Tais práticas eram efeitos de princípios restaurativos, os quais fizeram parte da história dos povos, estando presentes nas suas culturas e tradições. Com o passar do tempo, naturalmente, tais práticas foram sendo modificadas por conta das mudanças comportamentais e sociais que naturalmente acontecem na sociedade, chegando à configuração do modelo de justiça criminal, que se conhece atualmente como Justiça Restaurativa.

Alguns dos principais movimentos pela implementação das práticas restaurativas aconteceram no ano de 1974, no Canadá, com o programa Victim-Offender Mediation (VOM), em que os agressores encontravam-se com as vítimas estabelecendo acordos reparativos, sendo o perdão e a reparação fundamentos do referido programa.

Outro dos mais importantes movimentos aconteceu na Nova Zelândia, em 1979, onde foi desenvolvido o *Children, Young, Persons and Their Families Act*, uma resposta ao tratamento recebido pelos menores delinquentes. Algumas décadas após, as práticas restaurativas constantes do programa foram incorporadas e implantou-se o *Family Group Conference*, um novo movimento com foco na resolução de conflitos não só com os menores, mas com toda a sociedade (MAXWELL, 2005, p. 279-293).

O fenômeno de um paradigma de justiça voltado para a comunidade e vítima, à medida que visa a reparação da agressão sofrida, trouxe de volta uma abordagem antiga no que se refere ao crime e seus efeitos nas partes envolvidas e na comunidade.

Segundo Marcos Rolim (2007), os procedimentos de justiça nas comunidades europeias na pré-modernidade eram tipicamente restaurativos.

Antes da ‘Justiça Pública’, não teria existido tão somente a ‘Justiça Privada’, mas, mais amplamente, práticas de justiça estabelecidas consensualmente nas comunidades e que operavam através de processos

de mediação e negociação, ao invés da imposição pura e simples de regras abstratas. O movimento da Justiça Comunitária em direção a um sistema público de Justiça Retributiva pôde ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica. Comunitária em direção a um sistema público de Justiça Retributiva pôde ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica.

Sica (2007, p. 22) aborda que as origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá, estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas, que habitam aqueles territórios, desde tempos remotos (o povo *maori* primeiro e os *aborígenes* e as *First Nations* no segundo), razão pela qual, pode se dizer que a hipótese de que o declínio das práticas restaurativas coincidiu com a consolidação dos conceitos de crime e castigo.

As práticas restaurativas passaram a ser adotadas com mais ênfase no final do século XX, sendo a Nova Zelândia um dos pioneiros da aplicação dos métodos restaurativos para solução das controvérsias judiciais. Sica (2008, p. 82) aponta que tal fato se deu em decorrência da “reivindicação da população *maori*, em vista da desproporcional taxa de encarceramento de membros dessa comunidade em relação à população de origem branca na aplicação de métodos menos invasivos no tratamento de menores infratores”.

O programa implementado na Nova Zelândia obteve enorme êxito quanto à prevenção, reincidência e reparação dos danos, inspirando países como a Argentina, Canadá e Reino Unido a também copiar esse sistema.

São também países que adotam a justiça restaurativa: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Escócia, Estados Unidos, Finlândia, França, Noruega.

### 5.2. No Brasil

O Código Penal Brasileiro instituído em 1940, e alterado por diversas leis posteriores, sofreu profunda alteração em 1984, na Parte Geral. Destacou-se a criação das penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Em 1998, por meio da Lei n. 9.714, ampliou-se consideravelmente o sistema das penas alternativas, não só admitindo sua aplicação a um número maior de infrações penais (crimes culposos e dolosos, cuja pena não ultrapasse 4 anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa), mas também aumentando a quantidade de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdições temporárias de direitos (com acréscimo, dentre essas, da proibição de frequentar determinados lugares), e limitação de fim de semana (arts. 45 a 48 do CP).

A mera tipificação ou imposição das sanções penais pelos dispositivos mencionados não foram suficientes para alcançar o êxito desejado na solução dos litígios criminais. Pelo contrário, a distância da norma ao fato social e aos sujeitos do crime culminou na falência de um sistema que não resolve o problema da reincidência criminal, não repara o dano sofrido e tem servido de porta de entrada para a vida no crime.

Diante do crescimento assustador da violência e da criminalidade, a sociedade contemporânea tem se mobilizado buscando novas possibilidades de enfrentamento do problema, não ficando de fora o Brasil.

Sem dúvida que, pela relativa eficácia do modelo tradicional, o embate com o problema criminológico demanda criatividade, na tentativa de conversão de um sistema repressor sem sucesso em um sistema que ofereça respostas adequadas e eficientes à violência e criminalidade.

A justiça restaurativa é perfeitamente compatível com ordenamento jurídico brasileiro. Fato que pode ser observado na Lei nº 9.099/95 em que apresenta a possibilidade de suspensão condicional do processo e a transação que flexibilizam os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Semelhantemente, nas infrações cometidas por menores, verifica-se o instituto da remissão, demonstrando considerável discricionariedade do órgão do Ministério Público.

Com as inovações trazidas pela Constituição de 1988, bem como a criação da supracitada lei, abriu-se uma porta na legislação brasileira permitindo a inclusão do modelo restaurativo no ordenamento jurídico sem que fossem necessárias consideráveis alterações legislativas.

A Carta Maior prevê, em seu art. 98, I, a possibilidade de conciliação em procedimento oral e sumário, de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os artigos 70 e 72 a 74 da Lei nº 9.099/95 preveem o modelo restaurativo na fase preliminar.

Os artigos mencionados acima dão ferramentas ao juiz para que oportunize a possibilidade de *composição dos danos e a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade* (art. 72), isto, em um procedimento que pode ser conduzido por um conciliador devidamente capacitado, não necessariamente um juiz.

Tais dispositivos podem ser interpretados extensivamente e com base na direção hermenêutica dada pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, são normas permissivas e que legitimam a dedução de que esse procedimento pode ser encaminhado a um Juizado Especial Criminal adotante de práticas restaurativas ou um Núcleo de Justiça Restaurativa.

Se, no caso levado a análise, for verificada a existência dos pressupostos de admissibilidade do processo restaurativo, sob o ponto de vista jurídico (consonância com a lei penal), é então encaminhado ao Núcleo de Justiça Restaurativa para que seja feita uma avaliação multidisciplinar e, convergindo-se sobre sua viabilidade técnica, prossiga nas ações preparatórias para o encontro restaurativo.

Outra porta para o procedimento restaurativo é para o caso de cometimento de crimes em que a pena cominada for igual ou inferior a um ano, ou ainda para qualquer tipo de crime e não apenas aos crimes cuja pena máxima seja de 2 anos (ou de 4 anos nos crimes cometidos contra idosos), aplicando-se o instituto da suspensão condicional do processo. Um exemplo seria no crime de estelionato em que a pena cominada varia de um a quatro anos, podendo ser alcançado pelo instituto referido.

Nas situações que admitam a suspensão condicional do processo, pode ser feito o encaminhamento ao Núcleo de Justiça Restaurativa, para que, conhecendo as condições legais obrigatórias para a suspensão do processo, ponha em prática o disposto no § 2º que permite a especificação de outras condições que poderiam perfeitamente ser definidas no encontro restaurativo.

Assim também, a Lei nº 9.099/95 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) recomendam implicitamente a utilização das práticas restaurativas, como se pode observar em vários de seus dispositivos, especialmente quando dispõe sobre a remissão (art. 126) e também no amplo rol das medidas socioeducativas elencadas no art. 112 e seguintes do ECA.

Como já mencionado, o processo restaurativo é possível também nos crimes contra idosos, por força do art. 94, da Lei n. 10.741/03 – o Estatuto do Idoso – dispondo que aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95.

Vale esclarecer que o procedimento restaurativo, ainda, não é expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal.

No modelo restaurativo é necessária a aceitação do procedimento pelas partes, não devendo ser imposto, razão porque o conciliador precisa ter capacitação em mediação restaurativa.

O desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil envolve uma administração da Justiça com foco em gestão social em que a população, especialmente ofensor e vítima, tem direito a uma prestação eficiente do serviço estatal, primado incluso na Constituição da República em seu artigo 37, aliada aos facilitadores treinados e capacitados para conduzir esse trabalho, respeitando sempre os direitos humanos, a dignidade das partes e demais princípios e valores do procedimento restaurativo.

No Brasil, os procedimentos da Justiça Restaurativa podem ser aplicados em Núcleos de Justiça Restaurativa e não apenas nas estruturas do Poder Judiciário, mas também em espaços comunitários, assim como já existem núcleos semelhantes em faculdades. Tal possibilidade visa oferecer um local neutro em que as partes ficariam mais a vontade para que se chegasse ao acordo. A estrutura desses núcleos seria formada por uma coordenação e um conselho multidisciplinar que, dividido em seções ou câmaras restaurativas, reunir-se-iam às partes e facilitadores. Um grupo auxiliar é necessário, sendo esse formado por um apoio administrativo e outro de segurança.

O apoio da estrutura governamental é imprescindível, uma vez que os facilitadores do processo restaurativo encaminhariam as partes, quando necessário, aos programas sociais de apoio que, unidos às empresas e às organizações não governamentais, operariam em uma rede social implementando medidas que visassem o pacto volitivo entre as partes e, consequentemente, à pacificação social refletida em toda a sociedade.

### 5.3. Na Bahia

A Bahia é pioneira na aplicação da Justiça Restaurativa. Em 2005 foi criado o Núcleo de Justiça Restaurativa, instalado no bairro do Largo do Tanque, em Salvador. Sob a coordenação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o núcleo funciona em ação colegiada entre o Sistema de Juizados Especiais, o Ministério Público do Estado, a Ordem dos Advogados do Brasil (Seção Bahia), Defensoria Pública e Secretaria de Segurança Pública. Segundo o núcleo, estima-se que 70% dos casos são resolvidos consensualmente por meio de acordos restaurativos entre as partes. O procedimento consiste na realização de encontros entre vítima e ofensor, sob a supervisão de equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais voluntários. Para o caso de as partes não aceitarem usar o modelo restaurativo ou não haja possibilidade de acordo com consequente homologação pelo juiz, a ação segue o rito das vias tradicionais.

Em abril de 2010, magistradas ligadas ao projeto participaram do 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal para difundir a prática. O evento oficial, realizado na capital baiana, reuniu cerca três mil participantes de 102 países – e da Palestina – e teve como tema principal “Estratégias Globais para Desafios Globais: A Prevenção do Crime e o

Desenvolvimento dos Sistemas de Justiça Criminal em um Mundo em Transformação”.

No mesmo mês e ano, a Bahia também sediou a II Conferência Internacional de Penas e Medidas Alternativas, com a presença de várias autoridades e juristas da Bahia e de outros Estados. No evento foram discutidas penas e medidas alternativas à prisão como formas de prevenção ao crime e justiça criminal. O evento contou com a presença de ilustres expoentes do Direito.

## 6. Diferenças entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Comum

O professor Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 24-27) sintetiza em formato tabular os valores, procedimentos, resultados e efeitos dos dois modelos de justiça criminal em relação à vítima e ao infrator:

A justiça restaurativa tem sido praticada com base em princípios e valores com características próprias diferindo do modelo retributivo, como visto a seguir:

### Quadro 1 – Valores

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA                                                                                                  | JUSTIÇA RESTAURATIVA                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Conceito jurídico-normativo de Crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado – Unidisciplinariedade        | Conceito realístico de Crime – ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos – Multidisciplinariedade      |
| Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal | Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa                    |
| Culpabilidade Individual voltada para o passado – Estigmatização                                                     | Responsabilidade pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro |
| Uso Dogmático do Direito Penal Positivo                                                                              | Uso Crítico e Alternativo do Direito                                                                         |
| Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidades afetadas – desconexão                 | Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões                                             |
| Monocultural e excludente                                                                                            | Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)                                                    |
| Dissuasão                                                                                                            | Persuasão                                                                                                    |

Fonte: (PINTO, 2005, p. 24)

A diferença elementar entre os dois modelos estudados, no que se refere à parte procedimental, fica demonstrada quando um exige uma rigidez em sua formalidade, enquanto que no outro há uma flexibilização dos procedimentos, como se vê adiante:

**Quadro 2 – Procedimentos**

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA                                                                                                                | JUSTIÇA RESTAURATIVA                                                                                                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ritual Solene e Público                                                                                                            | Comunitário, com as pessoas envolvidas                                                                                |
| Indisponibilidade da Ação Penal                                                                                                    | Princípio da Oportunidade                                                                                             |
| Contencioso e contraditório                                                                                                        | Voluntário e colaborativo                                                                                             |
| Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias                                                                  | Procedimento informal com confidencialidade                                                                           |
| Atores principais<br>– autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito                                             | Atores principais<br>– autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito                                |
| Processo Decisório a cargo de autoridades (Policial, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito)<br>– Unidimensionalidade | Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade)<br>– Multidimensionalidade |

Fonte: (PINTO, 2005, p. 25)

Nem sempre o resultado almejado é o resultado alcançado. No entanto, observa-se que um foca em coibir a reincidência e punir, enquanto que o outro em restaurar o *status quo* ao delito praticado. Como se vê:

**Quadro 3 – Resultados**

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA                                                                                            | JUSTIÇA RESTAURATIVA                                                                                                                                              |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Prevenção Geral e Especial<br>– Foco no infrator para intimidar e punir                                        | Abordagem do crime e suas consequências – Foco nas relações entre as partes, para restaurar                                                                       |
| Penalização, penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa<br>– Estigmatização e discriminação | Pedido de desculpas, reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais<br>– Restauração e inclusão |
| Tutela Penal de Bens e Interesses, com a punição do infrator e proteção da sociedade                           | Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator                                                                                                        |

## ENTRE ASPAS

|                                                                                                                                                           |                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminoso – ou – penas alternativas ineficazes (cestas básicas) | Proporcionalidade e razoabilidade das obrigações assumidas no acordo restaurativo |
| Vítima e infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização secundária                                                                      | Reintegração do infrator e da vítima prioritárias                                 |
| Paz Social com Tensão                                                                                                                                     | Paz Social com Dignidade                                                          |

Fonte: (PINTO, 2005, p. 25-26)

Um breve retrato visualizado por meio desse quadro demonstra quão opostos são os efeitos provocados à vítima por cada um dos sistemas penais.

### Quadro 4 – Efeitos para a vítima

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA                                                                                                                                   | JUSTIÇA RESTAURATIVA                                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo.<br>Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa | Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa. |
| Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado                                                                 | Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação                                   |
| Frustração e ressentimento com o sistema                                                                                                              | Tem ganhos positivos. Suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade           |

Fonte: (PINTO, 2005, p. 26)

Segundo o quadro abaixo, o procedimento restaurativo se mostra mais humano do ponto de vista em que há uma tentativa de diálogo com a pessoa do infrator, buscando a sua responsabilização voluntária quanto ao delito cometido, almejando também a sua não dessocialização.

### Quadro 5 – Efeitos para o infrator

| JUSTIÇA RETRIBUTIVA                                   | JUSTIÇA RESTAURATIVA                                                                    |
|-------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| Infrator considerado em suas faltas e sua má formação | Infrator visto no potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito |

|                                                           |                                                                                |
|-----------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| Raramente tem participação                                | Participa ativa e diretamente                                                  |
| Comunica-se com o sistema pelo advogado                   | Interage com a vítima e com a comunidade                                       |
| É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima   | Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima     |
| É desinformado e alienado sobre os fatos processuais      | É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão |
| Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato | É inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade               |
| Fica intocável                                            | Fica acessível e se vê envolvido no processo                                   |
| Não tem suas necessidades consideradas                    | Suprem-se suas necessidades                                                    |

Fonte: (PINTO, 2005, p. 27)

## 7. Conclusão

A crise do sistema carcerário brasileiro demonstra a necessidade de políticas públicas que visem tratar os problemas e reflexos existentes na política penal, uma vez que o atual modelo – o retributivo-punitivo – por si só, não basta para tratar essa chaga social presente no país.

Experiências realizadas em vários países do mundo, tanto subdesenvolvidos quanto desenvolvidos, descritas no presente trabalho, demonstram a satisfação social que ocorre quando utilizado os métodos da Justiça Restaurativa na mediação dos conflitos, especialmente na esfera penal.

Os procedimentos restaurativos demandam um ambiente favorável à reparação dos danos e à reconciliação das relações entre autor do fato, vítima e a sociedade. Tais procedimentos devem ser realizados por uma equipe multidisciplinar, composta preferencialmente por profissionais do Direito, psicólogos e assistentes sociais, desde que com qualificação técnica específica para a matéria.

A justiça restaurativa possui caráter preventivo e educativo, destacadamente em relação a adolescentes e jovens, mas não apenas, prevenindo futuras ocorrências.

Ainda que não haja no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica quanto aos procedimentos restaurativos, sua implementação já ocorre com fulcro na Lei dos Juizados Especiais Criminais, no Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio Código Penal em seu artigo 44, quando trata das penas restritivas de direito.

Inegavelmente, a implementação das práticas restaurativas possibilita a recomposição dos danos, sejam eles materiais ou morais, e mais, a inclusão social do cidadão seja na pessoa

do infrator, seja na pessoa da vítima, uma vez que o primeiro assume a responsabilidade pelo fato e o repara, e o último tem o seu bem reconstituído e verifica a resposta que espera do Estado. Os reflexos dessa composição bem sucedida são sentidos amplamente pela sociedade.

Diante de todo o exposto, imprescindível se faz a implementação de modelos alternativos e descarcerizantes que possam atuar alternativa e complementarmente ao modelo tradicional de justiça penal.

### Referências

---

JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine (Org.) et al.. *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. *Justiça restaurativa. Coletânea de artigos*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. In SLKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e Pinto, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. P. 279-293.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa*. O paradigma do encontro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1496, 6 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238>>. Acesso em: 06 ago. 2007.

ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa: Para Além da Punição*. Disponível em: [http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Marcos\\_Rolim\\_Justica\\_Restaurativa.pdf](http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Marcos_Rolim_Justica_Restaurativa.pdf). Acesso em: 10 out. 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. 22. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## A FUNÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DA LEGITIMIDADE AO *LOBBY*

*[...] não é um trabalho sobre filosofia ou sociologia do Direito, nem o de um técnico do Direito com preocupações dogmáticas. [...] O que me encorajou para este propósito foi a convicção de que o futuro tenderá para uma destas duas alternativas. Ou seremos incapazes de minimizar os efeitos destrutivos do sistema capitalista, o que determinará desagregação e ruptura. Ou lograremos recuperar poder político para a sociedade (o espaço do homem comum) com o que se fará possível fixar limites e impor diretivas ao processo econômico e às atividades de governo, colocando-as a serviço dos homens e não obsessivamente voltadas para o lucro, a produtividade e a eficiência. Este resultado somente se logrará se, majoritariamente, os atores sociais adquirirem a capacidade de se posicionarem criticamente diante dos acontecimentos, atitude viável apenas quando se tem competência para decodificar o discurso do poder instituído. (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 01).*

### Frederico Magalhães Costa

Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especializando em Direito Público.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a compreender a proposta de regulação do *amicus curiae* constante no anteprojeto de reforma do código de processo civil brasileiro elaborada pela comissão de juristas instituída pelo Senado Federal. Para cumprir tal objetivo, procederemos à descrição das origens do referido instituto; em seguida, destacaremos a relação entre a sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio e o fenômeno da judicialização da política; e, por fim, desvelaremos o paradigma jurídico-filosófico em que se funda o anteprojeto sob análise, para, então, compreender a função que assume no contexto da reforma do *codex* processual.

**Palavras-Chave:** *Amicus Curiae*. Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Poder Judiciário. Legitimidade da Jurisdição. *Lobby* Político.

### 1. Introdução

Após mais de vinte anos do processo de redemocratização do Brasil, a necessidade de constitucionalizar o direito<sup>1</sup> e, sobretudo, empreender força normativa<sup>2</sup> à Constituição de 1988 – diante da perda de legitimidade das instâncias políticas tradicionais e dos efeitos da (cons-

tante) crise mundial do Estado de Bem-Estar Social – tornou o Poder Judiciário o muro das lamentações<sup>3</sup> dos brasileiros. Reflexo disso, a Emenda Constitucional n. 45/04 veio a estender<sup>4</sup> ainda mais a competência do Poder Judiciário no sentido de abarcar, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis, de modo que questões de feição notadamente política foram aos poucos sendo transferidas para o Terceiro Poder<sup>5</sup>.

Em apertadíssima síntese<sup>6</sup>, é desta conjuntura que emerge o fenômeno da *Judicialização da Política*<sup>7</sup>, legatário da necessidade de garantir o projeto constitucional por meio de provimentos jurídicos, em detrimento da esfera política reservada ao Executivo e ao Legislativo.

Contudo, se de um lado reputa-se inquestionável a legitimação das lideranças dos poderes Executivo e Legislativo por ser obtida democraticamente nas urnas; de outro, pairam dúvidas acerca da legitimidade (das decisões) dos atores do Poder Judiciário, tendo em vista o deslocamento da esfera de decisão do espaço político para o espaço jurídico. Pois bem, é no contexto da manutenção/renovação da confiança na Jurisdição que os legisladores brasileiros pretendem expandir a presença do *amicus curiae* importado do *judicial review* norte-americano.

Com efeito, o “amigo da corte” já angaria notabilidade<sup>8</sup> nas instâncias superiores do judiciário brasileiro ao permitir, sob o crivo do Ministro Relator, a manifestação de entidades da sociedade civil. Notadamente, no processo objetivo de controle de constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, a presença dos *amici* tem sido uma constante, sobretudo, em função da necessidade de (justificar e) democratizar (os julgamentos políticos d)a jurisdição constitucional à luz da teoria político-filosófica procedimental-pluralista<sup>9</sup>.

O PLS 497/09, Anteprojeto do Código de Processo Civil (NCPC), apresentado pela comissão de juristas instituída pelo Senado Federal não foge deste contexto. Pretendem os parlamentares, por meio desta reforma, estender a aplicação do *amicus curiae* para além dos espaços da Colenda Corte Cidadã e do Sodalício Tribunal Supremo, delineando com maior precisão o programa normativo<sup>10</sup> deste instituto.

Ou seja, para legitimar a atividade jurisdicional, o projeto visa permitir aos órgãos julgadores de todas as competências dentro da jurisdição brasileira compartilhar com outros intérpretes da constituição a base de vivências valorativas<sup>11</sup> intrínsecas ao complexo ato de julgar.

Com vistas a compreender este fenômeno e o (con)texto em que se insere a referida Reforma, o presente estudo propõe-se a desvelar<sup>12</sup> a função exercida pelo *amicus curiae* na jurisdição brasileira, respondendo às questões que seguem abaixo:

I) Qual a origem do *amicus curiae*?

II) Quando se deu a sua recepção pela legislação e pela jurisprudência pátria?

III) Qual a relação entre os “*amicus curiae*” e a legitimidade da jurisdição?

IV) A extensão da participação do *amicus curiae* pelo artigo 322 do NCPC nos processos judiciais de competência ordinária do poder judiciário brasileiro representa um avanço ou um retrocesso?

## 2. Origens do *amicus curiae*

A origem do *amicus curiae* é objeto de controvérsia entre os estudiosos do Direito.

Parte dos doutrinadores afirma que se constitui como institucionalização da *praxis* jurídica da Roma Imperial que remonta ao *Consilium*<sup>13</sup> e ao processo da *Extraordinária*

*Cognitio*<sup>14</sup>. Enquanto outros afirmam tratar-se tradição consolidada entre os séculos XIV e XVI pelo direito inglês<sup>15</sup>, cujo amadurecimento verificou-se na jurisprudência das “13 Colônias” a partir do século XVII.

Em que pese as diferenças apontadas pelos autores e as filigranas decorrentes das pesquisas históricas<sup>16</sup>, cumpre ressaltar que a função<sup>17</sup> e a composição<sup>18</sup> dos *amici curiae* eram muito semelhantes em ambos os casos, qual seja, **prestação à magistratura de auxílio técnico-jurídico por sujeitos estranhos à lide e sem interesse na causa**.

Importa destacar, por outro lado, que ambos se diferenciaram da evolução ocorrida nos Estados Unidos da América – paradigma relevante para a compreensão do NCPC. Na tradição norte-americana, conforme aponta Del Prá, o “*friend of the court*” significou a democratização do processo judicial, porquanto a regra dos *stare decisis* implicava que as consequências das decisões ultrapassavam a esfera de direito dos litigantes e o *Adversary System* fundado no *trial by duel*<sup>19</sup> implicava na impossibilidade de que sujeitos possivelmente afetados com a consolidação de um precedente pela corte não tivessem a chance de se manifestar sobre a matéria<sup>20</sup>.

Como inexistia a intervenção de terceiro no sistema jurídico processual norte-americano (*trial by duel*), o *amicus curiae* surgiu como resposta ao dilema da sujeição jurídica de interessados que não poderiam figurar no processo, constituindo-se como verdadeira intervenção apta a evitar, outrossim, práticas de natureza fraudulentas ou colusivas<sup>21</sup>.

Destarte, a natureza de desenvolvimento dos *amici curiae* nas terras americanas do norte constituiu-se como intervenção notadamente parcial, sobretudo, tendo em vista os efeitos prospectivos representados pelos precedentes judiciais.

Ou seja, a atuação do *amicus curiae* evoluiu “da mera e desinteressada prestação de informações sobre, v. g., a morte de uma das partes, até a profícua e combativa participação na defesa de interesses de toda a coletividade”. (DEL PRÁ, 2008, p. 29).

Outrossim, nos dizeres de Claudia Paiva:

A participação de grupos de interesse é assumidamente *lobby judicial* nos Estados Unidos e uma grande diferença é o fato de os grupos de interesse necessitarem ajuizar várias ações em vários estados americanos com o objetivo de que alguma acabe chegando à Suprema Corte. (SILVA, 2008, p. 98)<sup>22</sup>.

Ora, se o *amicus curiae* ao surgir no direito romano e evoluir com o direito inglês atuava sem interesse na causa, caracterizando-se pela função informativa ao apontar precedentes, argumentos de direito ou questões de fato que auxiliassem o juízo por desconhecimento das partes ou da própria corte; a sua incorporação pelas 13 Colônias significou a consolidação de natureza diversa, notadamente assumindo feição de lobby em favor de uma das partes e transformando o *amicus curiae* “em verdadeiro instrumento de estratégia judicial em defesa de um dos lados específicos envolvidos na disputa”<sup>23</sup>.

Destarte, a presente arqueologia (resumida) das funções do *friend of the court* pode esclarecer algumas das diversas (in)compreensões acerca da natureza jurídica deste instituto. Trata-se de questão relevante, posto que, no Brasil, há doutrinadores que afirmam se tratar de uma “espécie de perito”, outros compreendem constituir-se como *custus legis*<sup>24</sup>, havendo também quem defenda se tratar de terceiro interessado<sup>25</sup> ou fale em auxiliar do juízo<sup>26</sup>.

Conquanto o desdobramento de tais questões constitua preocupação pertinente, estas

linhas não vislumbram compreender a natureza jurídica do *amicus curiae*, nem questões procedimentais atinentes ao prazo de manifestação, à possibilidade de dilação probatória ou à legitimidade recursal dos *amici*, sob pena de repetirmos a bibliografia já publicada sobre o tema<sup>27</sup>.

Com isto quer-se dizer que o presente estudo se presta, em maior grau, a outro objeto: questionar a função exercida pelo “*amicus curiae*” na jurisdição pátria, sobretudo no sentido de compreender o movimento da reforma legislativa que pretende estender sua aplicação. Nesse caminho, importa situar o paradigma legislativo e jurisprudencial em que se insere tal instituto no Brasil, para, em seguida, desvelar a referida função no contexto brasileiro.

### 3. Introdução do *amicus curiae* no direito brasileiro

Fredie Didier afirma que as primeiras legislações brasileiras a disciplinar a atuação do *amicus curiae* foram as Leis n<sup>os</sup> 6.385/76<sup>28</sup> e 8.884/94<sup>29</sup>, cujo rol de entidades legitimadas era limitada, respectivamente, à participação necessária da Comissão de Valores Mobiliários e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos processos que versavam matérias de sua competência.

Além desses diplomas normativos, podem-se mencionar as Leis n<sup>os</sup> 9.269/96<sup>30</sup>, 9.469/97<sup>31</sup>, 10.259/01<sup>32</sup>, 11.417/06<sup>33</sup>, 11.418/06<sup>34</sup> e 11.672/08<sup>35</sup>. Não interpretaremos todas estas<sup>36</sup>, posto que as regras mais relevantes para o presente estudo são as que constam nas Leis n<sup>os</sup> 9.868/99 e 9.882/1999, sobretudo por abarcarem disposições sobre a atuação dos *amici curiae* no processo objetivo de descumprimento de preceito fundamental e de controle abstrato de constitucionalidade.

Esses dois últimos diplomas normativos criaram requisitos para a admissão do *amicus curiae* no *judicial review* brasileiro, quais sejam: “pessoas com experiência na matéria e a representatividade do postulante”. Outrossim, consolidaram-se como relevante abertura do processo de controle de constitucionalidade das normas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Isso porque a natureza objetiva dos processos de controle de constitucionalidade – à semelhança do *trial by duel* norte-americano – não admitia a intervenção de terceiros, conforme vedação dos artigos. 7º e 18 da Lei nº 8.686/99 – ora mitigado –, além de permitir um rol extremamente limitado de entidades legitimadas para propositura de tais ações.

Com a promulgação das referidas leis, o legislador ordinário admitiu no curso do processo objetivo, “considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes” (§2º, do art. 6º, da Lei nº 9.868/99), a possibilidade de manifestações de pessoas e entidades que não figuravam no rol taxativo dos legitimados para a propositura das ADIN’s, ADC’s e ADPF’s.

No âmbito jurisprudencial, a decisão que pela primeira vez reconheceu a participação do *amicus curiae* em um processo abstrato é da lavra do ministro Celso de Mello.

Não se pode desconhecer, neste ponto – e nem há possibilidade de confusão conceitual com esse título –, que o órgão da Assembléia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, e sem assumir a condição de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, **veiculam informações ou meros subsídios destinados a esclarecer** repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico, e na esfera do convívio familiar, tem representado

no Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar <sup>37</sup>. (grifo nosso).

Da leitura desta decisão, compreende-se que, à época, o ministro entendeu predominar a **função informativa** na atuação do amigo da corte. Já em 2000, as **funções informativa e legitimadora** caracterizavam a atuação do *amicus curiae* nas decisões desta corte. É o que se depreende da decisão do Ministro Gilmar Mendes:

A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que **o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia**, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, **superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte**, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade<sup>38</sup>. (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), patrono da cidadania, a partir da tradição instituída pelo Supremo, passou a admitir a referida figura processual por aplicação analógica em alguns processos, ressalvando, porém, que tal admissão se fazia em caráter excepcional.<sup>39</sup>

Em que pese as ressalvas, nos dizeres do ministro Gilmar Mendes, tal instituto permite “decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”, conferindo, assim, um “caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade”.<sup>40</sup> Foi neste sentido que o ministro ratificou em decisão o quanto doutrinado:

A prática do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.<sup>41</sup>

Do exposto, compreende-se que a intervenção do *amicus curiae* afigura-se como tema de indiscutível relevância no controle de constitucionalidade, especialmente em razão do seu “potencial pluralizador” do debate constitucional, em uma dimensão inclusivo-participativa. Resta compreender o seu **potencial legitimador** e como se processa na reforma em discussão.

#### 4. A legitimidade da jurisdição e o *amicus curiae*

A abertura da jurisdição constitucional para as manifestações do *amicus curiae*, segundo a doutrina majoritária<sup>42</sup>, representa um dos meios para a ampliação do coeficiente de legitimidade das decisões do STF, dado o papel que este exerce na solução dos conflitos democráticos.

Essa necessidade crescente de legitimação, segundo aponta a doutrina, fez com que o STF encontrasse vias de abertura procedimental, por meio de diversos instrumentos, dentre os quais o *amicus curiae* e as audiências públicas assumem papel de destaque, com vistas a aproximar da sociedade civil o exercício de sua função precípua de guardião da Constituição.

Corroborando tal entendimento, no que toca às cortes constitucionais, leciona o professor alemão Peter Häberle, pugnando por uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição<sup>43</sup>. Tratar-se-ia do *locus* de realização e de concretização permanente do projeto constitucional em processo contínuo no qual a opinião pública exerce a influência central.

Segundo ele, a assunção de um Estado Democrático de Direito cuja Hermenêutica Constitucional vise à compreensão da Constituição levanta a exigência de uma sociedade aberta de intérpretes, na qual cada sujeito é destinatário da norma constitucional e igualmente o seu intérprete, em um processo contínuo de (re)construção do seu sentido em detrimento de uma sociedade fechada de intérpretes, preocupada e direcionada a aceitar a interpretação decorrente das virtudes dos magistrados – principalmente dos membros dos Tribunais e Cortes Constitucionais. Ou seja,

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência necessária, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action*.<sup>44</sup>

Desta forma, compreende-se que das funções exercidas pelo *amicus curiae*, a preponderante se vincula à legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, sob o manto da ampliação dos intérpretes da constituição. Ou seja, a função informativa – supostamente imparcial para boa parte da doutrina – subjaz à função legitimadora.

Resta saber se se trata de legitimação pelo procedimento ou da procedimentalização da legitimidade<sup>45</sup>. Isso porque se de um lado a abertura da jurisdição constitucional ao *amicus curiae* representa a ampliação do coeficiente de legitimidade das decisões – notadamente do Supremo<sup>46</sup> –, de outro, o histórico norte-americano aponta para um uso estratégico de suas intervenções. Conforme aponta Cláudia Paiva:

Apesar da intenção de democratizar a interpretação constitucional, admitindo a participação daqueles que atuam como “pré-intérpretes do complexo normativo constitucional”, como cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, sistema público e a opinião pública, de acordo com Gilmar Mendes na apresentação do livro de Peter Häberle, não há, entretanto, dez anos após a positivação do instituto, participação efetiva da sociedade. Dessa forma a real função da participação de *amici curiae* no STF não é a função pretendida (...) sendo assim, parece que a verdadeira função do *amicus curiae* no Brasil foi dar legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, se tratando apenas de um ins-

trumento – a audiência pública é outro – para dar legitimação da interpretação constitucional pelo procedimento.

Desta forma, se de um lado pode-se compreender a expansão dos *amici curiae* como uma forma de legitimação vindicada pelos mais diversos atores sociais em favor de um procedimento que amplie o acesso à jurisdição, com abertura dialógica para emissão, recepção plural de opiniões em questões que os ultrapassam interesses dos demandantes; de outro se pode associá-la à burocratização da expressão do poder político, notadamente caracterizando a procedimentalização da legitimidade decorrente da atuação política tradicional.

Resta compreender em que sentido segue a reforma do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

### 5. O art. 322 do novo CPC: avanço ou retrocesso?

Imbuída do propósito de estender a legitimidade da jurisdição e ampliar a participação da sociedade civil nos demais processos, a Comissão de Juristas encarregada do Anteprojeto do Código de Processo Civil constituída pelo Senado tratou de disciplinar a intervenção do *amicus curiae*, estendendo sua aplicação para todas instâncias e jurisdições. Assim dispõe o artigo 322 do PLS 497/09:

#### Seção IV Do *amicus curiae*

Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

De logo, deve-se mencionar que a questão atinente aos (des)méritos da reforma que ora se compreende não é inédita na doutrina. Com efeito, o processualista Carlos Del Prá apresentou críticas pertinentes quanto à redação deste artigo, no tocante aos critérios para admissão do *amicus curiae* no processo pelo magistrado, sendo mais angustiantes e relevantes as que se referem à “representatividade adequada” e ao dever de publicidade inerente aos processos cuja repercussão social enseje a participação do *amicus curiae*<sup>47</sup>.

Segundo este doutrinador, não caberia falar em representatividade adequada, por suposto que não há interesse a ser defendido pelo *amicus curiae*. Contudo, tal crítica nos parece equivocada, posto que o auxílio hermenêutico prestado pelos *amici curiae* é imbuído de sentido, orientação determinada, e, por óbvio, assume um posicionamento que se traduz, ao menos mediatamente, em interesse próprio.

Quanto à necessidade de publicizar a demanda, no sentido de que os interessados se manifestem, compreende-se adequada tal crítica, porém, desde que se assuma que a função dos *amici curiae*, em todos os graus de jurisdição se insere na esfera da disputa de interesses e não sob o manto da neutralidade legitimadora da sociedade aberta aos intérpretes da consti-

tuição. Ou seja, se requer que o paradigma da participação/intervenção se desloque da função legitimadora para a feição *lobbista* assumida pelo *amicus curiae* e, por suposto, da jurisdição.

### 6. Conclusão: retrocesso

Com o esvaziamento do espaço público e o insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil, verifica-se o deslocamento da cidadania rumo à jurisdição. Sob o argumento de que a politização do Judiciário possibilita acesso ao cidadão comum, supostamente não representado politicamente, alimenta-se o discurso da legitimação do poder judiciário em detrimento das demais esferas de construção do espaço político. Se os constituintes já interpretaram o Brasil ao (co-)instituir a Constituição Federal de 1988, seria a hora de transformá-lo por meio dos advogados, defensores, juízes e membros do *parquet*?<sup>48</sup>

**Não!** Importa compreender que a liberdade é o mote do ator político no momento da construção das leis e das políticas públicas nas esferas tradicionais da política, enquanto a atividade jurisdicional importa em submissão do processo decisório de questões públicas à consciência da magistratura e à burocratização de procedimentos; além de implicar em altos custos decorrentes do esvaziamento dos espaços legítimos de construção política.

Conforme leciona brilhantemente Calmon de Passos:

A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos em sua interação com os fatos econômicos. Ao Direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado. O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase exclusivamente um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 51).

É neste contexto de legitimação da jurisdição enquanto espaço privilegiado para tutela de interesses coletivos, consolidação da cidadania e (re)construção das leis que se insere a discussão acerca da ampliação do instituto *amicus curiae*.

Ademais, em oposição ao caráter legitimador da jurisdição por meio da suposta abertura “democrática” aos intérpretes da constituição, são notáveis as lições decorrentes do modelo da *Suprem Court* que constituiu o *amicus curiae* em fiel *amigo da parte*, por realizar ele verdadeiro *lobby jurídico*, o que vem imprimindo, em detrimento dos demais espaços políticos, nova rodada de discursos parlamentares/constitucionais por ocasião da lide.<sup>49</sup>

Com efeito, reputa-se frágil a defesa do instituto do *amicus curiae* sob o discurso da sua falta de interesse, sobretudo quando as experiências jurídicas norte-americanas confirmam que os *amici curiae* se valem de conflitos alheios para consolidar precedentes que lhes favoreçam, garantindo interesses próprios sem os custos inerentes ao processo.

Doutranto, em específico no que toca à presente reforma, às partes adiciona-se o ônus de oferecer oposição aos argumentos e manifestações dos “amigos da corte”, ampliando a complexidade da resolução do caso pelo órgão julgador, bem como o tempo das partes sob pressão, afetando consideravelmente a duração razoável do processo<sup>50</sup>.

Nesse sentido, em que pese seja pacífico o discurso corrente de constitucionalistas e processualistas em favor da extensão do *amicus curiae* para os demais graus da jurisdição, a sua função principal, qual seja, legitimar a jurisdição constitucional, restará maculada, sobretudo, porque de amigo da corte, passará a amigo da parte, transformando as cortes e todos os demais órgãos julgadores em novo palco das selvagerias inerentes ao *lobby político*.

### Referências

---

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAVID, René *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008

\_\_\_\_\_. Primeiras Impressões Sobre a Participação do *Amicus Curiae* Segundo o Projeto do Novo Código de Processo Civil (art. 322). *Revista de Processo*. vol. 194. p. 307-315. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos similares – o *amicus* e o *vertreter des öffentlichen interessen*. In. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 29, n. 117, set-out 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

KRISLOV, Samuel. The *Amicus Curiae* Brief: from friendship to advocacy. *Yale Law Journal*. Yale University Press, n.72, p. 695, 1963.

LARENZ, Karl. *Metodologia Da Ciência Do Direito*. Trad. José Lamago. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Livro XI. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SILVA, João Baptista. *Processo romano: instrumento de eficácia jurisdicional*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

VIANNA, Luís Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

### Notas

---

1. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360 e ss.
2. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.
3. GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 102.
4. Com efeito, trata-se de estender tendo em vista que no “Brasil, essa possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional n. 16/65 (controle principal e concentrado)” (BARROSO, op. cit., p.385)
5. MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Livro XI. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 171.
6. A redução a um parágrafo das explicações atinentes às causas e consequências do fenômeno da judicialização da política no Brasil deve-se tão somente à questão pragmática de adequar o presente estudo à limitação de linhas e páginas, acertadamente, imposta pelo edital.
7. Para aprofundamento no tema, cf. CASTRO, Marcus Faro de. Política e Economia no Judiciário: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos. *Caderno de Ciência Política da UNB*, nº7, 1993; FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo: Malheiros, 1993; NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Ed. Acadêmica: São Paulo, 1994; VIANNA, Luís Werneck.

*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47-70; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In *Revista Atualidades Jurídicas*, nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 15/01/12

8. A expressão deste instituto é de tal força que o ministro Gilmar Mendes ao fazer a abertura da sessão de julgamento do aborto de fetos anencefálicos aventou a possibilidade de adiar a decisão mesmo após 08 anos de tramitação do processo no Supremo Tribunal Federal. Notícia disponível em << <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-04-11/anencefalia-gilmar-mendes-diz-que-julgamento-e-um-dos-mais-importantes-dos-ultimos-anos> >>. Acesso em 04.07.2012.

9. Dentre os teóricos do procedimentalismo que atribuem um papel essencial à Jurisdição Constitucional, cf HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997; e NONET, Phillippe, SELZINICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010; Para um olhar crítico sobre tais teorias, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; e GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

10. MULLER, Friedrich. *Apud* CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1078.

11. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Goubaarasuihu: 3ª ed., 1997, p. 173

12. Trata-se aqui de desvelamento ínsito à hermenêutica filosófica, matriz teórica que fundamenta os pensamentos do autor. Para melhor compreensão: STEIN, Ernildo. *Seis ensaios sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 10-11. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5.ed. Petrópolis:Vozes, 2011 p. 202-214. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes. 2002, p. 231 e ss.

13. Cf. CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos similares – o *amicus* e o *vertrer des offentlichen interesses*. In. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a. 29, n. 117, set-out 2004.

14. Conforme leciona o romanista João Batista, no império romano, figurava como *amicus curiae* um conselho “permanente, formado de pessoas especializadas no conhecimento jurídico e que recebiam dos magistrados remuneração para exercer sua função”. (SILVA, João Baptista. *Processo romano: instrumento de eficácia jurisdicional*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 42-43).

15. No direito inglês, tinha natureza tradicional caracterizando-se como tradição não institucionalizada. Nesse sentido, DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 26-27.

16. Conforme aduz René David “As diferenças existentes entre o direito românico e o direito inglês foram, durante muito tempo, negligenciadas”. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 381).

17. O doutrinador americano Samuel Krislov afirma que o *amicus curiae*, no direito inglês, “participava do processo apontando precedentes jurisprudenciais não mencionados pelas partes ou ignorados pelo julgador, atuando em benefício de menores, chamando a atenção do juízo para certos fatos como o erro manifesto, a morte de uma das partes, o descumprimento do procedimento correto ou a existência de norma específica regulando a matéria”. Livre Tradução. (KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: from friendship to advocacy*. *Yale Law Journal*. Yale University Press, n.72, 1963, p. 695).

18. O romanista João Batista afirma que “Era comum serem elevados à magistratura pessoas sem conhecimento suficiente do direito. Os critérios para o alcance das magistraturas em geral consagravam o prestígio da família, a riqueza e, sobretudo, as posições político-sociais; os conhecimentos não pesavam nem mesmo

tratando-se da magistratura judiciária. Precisava o magistrado, nesses casos, de um ponto de apoio e aconselhamento para o desempenho de função eminentemente técnica. Para tanto, cada magistrado tinha o seu *Consilium* (Conselho)” (SILVA, João Baptista. *Processo romano: instrumento de eficácia jurisdicional*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 42).

19. Conforme leciona Krislov, trata-se de sistemática processual “segundo a qual as partes de uma controvérsia deverão ter o direito de litigar em idênticas condições sem a atuação de pessoas estranhas ao processo”. Livre Tradução. (KRISLOV, Samuel. op. cit., p. 697-699).

20. A especialista no tema, Mirella Aguiar, afirma que o “*friend of the Court* surgiu com o intuito de possibilitar a terceiro, interessado em julgamento favorável a uma das partes, o ingresso em processo subjetivo alheio, com o fito de influenciar a decisão judicial, a qual provavelmente se refletiria em todos os julgamentos posteriores sobre idêntica questão” (AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 12).

21. Cf. DEL PRÁ, op. cit., p. 26-31.

22. Cf. SILVA, Claudia Paiva Carneiro da. *O Amicus Curiae na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal brasileiro: um estudo de direito comparado*. 117f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008, p. 98.

23. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

24. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 421-426.

25. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-85.

26. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, vol. 1, 2009, p. 389;; e AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 58-62.

27. A esse respeito concordamos com DEL PRÁ ao defender que, “o *amicus curiae* age sempre imediatamente em benefício da corte, muito embora mediatamente possa defender interesse próprio; a sua atuação, quando voluntária, é desvinculada das partes, o que o afasta da figura do assistente; quando age por requisição do juiz, estará cumprindo um mister público, como auxiliar do juízo (...); em todas as hipóteses em que há a previsão da participação de um terceiro, como *amicus curiae*, há interesse público (sentido lato) suposto ou pressuposto pela lei” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. op. cit., p. 219).

28. O art. 31 impôs à CVM (Comissão de Valores Mobiliários) que interviesse nos processos que discutiam matéria objeto de sua competência.

29. O art. 89 impôs ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) a intervenção nos processos relacionados ao direito de concorrência.

30. Os artigos 57e 175 disciplinam a intervenção do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) nos processos relacionados à propriedade industrial.

31. O art. 5º prevê a intervenção da união nas causas em que os entes públicos federais figurarem como parte.

32. O § 7º do art. 14 possibilita a interessados que se manifestem quando houver pedido de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais Federais.

33. O art. 3º, §2º permite ao relator admitir, na forma do Regimento Interno do STF, a manifestação de entidades interessadas no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante.

34. O art. 2º acrescenta ao CPC o art. 543-A e §§. O §6º disciplina a possibilidade de que o relator admita na análise da repercussão geral a manifestação de terceiros nos termos do Regimento Interno do STF.

35. O art. 2º acrescenta ao CPC o art. 543-C e §§. O §3º disciplina a possibilidade de que o relator admita em sede de julgamento por amostragens dos recursos especiais repetitivos a análise da relevância da matéria por terceiros nos termos do Regimento Interno do STJ.

36. Para maior aprofundamento sobre o tema Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2008; e DIDIER JR., Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral

do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

37. Decisão na ADIn-AgR 748/RS, j. 14. 08.1999, DJ 18.11.1994.

38. Decisão na ADIn-MC 2321/DF. j.25.10.2000, DJ 10.06.2005.

39. Decisão no AgRg-Resp 7754461/DF – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 1º.02.2008.

40. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.1174.

41. Decisão na ADIn 2548/PR, j. 18.10.2005, DJU, 24.10.2005.

42. Por todos, cf. AGRA, Wálber, op. cit., 2005; AGUIAR, Mirella op. cit., 2005; BUENO, Cassio op. cit., 2008; CARNEIRO, Athos, op. cit., 2008; DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2009; DEL PRÁ, Carlos, op. cit., 2008; MEDINA, Damares op. cit., 2010;

43. Segundo Häberle, seriam legitimados a interpretar a Constituição: os legitimados a propor a ação constitucional; participantes do processo, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte; os órgãos e entidades estatais, os funcionários públicos, agentes políticos; os pareceristas ou experts; os peritos e representantes de interesses; os partidos políticos e frações parlamentares; os grupos de pressão organizados; os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; a mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão; a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político; os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada; as escolas das comunidades e as associações de pais; as igrejas e as organizações religiosas; os jornalistas, professores, cientistas e artistas; a doutrina constitucional.

44. Cf. HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 30 e 31.

45. O espaço limitado do presente estudo impede uma análise mais profunda da questão ora tangenciada. Sobre esta querela, Häberle diferencia seu posicionamento da tese de Nicklas Luhmman. (HÄBERLE, Op. cit., p.31-32).

46. Cf. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

47. Cf. DEL PRÁ, Carlos Gonçalves. Primeiras Impressões Sobre a Participação do Amicus Curiae Segundo o Projeto do Novo Código de Processo Civil (art. 322). *Revista de Processo*. vol. 194. p. 307-315. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 310.

48. Paráfrase da XI tese de Marx sobre Feuerbach: “Os filósofos apenas interpretaram o mundo; o que importa é transformá-lo”.

49. Aqui, resta claro que nos afastamos da tese de Klaus Güther acerca da diferença ontológica entre discurso de fundamentação e discurso de justificação, malgrado concordemos com as teorias que a justifique, notadamente as lições procedimentalistas de Jürgen Habermas.

50. Na ADPF 54, referente ao aborto de fetos anencefálicos, foram ouvidos representantes de 25 diferentes instituições, ministros de Estado e cientistas, somando quatro dias de argumentos, opiniões, palestras e dados científicos. Por este motivo a ministra Carmem Lúcia, no julgamento da ADPF 101, criou um procedimento *ad hoc* para que os *amici curiae* se manifestassem na audiência pública realizada, valendo-se de requerimento por mensagem eletrônica, tentativa de consenso entre os *amici curiae* para definir aquele que fará exposição dos argumentos, bem como sorteio em caso de dissenso (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão de 9-6-2008, DJ de 19-06-2008).

## **A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: É PRECISO MUDAR?**

**Daniel de Araujo Gallo**

Assistente de Gabinete. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pelo Curso JusPodivm (2010).

**Resumo:** O presente artigo tem o intuito de discutir a proposta do Novo Código de Processo Civil para o sistema de impugnação das decisões interlocutórias, notadamente feita por meio do recurso de agravo. Partindo de uma análise histórica das modificações empreendidas no recurso de agravo, a partir da primeira metade da década de 90, que apenas terminaram em 2006, busca-se uma reflexão sobre a intenção dessas reformas e se estas tiveram êxito com as alterações no Código de Processo Civil. As reflexões e discussões propostas são enriquecidas com a apresentação de diversos dados coletados no ano de 2010 no próprio Tribunal de Justiça da Bahia, e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tais dados foram obtidos a partir da execução do Projeto de Pesquisa intitulado “Avaliação do Impacto das Modificações no Regime do Recurso de Agravo e Proposta de Simplificação do Sistema Recursal do CPC”, selecionado pelo Ministério da Justiça (SRJ) por meio do Edital n. 01/2009. Assim, partindo-se da análise de dados concretos, parte-se para uma discussão doutrinária acerca da conveniência das alterações legislativas e da proposta de modificação do recurso de agravo no Novo Código de Processo Civil, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

**Palavras-Chave:** Reformas Processuais. Novo Código de Processo Civil. Subsistema Recursal. Impugnação das decisões interlocutórias. Recurso de Agravo.

### **1. Introdução**

Quando a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, eficiente e justa seja uma demanda da sociedade brasileira, é notória a deficiência estatal na administração da justiça. A causa do problema é plúrima. Qualquer manifestação que aponte um único motivo para a lastimável situação do Poder Judiciário brasileiro deve ser encarada com pouca seriedade.

Dentro das diversas críticas feitas pelos especialistas no ramo do processo, é muito comum trazer o sistema recursal brasileiro como um dos principais fatores da demora na prestação da tutela jurisdicional. Não por outro motivo, o Ministro Luiz Fux, na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil (NCPC), esclareceu que uma das intenções que motivaram a elaboração da norma foi a de “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”. (BRASIL, 2010, p. 14).

Nesse contexto, o anteprojeto do NCPC buscou consagrar a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, com a criação de hipóteses taxativas para o manejo do recurso do

agravo de instrumento. Nesse contexto, o agravo retido será abolido, deixando-se o reexame das decisões não elencadas no rol do art. 969 do NCPC para o recurso de apelação, que possibilitará ao jurisdicionado devolver ao tribunal não apenas o exame da sentença, mas também das interlocutórias irrecorríveis.

O intuito deste trabalho é tentar verificar se o procedimento de impugnação das decisões interlocutórias do NCPC dará maior efetividade e eficiência ao subsistema recursal.<sup>1</sup>

## **2. Consequências das reformas processuais da década de 90, no tocante ao recurso de agravo**

Antes de analisar a proposta do sistema de impugnação das decisões interlocutórias do NCPC, é preciso compreender como foi delineada a atual conformação do recurso de agravo (retido e de instrumento).

Originariamente, o Código de Processo Civil de 1973 contemplava o recurso de agravo nas modalidades retida e de instrumento, facultando-se às partes a possibilidade de impugnar quaisquer interlocutórias por uma ou outra espécie recursal. Além disso, a formação do instrumento respeitava moroso procedimento – pois sua confecção era delegada aos cartórios das varas – o que não se adequava a um recurso cuja intenção básica era impugnar decisões que envolviam questões urgentes ou que influenciariam o curso do processo no primeiro grau.<sup>2</sup>

Nesse contexto, era comum que as partes se valessem de meios anômalos para a impugnação das interlocutórias, sobretudo nos casos de urgência, como a correição parcial e o mandado de segurança.

Com efeito, iniciados os movimentos reformistas do CPC-73, na década de 90 do séc. XX, o agravo foi alterado por três Leis Federais, fundamentalmente: 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05. A primeira dessas leis tinha o intuito primordial de tornar mais célere a interposição do agravo de instrumento no segundo grau de jurisdição, de modo que fossem abandonadas as formas anômalas de impugnação das interlocutórias. Para tanto, dentre outras mudanças, foi dado às partes o poder de confeccionar o instrumento do agravo.<sup>3</sup>

Esta lei, de fato, freou o uso dos meios extravagantes de impugnação das interlocutórias, valorizando uma melhor utilização dos meios recursais e a logicidade do sistema (cada decisão há de ter um meio recursal eficaz à sua impugnação). Contudo aquela legislação, que passou a vigorar praticamente no mesmo momento em que se consolidava o Poder Geral de Antecipação da Tutela (Lei Federal 8.952/94)<sup>4</sup>, criou um novo “problema” para a celeridade da prestação jurisdicional: um inimaginável aumento do número dos agravos de instrumento, que passaria a “travar” a pauta dos tribunais e prejudicar o fluxo dos processos no segundo grau.

Para se ter uma ideia do que representou este aumento dos agravos de instrumento, ESTEVES (2010)<sup>5</sup> constatou que no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no biênio 1995-1996, enquanto o número de mandados de segurança caiu de 220 em 1995 para 171 em 1996, o número de agravos de instrumento saltou de 253 em 1995 para 1.158 recursos em 1996. O aumento dos agravos foi tão significativo, que, no mesmo período (1995-1996), foram interpostas 1.279 e 1.735 apelações, respectivamente. Ou seja, o número de agravos de instrumento passou a ser quase tão grande quanto o número do recurso ordinário mais importante do processo civil.<sup>6</sup>

A espantosa explosão dos agravos de instrumento – confirmada por dados concretos coletados no TJ-ES – foi percebida em todo o país. Não por outro motivo editaram-se as Leis 10.352/2001 e 11.187/2005.

## ENTRE ASPAS

O intuito dessas normas foi o de reordenar esse fluxo de processos, dando maior prevalência ao agravo retido (que agora tinha hipóteses de cabimento melhor delineadas, não cabendo à parte escolher entre o agravo retido ou de instrumento) e ampliando os poderes dos relatores, a fim de inibir a inclusão de processos em pauta de julgamento. Após a publicação dessas leis, os agravos passaram a ter o seguinte contorno<sup>7</sup>:

- a) segundo BARBOSA MOREIRA (2010, p. 498), ampliou-se a idéia da excepcionalidade do agravo de instrumento (art. 522 do CPC), que seria cabível apenas: *a.1)* contra a decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação; *a.2)* nos casos de inadmissão do recurso de apelação; *a.3)* contra a decisão que tratar dos efeitos em que a apelação é recebida;
- b) valorizou-se a oralidade com a nova regra do art. 523, §3º do CPC, estabelecendo-se o cabimento do agravo retido, interposto obrigatoriamente de forma oral e imediata, contra as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento<sup>8</sup>;
- c) para por fim à celeuma instaurada no tocante à retenção do agravo de instrumento, o art. 527, II, passou a conter verbo de “conteúdo imperativo”, pelo qual o juiz “*converterá* o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa”;
- d) restou vedada a interposição de recurso contra as seguintes decisões do relator: *d.1)* que converte o agravo de instrumento em agravo retido; *d.2)* da decisão que suspende os efeitos da interlocutória impugnada; e, *d.3)* contra a decisão do relator que antecipa os efeitos da tutela negada na primeira instância.

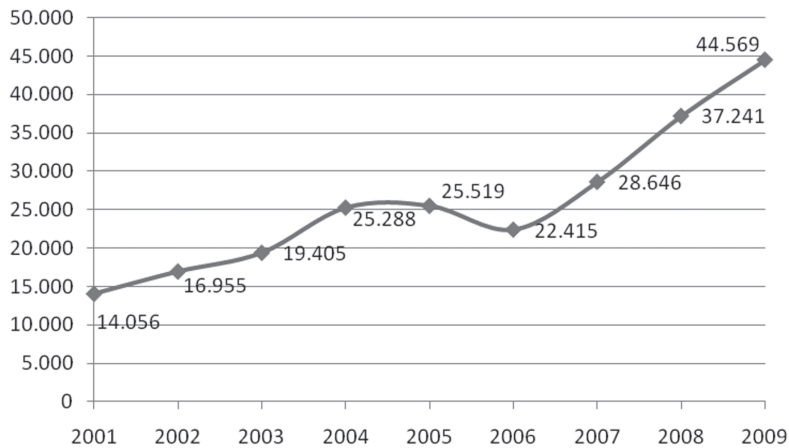
Como se pode observar, as intenções das mudanças eram claras: tornar excepcionais as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, com a tentativa de generalização do agravo retido, e, por outro lado, ampliar o poder dos relatores (com a criação de decisões irrecuráveis), de modo que as partes não pudessem acessar os órgãos colegiados dos tribunais.

Ou seja, enquanto a Lei Federal 9.139/95, além de dar mais eficiência à marcha processual no juízo de piso, ampliou o acesso dos jurisdicionados aos tribunais e desestimulou o uso indiscriminado do mandado de segurança, as Leis 10.352/01 e 11.187/05 tiveram quase que um intuito oposto: se não cabia impedir que as partes acessassem o segundo grau, que ao menos fosse dificultado o acesso aos órgãos colegiados dos tribunais.<sup>9</sup> Todavia, ao menos quanto a este fim, as investidas legislativas fracassaram.

Ainda que seja inegável que as modificações legislativas, trazidas pelas três leis acima comentadas, deram um contorno mais lógico e sistêmico ao procedimento de impugnação das interlocutórias, o seu intento político-legislativo de coibir o uso do agravo de instrumento não foi alcançado.

Dados coletados por ESTEVES no TJ-ES e pelo Grupo executor do Projeto de Pesquisa do qual o autor fez parte, no TJ-BA e no TJ-MG, demonstram com relativa clareza que, de 1995 para cá, a curva gráfica dos agravos de instrumento foi sempre ascendente. Vejamos a evolução do número dos agravos de instrumento nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e da Bahia entre os anos de 2001 e 2009.

***Distribuição geral dos Agravos de Instrumento 2001 a 2009 – TJMG***



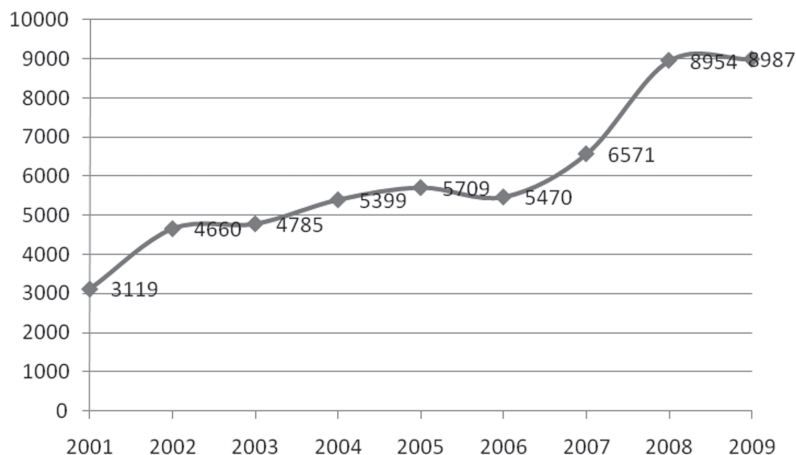
Fonte: Centro de Informações de Resultados da 2ª Instância – TJMG.

Do gráfico acima, observa-se que a edição das Leis 10.352/2001 e 11.187/2005 não foi capaz de alterar a curva ascendente do número de agravos de instrumento. Curiosamente, nota-se apenas uma leve redução na interposição do recurso entre os anos de 2005 e 2006, período imediatamente posterior à publicação da Lei 11.187/2005, o que parece denotar que a vigência de regras restritivas ao uso do agravo de instrumento chegou a “constranger” as partes a usarem o agravo retido.

Todavia, passado o momento de perplexidade diante da nova Lei, os jurisdicionados parecem ter percebido que era mais vantagem continuar tentando “emplacar” um agravo de instrumento, com base nos conceitos indeterminados de “lesão grave” ou de “difícil reparação”, do que esperar até o julgamento da apelação para uma apreciação do agravo retido.

Essa realidade também foi notada no Estado da Bahia, consoante gráfico colacionado a seguir.

***Distribuição geral dos Agravos de Instrumento 2001 a 2009 – TJBA***



Fonte: SECOMGE– TJBA

## ENTRE ASPAS

Também aqui nota-se uma curva quase sempre ascendente (verificando-se a mesma retração existente no TJ-MG no período 2005-2006), com dados apontando um crescimento significativo dos agravos de instrumento, que praticamente triplicaram em oito anos.

Para que tenhamos uma ideia do quão significativo foi esse crescimento, podemos comparar o número de agravos de instrumento interpostos com o número de apelações interpostas no mesmo período no Tribunal de Justiça da Bahia:

| RELAÇÃO ENTRE APELAÇÕES E AGRAVOS DE INSTRUMENTO |           |                        |
|--------------------------------------------------|-----------|------------------------|
| Período                                          | Apelações | Agravos de Instrumento |
| 2001                                             | 2693      | 3119                   |
| 2002                                             | 3426      | 4660                   |
| 2003                                             | 3974      | 4785                   |
| 2004                                             | 3955      | 5399                   |
| 2005                                             | 5195      | 5709                   |
| 2006                                             | 6159      | 5470                   |
| 2007                                             | 7185      | 6571                   |
| 2008                                             | 7848      | 8954                   |
| 2009                                             | 13924     | 8987                   |
| Total                                            | 54359     | 53564                  |

*Fonte: Pesquisa Avaliação do Impacto das Modificações no Regime do Recurso de Agravo e Proposta de Simplificação do Sistema Recursal do CPC. (2010)*

Ainda em atenção ao atual regime dos agravos, há um último dado a ser comentado, que faz referência a uma discussão que ocupou boa parte dos textos doutrinários sobre a reforma do agravo após a Lei 11.187/2005: o provável aumento do número dos mandados de segurança contra a decisão do relator.

No particular, parece-nos que a irrecorribilidade da decisão do relator, ao menos no Estado da Bahia, não causou um aumento significativo dos mandados de segurança.

Vejamos a tabela que aponta o número de impetrações do *writ* entre os anos de 2001-2009, comparando-as com as apelações:<sup>10</sup>

| RELAÇÃO ENTRE APELAÇÕES E MANDADOS DE SEGURANÇA |           |                       |
|-------------------------------------------------|-----------|-----------------------|
| Período                                         | Apelações | Mandados de Segurança |
| 2001                                            | 2693      | 336                   |
| 2002                                            | 3426      | 744                   |
| 2003                                            | 3974      | 411                   |
| 2004                                            | 3955      | 563                   |
| 2005                                            | 5195      | 850                   |
| 2006                                            | 6159      | 711                   |
| 2007                                            | 7185      | 1093                  |
| 2008                                            | 7848      | 1186                  |
| 2009                                            | 13924     | 1085                  |
| Total                                           | 54359     | 6979                  |

*Fonte: Idem tabela anterior*

Observa-se que existe um aumento progressivo e constante do número de mandados de segurança impetrados no Tribunal. Todavia, considerando que também se verificou um crescimento progressivo e constante do número de apelações, não se pode concluir que a irrecorribilidade de certas decisões do relator do agravo de instrumento tenha levado a um crescimento significativo da impetração de mandados de segurança. Em verdade, os números sugerem apenas que houve um aumento geral do fluxo de processos nos tribunais.

Assim, ao menos no estado da Bahia, não se confirmou aquele temor da doutrina de que a irrecorribilidade da decisão do relator (art. 527, II, do CPC-73) traria um aumento nos mandados de segurança contra ato judicial.

De todo modo, a despeito da significativa evolução legislativa quanto ao recurso de agravo, o NCPC traz nova proposta para o regime de impugnação das interlocutórias, com novas investidas naquela modalidade recursal.

### **3. Proposta do Novo Código de Processo Civil quanto ao regime de impugnação das interlocutórias**

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, de forma inovadora na história do nosso direito processual, propõe, como regra, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Para tanto foi excluída a previsão de cabimento do agravo retido, deixando-se o agravo de instrumento para hipóteses expressas.

O texto original do Anteprojeto regulamentava o assunto nos arts. 923, parágrafo único e 929. A ideia era que apenas as interlocutórias que dessem ensejo a situações de perigo – além de outras poucas hipóteses taxativamente elencadas nos incisos I a III, do art. 929 do NCPC – pudessem ser recorridas; o reexame das demais decisões ficaria para a apelação, que devolveria ao tribunal o exame da sentença e das decisões interlocutórias.

Com isso teríamos a abolição do agravo retido e a flexibilização do regime de preclusões do sistema processual, deixando uma série de decisões em situação de instabilidade até o julgamento da apelação no segundo grau.

Após a tramitação do Anteprojeto no Senado Federal, o NCPC fora novamente alterado: manteve-se a abolição do agravo retido, de modo que as interlocutórias somente serão impugnadas no momento da apelação, e ampliou-se o rol daquelas interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento – regramento agora disposto nos arts. 963 e 969 do NCPC.<sup>11</sup>

A última versão do texto do NCPC, assim como a anterior, merece críticas. Flexibilizar o regime de preclusão das decisões interlocutórias (excluindo o agravo retido do sistema) e catalogar, em *numerus clausus*, as decisões atacáveis por agravo de instrumento – como em um retorno à conturbada legislação recursal do CPC de 1939 –, não trará mais celeridade e eficiência ao processo civil brasileiro.<sup>12</sup>

Vejamos por que é preciso manter a sistemática atual de impugnação das decisões interlocutórias.

### **4. A Abolição do agravo retido**

Não é a primeira vez que um Anteprojeto de Código de Processo Civil propõe a supressão de um recurso com funções semelhantes às do agravo retido; basta lembrarmos a proposta

de eliminação do agravo no auto do processo, contida no Anteprojeto do Código de 1973.<sup>13</sup>

Todavia, diferentemente do Projeto de Alfredo Buzaid, o Anteprojeto do NCPC propõe a abolição do agravo retido, tornando irrecorríveis de imediato a maioria das decisões interlocutórias. Além disso, não haverá preclusão para o que for resolvido por meio dessas decisões, podendo a parte prejudicada ressuscitar a discussão em torno das questões decididas quando do recurso de apelação.

A proposta, como formulada, poderá trazer mais problemas do que soluções, sobretudo porque não se harmoniza com a própria sistemática do NCPC. Isso porque, no particular, o Anteprojeto distanciou o sistema recursal de impugnação das interlocutórias da lógica que regerá o processo de conhecimento.

BARBOSA MOREIRA, em metáfora bastante elucidativa, destaca que um sistema recursal deve espelhar, necessariamente, a estrutura do procedimento de grau inferior, “como a copa de uma árvore sempre revela algo do solo em que mergulham suas raízes”. (2010, p. 486).

Um sistema processual que privilegie a concentração dos atos na primeira instância, valorizando de forma bastante acentuada o princípio da oralidade, pode efetuar uma drástica restrição dos recursos cabíveis – notadamente contra as interlocutórias –, uma vez que fatalmente haverá uma coincidência, ou uma grande proximidade, entre o momento em que são apreciadas questões periféricas/incidentais e o mérito da causa. É este, por exemplo, o caso dos Juizados Especiais Cíveis.

Sistemas “desconcentrados” como o procedimento ordinário brasileiro, em que surgem necessariamente um sem número de decisões interlocutórias, tendem a adotar recursos específicos para essas decisões, com regras mais rígidas de preclusão na fase cognitiva, como historicamente vem ocorrendo no processo pátrio. (TUCCI, 2009).

Essa lógica – em que sistemas processuais concentrados e orais podem dispensar a recorribilidade imediata das interlocutórias e sistemas “desconcentrados” não devem optar por esse caminho – foi percebida há muito pela doutrina. Relembrando antiga doutrina de GIUSEPPE CHIOVENDA, TALAMINI (1995) observa que não há sentido em subtrair a faculdade de se recorrer das decisões interlocutórias em um processo que *não adota* o princípio da oralidade e da concentração.

E é exatamente isso que propõe o NCPC. Ele não alterará o procedimento fragmentado, característico do processo brasileiro. Com ele, ainda teremos uma fase de conhecimento, com audiência específica para a conciliação, um posterior momento para a especificação das provas e para o saneamento do processo, com a possibilidade de realizar-se uma audiência de instrução e julgamento, até, finalmente, a prolação da sentença.

Além disso, continuarão existindo diversos incidentes no curso do procedimento em primeira instância, dos quais a parte não poderá recorrer de imediato, ainda que a posterior invalidação do ato decisório aí tomado leve à nulidade de todos os atos processuais a ele subsequentes.

Com isso se quer dizer que não faz sentido abolir o agravo retido – impossibilitando-se a preclusão para a impugnação das interlocutórias – sem que seja criado, ao mesmo tempo, um procedimento que privilegie a *concentração dos atos processuais* e o princípio da oralidade.

As disposições do Anteprojeto, no particular, permitirão que a maioria das decisões interlocutórias permaneça em uma *situação de instabilidade* até a sentença. Prolatada a decisão final, as partes poderão revisar os autos e reavivar a discussão acerca de todas as matérias incidentais debatidas no processo.

Isso englobará, com toda certeza, desde as questões mais complexas e prejudiciais

(como o indeferimento de utilização de um meio de prova extremamente necessário para o esclarecimento do caso), às mais pueris – como nos casos em que indeferida uma pergunta realizada despreziosamente a uma testemunha, que dificilmente influiria no convencimento do magistrado, ou nos casos em que indeferida a juntada de um documento, que jamais poderia ser considerado como “documento novo”.

Todas essas questões – que muitas vezes não são impugnadas por agravo retido – poderão dar azo à invalidação de meses, anos de atividade processual, quando o estabelecimento de um regime preclusivo poderia evitar a maioria dessas arguições *a posteriori*.

A preclusão, que fora louvadamente flexibilizada pelo Anteprojeto no tocante à fase postulatória<sup>14</sup>, não pode ser suprimida no tocante à impugnação das decisões interlocutórias, sem que criemos um procedimento radicalmente concentrado. Não vale a pena optarmos por essa saída apenas para abolirmos um recurso do sistema.

Refletindo sobre essas modificações no recurso de agravo, DIDIER JR. traz interessante reflexão:

Se a decisão interlocutória é impugnável, caso o sujeito não recorra, há preclusão, que impede o reexame do que já foi decidido. Se a decisão interlocutória não é recorrível, a preclusão só ocorrerá se, no recurso contra a sentença, a parte não pedir a revisão da decisão proferida no decorrer do procedimento. Se a parte incluir a decisão interlocutória no objeto da apelação, o tribunal poderá revê-la. Se o tribunal acolher a apelação e, com isso, revir a decisão interlocutória proferida há tempos (às vezes, anos atrás), o processo será anulado, a questão voltará à primeira instância e tudo terá de ser refeito. Situações estabilizadas seriam desfeitas. Qualquer processo onde houvesse sido proferida uma decisão interlocutória (todos, ao que parece) ficaria em perene situação de instabilidade.

Em vez de processo, retrocesso.

Em vez de decisão de mérito, reinício de fases procedimentais já superadas. Segurança jurídica e duração razoável, “estados de coisas” que precisam ser atingidos por força dos mencionados princípios constitucionais, simplesmente desprezados.

Se a interlocutória é recorrível, haverá preclusão do direito ao recurso se a parte não a impugnar no primeiro momento que lhe couber falar nos autos. Aquela questão, já decidida, não poderia mais ser revista. O órgão jurisdicional passaria a ocupar-se das demais questões objeto da sua cognição, sejam elas questões de mérito ou de admissibilidade, questões de fato ou de direito. Haveria, assim, redução da extensão da cognição, já que em relação a algumas questões teria havido decisão já estabilizada. Nada justifica, realmente, que o órgão jurisdicional possa decidir uma questão ao longo do procedimento e essa decisão de nada valha. Decisão sem possibilidade de preclusão é situação que claramente ofende a segurança jurídica. Avilta, inclusive, o papel do juiz de primeira instância. (DIDIER, 2010).

Cogita-se, inclusive, que a nova regra ampliará a carga de trabalho dos tribunais. Permanecendo em termos semelhantes o quantitativo de agravos de instrumento – o que deverá ser

a tendência mesmo com o novo código –, nascerá para os tribunais um novo problema: o surgimento de *apelações infladas*, pois, além das questões decididas na sentença, as partes revisitarão todo o procedimento, buscando cada uma das interlocutórias proferidas na instância inferior, na esperança de que alguma questão seja capaz de reformar ou invalidar a decisão.

É possível, aliás, que adaptemos a nossa realidade àquela vivida no processo trabalhista, em que foi criado o expediente do “protesto” para garantir a possibilidade de rediscutir a matéria no recurso ordinário. Com isso, evitar-se-ia, ao menos, a chicana processual, pois a parte não ficaria analisando o processo após a sentença com o intuito de inventariar todas as interlocutórias e rediscuti-las pura e simplesmente.<sup>15</sup>

Ou seja, mantido o texto do Anteprojeto nesses termos, é possível que os jurisdicionados “ressuscitem” o agravo retido, valendo-se do princípio da adaptabilidade do procedimento.

Em conclusão, é preciso manter o agravo retido, ou então, elaborar um procedimento concentrado, homenageando-se a oralidade. Solução diferente destas provavelmente trará mais prejuízos do que benefícios.

Deve-se perceber que uma coisa é enfraquecer a preclusão para permitir decisões mais justas e favorecer a economia processual, tornando o procedimento mais flexível, como propõe o NCPC, que tornará mais maleável as regras de estabilização da demanda. Trata-se de tornar o caminho mais adaptável às peculiaridades do caso concreto. Isto, porém, nada tem a ver com relativizar a preclusão das decisões: a decisão não é caminho, é chegada, ainda que seja interlocutória (em relação àquela questão, chegou-se a uma solução). Se a solução de uma questão ficar em permanente situação de instabilidade, uma das funções do processo se frustra: tornar certo aquilo que é controvertido.

Ademais, o agravo retido não torna o processo moroso. Ele até poderia tornar, caso se transformasse em um incidente no primeiro grau, como TALAMINI (1995) chegou a temer após a Reforma de 1995. Entretanto, passada a perplexidade da mudança, a praxe forense demonstrou que o máximo que este recurso pode atrasar o feito é pelo prazo dez dias – estipulado para a oitiva do agravado – acrescido do tempo de apreciação do juiz.<sup>16</sup> Como, no mais das vezes, as partes apenas se valem do agravo retido em audiência, momento em que é imediatamente dada a palavra à contraparte e o juiz decide a questão em mesa, não conseguimos vislumbrar até que ponto o agravo retido poderia ser tão danoso à celeridade do processo<sup>17</sup>. É dizer, na imensa maioria dos casos, o agravo retido poderá, no máximo, prolongar a audiência por alguns minutos.

E, ressalte-se, não será pela “perda” desses poucos minutos, que o processo deixará de atender os ditames do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.<sup>18</sup>

### **5. Criação de hipóteses taxativas para o manejo do agravo de instrumento: análise da proposta do NCPC à luz dos dados coletados no Tribunal de Justiça da Bahia**

Como salientado, a nova versão do agravo de instrumento somente poderá ser manejada contra alguns tipos de decisões interlocutórias, enumerados nos incisos do art. 969 do NCPC. Entrando em vigor o NCPC, as partes não poderão mais se valer do recurso naquelas hipóteses de cabimento historicamente suscitadas pela doutrina – e, de um modo geral, aceitas pela jurisprudência. Essas interlocutórias, que se tornarão irrecorríveis, dizem respeito às situações em que, a despeito da existência de urgência, somente deve ser interposto agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do agravo retido com a situação concreta.<sup>19</sup>

Tais decisões, ante o fim do agravo retido, restarão irrecuráveis de imediato, conforme considerações feitas no tópico precedente.

Conquanto não haja nenhuma justificativa específica na Exposição de Motivos do Anteprojeto, é intuitivo que as novas regras têm a intenção de tentar diminuir o número de agravos de instrumento interpostos nos tribunais.

Sucedendo que isso provavelmente não ocorrerá.

Faz-se tal afirmação a partir dos dados levantados junto ao Tribunal de Justiça da Bahia, relativos aos agravos de instrumento interpostos entre janeiro de 2008 e janeiro de 2010.<sup>20</sup>

Antes de apresentarmos os resultados, contudo, é necessário que façamos algumas considerações sobre a metodologia empregada na obtenção e na análise desses dados.

Esta etapa da pesquisa tinha o escopo de analisar o conteúdo de uma *amostra* dos agravos de instrumento no biênio 2008-2010, de modo a avaliar quais as causas que mais geram a interposição do recurso, verificando, assim, se a proposta de reforma do NCPC poderá surtir efeitos substanciais na diminuição dos agravos de instrumento.<sup>21</sup>

Após a análise amostral dos recursos interpostos, que pôde dar uma ideia de quais matérias e causas mais geravam a interposição do agravo de instrumento, foram criadas cinco categorias para a apresentação deste trabalho:

- 1) **CAUSAS CÍVEIS**, incluindo todo o espectro de causas do Direito Privado (família, sucessões, empresarial, contratos, etc.), com a exceção das causas consumeristas e dos processos que estivessem na fase executiva, vez que, em ambos os casos, foram criadas categorias específicas;
- 2) **TUTELA DO CONSUMIDOR**, incluindo-se tanto as causas individuais quanto coletivas em matéria de direito consumerista;
- 3) **CAUSAS EM QUE O ESTADO FOI PARTE**, compreendendo todas as causas em que o Estado (*latu sensu*) figurava como litigante, inclusive as execuções fiscais;
- 4) **EXECUÇÃO CIVIL**, sendo que, nesta categoria, foram incluídos todos os recursos interpostos contra decisões proferidas nos processos de execução ou no cumprimento de sentença, *independentemente da matéria originalmente discutida na causa* (cível, consumidor, ambiental, etc.). A exceção, aqui, foram as execuções fiscais, que compuseram o item das causas em que o Estado foi parte;
- 5) **MATÉRIA PROCESSUAL E QUESTÕES INCIDENTAIS**, neste campo, incluímos todos os agravos que tinham como objeto a discussão de uma questão eminentemente processual (competência, intervenção de terceiros, exclusão de litisconsortes, gratuidade da justiça, efeitos da apelação, etc), independentemente da matéria veiculada na causa principal (cível, consumidor, contratos, família, ambiental, etc).

É salutar observar-se que *as categorias não foram criadas exatamente a partir das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento*, a exemplo dos casos em que se alega a urgência ou daqueles relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, execução civil, etc.

## ENTRE ASPAS

Preferiu-se criar categorias que não apenas prestigiassem as atuais hipóteses de cabimento, mas também que possibilitassem a verificação do conteúdo (objeto) dos processos que mais têm gerado a interposição do agravo de instrumento. Não por outro motivo criou-se uma categoria em que fosse possível destacar o nível de litigiosidade do Estado. Vale frisar também que, apesar de não terem sido criadas categorias umbilicalmente vinculadas às hipóteses de cabimento do recurso, esclarece-se que todas as causas que compõem os itens “Causas Cíveis” e “Tutela do Consumidor” tiveram agravos interpostos com base na *urgência*.

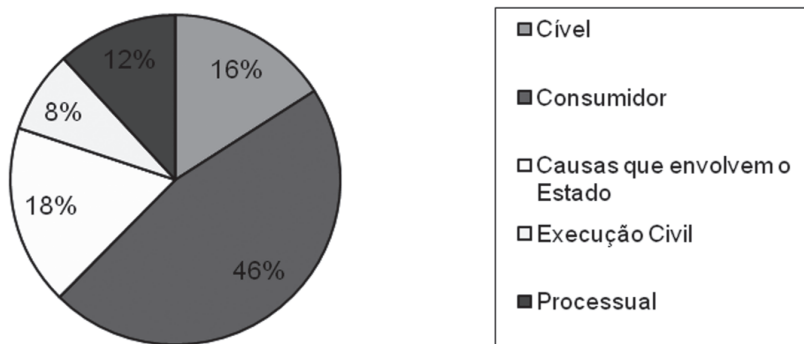
A tabela a seguir apresenta os agravos de instrumento interpostos no biênio 2008-2010, conforme categorização acima indicada.

| AGRAVOS DE INSTRUMENTO – DISTRIBUIÇÃO POR MATÉRIA |     |        |
|---------------------------------------------------|-----|--------|
| Período: 2008 a 2010                              |     |        |
| Total agravos: 17.941                             |     |        |
| Total agravos analisados: 833                     |     |        |
| Causas Cíveis                                     | 133 | 15,96% |
| Tutela do Consumidor                              | 387 | 46,45% |
| Causas que envolvem o Estado                      | 147 | 17,64% |
| Execução Civil                                    | 67  | 8,04%  |
| Matéria Processual e Questões Incidentais         | 99  | 11,88% |

Fonte: Tribunal de Justiça da Bahia ([www.tjba.jus.br](http://www.tjba.jus.br)).

Pesquisa: “Avaliação do Impacto das Modificações no Regime do Recurso de Agravo e Proposta de Simplificação do Sistema Recursal do CPC” (2010).

Os dados têm melhor visualização no gráfico a seguir:



Fonte: Tribunal de Justiça da Bahia ([www.tjba.jus.br](http://www.tjba.jus.br)).

Pesquisa: “Avaliação do Impacto das Modificações no Regime do Recurso de Agravo e Proposta de Simplificação do Sistema Recursal do CPC”(2010).

Tendo em vista que parte dos agravos de instrumento agrupados entre as “Causas que envolvem o Estado” refere-se aos casos em que as partes alegaram a ocorrência de “dano irreparável ou de difícil reparação”, e considerando que todos os recursos pesquisados

na amostra das categorias “Causas Cíveis” e “Tutela do Consumidor” foram aviados com base nesta mesma hipótese de cabimento<sup>22</sup>, infere-se que as decisões que versam sobre a tutela de urgência são responsáveis por mais de 60% dos agravos interpostos no TJ-BA.

Além desta conclusão, observa-se, com relativa clareza, que as causas tornadas irrecuráveis pelo Anteprojeto do NCPC representam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento ingressos no tribunal baiano. Ou seja, como serão mantidas as hipóteses de cabimento relativas à urgência, à execução civil, dentre outras previstas em lei, a modificação da norma processual deve alterar muito pouco a quantidade de recursos de agravo existentes no TJ-BA.

Paralelo a isso, duas outras observações são bastante interessantes:

- i)* quase metade dos agravos de instrumento levados ao tribunal refere-se a processos em que são discutidas relações de consumo (46,45%);
- ii)* o poder de litigância do Estado é tão grande que 17,64% dos agravos interpostos tinham o Estado como parte do processo principal, enquanto todas as relações de direito privado (com a exceção das relações de consumo), geraram apenas 15,96% dos agravos pesquisados.

Em suma, caso consideremos os dados levantados no TJ-BA no biênio 2008-2010, a proposta do Novo Código de Processo Civil não surtirá muitos efeitos no que tange à diminuição do volume dos agravos de instrumento nos tribunais.

Os dados mostram, em verdade, que os processualistas e os pensadores da Política Judiciária e Legislativa devem alargar os seus horizontes de investigação e pesquisa, questionando se, de fato, vale a pena modificar tão profundamente o recurso de agravo (ou seja, mudar a lei processual) para que tenhamos uma redução tão singela no número de recursos interpostos nos tribunais.

Destaca-se que esta reflexão deve ser feita pelos processualistas e por estudiosos de Política Judiciária e Legislativa, pois deve haver alguma resposta para o fato de as causas consumeristas e as causas em que o Estado é parte sejam as que mais gerem a interposição de agravos de instrumento.

Nesse sentido, deve-se refletir se, antes de alterarmos o sistema recursal, não seria mais conveniente adotar medidas como, por exemplo: *i)* fortalecer e dotar de eficácia as determinações emanadas por PROCONS, CODECONS e Agências Reguladoras, a fim de inibir “danos em massa”, causados por litigantes habituais na seara consumerista; *ii)* permitir que autoridades estatais revisem os contratos de adesão antes de sua circulação no mercado, como possibilita a lei civil<sup>23</sup>; *iii)* incentivar e instruir os magistrados a possibilitar a “molecularização” da tutela do consumidor, quando perceberem a ocorrência de causas de massa nas Varas em que atuam<sup>24</sup>; *iv)* pensar na criação de normas que diminuam a litigância do Estado, ou que criem procedimentos mais simples para os entes públicos, como os Juizados Especiais da Fazenda Pública<sup>25</sup>; *v)* adotar todas aquelas providências tão alardeadas pela doutrina (aumentar o efetivo de juízes e servidores, fortalecer os trabalhos das Corregedorias de Justiça, informatizar a Justiça, padronizar e racionalizar o trabalho dos cartórios, das varas e secretarias, etc.).

Vale questionar, por fim, se a adoção de todas ou de algumas dessas providências, não seria mais eficaz para a obtenção de um processo mais célere e eficiente, mesmo no segundo grau de jurisdição.

### 6. Conclusão

A análise dos dados e argumentos apresentados leva à conclusão de que a proposta do NCPC, quanto ao sistema de impugnação das interlocutórias, não acelerará o andamento dos feitos no primeiro grau, nem tampouco diminuirá substancialmente a quantidade de agravos de instrumento nos tribunais locais e regionais federais.

É dizer, a simplificação do sistema recursal, no particular, dar-nos-á apenas um falso conforto: o de poder dizer que o novo código de processo civil tem menos recursos do que o “velho código”.

É preciso manter o agravo retido ou, ao menos, criar-se um expediente que impeça a situação de instabilidade das decisões não impugnáveis por agravo de instrumento durante o curso do processo no primeiro grau.

Por outro lado, é preferível manter as atuais regras para a impugnação das decisões por agravo de instrumento, do que criar um sistema pontual e contingente de impugnação, que contempla apenas algumas decisões atacáveis por agravo de instrumento. Isto apenas dificultará a atividade das partes (e do Judiciário), sem qualquer reflexo positivo para a uma prestação mais eficiente e célere da tutela jurisdicional.

### Referências

---

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. V.5. 15ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

\_\_\_\_\_. *Reformas do CPC em matéria de recursos*. Revista Forense, Vol. 97; n. 354. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novas perspectivas do recurso de agravo*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord). São Paulo: RT, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a lei nº. 11.187/2005. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 35, fev. 2006.

COSTA, Moacyr Lobo da. *O agravo no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Evoluções e involuções do agravo*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord). Vol 9. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *As recentes “modificações” no agravo*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 33, Dez. de 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros: 2002.

DIDIER Jr., Fredie. *Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais)*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord). Vol 7. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Preclusão e decisão interlocutória*. Anteprojeto do Novo CPC. Análise da proposta da comissão. Editorial n. 82, de 08.03.2010. Disponível em: [www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=397](http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=397); acessado em 10.06.2010.

\_\_\_\_\_; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 7ª Ed. Vol. 03. Salvador: JusPodivm, 2009.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas consequências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo. Janeiro de 2006.

LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord). Vol 8. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *O agravo e o mito de prometeu: considerações sobre a lei 11.187/2005*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (Coord). Vol 9. São Paulo: RT, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*. Revista de Processo n. 80. São Paulo: RT, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2006.

### Notas

---

1. Parte das investigações a seguir empreendidas será feita a partir de dados quantitativos obtidos nos Tribunais de Justiça da Bahia e Minas Gerais. Tais dados foram obtidos a partir das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa do qual o autor fez parte, grupo este que executa o projeto intitulado “Avaliação do Impacto das Modificações no Regime do Recurso de Agravo e Proposta de Simplificação do Sistema Recursal do CPC”, selecionado pelo Ministério da Justiça (SRJ) por meio do Edital n. 01/2009. A Coordenação Geral do Grupo,

## ENTRE ASPAS

nos estados da Bahia e Minas Gerais, coube à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. A coordenação da equipe de trabalho na Bahia coube ao professor Fredie Didier Jr.

2. Cabe destacar o arcaísmo que esta previsão representava. O procedimento de formação dos instrumentos de agravo (então chamados de “estormentos” ou “cartas testemunháveis”) foi criado no Estado Absolutista Português, no século XV, já que, ante a inexistência de máquinas fotocopadoras e da necessidade de garantir que os funcionários da realza executassem o serviço, as partes não podiam dar cabo de tal atividade. Sobre a história do recurso de agravo: (WAMBIER, 2006); (COSTA, 1974).

3. Para uma análise mais ampla sobre o contexto das alterações no agravo introduzidas pela lei 9.139/95: (TALAMINI, 1995).

4. É intuitivo concluir que o “boom” do recurso de agravo (e de outros recursos) não está ligado apenas à estruturação da tutela de urgência no país. Outros fatores parecem ter contribuído para o aumento do número de processos nos tribunais, tais como a ampliação do acesso à justiça (com o aparelhamento das Defensorias Públicas, do Ministério Público e com o crescimento do número de vagas nos cursos de Direito, ampliando a oferta de advogados no mercado), bem como com a própria ascensão social das classes “c” e “d”, que ingressaram fortemente no mercado de consumo de bens duráveis. Além disso, os investimentos na ampliação e capacitação de pessoal para lidar com o fenômeno da litigância de massa do nosso século foram muito discretos, como aponta o Relatório Anual de 2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), p. 48/49.

5. Em suas pesquisas no doutorado da USP, a jurista coletou dados quantitativos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, relativos às apelações, agravos de instrumento e mandados de segurança de 1993 a 2004.

6. Nos anos de 2003-2004, último biênio da pesquisa da autora no TJ-ES, a lógica manteve-se a mesma com uma gradual queda dos mandados de segurança e um aumento considerável dos agravos de instrumento (em 2003, foram 62 impetrações e 2119 recursos de agravo; em 2004 foram 56 impetrações e 2602 agravos interpostos). No mesmo biênio (2003-2004), foram interpostas 2752 e 3161 apelações, respectivamente.

7. Para uma abordagem mais ampla, com indicação de cada uma das mudanças realizadas no agravo a partir dessas leis: (ESTEVES, 2010); (CUNHA, 2006); (SICA, 2006).

8. A doutrina entende, majoritariamente, que esta regra é aplicável às decisões proferidas em qualquer *audiência*, desde que a hipótese de cabimento seja a do agravo retido. Nesse sentido: (CUNHA, 2006). Contra o mencionado entendimento: (NEVES, 2010).

9. Por conta deste aspecto, SICA (2006) classificou tais leis de “contra-reformistas”.

10. Aqui é importante notar que os setores de catalogação de dados do TJ-BA, até a finalização da pesquisa, em 2010, não faziam uma diferenciação das “classes” ou da matéria dos mandados de segurança impetrados no tribunal. Com efeito, os dados apresentados na tabela acima referem-se a todos os *mandamus* impetrados no tribunal, sejam eles de competência originária da Corte ou contra ato judicial.

11. Art. 963. Da sentença cabe apelação.

Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas de urgência ou da evidência; II – o mérito da causa; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – o incidente de resolução de desconconsideração da personalidade jurídica; V – a gratuidade de justiça; VI – a exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade; VIII – a limitação de litisconsórcio; IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

12. Também em 1939, a legislação brasileira enumerou taxativamente as decisões impugnáveis por agravo

de instrumento. A medida, além de conter pouco rigor técnico-científico, ao estabelecer o recurso cabível não pela espécie da decisão, mas sim pelo seu conteúdo, causava diversos transtornos práticos, como noticia WAMBIER(2006).

13. Lembremos que Alfredo Buzaid, em 1972, propôs o fim do agravo no auto do processo – vez que contra todas as interlocutórias caberia agravo de instrumento. A reintrodução do recurso no sistema, com o *nomen juris* de agravo retido, somente foi possível por força das discussões do projeto de lei no Congresso. Conf.: (CARNEIRO, 2006).

14. O NCPC, mitigando o princípio da estabilização da demanda, possibilitará alterações objetivas e subjetivas no processo, em contraposição às atuais regras dos arts. 294 e 303, III do atual CPC.

15. Tal situação, que provavelmente ocorrerá com a manutenção do texto, atentará contra a boa-fé processual, como anotaram, em momentos distintos, DIDIER Jr. (2010) e ESTEVES (2006) ao comentarem a relação entre irrecorribilidade e preclusão.

16. Lembremos, aliás, que a esmagadora maioria da doutrina entende que, caso o juiz não se retrate, não faz qualquer sentido dar a palavra à outra parte, ante a absoluta ausência de prejuízo.

17. Contra este entendimento, ESTEVES (2006) entende que é desnecessário ter-se um recurso apenas para evitar a preclusão. Para ela, a previsão de um prazo de resposta do agravo, por si somente, já ofenderia a celeridade do processo. Sugere que se adote o “protesto” do regime processual trabalhista.

18. Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

19. O NCPC contemplou algumas dessas hipóteses e excluiu outras tantas. Podemos citar como exemplos de decisões interlocutórias que não mais comportarão agravo de instrumento: que apliquem multa equivalente àquela prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC-73 a um terceiro; decisões que fixem os honorários periciais; que versem sobre a substituição do perito por negligência, aplicando-lhe sanção; que condenem a testemunha a responder pelo adiamento da audiência, decisão que resolve o incidente de impugnação do perito (art. 423, do CPC-73); que tratem da prestação de contas do administrador judicial (art. 919, do CPC-73) Conf.: (DIDIER Jr., 2003); (DIDIER Jr., CUNHA, 2009).

20. Os dados foram coletados pela equipe de pesquisa da qual o autor fez parte, entre os meses de agosto e setembro de 2010. Os dados a seguir representam uma amostra de cerca de 5% (cinco por cento) dos agravos de instrumento interpostos no biênio 2008-2010.

21. A análise foi desenvolvida da seguinte forma: acessando o *link* “jurisprudência” do *site* do TJ-BA ([www.tjba.jus.br](http://www.tjba.jus.br)), os pesquisadores utilizaram o termo indexador “*agravo de instrumento*” no campo destinado à “pesquisa livre”, preenchendo, também, o período analisado (jan. 2008 a jan. 2010). Para a obtenção de uma amostra de todo o biênio analisado, bem como para evitar a coleta de dados de uma mesma matéria, já que os relatores costumam julgar “em bloco” os recursos interpostos, subdividiu-se o biênio investigado em seis quadrimestres, buscando extrair 5% do número global dos agravos interpostos em cada período e disponibilizados na base de dados do SECOMGE-TJ-BA (segundo informações do mesmo sítio virtual, o número total de agravos no período foi de 17.941 agravos de instrumento). Todavia, considerando que o *site* não estava alimentado com todos os 17.941 recursos registrados no SECOMGE, somente foi possível extrair o percentual de 4,7% dos agravos existentes – totalizando 833 recursos analisados.

22. Cabe lembrar que no grupo de causas envolvendo o Estado apenas duas hipóteses de cabimento foram utilizadas pelos jurisdicionados: a necessidade de interposição do agravo de instrumento na execução (fiscal) e a *urgência*.

23. Art. 54, do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

24. Art. 7º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85): “Se, no exercício de suas funções, os juízes e

## ENTRE ASPAS

tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

25. A Lei Federal n. 12.153/2009 criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública para as causas que envolvem Estados e Municípios e que tenham valor inferior a 60 salários mínimos. Muitos estados ainda não implementaram a medida, muito embora a *vacatio legis* de 06 (seis) meses já tenha se esgotado. A Bahia é um desses Estados.

## A (IN) FUNCIONALIDADE DO SISTEMA TORRENS NO REGISTRO DE IMÓVEIS BRASILEIRO

**Carlionilda Maria Dettmann Vieira**

Oficiala de Justiça. Bacharel em Direito. Bacharel em Administração de Empresas. Especialista em Direito Registral pela PUC-Minas

**Resumo:** O presente trabalho monográfico analisa o Sistema Registral Brasileiro, focalizando o registro de propriedade rural, especialmente a utilização do Registro Torrens. Para tanto, considerando-se a necessidade cada vez maior de segurança jurídica no sistema registral face ao desenvolvimento econômico do país, discute esse sistema, comparando-o ao de registro comum. Argumenta-se que o sistema tradicional tem evoluído muito ao longo dos anos, com técnicas cada vez mais precisas, principalmente com o advento da Lei nº 10.267, de 28 de Agosto de 2001 que institui a obrigatoriedade de técnica de georreferenciamento e de certificação posicional, e da Lei nº 10.931, de 02 de Agosto de 2004 que versa sobre a retificação extrajudicial de imóvel. Contudo, este sistema apresenta eficácia relativa (*juris tantum*) enquanto o Registro Torrens percebe eficácia absoluta (*juris et de jure*), resistindo a ataques reivindicatórios. Neste sentido, questionam-se supostos motivos pelos quais o sistema Torrens ficou em desuso no Brasil, a saber: o desconhecimento por parte dos usuários; as dificuldades no cumprimento das formalidades; a duplicidade de sistemas de registro; a valorização do sistema comum; a questão dos custos e a morosidade do sistema.

**Palavras-chave:** Registro Torrens. Registro Tradicional. Eficácia Absoluta. Eficácia Relativa.

**Sumário:** 1 Introdução: a pesquisa e seus meandros; 2 Breve histórico do Registro de Imóveis no Brasil; 3 Do sistema de Registro de Imóveis comum; 4 Histórias e repercussões do Sistema Torrens; 4.1 Sistema Torrens: do desuso, de sua importância e adequação; Considerações Finais; Referências.

### 1. Introdução: A Pesquisa e seus meandros

A história da propriedade rural no Brasil inicia-se com um paradoxo, pois, antes mesmo de serem descobertas, já pertenciam ao Rei de Portugal e eram alvo de cobiças e partilhas entre Espanha e Portugal.

Segundo Novoa (2000, p. 21), essas duas nações realizaram diversos tratados diplomáticos, dentre eles, o de Tordesilhas, em 1494, criando uma linha imaginária no continente sul-americano, determinando que todas as terras descobertas ou que viessem a ser descobertas pertenceriam ou a Espanha ou a Portugal.

As terras brasileiras formavam um imenso território e eram habitadas por indígenas.

Aparentava não haver, aqui, qualquer riqueza que atraísse o comércio europeu<sup>1</sup>.

Para estimular esse comércio e aumentar o poder da Coroa Portuguesa sobre estas terras, criou-se uma nova forma de exploração: as terras brasileiras foram divididas em grandes parcelas, denominadas de “capitanias”, que foram doadas aos capitães donatários, através da Carta de Doação e do Foral<sup>2</sup>, com a condição da indivisibilidade e da inalienabilidade<sup>3</sup>.

Por volta do ano de 1530, assegura Novoa (2000, p. 33), a Coroa Portuguesa iniciou o processo de ocupação das terras “descobertas”<sup>4</sup>, utilizando o regime denominado “Sesmarias”<sup>5</sup>, que consistia na obrigatoriedade de os colonos cultivarem as glebas de terras – que eram recebidas pelo sistema de concessão dentro de um período de seis anos. Caso não o fizessem, eram obrigados a devolvê-las para a Coroa.

As terras sem exploração e devolvidas para a Coroa eram denominadas terras devolutas<sup>6</sup>; e o domínio pleno e perpétuo da propriedade era outorgado àqueles que cumprissem as obrigações estabelecidas, no prazo determinado.

O sistema que a princípio parecia harmonioso, com expectativa de grande êxito para sua aplicação, não veio a frutificar, pois, cumprir as obrigações estabelecidas era difícil, devido às dificuldades de locomoção, cultivo e povoamento (NOVOA, 2000, p. 27).

Algumas famílias desmotivadas e com dificuldades para iniciarem a exploração das terras devolveram à Coroa suas glebas recebidas, outras, as abandonaram, e as famílias que conseguiram permanecer não tiveram recursos financeiros para legitimar as posses.

Surgiu uma nova situação, não permitida pelo Rei, na qual terceiros, de forma clandestina, vieram a ocupar glebas de terras menores, inclusive formando pequenos povoados. Por esta razão, segundo Novoa (200, p. 44), no Governo de José Bonifácio de Andrade e Silva, em 17 de julho de 1822, pela Resolução 76, resolveu-se suspender a concessão de Sesmarias.

Durante quase trinta anos, a propriedade de terra ficou sem qualquer regulamento, havendo, nesse período, quase uma ausência do Estado. Isto estimulou posses clandestinas e contribuiu para o aumento dos conflitos. Esse vácuo normativo ficou conhecido, segundo Marques (2007, p. 24), como “Regime das Posses”, ainda em suas palavras, um “período anárquico”.

Nas palavras de Erpen e Paiva (2004), o sistema imobiliário estava confuso e deficiente. Havia um vácuo normativo que só veio a ser regulado, em 18 de setembro de 1850, com a promulgação da Lei nº 601, denominada Lei de Terras do Império, esta, regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Essa lei, segundo Marques, teve como objetivo:

Proibir a investidura de qualquer súdito, ou estrangeiro, no domínio de terras devolutas, excetuando-se os casos de compra e venda;  
Outorgar títulos de domínio aos detentores de sesmarias não confirmadas;  
Outorgar títulos de domínio a portadores de quaisquer outros tipos de concessões de terras feitas na forma da lei, então, vigente, uma vez comprovado o cumprimento das obrigações assumidas nos respectivos instrumentos; e  
Assegurar a aquisição do domínio de terras devolutas através da legitimação de posse, desde que fosse mansa e pacífica, anterior e até a vigência da lei (MARQUES, 2007, p. 25).

A Lei de Terras se propunha a trazer uma nova perspectiva quanto à legitimação das

posses, principalmente porque direcionou para o ordenamento jurídico aquele período anárquico, impondo direitos e obrigações<sup>7</sup>.

Entretanto, os resultados não foram satisfatórios devido a vários fatores, entre eles: escassez de pessoal habilitado para realizar o serviço burocrático; elevadíssima quantidade de áreas de posse para delimitar as terras devolutas; falta de infraestrutura e longa distância para realizar os trabalhos. Além do que, a lei dispunha que a única forma legal de aquisição do imóvel seria através da compra e, em face do preço elevado, os menos favorecidos financeiramente, apesar de terem as suas posses cultivadas, não tiveram condições de adquirí-las.

Mas, e como o Estado deveria agir no tocante a normas que garantissem o registro e a transmissão de imóveis com a maior seguridade?

No final do século XIX, apresentaram-se os Decretos 169-A de 19 de janeiro de 1890, que substituiu a lei e o regulamento hipotecário, e 451-B de 31 de maio de 1890, regulamentado em 05 de novembro do mesmo ano pelo Decreto 955-A. Esse último instituiu o Sistema Torrens no Brasil, adjetivado hoje como vetusto, esdrúxulo, inapropriado, anacrônico.

Desta forma existem no Brasil dois sistemas de registro de imóveis: o primeiro, obrigatório, elencado no artigo 1245, parágrafo 2º do Código Civil de 2003, onde a presunção é relativa e o outro, facultativo, o Registro Torrens de presunção absoluta.

Ato contínuo é de conhecimento público que os proprietários das terras quando efetuam suas aquisições através do registro imobiliário acreditam que estas estejam livres de ações que possam discutir esses direitos. Mas não é essa a realidade, a exemplo da Amazônia Legal, a qual tem sido objeto de discussões acerca da indefinição dos direitos sobre as terras, perpassando processos fraudulentos, grilagens<sup>8</sup> e posses ilegais, títulos sem registro e, contribuindo consequentemente para os conflitos de terra?

Afirmando com Novoa (2000) que, a ocupação das terras no Brasil ocorreu de forma desestruturada e, seus reflexos históricos se fazem visíveis até a atualidade, o presente trabalho intitulado a (in)funcionalidade do Sistema Torrens no registro de imóveis brasileiros se justifica, haja vista as inúmeras ações reivindicatórias que discutem o direito de propriedade no judiciário brasileiro.

Boa parte desses reclames reivindicam fraudes em áreas ocupadas indevidamente, grilagens, posses ilegais, emissão de títulos não registrados, o que coloca em questão a seguridade dominial<sup>9</sup>.

*Lato sensu*, estudar o Registro Torrens implica, por um lado, buscar a promoção da regularização fundiária no Brasil, haja vista, sua força probante absoluta não admitindo prova em sentido contrário, tornando o imóvel insuscetível de reivindicação e garantido pelo Estado e, por outro lado, o desenvolvimento socioeconômico do país, mediado pela segurança dos direitos, a certeza, a previsibilidade, dada a inatacabilidade do título de domínio, viabilizando sua utilização como instrumento de crédito.

Neste sentido, importa também destacar a validade de estudos como o presente, pois, ao discutir o sistema registral brasileiro, *latu sensu*, também se problematizam as questões da reforma agrária, a ação de grileiros, busca-se fornecer dados precisos para a tributação das terras, possibilita-se planejamentos estratégicos de infraestrutura no país, a saber, a eletrificação, a construção de barragens hidrelétricas e estradas. Sem esquecer-se de que, tudo isso, num país em que, segundo Décio Antônio Arpen e João Pedro Lamana, em seu “Panorama Histórico do Registro de Imóveis no Brasil”, “cerca de 40% das propriedades ocupadas, com situação jurídica consolidada, não são tituladas”<sup>10</sup>.

Para tanto, neste estudo, inicialmente se fará um histórico abordando o registro de

imóveis no Brasil até a atualidade. O segundo capítulo versará sobre o registro de imóveis tradicional, ressaltando sua aplicabilidade e sistemática. Em seguida, apresentar-se-á a Lei de Registro Torrens, abordando sua sistemática, aplicabilidade e procedimentos. Em capítulo final, discute-se a (in)funcionalidade do Sistema Torrens, problematizando o seu desuso no Brasil. Por fim, será ressaltada a importância desse sistema e sua adequação para o que se tem chamado de “o futuro do Sistema Torrens”.

## 2. Breve histórico do Registro de Imóveis no Brasil

No Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916 o domínio do imóvel era adquirido por tradição. Passava-se a ser dono logo que se efetivava a vontade de transferir o bem. Era a justiça natural que prevalecia. Este princípio de aquisição pela tradição era consubstanciado no livro 4º, Título 7º das Ordenações do Reino e no Alvará de 4 de setembro de 1810 que dispõe: “(...) por meio da tradição passa o domínio para o comprador” (PEREIRA, 1924, p.39).

Da mesma forma no Parágrafo 1º do Título 5º do Código Filipino: “(...) o comprador for entregue da coisa comprada e pagar o preço, ao vendedor, ou oferecer, logo é feito dela senhor” (PEREIRA, 1924, p.94).

Conforme previa Teixeira de Freitas criador da Consolidação das Leis Civis de 1858, no seu Artigo 908: “Para aquisição do domínio não basta simplesmente o título, mas, deve aceder a tradição; e, sem esta, só se tem direito a ações pessoais” e no Artigo 909, “A tradição consiste na efetiva entrega da coisa, a que se segue ao ato da posse [...]”.

Com a aceleração do comércio, houve necessidade de facilitar as relações da vida civil, para a qual criou-se o Constituto Possessório, em que a real entrega da coisa passou a ser realizada pela tradição simbólica, ou seja, apesar da sua prática ser conhecida desde tempos remotos, não havia previsão legalmente expressa. Ao adquirir o imóvel o comprador mesmo sem receber a coisa, adquire a posse sobre ela. Ele a tem de forma ficta (PEREIRA, 1924, p.118). Ambas não traziam qualquer publicidade na transmissão do domínio (BORGES, 1960, p.13).

Essa falta de garantia do credor hipotecário trazia total insegurança nas transações imobiliárias bancárias. Segundo Borges (2007, p.20), já se sentia necessidade de criar um controle de registro permanente para o imóvel, pois da forma como estava, além da insegurança que trazia àqueles que emprestavam sob hipoteca, os próprios adquirentes de imóveis estavam sujeitos a fraudes.

Em 21 de outubro de 1843, já no período do Império, foi promulgada a Lei nº 317, denominada Lei Orçamentária – regulamentada pelo Decreto nº 482, de 14 de novembro de 1846 –; e pelo seu artigo 35, criou-se o Registro da Hipoteca, nascendo, assim, a primeira forma de registro no Brasil. Porém, esta forma de registro se limitava apenas ao registro das hipotecas.

A Lei recém-promulgada não disciplinou quanto às transações imobiliárias. As terras eram registradas pelos Tabeliães, apenas para garantir o crédito dos empréstimos bancários. Assim “o registro geral de hipotecas foi criado com a finalidade exclusiva de tornar a terra a base para o crédito”<sup>11</sup> (MELO, 2009).

Em 24 de setembro de 1864, pela Lei nº 1237, ampliam-se as funções do Cartório de Registro da Hipoteca, passando a admitir-se, de forma facultativa, o registro da transcrição dos títulos de transmissão dos imóveis por atos *inter vivos* e a constituição de ônus reais. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.453, de 23 de abril de 1865, e modificada pelos Decretos nºs 169-A, de 19 de janeiro de 1890, e 370, de maio de 1890.

Com essas alterações se estabelecem as bases das sociedades de crédito real, e o cartório passa, em consequência, a ser designado de Registro Geral e de Hipoteca.

Esta Lei trouxe grandes avanços para o sistema registral brasileiro. Instituiu, também, a obrigatoriedade da escritura pública para a realização dos contratos e sua inscrição no registro como forma de instituir os ônus reais.

Conforme ensina Arruda:

[...] entre outras coisas, instituiu o registro de imóveis por ato inter vivos e a constituição dos ônus reais (art. 7º); declarou que a transmissão não se operava em favor de terceiros, a não ser pela transcrição, [...]; exigiu a escritura pública como da substância do contrato e sua inscrição no registro, para valer contra terceiros; instituiu a prenotação e enumerou, taxativamente, os ônus reais, sujeitando-os à transcrição (ARRUDA, 2002, p. 42).

Em 26 de abril de 1865, pelo Decreto nº 3453, conforme relata Santos (2006), foi criado o cargo de oficial do registro de imóveis, tendo Eulálio da Costa Carvalho como o primeiro Oficial de Registros do Brasil<sup>12</sup>.

Em 18 de setembro de 1850, com a Lei de Terras (Lei 601), regulamentada pelo Decreto nº 1318, de 30 de janeiro de 1954, criou-se o Registro Paroquial, conhecido como “o Registro do Vigário”, cuja finalidade era legitimar a aquisição pela posse.

Esses registros eram realizados, de forma unilateral pelas declarações dos posseiros, e recebidas pelos vigários de cada uma das freguesias do império, que as numerava em livros posteriormente remetidos para o Delegado Diretor Geral das Terras Públicas da Província respectiva, para formar o registro geral das terras fornecidas.

Destaque-se que esses títulos concedidos pelos vigários das paróquias, ficaram completamente dispersos, sem qualquer vínculo com o título anterior, resumindo-se apenas a uma simples transmissão de posse, dando origem a alienações sem qualquer princípio basilar. Daí a proposição de Diniz (2007, p. 79), segundo a qual, esse sistema era extremamente inseguro, pelo fato de não haver uma continuidade da transmissão.

Desta mesma forma, “o Registro do Vigário não pode ser considerado como registro de imóveis, pois esse tipo de registro tem características exclusivamente de atividade notarial<sup>13</sup> e não registral<sup>14</sup>” (JACOMINO, 2009).

Resumidamente, portanto, segundo Erpen e Paiva (2004) as propriedades estavam desprotegidas, pois o sistema imobiliário além de confuso era deficiente, tendo suas raízes no sistema registral no Decreto nº 482, de 14 de novembro de 1846.

Visando por fim a estas incertezas, o governo adotou novas medidas, dentre elas destacam-se o Decreto nº 169-A de 19 de janeiro de 1890 que substituiu a lei e o regulamento hipotecário, e o Decreto nº 451-B de 31 de maio de 1890, que estabelece o registro e transmissão de imóveis pelo sistema Torrens, regulamentado em 05 de novembro do mesmo ano pelo Decreto nº 955-A.

Em relação ao sistema de registro hipotecário, Decreto nº 169-A de 19 de janeiro de 1890, segundo instrui Carvalho (1976, p. 14), “também, não deu os resultados esperados por lhe faltarem os requisitos de especialidade e publicidade”.

Também, segundo Diniz (2007, p. 36), esse sistema era extremamente inseguro, pois não havia um critério para garantir o princípio da continuidade. Na descrição do imóvel, não se identificava a origem do título aquisitivo de forma a dar continuidade às transmissões através

da sequência dos números de registro de aquisição, o que dava origem a sucessivas alienações clandestinas. Esta Lei vigorou até a chegada do Código Civil de 1916.

Com o advento da Lei nº. 3.017, de 01 de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916) pelos artigos 859 e 860, operou-se uma novidade para o registro imobiliário, referente à tradição da propriedade rural. Passou a ser obrigatório o registro das transcrições, das transmissões e dos direitos reais sobre coisa alheia para validade contra terceiros.

Segundo Borges (2007, p. 31), aquele que recebia o bem e o registrava no Cartório de Registro de Imóveis tornava-se legítimo proprietário. Com isso, ocorreu uma melhoria no sistema.

Entretanto, esse registro trazia uma forma relativa de direito, presumia-se pertencer o direito real ao nome daquele que se inscreveu até prova em contrário. Assim prescrevia a Lei:

Art. 859. Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.

Art. 860. Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

Parágrafo único. Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos.

Borges (2007, p. 31) menciona que, em 03 de janeiro de 1917, expediu-se o Decreto nº 12.343, regulamentando a matéria referente aos registros públicos e, em 07 de fevereiro de 1924, esse Decreto foi substituído pelo Decreto nº 4.827, para reorganizar os registros públicos instituídos pelo Código Civil de 1916.

Ainda, segundo Borges (2007, p. 32), na tentativa de melhoria do sistema, vários decretos foram promulgados até que em 1969, através da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, em seu art. 206, vem assegurar a oficialização dessas atividades judiciais e extrajudiciais, “mediante a remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos”.

Conforme ensina Silva (2004, p. 34), com o crescimento econômico e social do país, o sistema jurídico também foi evoluindo e, na busca da perfeição das regras e princípios norteadores do sistema de registro de imóveis, criou-se, em 31 de dezembro de 1973, a Lei 6.015, também conhecida como Lei dos Registros Públicos, que tratou da sistemática dessas atividades extrajudiciais em seus artigos 167 e seguintes.

Segundo Santos (2006), no que tange à sistemática registral, essa Lei é o marco do direito positivo brasileiro. Ela consolida, de forma organizada, os princípios e as regras legais atinentes a esse campo jurídico, inclusive as disposições institucionais desse sistema. Em virtude disso, vários doutrinadores, dentre eles Santos (2007), apelidaram a Lei 6.015 de “Código e Registros Públicos”. Nasceram dois instrumentos importantes: a matrícula e o fólio real.

O fólio real é o papel, a parte física palpável, e a matrícula em sentido lato é a primeira inscrição feita nele. Portanto, a matrícula é a própria folha, a base, na qual se encontram inscritas todas as informações relativas ao domínio e outras modificações jurídicas pertinentes ao imóvel determinado.<sup>15</sup> Na concepção de DINIZ (1992, p. 60) Folio Real ou Ficha é um modelo técnico de escrituração no registro, que substituem os livros, tornando a escrituração mais célere e proporcionando melhor manuseio, compreensão lógica dos atos, fácil arquivamento. Entretanto, esta “ficha” tem que estar nos padrões estabelecidos em lei.

Diante da importância do direito imobiliário, o Estado, pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, determina, exclusivamente, a competência da União para legislar sobre

assuntos referentes ao Registro Público. E, pela necessidade de regularização prática, instituiu mecanismos para melhor regê-los. Também pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 236, o Estado passou a delegar os serviços notariais e de registro aos particulares, em caráter privado. Os serviços passaram a ser exercidos por pessoas investidas na função pública e não no cargo público, como ocorria anteriormente.

Em 11 de novembro de 1994, foi criada a Lei nº 8.935, dispondo sobre serviços notariais e de registro, denominada “Lei dos Notários e dos Registradores”, também conhecida como “Lei dos Cartórios”, que vem regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal de 1988 disciplinando os serviços dos notários e dos registradores, concedendo ao Poder Judiciário a fiscalização dessas atividades.

Mesmo com essas leis inovadoras, conforme aponta Silva (2004), o sistema precisava se aperfeiçoar, principalmente quanto ao princípio da especialidade.

Em 28 de agosto de 2001, foi editada a Lei Federal nº 10.267 e, em 30 de outubro de 2002, seu decreto regulamentador nº 4.449 alterando vários dispositivos das leis de Registros Públicos, instituindo o Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), cujo objetivo é integrar e sistematizar as informações sobre o uso e posse da terra, criando um intercâmbio entre o sistema imobiliário, pelo Registro de Imóveis, e o sistema fundiário, pelo Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA).

Borges (2007, p. 751) ressalta que, para o levantamento e registros dos contornos dos imóveis rurais, passou-se a aplicar a moderna tecnologia de alta precisão, com o sistema de georreferenciamento que “tem como finalidade a descrição do imóvel quanto ao seu perímetro, com precisão absoluta de limites e confrontações, para individualização da propriedade na matrícula” (BORGES, 2009, p. 751) e deve ser realizado por profissional habilitado pelo CREA e credenciado pelo INCRA.

A certificação é emitida pelo INCRA e, após o imóvel ter sido submetido a várias técnicas altamente precisas e burocráticas, é também emitido o Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR).

Com essa nova metodologia de medição do perímetro do imóvel, surgiu um conflito no sistema registral, no que tange ao princípio da especialidade. As propriedades, na maioria das vezes, eram medidas pelo sistema precário, e qualquer alteração que viesse a ser realizada no registro de imóveis só poderia ser feita através de ação judicial.

Em 02 de agosto de 2004, foi editada a Lei nº 10.931, que alterou os dispositivos dos artigos 212 e 213 da Lei de Registros Públicos, para possibilitar a retificação de registro em face das alterações devidas, por vias administrativas, pelo próprio Cartório de Registro de Imóveis.

A Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, introduziu o artigo 615-A no Código de Processo Civil, no qual concede poderes ao exequente quando do ajuizamento da ação, podendo obter a certidão do cartório onde ajuizou a ação, para averbar nas matrículas dos imóveis em quaisquer cartórios em que o demandado tenha bens imóveis. Desta forma, gera a publicidade para que terceiros tomem conhecimento da existência da execução que tramita contra o proprietário do bem em questão, evitando possíveis fraudes.

Outras inovações ocorreram, como a exemplo da Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007 que instituiu a realização de inventário, por via administrativa, por meio de escritura pública lavrada pelo Tabelião. A mesma lei criou dispositivo para permitir, salvo exceções, a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal por meio de escritura pública, constituindo, ambos os dispositivos, título hábil para o registro imobiliário.

Bem assim, a Lei nº 12.024, de 24 de agosto de 2009, institui o registro eletrônico obriga-

tório e as regras a que estão sujeitos os registradores imobiliários quanto ao uso de documentos eletrônicos em suas atividades. Com esse dispositivo legal, é possível assinar contratos, procurações, relatórios diversos, códigos fontes, *scripts*, fotografias, reportagens, projetos arquitetônicos, petições, mandados judiciais, balanços, declarações de impostos, prontuários médicos, entre outros documentos, sendo indispensável para conferir validade jurídica ao documento eletrônico.

Mais recentemente, a Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009, comumente conhecida como Minha Casa Minha Vida, no seu capítulo III, dispõe sobre a “regularização fundiária e assentamentos urbanos” visando à “regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes”.

Novas perspectivas aparecem no cenário nacional com a edição de evoluídas normas legislativas, aperfeiçoadas de modo a adequarem-se à realidade tecnológica de levantamento e gerenciamento de dados, capazes de revolucionar os sistemas de registros e controle de dados imobiliários do País. Desta forma, o sistema brasileiro de registro de imóveis tem acompanhado os anseios sociais e as evoluções das tendências mundiais.

### 3. Do Sistema de Registro de Imóveis comum

O Sistema de Registro comum está consolidado na Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, a chamada Lei de Registros Públicos, e suas alterações posteriores.

Trata-se de um sistema obrigatório, cuja exigência surgiu com a promulgação da Lei nº 3.017 de 1º de janeiro de 1916. Posteriormente o Novo Código Civil de 1916 viria a ratificar esta obrigatoriedade, no seu artigo 1.245, parágrafo 2º afirmando que a aquisição da propriedade entre vivos só tem eficácia com o registro da escritura no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca competente.

O Registro comum gera presunção relativa de veracidade, *juris tantum*, nos termos do § 2º do artigo 1.245, do Código Civil de 2002, “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. Neste sistema, segundo Melo (2009), a qualquer tempo, através de ação própria, o direito de propriedade pode ser questionado, para ao final decretar a nulidade do registro e/ou da matrícula.

Conforme já elencado no capítulo anterior, o sistema registral brasileiro, tem passado por extraordinários avanços, haja vista a Lei 10.267 de 28 de agosto de 2001, que alterou dentre outros, os artigos 176 e 225 da Lei de Registros Públicos.

Esta Lei, regulamentada pelo Decreto 4.449 de 30 de outubro de 2002, veio trazer a intercomunicação entre o sistema fundiário de imóveis rurais e o Registro de Imóveis. Com isso, tornou-se obrigatório em todo o país o recadastramento de todos os imóveis rurais, o que será feito de forma gradativa respeitando prazos e exigências diversas, estabelecidos pelo citado Decreto.

Saliente-se que até o ano de 2023, todos os imóveis que constituem a base cartográfica brasileira deverão estar cadastrados nos moldes definidos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), e toda transação imobiliária envolvendo imóvel rural só poderá ser registrada no Cartório de Registro Imobiliário, se estiver acompanhada de uma planta certificada previamente pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), à luz da sua Norma Técnica para Georreferenciamento de Imóveis Rurais.

Dentre as exigências desta Norma Técnica está a obrigatoriedade da medição para determinação dos limites das propriedades rurais a serem realizadas pelo método de Georreferenciamento do Sistema Geodésico Brasileiro numa precisão de até 50 centímetros. Precisão esta considerada pelos técnicos como sendo uma técnica de alta perfeição. Para cumpri-la devem ser utilizados equipamentos ultra modernos e profissionais altamente capacitados.

A certificação do imóvel rural é o documento final expedido pelo INCRA que trás a declaração de que determinado perímetro do imóvel não se sobrepõe a nenhum outro existente no seu cadastro fundiário.

Para chegar a esta conclusão é necessário um processo administrativo requerido pelo proprietário do imóvel ao INCRA, o qual deve vir acompanhado, além de todos os documentos que comprovam a legitimidade da área através do registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, ainda do relatório técnico que demonstra o tipo de serviço executado, as precisões obtidas, tipos de marcos utilizados para delimitar o perímetro em campo, modelo e relação dos equipamentos, planilhas de cálculo, cadernetas de campo, declaração das propriedades vizinhas com os respectivos proprietários, arquivo digital dos arquivos de campo gerados pelo instrumento de medição, plantas, memoriais descritivos assinados por profissional habilitado e a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), com as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel, georreferenciadas pelo Sistema.

Uma vez que toda esta documentação seja entregue ao INCRA, será apreciada pelo Comitê Regional de Certificação, o qual, obrigatoriamente é composto por técnicos das áreas de cartografia e cadastro rural, conforme Portaria INCRA/P 514, de 01/12/2005. Depois de sanadas todas as possíveis irregularidades encontradas nas peças técnicas e não ocorrendo sobreposição de área, o arquivo digital do perímetro do imóvel deverá ser inserido no banco de dados Cartográficos do INCRA. Ao final, será expedida a certificação do imóvel, na qual constará o número de todas as matrículas ou transcrições que compõem a área total do imóvel objeto da Certificação, bem como um único código no Serviço Nacional de Cadastro Rural (SNCR).

Mesmo assim, só entrará no assento registral após proceder a processo de retificação da matrícula, pois, em regra as informações constantes devem estar desatualizadas. Tal alteração torna-se exequível através de processo especial, sendo neste sentido, observada a Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004 que permite a retificação pela via administrativa. De todo modo, pontue-se que, anteriormente a esta Lei só se era permitida a retificação da matrícula através de procedimento judicial.

Contudo, crê-se importante atentar para o que ensina Paiva (2005) acerca do Sistema de Registro Comum, ou seja, que mesmo após extrema precisão e total burocracia, este sistema não reconhece limite de propriedade, uma vez que seu escopo busca auferir apenas, a localização, a medida perimetral, as confrontações, e a sobreposição de áreas de acordo com o cadastro do órgão.

Além do que, a atividade registral é atividade administrativa-judiciária, constitutiva apenas, não purgando quaisquer vícios acaso existentes no processo de transmissão. Deste modo, é factível que um detentor de um imóvel com registro comum possa ser demandado com eventual ação de evicção, reivindicação, reclamação ou protesto.

Em outras palavras, haja vista que o Sistema de Registro Comum, regido pela Lei de Registros Públicos, em seus artigos 167 a 276, concebe presunção *juris tantum* de domínio, ou seja, presunção relativa, sendo cabível prova em contrário, é possível retificação ou cancelamento de registro ao se comprovar erro ou vício no negócio empreendido.

### 4. Histórias e repercussões do Registro Torrens

Em 31 de Maio de 1890, logo no começo da República, foi introduzido pelo governo como alternativa para o registro de imóvel, o então denominado “Registro Torrens”. Regulamentado pelo Decreto 955-A de 05 de Novembro de 1890, o Registro Torrens apresentava-se como forma opcional de transmissão de imóvel.

Esse sistema foi introduzido no Brasil por Rui Barbosa que o “importou” da Austrália, país no qual o irlandês Sir Robert Richard Torrens, apresentou o sistema que se converteu em Lei. A principal finalidade deste sistema era organizar os títulos de domínio de transferência e aquisição de propriedades.

O Sistema de Registro Torrens, no Brasil, sofreu oposição inicial por parte dos notários e dos advogados, entretanto se tornou excelente regime para os países novos. Foi rapidamente difundido, nas diversas províncias da Austrália, França e Inglaterra. Conforme registrado por Borges (1960, p.43), tabeliães e notários da cidade do Rio de Janeiro, à época, posicionaram-se contra o Sistema Torrens, ao passo que, Rui Barbosa teria defendido o Sistema alegando ser a reação contrária ao decreto, medo de perda de privilégios e de “receitas dos cartórios”. O ministro da Fazenda asseverou ainda mais acerca desse sistema: “o Registro Torrens libertou das formalidades onerosas e inúteis da escritura pública os atos de transmissão do domínio e constituição de ônus reais”.

O escopo do sistema era simplificar e ao mesmo tempo garantir a segurança jurídica na transmissão do imóvel da mesma forma como se fazia com a transmissão de coisas móveis, como por exemplo, gado ou embarcação. Para tanto, a matrícula do imóvel deveria repousar sobre um sistema bastante seguro, de caráter constitutivo e não meramente declaratório, como no Brasil, ocorria com o registro paroquial.

Este pensamento se coaduna com um modelo de desenvolvimento liberal, o qual visou atribuir valor mercantil a terra. Deste modo, ficaria a terra incluída na esfera da circulação do capital, sendo seus preços auferidos por procedimentos econômicos, a saber, mecanismos de renda diferencial da terra, renda de situação e benfeitorias realizadas<sup>16</sup>.

No Brasil, estando o sistema imobiliário em franca desordem, com propriedades desprotegidas pela falta de um sistema eficaz capaz de dar segurança ao adquirente ou ao credor hipotecário, Rui Barbosa, Manuel Ferraz de Campos Sales e Francisco Glicério (Ministros e secretários de estado do Governo Provisório) apresentaram o projeto que se transformou no Decreto 451-B em 31 de maio de 1890<sup>17</sup>, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 955-A, de 5 de novembro de 1890, com o intuito de disciplinar o sistema de registro e transmissão dos imóveis.

Não se apresentou o Sistema Torrens sem objeções. Pelo contrário, havia questionamentos de grandes latifundiários. Especialmente porque, com um sistema efetivo de registro e cadastro de terras, haveria a dificuldade costumeira de se apropriar ilegalmente de terras devolutas e de pequenos espaços circundantes, assim como, introduzia o risco de perda de terras ilegalmente apropriadas e promovia a cobrança efetiva de impostos territoriais.

Não obstante, a exposição de motivos para implantação do Sistema Torrens, foi apresentada minuciosamente pelo então ministro da Fazenda, Rui Barbosa ao Governo Provisório na pessoa de Marechal Deodoro da Fonseca, que acompanhou o projeto de Lei até se transformar no referido Decreto 451-B.

Os motivos que levaram Rui Barbosa a defender o Sistema Torrens, estão presentes nestes três princípios:

- 1º. Instituição de um processo expurgativo, destinado a precisar a propriedade, a delimitá-la, e fixar de modo irrevogável, para com todos, os direitos do proprietário, autenticando-os em um título público;
- 2º. Criação de um sistema de publicidade hipotecária, adequado a paten-tear exatamente a condição jurídica do solo, com os direitos reais e gravames que o onerarem;
- 3º Mobilização da propriedade territorial mediante um conjunto de alvi-tres, convergentes a assegurar a transmissão pronta dos imóveis, a constituição fácil das hipotecas e a cessão delas por via de endosso<sup>18</sup>.

Segundo ensina Borges (1957, pg 24-39), tem o Sistema Torrens as seguintes características:

1. Caráter facultativo para as propriedades privadas e obrigatório para as terras devolutas: A decisão é do proprietário em requerer o Registro com exceção dos imóveis que se encontram sob o domínio público;
2. Processo expurgativo da propriedade: procedimento judicial onde sub-mete o título a rigoroso exame, tanto das formalidades técnicas quanto jurídicas, para precisar e delimitar de modo irrevogável os direitos do pro-prietário gerando efeito *erga omnes*. Todos os títulos serão transformados num só, anula-se os anteriores, onde ninguém poderá questionar a validade ou legalidades daqueles registros anulados e o novo título novo ficará intacto;
3. Publicidade real e não pessoal: o registro é feito em relação ao imóvel e não à pessoa, através do livro denominado “Matriz”, onde ficará gravada a perfeita descrição, características, confrontações, rumos, benfeitorias e demais informações que vinculam o imóvel;
4. Princípio da Legalidade: uma vez registrado o imóvel, o adquirente passa a ser dono absoluto, onde não caberá qualquer ação reivindicatória ou qualquer litígio contra o conteúdo do título ou dele proprietário. Arti-gos 75 e parágrafo 1º do Decreto 451-B e 119 e artigo 128 e parágrafo 1º do Decreto 955-A. Elenca três exceções: registro da matrícula fraudulen-ta; necessidade de retificação no caso de erro dos limites; e duplicidade de matrícula sobre o mesmo imóvel;
5. Unicidade do Título: todos os títulos registrados anteriormente são cancelados e substituídos por um único título cuja descrição passa a ser aquelas descritas na sentença transitada em julgado, e deverá obedecer a forma prevista em Lei;
6. Mobilização da propriedade territorial: facilidade de realizar a transfe-rência ou a hipoteca ou penhor. Para as transferências dispensa-se a forma pública da escritura, o Oficial redige a transferência com a assina-tura das partes e das testemunhas e anula o título anterior. Passa-se a prevalecer o título novo. Quanto a hipoteca ou o penhor, o título é retido pelo credor e é apresentado um escrito ao Oficial do Cartório que grava o ônus através de nota certificativa.
7. Perda ou extravio do título: O proprietário anuncia por 30 dias consecu-tivos no jornal de maior circulação, expõe os fatos ocorridos numa declara-ção e requer em juízo um novo título que terá o mesmo valor do original.

## ENTRE ASPAS

8. Fundo de garantia: Paga-se uma taxa à União, denominada de “taxa de seguro” ou “fundo de garantia” é uma compensação para que a União venha garantir a propriedade contra qualquer litígio;

9. Imposto de Transmissão de Propriedade: abolição do imposto sobre a propriedade matriculada.

Assim, o Registro Torrens veio trazer uma novidade no direito brasileiro, qual seja, depois de registrado, outorga à propriedade força formal em prova absoluta, *juris et de jure*, estendendo à propriedade territorial vantagens da riqueza imobiliária, facilitando “a circulação da propriedade estável por meios simples, expeditos e baratos, dando ao ato de aquisição dos imóveis o caráter de verdadeiro título de crédito, transferível por endosso” (BARBOSA, 1891, p. 295).

Apoiando-nos ainda nas palavras do ilustre Rui Barbosa:

A indestrutibilidade do título constitui, manifestamente, um dos caracteres inestimáveis do régimen australiano. Na incerteza sobre o direito da propriedade territorial está uma das influências que profundamente a depreciam e um dos embaraços que organicamente se opõem à sua mobilização. A segurança estribada nesse título de domínio irrevogável habilita o proprietário a não recuar ante os maiores para a exploração da terra, e atrai para ela as ambições do capital, livre por esse meio dos ricos que ordinariamente o detêm ante a perspectiva de litígios embaraçosos e arruinadores, como os que flagelam a propriedade imóvel. Nos termos da legislação comum, a firmeza da propriedade pende indefinidamente das questões armadas pela malevolência, pelo despeito, pela cobiça, carecendo sempre de um processo dispendioso, para se defender, toda vez que a opugna. No regimen Torrens desaparece radicalmente a possibilidade eventual da contestação, afirmando-se uma vez que sempre o direito por uma declaração específica e irretratável da autoridade do Estado.<sup>19</sup>

Fica claro que, o Sistema Torrens, resultado de um contencioso especial, ou seja, de intervenção judicial, confere ao portador um título de matrícula expurgado de impugnações anteriores.

Em outros termos, ao mesmo tempo em que a posse é constitutiva, é também legitimadora, e, por essa razão, concede maior valor ao imóvel do que o sistema comum que tem presunção relativa. Sendo absoluto no caso de perda da propriedade, o Estado é obrigado a indenizar o proprietário do bem. Para corroborar, destaque-se a legislação: “nenhuma ação de reivindicação será cabível contra o proprietário de imóvel matriculado” (Art. 75 do Dec. 451B e Art. 128 do Dec. 995A).

Fica-nos evidente que o interesse de Rui Barbosa era promover um sistema que estivesse mais em consonância com a sua época, ou seja, com a evolução e demandas do capital, do comércio e da democracia. Não obstante, defendia o ministro:

É o mais notável exemplo de legislação experimental, que se conhece; e a sua rápida carreira, a sedução que tem exercido entre as nações mais progressistas, a sua invasão crescente nos costumes e nas leis dos povos mais liberais, em geral sem o auxílio coercitivo da autoridade social, constitui a mais eloquente demonstração da sua superioridade singular, da vitalidade que anima essa instituição e dos seus destinos cosmopolistas (BARBOSA, 1891, p.295).

De forma mais pontual pode-se definir as características do sistema Torrens conforme estabelece o Decreto 451B de 31 de maio de 1980, em seus artigos, os quais passa-se a destacar: 1. Procedimento de jurisdição voluntária (Artigo 1º); 2. É inatacável, confere segurança absoluta da propriedade (Artigo 74, parágrafo 1º); 3. O adquirente ou o credor hipotecário, de boa fé, não podem ser perturbados na posse do imóvel mesmo que a matrícula tenha sido fraudulenta, ou tenha havido erro na delimitação (Artigo 74, parágrafo 1º); 4. Dispensa escritura pública e o imposto de transmissão de propriedade; 5. Recolhimento da taxa de seguro (Artigo 60, parágrafo 1º); 6. Processo contempla dois procedimentos, sendo o primeiro administrativo, perante o Cartório de *Registro* de Imóveis, e o segundo judicial (Artigos 2º - 9º).

Os seguintes procedimentos são necessários para que o Registro Torrens seja consumado: 1. Requerimento instruído como prova de domínio do imóvel pelo proprietário; 2. Prova de atos que limitem ou modifiquem a propriedade (planta, memorial descritivo); 3. Anuência dos Confrontantes e quaisquer interessados; 4. Planta com memorial georreferenciada; 5. Publicação de edital; 6. Oitiva do ministério público; 7. Decisão judicial transitada em julgado – processo expurgativo.

Tendo passado por tais tramites, a sentença que deferir o pedido será levada a termo no Cartório de Registro de Imóveis. Ato contínuo, é feita a inscrição na matrícula da sentença que determinou a submissão do imóvel aos efeitos do Registro Torrens e ao final confere-se ao seu portador, natureza real, contenciosa e constitutiva. Ou seja, efetiva-se tutela de um direito real apreciado por sentença definitiva com força de coisa julgada que consolida definitivamente domínio do imóvel para o requerente.

Contudo, mesmo com o acolhimento do Sistema Torrens, na Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, artigos 277 a 288, a maioria dos doutrinadores propagam que o Sistema Torrens se encontra quase em desuso no Brasil (BORGES, 2009, p. 30), tendo como principais motivos que contribuíram para tal insucesso, (a) Desconhecimento por parte dos usuários, dos benefícios do sistema; (b) Dificuldade no cumprimento das formalidades e exigências; (c) Duplicidade de sistemas de registro (comum e facultativo); (d) a crescente credibilidade que o sistema comum foi adquirindo; (e) maior custo; (f) morosidade dos métodos do sistema<sup>20</sup>.

Há também indagações quanto a sua revogação pelo Código Civil Brasileiro de 2002, levando-se em conta que este silenciou a sua acolhida.

Erpen e Paiva (2004), por outro lado, apresentam-nos entendimento diverso, afirmando que o Código Civil de 2002, apenas silenciou-se sobre aquele registro, não ocorrendo nenhuma revogação.

Acolham-se, também, Jurisprudências que confirmam a sua não revogação, como por exemplo, o Recurso Especial julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 1993,<sup>21</sup>, tendo reconhecido aquele tribunal, a vigência da Lei de Registro Torrens, vez que em seu julgamento negou provimento a recurso especial de ação demarcatória em imóvel inscrito no Registro Torrens:

ACÇÃO DEMARCATÓRIA – IMÓVEL RURAL INSCRITO NO REGISTRO TORRENS – NÃO CABIMENTO DA ACÇÃO. (*STJ, DJU 14.06.93, p. 11.783*). BDI nº 20 - ano: 1993 - (Jurisprudência). RECURSO ESPECIAL Nº 29.240-6/GOIÁS - REGISTRO 92289290

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves.

EMENTA: Ação de demarcação de imóvel rural. Imóvel inscrito no registro Torrens. Não cabimento da ação. Acórdão que não ofendeu lei federal

## ENTRE ASPAS

nem divergiu da jurisprudência colacionada ao reputar sem cabimento a ação demarcatória, por se acharem os imóveis em causa inscritos no Registro Torrens. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos. Brasília-DF, em 11.05.93

EDCL no AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 848.856 - GO (2007/0003318-0)<sup>22</sup>

### RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos por Ubiratan Machado de Resende contra acórdão proferido pela 4ª Turma que negou provimento ao agravo regimental por ele interposto, de que foi relator o Ministro Carlos Fernando Mathias (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), assim ementado (fls. 556-562):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO QUE DEIXA DE ATACAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO APELO NOBRE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO Nº 182/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

[...] Ocorre, porém, que o acórdão recorrido, em momento algum, negou validade ao Registro Torrens do referido imóvel, mas, ao apreciar as provas dos autos, concluiu que a posse dos agravados sobre o imóvel precedeu ao referido registro e que detinham eles títulos de propriedade idôneos, motivo pelo qual deferiu-lhes a imissão na posse do referido imóvel. Com efeito, do minucioso voto condutor do acórdão proferido na apelação cível da ação de reintegração da qual extraído este agravo, destaca a seguinte passagem que demonstra a retrospectiva dos fatos da causa definida pela instância ordinária:

Desta forma, pontue-se que o Sistema Torrens se encontra totalmente aplicável, podendo ser utilizado pelo proprietário de forma facultativa, já que existe a obrigatoriedade pelo Sistema Comum. Em outros termos, o proprietário pode optar quando da aquisição do seu imóvel após fazê-lo pelo sistema comum, também, requerer o Torrens.

### 4.1. Sistema Torrens: do desuso, de sua importância e adequação

Conforme se pontuou nesta pesquisa, existem no Brasil dois sistemas de registro de imóveis: o primeiro, obrigatório, aquele elencado no artigos 1245, parágrafo 2º do Código Civil

de 2003, em que a presunção é relativa e o outro, o Registro Torrens de presunção absoluta, mas de forma facultativa. De modo que, o proprietário do imóvel após proceder ao Registro de sua propriedade pelo sistema comum, em seguida, pode recorrer ao judiciário para requerer o Registro Torrens.

E por que o proprietário poderia inserir seu imóvel no Sistema Torrens? Levando-se em conta que o Sistema de Registro Comum teve significativo desenvolvimento ao longo dos últimos anos, talvez, abrigue-se esta explicação no fato de o registro comum sofrer tantas ações reivindicatórias de propriedade ou mesmo, a ocorrência de grilagem de terras, a exemplo do que ocorre na Amazônia Legal.

Longe de tentar aqui, exercício de retórica com vistas a provar suposta ineficácia do sistema comum, é fato que “a área registrada dos imóveis em Babaçulândia, Estado do Tocantins, representa o dobro da área do município”, é o que asseveram Pereira e Augusto (2004) em Boletim do IRIB em Revista.

Logo, se o Sistema Comum é eficaz, por outro lado, não é totalmente seguro. Conforme ensina Jacomino (2003, pg. 30)<sup>23</sup>, o processo de registro é dependente de vários procedimentos que acontecem desde a formação do título, de modo que, [...] “um problema qualquer que possa existir nessa complexa cadeia haverá de inocular o germe da nulidade do registro”.

Também destaque-se que segundo Éleres (2004)<sup>24</sup>, estima-se que 15 milhões de hectares de terras públicas tenham sido griladas em vários municípios do Pará. E prossegue

É louvável que os notários e registradores imobiliários do Brasil preocupem-se objetivamente com essa questão porque uma parte do problema está nos papéis que eles redigem e registram. Não se pode falar em paz no campo se não tivermos segurança jurídica, se não tivermos segurança dos limites (ÉLERES, 2004).

Não se despreze que o Sistema Comum é hoje, um sistema técnico, jurídico e interdisciplinar, formado por profissionais altamente especializados, acreditados pelo Estado, revestido pela fé pública do oficial registrador, pela garantia de sua publicidade, autenticidade, segurança jurídica, e eficácia dos atos praticados.

Tendo sido aprimorado, pela Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004 que altera dentre outros os artigos 212 e 213 da Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973 e passa a permitir a retificação pela via administrativa quando a área georreferenciada encontrada esteja diferente daquela descrita no sistema imobiliário, além de auferir com total precisão a área do imóvel, faz com que seus elementos venham coincidir com os assentos registrais, evitando, portanto a sobreposição de áreas.

Não obstante, ao final, vários são os profissionais que participam ativamente do processo de registro comum:

- o proprietário do imóvel com a apresentação dos documentos comprobatórios e das linhas divisórias *in loco*;
- os vizinhos que analisaram e confirmaram a linha de limite com suas propriedades;
- o profissional técnico habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) e pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) que realizou os serviços de acordo com as normas técnicas editadas pelo INCRA, materializando as coordenadas *in loco* no imóvel.

## ENTRE ASPAS

- o INCRA que após análise dos serviços técnicos e do cadastro fundiário expediu a certificação da não sobreposição das linhas de divisa com nenhum outro imóvel de terceiros;
- pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis que após criteriosa qualificação registral efetuou o registro.

Tornou-se, portanto, muito mais difícil para o proprietário efetivar o registro do seu imóvel por meio do registro comum, ainda sem a segurança necessária.

Comparando-se os dois sistemas, apresenta-se o seguinte quadro:

| SISTEMA TORRENS                                                                                                                            | SISTEMA COMUM                                                                                             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Decreto 451B de 31 de maio de 1980, da Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973                                                               | Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973                                                                     |
| Procedimento de jurisdição voluntária                                                                                                      | Procedimento de jurisdição obrigatória                                                                    |
| É inatacável. <i>Juris et de jure</i>                                                                                                      | Eficácia relativa. <i>Juris tantum</i>                                                                    |
| Obrigatoriedade de recorrer ao judiciário                                                                                                  | Não há obrigatoriedade de recorrer ao judiciário                                                          |
| Obrigatoriedade de publicação prévia em Edital                                                                                             | Não há obrigatoriedade de publicação prévia em Edital                                                     |
| Obrigatoriedade de planta, memorial descritivo do perímetro, e outros documentos técnicos que venham agregar informações em relação à área | A mesma obrigatoriedade de planta, memoriais descritivos do perímetro, etc. a depender do tamanho da área |

Isto posto, faz-se coro com Erpen e Lamana (2004) ao observar que “uma transação imobiliária se constitui numa aventura jurídica pelos riscos que contém”, de modo que, não é de interesse deste trabalho questionar o Sistema de Registros Comum e encontrar um lugar a salvo para o Registro Torrens.

Todos os sistemas de registros apresentam falhas, equívocos e apresentam problemas dada a referência de análise. Contudo, é no mínimo exótica, a convivência com dois sistemas de registro imobiliários em um dado país. Para além se deve vencer a questão do tempo. A morosidade imposta gera desconfianças e certa instabilidade no sistema.

Ato contínuo, por que o desinteresse pelo Registro Torrens? Salienta-se que apesar da segurança que o Torrens outorga ao proprietário do imóvel, ainda há desconhecimento sobre seu instituto, sobre seus benefícios, há um mito em torno de altas custas para sua efetivação, além dos trâmites necessários à sua formalização.

Questione-se, no entanto, se não ocorre aproximadamente o mesmo com o Sistema de Registro Comum. Com uma diferença fundamental, este sistema não outorga garantia absoluta, sendo passível de ação judicial. Apenas o Sistema Torrens gera presunção absoluta, pondo término à instabilidade dos direitos dominiais.

## Considerações finais

Sediado na capital do país, ocorreu nos dias 29 e 30 de Setembro do ano passado, Workshop intitulado “Registro Torrens: Ferramentas para a Regularização Fundiária da Amazônia Legal?”, espaço em que se buscou discutir maior segurança à titularidade de bens imóveis urbanos e rurais no Brasil, visando harmonizar possíveis consequências diretas na economia e, conseqüentemente, na vida da população.

Estas discussões, para longe de conferir ao Sistema Torrens estatuto de desgaste e obsolescência, demonstram a necessidade de se retornar ao instrumental de Rui Barbosa, questionando os equívocos daquele tempo e do presente momento, com vistas a corrigi-los e colocar em prática um sistema que dê garantias ao cidadão. Trata-se de um momento de aprendizado e grande reflexão.

A questão fundiária está na ordem do dia. Problemas referentes a ela, há muito atrapalham o desenvolvimento do país, encarem os juros, tornam o sistema financeiro perigoso e inconstante.

E neste sentido que procedemos no presente trabalho a uma revisão histórico-bibliográfica acerca do Registro Torrens e do Registro Comum, buscando destacar que, apesar de o sistema comum estar em voga e o Registro Torrens ter sido legado a certo desconhecimento, não se crê haver razão para tal desuso.

Ato contínuo, a dinâmica dos registros desses imobilizados, assegura ao cidadão a possibilidade de uma transmissão segura. Tanto o registrador trabalha com observância de critérios e de determinações emanadas de normas federais, quanto estas normas determinam um processamento que dá segurança para aqueles atos registrados.

Conforme ensina Raymundi (2004, p.19) [...] nesses atos registrais, constituem-se, os direitos reais, pela vinculação da pessoa e da coisa, e a partir daí se produz a “eficácia nos negócios jurídicos imobiliários”. E acrescenta:

[...] é um sistema de suma importância e imprescindível para o desenvolvimento econômico do país. Encontra-se nele a base de segurança do fluxo imobiliário, que permite o crescimento da indústria da construção civil. São, a certeza da estabilidade e da confiabilidade das garantias hipotecárias, imprescindíveis ferramentas para o tráfego financeiro tão importante para o desenvolvimento nacional (RAYMONDY, 2004, p.19-22).

Neste mesmo contexto, “a questão da Segurança oferecida pelo Sistema Registral Brasileiro é de suma importância e gera reflexos em todas as áreas de atuação do Estado, seja ela política, econômica ou social” (SANTOS; PIRES, 2006).

A segurança trazida pelo Registro de Imóveis é extremamente importante para garantia da propriedade. Entretanto, o sistema atual utilizado no Brasil, por mais evoluído que esteja não tem o condão da eficácia absoluta como ocorre com o Registro Torrens. Um passo à frente deverá ser dado. É o que se poderá chamar de “o futuro do Sistema Torrens”.

## Referências

---

BARBOSA. Rui. *Lei Torrens. In Obras Completas de Rui Barbosa*. Relatório do Ministro da Fazenda. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde. Vol. XVIII, T. II, 1891.

## ENTRE ASPAS

- BORGES, Antonio Moura. *Registro de Imóveis comentado*. 2 ed. Mato Grosso do Sul: Contemplar, 2009.
- BORGES, Antonio Moura. *Ação de divisão e demarcação de terras e institutos afins*. São Paulo: Cl Edijur, 2007.
- BORGES, JOÃO AFONSO. *Registro Torrens no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- BORGES, PAULO TORMINN. *Fundamentos do Registro Torrens*. Goiana, 1957.
- BRASIL. *Lei nº. 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2012.
- BRASIL. Código Civil de 1916. *Lei nº. 3.017*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 04 fev. 2012.
- BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 07 fev. 2012.
- BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/anotada/2319553/art-206-emenda-constitucional-1-69>> Acesso em: 02 fev. 2012.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao). Acesso em: 04 fev. 2012.
- BRASIL. *Lei nº. 10.267*, de 28 de agosto de 2001. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10267.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10267.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2012.
- BRASIL. *Lei nº. 8.935*, de 18 de novembro de 1994. In: CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores: comentada*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. *Decreto nº. 4449*, de 30 de outubro de 2002. Disponível em: 2012 < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4449.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4449.htm)> Acesso em 04 fev.
- BRASIL. *Lei nº. 10.931*, de 02 de agosto de 2004. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2011. 29
- BRASIL. *Lei nº. 11.382*, de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2011.
- BRASIL. *Lei nº. 11.441*, de 04 de janeiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2011.
- BRASIL. *Lei nº. 12.024*, de 27 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12024.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2011.
- BRASIL. *Lei nº. 11.977*, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-)

2010/2009/lei/111977.htm>>>. Acesso em: 02 dez. 2011

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Ed Forense, 1976.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores*: comentada. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol 2.Saraiva. São Paulo, 1998.

ERPEN ,DÉCIO ANTÔNIO, JOÃO ; PAIVA, PEDRO LAMANA. Registro Torrens Brasileiro e o Sistema Imobiliário Atual. *XVIII Encontro do Comitê Latino Americano de Consulta Registral*. Santo Domingo/ República Dominicana - de 22 à 26 de março de 2004. Disponível em: [http://www.lamanapaiva.com.br/mostra\\_novidades.php?id\\_novidades=45&id\\_noticias\\_area=1](http://www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=45&id_noticias_area=1). Acesso em 04 fev 2012.

ÉLERES, Paraguassú. *23º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis em Belém do Pará discute a grilagem de terras*. Grilagem de Terras - boletim eletrônico >BE3224.

IMPARATO, Ellade. A regularização fundiária na cidade de São Paulo: a problemática da Zona Leste. In: *Direito Urbanístico e a Política Urbana no Brasil*. Edesio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

JACOMINO, Sérgio. *Cadastro, Registro e algumas confusões históricas*. Disponível em <[http://www.educartorio.com.br/docs\\_IIseminario/Jacomino.pdf](http://www.educartorio.com.br/docs_IIseminario/Jacomino.pdf)>. Acesso: em 10 outubro de 2009.

JACOMINO, Sérgio. O Combate à Grilagem e a Modernização do Sistema Registral. *Boletim do IRIB em Revista*, julho e agosto de 2003, nº 312. <http://www.irib.org.br/beta/html/boletim/revista.php?pubcod=36>.

LOPES, CÍCERO; LOPES AMÉRICO. *Commentários, Notas e Formulários sobre o Registro Torrens*. Jacinto Ribeiro dos Santos. Rio de Janeiro, 1925.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. *Breves anotações sobre o Registro de Imóveis*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>>. Acesso em: 11 out. 2009.

PAIVA, João Pedro Lamana. Georreferenciamento Intercomunicação Necessária: Direito Registral Imobiliário. O Georreferenciamento (Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001). *20º Encontro regional dos oficiais de registro de imóveis*. 5 a 7 de maio de 2005, Londrina, PR.

PAIVA, PEDRO LAMANA. Registro Torrens: as razões de sua integração ao sistema comum. Workshop: *Registro Torrens: ferramenta para a regularização fundiária da Amazônia Legal*. 30 de setembro de 2011. Sala de Sessões da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal de Brasília-DF. [http://www.lamanapaiva.com.br/banco\\_arquivos/SISTEMA\\_TORRENS\\_CNJ\\_2011\\_REVISADO.pdf](http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/SISTEMA_TORRENS_CNJ_2011_REVISADO.pdf).

PEREIRA, Virgílio Sá. Direito das coisas. In: *Manual do Código Civil*. Vol. 8. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1924.

PEREIRA, Kátia Duarte, AUGUSTO, Moema José de Carvalho. O sistema geodésico brasileiro e a lei de georreferenciamento de imóveis rurais. *Boletim do IRIB em Revista*, novembro e dezembro de 2004, nº 319.

RAYMUNDI, Fabiano. *A Importância do Registro de Imóveis*. Porto Alegre: Norton, 2004.

SANCHES, Almir Teubl. *A questão de terras no início da República: o Registro Torrens e sua (in)aplicação*. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2008.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. *A Segurança Jurídica Proporcional ao Registro de Imóveis*. Conferência do Projeto Biblioteca Digital Multimídia. Série Panorama Cursos do Curso de Atualização Especialização do Direito Registral Imobiliário da Pontifícia. PUC-VIRTUAL, 2006. Notas de aula.

SILVA, Ulysses da. Fólio real e a matrícula. *Boletim do Irib em revista*. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, n. 318, set-out 2004.

SOUZA, Carlos Alberto Alves de. *História do Acre: novos temas, nova abordagem*. 5. ed. Rio Branco: Editor Carlos Alberto Alves de Souza, 2007, p. 24-25.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

### Notas

---

1. Para Imparato (2001, p. 278), “Nossos nativos viviam principalmente da caça e da pesca e eram, essencialmente, nômades. Assim, exceto as pequenas culturas de mandioca e milho, as terras eram virgens”. Ampliando um pouco a questão, encontra-se em Souza (2007, p.24-25): “Existem dados de que a Amazônia foi povoada por índios desde 31.500 antes de Cristo. Os grandes troncos-linguísticos que habitavam a Amazônia até a chegada dos portugueses em 1616 eram: Aruak, Karib, Tukano, Pano e Jê. Segundo os estudos realizados por linguístas, na Amazônia existiam cerca de 718 línguas entre 6 grandes troncos-linguísticos indígenas. (...) Com a invasão dos portugueses à Amazônia, houve uma migração muito grande de grupos indígenas que, fugindo da escravidão, procuravam as cabeceiras dos rios afluentes do Rio Amazonas”.
2. “Carta de lei pela qual o monarca regulava a administração de terras conquistadas, lançava tributos e concedia privilégios a indivíduos ou corporações” (DINIZ, 1998, v. 2, p. 576).
3. Capitanias porque o seu titular era denominado “capitão” e hereditárias porque poderiam ser transferidas por sucessão.
4. A palavra descoberta é usada neste texto apenas para mostrar o paradoxo que existe na história do Brasil, pois, antes de ser “descoberto”, o Brasil já pertencia ao Rei de Portugal.
5. O regime das Sesmarias, no Brasil, quando da sua implementação, já era utilizado em Portugal, pela criação da Lei de Sesmaria, de 26 de junho de 1365, baixada por D. Fernando I, rei de Portugal à época (NOVOA, 2000, p. 22).
6. A Lei Imperial n. 601, de 1850 determinou: Artigo 3º - São terras devolutas: § 1º – As que não se acharem aplicadas a algum uso público, nacional, provincial ou municipal. § 2º – As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de mediação, confir-

mação e cultura. § 3º – As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões de governo, que, apesar de incursas em comisso forem revalidadas por esta lei. § 4º – As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por lei.

7. Dentre outras disposições, essa Lei estabelece mecanismos e processos discriminatórios para separar as denominadas “terras devolutas” das terras dos particulares. O Artigo 3º da Lei de Terras conceitua como terras devolutas: § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal; § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

8. Grilagem significa “aquele que procura apropriar-se de terras que pertencem a outrem fazendo uso de escrituras falsas” (DINIZ, 1998, p.683).

9. É preciso levar em conta as palavras do Procurador do Estado de São Paulo, Ary Eduardo Porto, em texto intitulado “Aspectos de Dominialidade”, segundo as quais, haveria uma série de fraudes demandando a atenção judicial, tais como: “a descrição de imóveis alheios em inventário e sua consequente partilha e lançamento no mundo dos negócios; a execução graciosa, por conluio entre o exequente e executado, de imóvel não pertencente a este e a resultante arrematação em hasta pública; a divisão de imóvel alheio e a venda ulterior dos seus quinhões; a venda da totalidade de um imóvel pelo condômino, como marido, que, fazendo-se passar por solteiro, burlava a legítima dos filhos, obrigados depois a promover a nulidade parcial da venda, enquanto o imóvel era passado adiante ou submetido a inscrição no registro Torrens; a usuração de imóveis alheios na delimitação periférica do imóvel submetido a inscrição no Registro Torrens. Cf. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina1.html>

10. [http://www.lamanapaiva.com.br/mostra\\_novidades.php?id\\_novidades=85&id\\_noticias\\_area=1](http://www.lamanapaiva.com.br/mostra_novidades.php?id_novidades=85&id_noticias_area=1).

11. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>>. Acesso em: 11 out. 2011.

12. Eulálio da Costa Carvalho foi o primeiro oficial do 1º Cartório de Registro de Hypothecas e Geraes da Comarca de São Paulo. Nasceu na Bahia, em 12 de fevereiro de 1833, e faleceu em São Paulo, em 14 de janeiro de 1912. Recebeu o cartório de seu tio, José da Costa Carvalho que por sua vez era presidente da Província.

13. Notarial é a atividade de “agente público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais do interesse dos solicitantes [...]” (CENEVIVA, 2006. p.22).

14. Registral são atividades, via de regra, dedicadas ao “assentamento de títulos de interesse privado ou público, para garantir a oponibilidade a todos os terceiros, com a publicidade que lhes é inerente [...]. Tem como finalidade constituir ou declarar o direito real, através do assentamento do título respectivo, produzindo efeitos dotados de segurança jurídica, gerando efeitos *erga omnes* até prova em contrário” (CENEVIVA, 2006. p. 22).

15. Como referência acerca de estudos sobre “matrícula” vale reportar-se à contribuição de Sérgio Jacomino, “Registro e cadastro - Uma Interconexão Necessária”, disponível em [http://www.quinto.com.br/artigos\\_31.htm](http://www.quinto.com.br/artigos_31.htm). Neste texto, nos ensina o doutrinador que: “O conceito de matrícula no registro imobiliário entre nós foi sendo joierado pela contribuição sistemática de inúmeros estudiosos ao longo do tempo, desde o advento da Lei 6015/73, até os dias de hoje. A comunidade de estudiosos do direito registral permitiu fixar, com razoável precisão, o conceito jurídico de matrícula”. Neste sentido, acompanha-se neste trabalho, a reflexão de que matrícula é “um ato de registro, no sentido lato, que dá origem à individualidade do imóvel na sistemática registral brasileira, possuindo um atributo dominial derivado da transcrição da qual se originou”. Também destaque-se que a ocorrência primeira da expressão se dá no Decreto 451-B de 31 de maio de 1890, que em seu artigo 10º rezava: “Terá o official um registro, em livros de talão, denominado – matriz –, no qual fará as matriculas, com declaração de todas as clausulas dos actos, que gravarem os immoveis, lavrando assento especial para cada imóvel.”

16. Encontra-se em trabalho intitulado “A questão de terras no início da República: o Registro Torrens e sua (in)aplicação” de Almir Sanches (2008, p. 162), elucidativo trecho que ora recortamos: “É nesse contexto que surge a tentativa de reforma liberal de Rui Barbosa. Crítico contumaz da política de Auxílio à Lavoura. Rui Barbosa vê na consolidação e no alargamento do crédito hipotecário uma peça-chave de sua reforma. Inspirado na transição para o capitalismo pela via *farmer*, modelo de desenvolvimento agrário desenvolvido pelos países novos, de fronteiras abertas, em especial pelos Estados Unidos, Rui Barbosa pretendia inserir definitivamente a propriedade de terras na esfera de circulação de capitais, com a consequente valorização do mercado de terras e a decorrente idoneidade da propriedade imóvel como garantia hipotecária. Rui Barbosa não ignorava que, para tanto, se fazia necessária uma profunda reforma no sistema de registro imobiliário brasileiro. E é exatamente aqui que o sistema de Registro Torrens entra como importante elemento de sua tentativa de reforma”.

17. Decreto disponível em <http://arisp.files.wordpress.com/2009/06/decreto-451-b-de-31-de-maio-de-1890.pdf>.

18. Exposição de motivos (1890, p. 01).

19. Exposição de Motivos (1890, p. 03).

20. Questionamentos dessa monta se reportam à vigência da Constituição de 1891. Já naquele momento, alguns juristas entendiam a inconstitucionalidade do sistema e acolhiam a tese de omissão no Código Civil Brasileiro de 1916, ato contínuo, que estaria revogado. Porém, em 1917, com a Lei nº 3.446 de 31 de dezembro de 1917 (Lei Orçamentária) no seu artigo 90, parágrafo 1º, ficou declarado o Registro Torrens para por fim à dúvida. Já o Código Civil de 1939 veio limitar o Registro Torrens, determinando seu escopo apenas sobre os imóveis rurais. O Código de Processo Civil de 1973 no seu artigo 1218, inciso IV e a Lei 6015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos) nos artigos 277 a 288 o acolheram, mas limitando-o ao Registros de Imóveis rurais, não mais existindo para os imóveis urbanos.

21. Cf. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/1947906/acao-de-demarcacao-de-imovel-rural>.

22. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18718429/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-agrg-no-ag-848856-go-2007-0003318-0-stj/relatorio-e-voto>.

23. Cf. <http://www.irib.org.br/beta/html/boletim/revista.php?pubcod=36>

24. Cf. <http://www.irib.org.br/beta/html/boletim/boletim-detalle.php?be=590>

## **A NÃO-OBIGATORIEDADE DA ADAPTAÇÃO FÍSICA DO TRANSEXUAL PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO**

### **Vanessa Santana de Jesus Souza**

Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito do Estado pelo JUSPODIVM.

**Resumo:** Buscando raízes no existencialismo filosófico enquanto corrente contrária à uniformização dos indivíduos e protetora da individualidade da pessoa humana, ressalta-se a perspectiva axiológica do Direito e sua tendência à humanização, extraindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana – valor fundamental ao qual foi atribuída força normativa – o respeito à essência individual face à predisposição dos agrupamentos humanos em socorrerem-se nos ideais universalizantes buscando segurança nas relações interpessoais. Faz-se um breve apanhado histórico acerca dos estudos das identidades trans desde 1950 até a sua patologização em 1980, com a inclusão do transexualismo no Cadastro Internacional de Doenças (transtorno de identidade sexual - F-64.0). Após, analisar-se-á a transexualidade sob uma nova perspectiva, consubstanciada na psicologia e na sociologia, para afirmar o prevailecimento do sexo psicológico sob o genético na conformação do gênero do indivíduo e a valorização da análise da questão sob a perspectiva deste grupo, despatologizando a condição trans, para que se promova uma verdadeira inclusão social. Passa-se a demonstrar a possibilidade de interpretação das normas brasileiras existentes conforme os preceitos constitucionais de respeito à dignidade e à autonomia privada, como solução alternativa à morosidade legislativa, e indicando os atrasos e avanços no Brasil e no direito comparado, ressaltando a importância conferida aos tribunais pátrios para o reconhecimento e efetivação dos direitos de personalidade dos transexuais.

**Palavras-Chave:** Transexual. Gênero psíquico. Retificação do registro civil. Dignidade da pessoa humana. Terapia cirúrgica não-obrigatória. Exercício de direito da personalidade.

### **1. Introdução**

O Direito foi criado com o múnus de regular as ações dos indivíduos de uma mesma sociedade, possibilitando a estes o exercício de suas liberdades sem que isso signifique, contudo, a mitigação desarrazoada das prerrogativas de outrem. Em contrapartida, é a sociedade que confere legitimidade para o Direito, porquanto a sua força emane do quanto haja integrado em seu texto do pensamento social, sobremaneira das convicções dos atores sociais majoritários.

Não se pode, porém, subverter a utilidade primeira do Direito, transformando-o em

instrumento de opressão e sofrimento aos grupos minoritários que não se encaixam em conceitos universalizados de conduta, reguladas segundo padrões pré-definidos de normalidade.

Neste contexto, os princípios jurídicos servem de catalisadores de valores humanitários no ordenamento, e, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana tem chamado a atenção a novos (ou não tão novos, mas antes desprestigiados) pensamentos, ganhando relevo a necessidade de respeito à pluralidade de opiniões, crenças, sexos, desejos, estimas, havidas no seio da sociedade.

Daí surge o fortalecimento das minorias e de suas reivindicações pela satisfação de anseios primários: reconhecimento jurídico e equalização de oportunidades sociais. Com os transexuais não é diferente. Erguendo como estandarte o direito de ser quem entendem ser, e não o que seus corpos externalizam, militam pela possibilidade de assumirem juridicamente suas identidades psicológicas, rompendo com os padrões naturais heterocentrados.

Moroso na discussão sobre a situação jurídica desta minoria, o Poder Legislativo delega, tacitamente, ao Judiciário a solução casuística dos problemas que cotidianamente se apresentam, o qual, embora hesitante e sob pressão, vem gradualmente posicionando-se de modo favorável ao respeito às particularidades da condição transexual. No entanto, carece o Direito de uma teoria da transexualidade, que demonstre para a efetivação dos direitos dos indivíduos transexuais.

Propõe este trabalho, justamente, fomentar uma construção doutrinária, demonstrando que a patologização do transgênero não responde aos questionamentos desta minoria – mas sim da maioria ideologicamente centrada no dimorfismo biológico de gêneros – e, por fim, asseverando a impossibilidade de condicionarmos direitos personalíssimos como o nome e a identidade à abdicação de outros direitos, como o da integridade física e psicológica.

## 2. O Direito que marginaliza e o Direito que protege minorias

Por ser “essencialmente coexistencialista” (DINIZ, 2000, p. 5-6), é inerente à natureza humana a criação de grupos sociais como forma de viabilização de seus objetivos pessoais. Desta maneira, as relações interpessoais não são apenas úteis como também necessárias para o desenvolvimento do indivíduo. Destas relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação estabelecidas entre os sujeitos (sejam isolados ou em grupos de interesses) derivam conflitos, porquanto sejam diversos – e por vezes entrem em rota de colisão – as pretensões destes atores sociais. Cria-se, então, o Direito, com a missão de regular as atividades das pessoas que compõem uma sociedade mediante à norma jurídica (TELLES JR., 2002, p.237).

Desta forma, é a sociedade que confere legitimidade para o Direito, pois o que o convalida é a observância deste às exigências da natureza humana e a contemplação, ao mesmo tempo, do pensamento social (NADER, 2002, p.31).

Entrementes, o pensamento social incutido na norma jurídica nem sempre reflete o princípio democrático – fundado no respeito às minorias e suas demandas específicas. Isto porque as normas são fruto da preponderância de alguns grupos de poder dentre os segmentos sociais existentes (STRECK, MORAIS, 2000, p. 90). As decisões fundamentais são, portanto, prerrogativas de grupos sociais majoritários, que se encontram amplamente representados nos poderes políticos.

Tais decisões não são arbitrárias, mas fruto da prudência objetiva daqueles segmentos

preponderantes. Esta prudência resulta de considerações fáticas e valorativas, buscadas segundo a história, a cultura e a experiência social (DINIZ, 2000, p. 7-9).

Como fator colateral, o Direito e a normatização da convivência tende à universalização dos indivíduos e a padronização dos comportamentos, reforçando a ideia de normalização como regra não apenas de conduta do homem, mas do próprio ser – daí a noção de “dever-ser” – espelhada no perfil dos setores sociais majoritários.

Com efeito, por vezes o fato jurídico reprime certos fatos sociais que fogem aos padrões gerais de conduta pré-estabelecidos, fazendo-se necessárias a mobilização e luta para adequar a situação jurídica de determinado contexto à sua situação de fato (IHERING, 2002).

Trazendo a filosofia existencialista de Jean Paul-Sartre (SARTRE, 1973, p. 16-17) à análise do direito das minorias, observa-se que é da condição humana a luta pela liberdade de ser o seu próprio projeto, pois o homem apenas é o que fizer de si, não existindo uma padronização segundo a natureza humana. De acordo com Sartre, o alheamento voluntário, a alienação da liberdade e a busca pela padronização derivam do medo e da angústia de não ter um futuro predestinado, e da relevância da missão de ser no futuro o que puder construir para si no presente. Esse posicionamento, segundo o filósofo, seria uma forma de má-fé, e em si mesmo uma escolha, embora jamais satisfaça o homem.

Na mesma linha de pensamento, Martin Heidegger afirma que o homem é construtor de si mesmo, num mundo de possibilidades, sendo a verdadeira existência um contínuo projeto. O fato de ser o homem compreendido como possibilidade gera angústia, daí a tendência ao escapismo, na forma de mergulho na impessoalidade neutra do meio social, nivelado pela mediocridade – que Heidegger atribui a alcunha de inautenticidade. Para este pensador, o ser se confunde com o existir – pois o homem não é concebido por pré-definições – e apenas a vivência autêntica, voltada para a realização das possibilidades humanas, satisfaz verdadeiramente as necessidades existências (NADER, 2002, p. 236-237).

Portanto, pode ser atribuído mérito ao existencialismo enquanto corrente filosófica contrária à uniformização dos indivíduos pelo Direito, servindo, assim, de embasamento teórico para construção histórica de princípios protetores da individualidade da pessoa humana.

Nas palavras de Roxana C. B. Borges:

Reconhecer a subjetividade concreta do homem é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a vontade e, conseqüentemente, sua necessidade de autodeterminação e autonomia. Se não se reconhece o homem como ser dotado de consciência de sua própria existência, dotado de vontade e de necessidade de autonomia, auto-realização e felicidade, reduz-se, então o homem à mesma categoria dos seres irracionais [...] e, nessa situação, que dignidade lhe restará? (BORGES, 2007, p. 139)

São os princípios instrumentos jurídicos que possibilitam esta luta, revigorando o ordenamento jurídico, evitando o seu engessamento, e permitindo que o Direito corresponda às novas questões que se apresentam no decorrer do trato cotidiano do homem consigo mesmo e com o próximo. Neste ínterim, a dignidade da pessoa humana – cláusula geral constitucional que permite a tutela integral e unitária da pessoa – torna-se o valor fundamental na solução das questões de interesse existencial humano.

A dignidade da pessoa humana está inserida no ordenamento jurídico brasileiro ao art. 1º, III, constituindo também ela uma norma de dever-ser, e não apenas um valor que permeia o

ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o sentido da dignidade da pessoa humana no ordenamento se coaduna com a necessidade de respeito, pela sociedade e pelo Direito, à essência do indivíduo, suas características físicas, culturais, sociais e psíquicas.

Neste diapasão, o princípio da dignidade humana restará desvirtuado se utilizado para impedir que a pessoa alcance o que entende intimamente por sua personalidade, ou que se realize enquanto ser racional e volitivo. É imperativo respeitar o indivíduo em sua perspectiva concreta. O conceito de dignidade não pode ser engessado pelo direito, ao contrário, deve ser definido por cada um em relação a si próprio. Até porque, em última análise, a dignidade não é um direito: o verdadeiro direito a ser observado é o direito ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Isto posto, o ordenamento jurídico e o Estado têm o dever de assegurar o respeito à dignidade das pessoas, mas não determinar o que seja ou não dignidade. *Definir a essência, determinar os contornos da dignidade mediante a construção de um modelo, não é tarefa da ciência ou da técnica jurídica.* (BORGES, 2009. P. 144).

Segundo Ricardo Lorenzetti, o direito vive uma crise cultural, frente à multiplicidade de modelos interpretativos vigentes, denotando a necessidade de aceitação do ecletismo, ao invés de virarmos as costas para a coexistência de culturas paralelas:

O vício inerente à teoria dos direitos é que pressupõe um horizonte homogêneo de experiência que, em realidade, não existe. Produz-se, destarte, um conflito entre a diversidade persistente das relações sociais e o poder homogeneizador do Direito (LORENZETTI, 1998. P. 165).

Um dos grupos minoritários que buscam respaldo na dignidade para o reconhecimento jurídico dos seus direitos de personalidade é o dos transexuais. Os chamados *transgêneros*, como são também chamados, são indivíduos cujo sexo psicológico não corresponde ao sexo biológico, o que lhes causa uma série de transtornos de foro pessoal e social.

O transexual não aceita o próprio corpo, pois internamente acredita não pertencer àque-la fisionomia, porquanto tenha uma mente que funcione como a do sexo geneticamente oposto ao seu. Ultrapassada a fase de negação, passa o mesmo a externalizar o seu sexo psíquico no círculo social, enfrentando, além de preconceitos diversos, obstáculos de ordem jurídica, haja vista não condizer o seu nome e gênero “adotados” no cotidiano com os que constam no Registro Civil da Pessoa Natural e, por conseguinte, em seus documentos de identificação.

Assim, o Direito posto, na forma de normas jurídicas cogentes que regulam a vida civil mediante preceitos padronizadores – embora atualmente haja a tendência crescente à abertura interpretativa das regras segundo valores constitucionalmente adotados –, ainda representa um obstáculo para os transexuais em sua trajetória pelo reconhecimento social do seu sexo psicológico como prevalecente em sua personalidade, e, por conseguinte, um desafio mesmo ao respeito a sua dignidade.

### 3. A trajetória da transexualidade sob a ótica da comunidade científica

Sob a ótica da vivência dos transexuais, a conquista da visibilidade no meio social e jurídico tem sido paulatinamente alcançada nas últimas décadas. Para a socióloga Berenice Bento, nunca a luta pelos direitos dos transexuais alcançou tamanha organização e mobilização.

“desde que o gênero passou a ser uma categoria diagnóstica, no início dos anos 1980 (4ª. versão do DSM), é a primeira vez que ocorre um movimento globalizado pela retirada da transexualidade do rol das doenças identificáveis como transtornos mentais” (BENTO, 2006, p. 89).

As reivindicações desse movimento giram em torno de cinco bandeiras: retirada do Transtorno de Identidade de Gênero do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais e do Código Internacional de Doenças; facilitação da mudança do prenome e retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas intersex; acessibilidade aos tratamentos hormonais e às cirurgias sem a tutela psiquiátrica, e; luta contra a transfobia, propiciando a inclusão social e laboral daquelas pessoas. Embora de forma lenta e gradual, alguns degraus já foram galgados desde os anos de 1970.

Tratado primeiramente como doença mental, o termo “transexualpsíquico” foi utilizado pela primeira vez em 1910, pelo sexólogo Magnus Hirschfeld, para se referir a travestis. A expressão foi retomada em 1949, em estudos de casos, donde foi traçado o primeiro perfil do transgênero (BENTO, 2006, p. 39-42).

Na década de 50, John Money asseverou em seus estudos que o fator social poderia assegurar o desenvolvimento psíquico-sexual das crianças conforme o “dimorfismo natural de gêneros”. Desde então surgiram diversas publicações que defendiam a especificidade do fenômeno transexual – fosse com base em estudos fundamentados nas oscilações hormonais ou até na educação como fator de interferência na formação da identidade de gênero – todos objetivando a construção de um diagnóstico diferenciado que só se consolidou durante a década de 70.

Ao passo em que se construía um diagnóstico, foram propostos no meio científico alguns modelos “apropriados” de tratamento, *exempli gratia*, o reforço hormonal, a psicoterapia e a nulificação da tendência comportamental do indivíduo atrelada ao sexo oposto (“tratamento de normalização binária”). Em 1953, o endocrinologista alemão radicado nos Estados Unidos Harry Benjamin, atacando o tratamento psicanalítico, apontou a cirurgia como única terapia possível para os transexuais. Esta posição, todavia, se contrapôs ao entendimento dominante à época, o qual era contrário a intervenções corporais.

Em 1973 o “transexualismo” foi oficialmente classificado como disforia de gênero. Em 1980 este foi incluído no Código Internacional de Doenças – CID, e no mesmo biênio a associação criada em homenagem à obra de Benjamin (a Harry Benjamin Gender Dysphoria Association) tornou-se responsável pela normatização do tratamento cirúrgico para pessoas acometidas por esta disfunção psíquica permanente, prevendo um procedimento diagnóstico da verdadeira condição transexual do indivíduo candidato à cirurgia.

Hodiernamente, “transexualismo” é a nomenclatura oficialmente utilizada para definir as pessoas que vivem uma contradição entre corpo e subjetividade. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina reconhece o “transexualismo” como um transtorno de identidade sexual, e a cirurgia de redesignação sexual como uma solução terapêutica. Tal procedimento foi regulamentado pela Resolução n.º 1.482/97, substituída esta pela Resolução n.º 1.652/2002, a qual inovou significativamente na conceituação das cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino, que deixaram de ser experimentais, haja vista os avanços da medicina e o número de cirurgias exitosas no mundo. Continuam, entretanto, tais procedimentos, a serem realizados em hospitais universitários.

Entretanto, a licitude e regulamentação da cirurgia, apenas, não são aptos a satisfazer

os anseios dos transexuais. Isto porque, segundo a doutrina especializada, as cirurgias transexuais são pensadas como tecnologias heterossexuais, segundo as quais a mudança de gênero deve ser acompanhada de uma mudança de sexo para que se encaixe em uma ordem estável e lógica pré-concebida. A teoria *queer* (LOURO, 2004) e o manifesto da contra-sexualidade (PRECIADO, 2002, *apud*, PASSOS, 2011) denunciam as atuais políticas psiquiátricas, médicas e jurídicas, uma vez que todo esse conjunto se empenha em uma readequação física, enxergando a pessoa do transexual como detentora de um corpo transtornado, condicionando os exercícios de alguns direitos fundamentais ao enquadramento numa verdade anatômica e política excludente.

Assim, com fulcro em novos e numerosos estudos acerca da magnitude do papel psíquico-social na conformação da identidade de gênero e sua eventual desconexão com fatores biológicos, batalha este segmento social, aliados a grupos científicos minoritários e algumas organizações humanitárias, pela despatologização da transexualidade e o decorrente reconhecimento de direitos inerentes a sua condição específica. Pretendem, assim, sair da marginalização e se afirmar enquanto pessoa humana dotada de dignidade, conquistando um papel social condizente com o sexo que entende ser.

Demonstrando que a identificação do gênero sexual humano decorre da existência, pretendem os indivíduos transexuais ultrapassar a barreira do determinismo genético, batalhando pelo reconhecimento jurídico de seu sexo psíquico através da troca do nome e do sexo no registro civil da pessoa física.

Saliente-se que, defendida a não essencialidade da anatomia sexual para a conceituação da identidade de gênero – a despeito de a descompatibilização dos sexos psicológico e biológico ter como consequência o auto repúdio –, para muitos transexuais a transformação do corpo por meio de hormônios já é suficiente para lhes garantir um sentido mínimo de assimilação de gênero, pelo que alguns não reivindicam o acesso às cirurgias de transgenitalização, ou, ao menos, não a tem como prioridade (BENTO, 2006, p. 44-45).

Ademais, além dos riscos cirúrgicos normais, tais como os relacionados à anestesia e à infecções, a chamada terapia cirúrgica submete o transexual a muitos outros riscos, como espasmos vesicais, estenose do meato, incontinência urinária, colite, fístulas, necrose do neofalo, cicatriz do membro doador de tecido, comprometimento da habilidade funcional para urinar através do neofalo – incontinência urinária e urina residual (RAMSEY, 1998, p. 441-443, *apud*, TJRS, AC nº70041776642, 2011).

Dessas premissas é que o exercício dos direitos de personalidade, sobremaneira o direito à escolha de nome e sexo jurídico, é entendido como o passo inicial no processo de reinserção do transexual no meio de convívio, e não a terapia cirúrgica de troca de sexo.

De fato, como se percebe, a cirurgia é um procedimento complexo, de alto risco e duvidosos resultados, sendo descabida a exigência de submissão à cirurgia – encontrada em larga escala na jurisprudência brasileira e em outros países, como requisito essencial para o deferimento da alteração de nome e gênero no registro.

Para aferir o gênero da pessoa, importa menos a cirurgia, sendo critérios mais seguros o reconhecimento individual e a sua exteriorização, que comina na identificação social da pessoa em seu meio.

Valorosa para a compreensão do debate – acerca da imposição, social e jurídica, da cirurgia como condicionante ao exercício do direito a um nome e gênero condizentes com a personalidade do transexual – é a análise da Apelação Cível nº70041776642/ 2011, julgada pela Oitava Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Neste julgamento, a cujo

pleito recursal foi dado provimento parcial, por maioria de votos, vencido o relator, um transhomem de nome civil “Sara”, vitoriosos em seu pedido de correção do prenome para “Sandro”, pugnava em sede recursal também a troca do gênero constante na certidão de nascimento para “masculino”.

Em seu voto, no sentido da inteira procedência do pedido do apelante, o presidente e relator Rui Portanova apresentou sua argumentação em duas etapas. Na primeira, de ordem lógico-jurídica, assevera que, após transitado em julgado em primeira instância o deferimento do pedido de troca do nome feminino para o masculino, só restaria ao Tribunal efetuar a correspondência entre o novo prenome e o gênero nos assentos de registro civil, porquanto seja inadmissível o registro de um prenome evidentemente masculino para uma pessoa do gênero feminino. Isto porque a lei sugere a congruência entre nome e gênero, de forma a evitar que o registro seja fonte de constrangimentos e situações vexatórias à pessoa.

Numa segunda etapa, o douto desembargador tece críticas à imposição da chamada terapia de adequação cirúrgica como requisito à aquisição do direito de ter o nome e o gênero retificados no registro civil, sugerindo que a cirurgia não serve à confirmação do próprio transexual sobre o seu sexo, servindo antes de método de convencimento do juiz para que este lhe conceda o direito de o transexual ser quem já entende ser e como já se apresenta em sociedade. Para o relator desembargador Rui Portanova, o critério mais adequado de identificação do gênero do indivíduo e a colheita das provas de identificação social, e, somada a estas, a utilização do recurso da perícia psicológica.

Mais do que inconcebível do ponto-de-vista jurídico, a manutenção de um descompasso tão absurdo entre prenome e sexo no registro do apelante, vai gerar ainda mais constrangimento e vergonha. Imagine-se o quanto o apelante já sofreu ao longo da vida – pela incompatibilidade entre a sua mente e o seu corpo. Um sofrimento “interno” – decorrente do sentimento de inadequação; e um sofrimento “externo” – pela vergonha de se ver e de se sentir homem, mas em um corpo de mulher. Para tudo há um limite. E o Poder Judiciário não pode se omitir nessa hora em que é chamado a estabelecer esse limite. O apelante já provou que sofre de transtorno de identidade sexual – é absolutamente certo que se trata de um homem, em um corpo de mulher. Ninguém duvida, e ninguém questiona isso. O apelante já provou que é, e que vive como um homem – as fotografias, a perícia e as declarações das testemunhas não deixam absolutamente nenhuma margem para dúvidas sobre isso. Disso também ninguém duvida ou questiona. A essa altura, feitas todas estas provas que ninguém duvida ou questiona, é até desumano exigir como requisito para a troca de gênero no registro, que o apelante se submeta a um procedimento cirúrgico de altíssimo risco, extremamente violento para o corpo, e com baixíssima expectativa de sucesso. Pior ainda, é submeter o apelante a mais um constrangimento, com a manutenção de um registro no qual consta um prenome masculino, mas com gênero feminino. SANDRO é homem. Assim, é isso que deve constar no registro dele. (TJRS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70041776642/ 2011, pp. 12-14).

No entanto, não foi este o voto vencedor, mas o do desembargador revisor e redator do

acórdão Luiz Felipe Brasil Santos, o qual deu procedência parcial ao apelo, para retificação do gênero no registro civil de “Sandro” com a indicação de que se trata de indivíduo transexual. Em seus fundamentos, atem-se o julgador às bases biológicas de distinção do gênero, indicando como perplexidade a ser evitada pelos operadores do direito conceder à condição de “masculino” quem ainda possua estrutura genital e orgânica para a “maternidade”. Segue, ainda, em seu discurso, asseverando que a averbação da condição transexual na certidão de nascimento não acarretaria qualquer reflexo deletério à pessoa, pois os documentos oficiais de identificação (célula de identidade, carteiras de trabalho e de motorista, passaporte) não fazem menção ao gênero.

A solução encontrada naquele feito – e que adoto também aqui – é no sentido de que seja averbado no assento de nascimento do (a) recorrente sua condição de transexual. Isso em nome dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros. No caso, por mais que a ciência tenha avançado, e com todos os recursos da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, sendo que mesmo a transgenitalização não consegue dotar órgãos sexuais artificialmente construídos de todas as características e funcionalidades dos originais. Isso sem contar com o aspecto cromossômico, este imutável. (TJRS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº70041776642/ 2011, pp. 15-16).

De acordo com a exposição de motivos, o desembargador revisor denota a preocupação em manter o paradigma de naturalização dos sexos, fazendo do corpo a fronteira definitiva entre os gêneros, e apegando-se à ideia de que o Direito regula condutas a partir da universalização do comportamento humano pelo critério majoritário, não se permitindo à análise da transexualidade sob a perspectiva da minoria que não se encaixa no estereótipo da normalidade, tomando a perspectiva da heterossexualidade natural dos corpos como uma verdade socialmente estabelecida para os gêneros (BENTO, 2006, p 26).

Conforme se depreende da análise do recurso de apelação julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que a garantia do direito geral de personalidade e o reconhecimento da autonomia jurídica para exercê-lo em sua magnitude tem esbarrado na visão dicotômica dos sexos, que se fundamenta na biologia para justificar situações excludente, o que prejudica, por conseguinte, a realização mesma do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

#### **4. Do direito dos transexuais à troca do nome e do sexo nos Registros Públicos**

O estudo do direito ao nome é categórico ao apontá-lo como o componente de identificação do indivíduo no meio de convivência, consistindo, portanto, no elemento viabilizador do relacionamento do homem com a sociedade (BORGES, 2009, p. 221). No Brasil, os artigos 16 e 17 do Código Civil de 2002 denotam claramente a relação entre o nome da pessoa e a sua dignidade, ao proibirem que aquele seja meio de constrangimento. A mesma preocupação é encontrada no parágrafo único do art. 55 da Lei nº 6015 – Lei de Registros Públicos, assim como a possibilidade

de alteração do nome para permitir uma melhor correspondência entre o nome do indivíduo e a forma como é conhecido em suas relações interpessoais, dispostas aos arts. 57 e 58.

No que concerne a alteração do gênero, ao se fazer a extração dos princípios sedimentados nos dispositivos supracitados, conclui-se que do ponto de vista lógico-jurídico não é admissível que se mantenha no registro o gênero feminino para alguém de prenome masculino, e vice-versa, sob pena de tornar sem efeito a proteção do indivíduo contra situações vexatórias decorrentes de sua identificação cotidiana.

Conquanto a análise sistêmica e valorativa do Direito Civil permita o exercício da autonomia privada na troca do nome e sexo jurídico do transexual, não há legislação específica sobre o tema, continuando a luta por tais direitos a ser travada judicialmente, e neste particular a jurisprudência tem desempenhado um importante papel contra-majoritário. No entanto, há – conforme demonstrado em julgado analisado anteriormente – uma enorme discrepância entre as decisões prolatadas nos tribunais de justiça dos estados.

Em 3º grau de jurisdição, o STJ demonstrou seu papel de “tribunal da cidadania” em 2009, quando, em sede do Recurso Especial nº 1.008.398, originado de São Paulo, reconheceu o direito do transexual operado de ter alterado o designativo de sexo e nome. Em seu voto, a relatora Ministra Nancy Andrighi, demonstrou temer que a negação de tais direitos sinalizasse o estímulo de uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética e do Direito.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética (DINIZ, 2009, p. 280-181), *verbi gratia*, os de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e finalidade mesma do Direito: o ser humano em sua integridade.

Adentrando ao direito comparado, é expressiva a corrente favorável à releitura dos direitos fundamentais sob a ótica da transexualidade. A legislação alemã, canadense, espanhola, holandesa, italiana, mexicana, sueca e alguns estados norte-americanos consagram o direito geral da personalidade dos transexuais em sua plenitude. A Argentina, nação sul-americana amplamente católica, desde 2010 vem adequando sua legislação para melhor contemplar os mesmos direitos.

Entrementes, tanto a doutrina jurídica havida no Brasil quanto a internacional ainda sucumbem ao referencial de normalidade fundado na chamada “ordem heterocentrada”, condicionando o exercício dos direitos da personalidade envolvidos na questão transexual à cirurgia de redesignação sexual.

Na Alemanha, por exemplo, a lei conhecida como “transsexuellengesetz” (TSG), em vigor desde 1981, regula o registro dos transexuais, e permite tanto a alteração do prenome do transexual, quanto a modificação do gênero sexual em seu assento de nascimento, contanto que tenha sido submetido à cirurgia de transgenitalização. Assim, a TSG rotula a alteração do registro dos transexuais de “kleine Lösung” – pequena solução; já o procedimento cirúrgico é denominado “große Lösung” – a grande solução (STJ, REsp 1008398, 2007, SP).

Acerca do panorama do direito dos transexuais à identidade, o codiretor da Ação Global pela Igualdade de Gênero (GATE), Mauro Cabral, explicou recentemente em entrevista concedida em jornal de grande circulação que 37 dos 47 países do Conselho da Europa permitem a mudança do sexo nos registros públicos, mas também são exigidas condições prévias, dentre as quais a esterilização, exames médicos, outros tipos de cirurgias e até mesmo o divórcio, condicionando o reconhecimento da identidade de gênero a renúncia a outros direitos, como o de manter sua integridade física (FIGUEIREDO, 2012).

Portanto, a obrigação que se inscreve numa “ordem lógica heteronormativa”, em que a mudança de gênero deve ser acompanhada de uma mudança de sexo, ainda não atende às necessidades dos transexuais, mas, ao contrário, posterga o exercício do direito à identidade pessoal e subtrai do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua verdadeira condição existencial, impedindo, assim, a integração social daqueles que não estejam dispostos a pagar o alto preço da “normalidade”.

Sublinhe-se que a indicação, nos documentos de identificação, de prenome e sexo que não correspondem em nada à imagem que o indivíduo transexual projeta em suas relações com a comunidade, equivale a situá-lo numa insustentável e odiosa posição de incertezas, angústias, conflitos e inibições, tolhendo-o em seus passos, o que acaba por causar embaraços também ao exercício dos direitos sociais – como frequentar a escola, o ensino superior, exercer atividade profissional, ter a carteira de trabalho assinada.

É digno de nota, porém, que já há jurisprudência, embora esparsa, reconhecendo que condicionar a tutela dos direitos de personalidade do transexual à adequação cirúrgica do corpo é o mesmo que renegar – numa leitura segundo a dignidade – direitos básicos da pessoa humana ao transexual, além de ir de encontro com o objetivo fundamental da república, qual seja a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação fundada em sexo ou outro critério, conforme o art. 3º, IV, da CF/88.

Somado a isso, a Procuradoria Geral da República propôs em 2009 a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4275, a qual destaca posição similar a contida na comentada lei alemã (TSG), defendendo o direito à alteração da identidade do transexual independentemente do ato cirúrgico, e propondo uma interpretação conforme a Constituição para o art. 58 da Lei de Registros Públicos. Segundo a ADI, é possível reconhecer o nome social do transgênero como apelido público notório, adequando-se, assim, à hipótese legal de alteração do nome de registro. Esta ação, apesar de constituir grande avanço no pensamento jurídico sobre o tema, se encontra estagnada desde aquele ano, aguardando o pronunciamento do relator acerca do pedido liminar.

Por fim, o mais recente Projeto de Lei referente ao direito à identidade de gênero do transexual (tombado pelo nº. 6655/2006) traz esperança e alento para a causa, muito embora esbarre nos mesmos conceitos discriminatórios, o que traz embaraço à sua aprovação a curto prazo, conforme esperado. Caso aprovado, o artigo 58 da Lei de Registros Públicos passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição, mediante sentença judicial, nos casos em que:

I – o interessado for:

- a) conhecido por apelidos notórios;
- b) reconhecido como transexual de acordo com laudo de avaliação médica, ainda que não tenha sido submetido a procedimento médico-cirúrgico destinado à adequação dos órgãos sexuais;

II – houver fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime por determinação, em sentença, de juiz competente após ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. A sentença relativa à substituição do prenome na hipótese prevista na alínea b do inciso I deste artigo será objeto de averbação no livro de nascimento com a menção imperativa de ser a pessoa transexual.

A novidade desse Projeto de Lei está na possibilidade de se requerer a adequação do prenome ainda que não tenha o transexual se submetido à terapia cirúrgica de adaptação. Esse pequeno, mas relevante, detalhe está em consonância com a ADI 4275. Contudo o referido Projeto de Lei também prevê a averbação no registro civil de que o indivíduo é um transexual, de forma amplamente discriminatória, consubstanciada no dimorfismo natural de gênero.

Posição de destaque merece a análise do atual panorama da Argentina que, recentemente, deu um passo histórico no sentido da valorização da diversidade sexual enquanto direito humano, colocando-se em posição de vanguarda. O Congresso argentino – que em 2009 consentiu o casamento gay – aprovou em 09 de maio de 2012 a Lei de Identidade de Gênero, que permite a qualquer pessoa – sem necessidade de tratamentos médicos, cirurgias ou perícias psiquiátricas – a modificação do gênero e do prenome nos documentos, através de um simples procedimento administrativo realizado em cartório.

Pela lei, os argentinos passarão a ser tratados como eles entendem ser e não necessariamente de acordo com o sexo biológico. Terão direito à retificação de documentos as pessoas com mais de 18 anos e que possuam registro nacional. Sendo menor de idade, o indivíduo deverá estar acompanhado pela mãe, pai ou tutor. Caso a família não concorde com a decisão do menor, este contará com a ajuda de defensor designado pelo Estado argentino.

A correção do registro não vai alterar a titularidade de direitos e obrigações legais que possam corresponder à pessoa, mantendo suas relações de direito de família. Também não há riscos em termos de seguro à saúde pública, segundo a proposta aprovada.

Saliente-se que a nova lei argentina facilita a mudança de sexo, e o tratamento hormonal para os transexuais, obrigando os planos de saúde e os hospitais públicos a, respectivamente, contemplarem e realizarem tais procedimentos. No entanto, e este é a grande inovação da lei perante o direito comparado, tais práticas não constituem condição para a retificação integral do registro civil.

A presidente da *Asociacion Travestis, Transexuales Y Transgeneros Argentinas* (ATTTA), Marcela Romero, em entrevista concedida à BBC Brasil em maio de 2012, sobre a repercussão da nova lei argentina, informou que a expectativa da entidade – a maior de sua categoria na Argentina – é de que 100% dos transexuais corrigirão seus documentos de identificação, enquanto que por volta de 40% destes optarão por realizar a cirurgia de adaptação física dos órgãos genitais.

Diante do exposto, nota-se que, sob a ótica da própria minoria, menos importante é a total modificação física para que se reconheçam como pertencente ao gênero que entendem ser, sendo no entanto crucial a correção de sua identificação civil para a superação dos traumas decorrentes da inadequação pessoal e social por tanto tempo sofrida. Consiste, portanto, para os mesmos, o nome e o sexo jurídico como primeiro passo de afirmação social de suas verdadeiras identidades.

## 5. Conclusão

Percebe-se que existem poucos estudos jurídicos no Brasil dedicados à questão dos direitos da personalidade dos transexuais – seja porque foram desestimulados pelo atraso do Poder Legislativo em regular a questão, seja porque o meio jurídico, dado o pouco contato com as chamadas ciências “psi”, foram atraídos pelas teorias médicas heterocênticas que apontam o método cirúrgico como resposta para os conflitos existenciais dos transgêneros.

Existe, porém, uma efervescente doutrina em outras áreas do conhecimento, como psicologia, antropologia e sociologia, produzindo novas teses aptas a arejar o pensamento dos juristas. A análise da condição do transexual sob a ótica da desnaturalização dos gêneros condiz com a necessidade de respeito à dignidade humana daqueles, mediante a garantia da efetividade do direito geral de personalidade destes indivíduos. No caminho para a inclusão social dos transexuais, o combate aos antigos conceitos e à discriminação é o pontapé inicial, e o Direito, enquanto reflexo ideológico de um Estado Democrático, precisa renovar-se e humanizar-se.

Neste contexto, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente às pretensões dos transexuais e o Poder Legislativo silencia e procrastina as discussões acerca do tema, as expectativas de mudança do *status quo* se encontram depositadas nas mãos dos tribunais brasileiros, atualmente responsáveis por adequar as normas às demandas sociais.

Assim, serve a filosofia jurídica aos doutrinadores pátrios na integração do Direito às demais áreas do conhecimento, emoldurando uma teoria da transexualidade plenamente aplicável aos casos concretos que reclamam por solução todos os dias, seja silenciosamente, seja às portas do Poder Judiciário.

### Referências

---

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa humana*. Volume 91, número 797. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 2ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 2009.

## A REVISTA DA UNICORP

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Internet. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Lei de Registros Públicos*. Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973. Internet. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6015.htm>>. Acesso em: 17/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 6655 de 2006*. Internet. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/377166.pdf>. Acesso em 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. *Código Civil de 2002*. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Internet. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/2002/10406.htm>>. Acesso em 17/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 20/05/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1008398 (2007/0273360-5). Origem: São Paulo. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Internet. Disponível em: <[www2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt\\_publicacao=18/11/2009](http://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009)>. Acesso em: 16/05/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70041776642/2011. Origem: Porto Alegre. Relator vencido Desembargador Rui Portanova. Internet. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16/05/2012.

CASTEL, Pierre-Henri. *Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995)*. Internet. CNRS. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n41/a05v2141.pdf>>. Acesso em 15/05/2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97*. Resolução n. 1.652. Diário Oficial da União: Brasília, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Estado Atual do Biodireito*. 6ª edição revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*. 2º ed. São Paulo: Atlas. 1994.

FIGUEIREDO, Janaína. *Lei torna fácil mudar de sexo na Argentina*. O Globo. Periódico. Internet, 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/lei-torna-facil-mudar-de-sexo-na-argentina-4867621>>.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2002.

LOURO, Guacira Lopes. *O corpo estranho. Ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

## ENTRE ASPAS

*Lei sobre mudança de sexo beneficiará até 60 mil argentinos.* Terra notícias. BBC Brasil. Internet, 2012. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI5774114-EI8140,00-Lei+sobre+mudanca+de+sexo+beneficiara+ate+mil+argentinos.html>>.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY, João W. *Viagem solitária. Memórias de um transexual trinta anos depois*. São Paulo: Editora Leya Brasil, 2011.

PRECIADO, Beatriz. *Manifiesto contra-sexual: prácticas subversivas de identidad sexual*. Madrid: Opera Prima, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo. Os Pensadores*. Volume XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Vol. I. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2011.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. (org.) *Legitimação dos direitos humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

## **A (IN) APLICABILIDADE DO CDC ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS EM QUE MICROEMPRESAS ADQUIREM PRODUTOS OU SERVIÇOS PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL**

**Márcio Alban Salustino**

Advogado. Graduado pela Unijorge e Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela UFBA.

**Resumo:** Este trabalho pretende trazer à baila a discussão acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às micro e pequenas empresas, avaliando a sua participação ou não como destinatária final de produtos e serviços quando adquirem para desenvolvimento de atividade profissional que visa gerar lucro. De início, é feita uma pequena digressão acerca do espírito do CDC e, ato contínuo, essas pessoas jurídicas são inseridas no contexto jurídico de consumo. O enquadramento destas como consumidoras é debatido por doutrina e jurisprudência, pelo que são expostos os argumentos das correntes divergentes. Conclui-se pela aplicabilidade das normas consumeristas a essas modalidades de empresas ainda que enquanto desenvolvem o ato de consumo para fins profissionais, desde que a vulnerabilidade seja comprovada no caso concreto, traçando-se um paralelo que liga inexoravelmente a vulnerabilidade do consumidor à fragilidade da microempresa. Ao final, avalia-se o impacto da confirmação desse entendimento perante a vida prática do Judiciário atualmente abarrotado. Vislumbram-se consequências significativamente positivas a médio prazo em que pese, inicialmente, a ideia faça parecer inviável tal realidade.

**Palavras-Chave:** Consumidor. Microempresa. Destinatário final. Finalismo mitigado. Vulnerabilidade.

### **Introdução**

Na presente sociedade civil se observa, cada vez mais, relações jurídicas entre empresas. Sejam elas de grande ou pequeno porte, sempre estão diante de satisfazer suas necessidades profissionais alimentando seus anseios. Produtos e serviços são consumidos diariamente numa rapidez jamais vista em meio às novas oportunidades e interligações entre diversos meios e setores.

Como em qualquer sociedade desigual e complexa, as referidas relações, inevitavelmente, por muitas vezes acabam gerando danos às partes ou até mesmo à terceiros.

O Judiciário, principalmente com o advento da Lei dos Juizados Especiais, encontra-se abarrotado de causas versando sobre querelas entre empresas, independente de seus portes. Essas ações normalmente versam sobre problemas decorrentes de aquisição de serviços e produtos.

Nessa seara, estão sobremaneira presentes as microempresas ou firmas individuais. O pequeno empresário costuma adquirir produtos e insumos perante médios e grandes distribuidores porque é vital para a dinamização do seu negócio o consumo de determinados produtos e serviços. Jamais o mesmo poderia sobreviver desprovido de relações comerciais com outros sistemas empresariais. Não há aparato técnico nem suporte financeiro para gerar matéria prima e ao mesmo tempo comercializar os frutos. Portanto, não consegue o microempresário arcar com os serviços de todos os ramos da cadeia produtiva.

Nesse cenário as relações são essenciais e, muitas das vezes, tumultuadas, perante os interesses diversos. Danos e ilícitos ocorrem frequentemente e mal parecem estar inerentes às relações jurídicas, não sendo diferente nesta modalidade de negócio.

De modo exemplificativo inaugural, caso típico da presente relação jurídica ocorre quando um microempresário, dono de seu empreendimento simples, adquire produtos em mãos de um grande distribuidor. O produto recebido chega pronto para incrementar sua atividade negocial e servir de meio para desenvolvimento da finalidade profissional. Pois bem, dessa estrita relação de compra e venda pode surgir inúmeras desavenças, as quais, muitas delas, terão de ser reguladas pelo direito e principalmente pelo Poder Judiciário, enquanto instituição provocada pela ação exercida por um sujeito.

Posto isso, deve o operador do direito tentar chegar à melhor conclusão acerca da natureza jurídica dessa relação estabelecida entre as partes para que sejam identificados com franqueza seus sujeitos e as posições que exercem. Seguindo esse caminho tortuoso, diversos setores da sociedade jurídica laboram aproximados à dúvida de se estar diante de uma relação típica empresarial, comercial ou de uma avença consumerista.

Para se obter qualquer resposta pertinente é preciso dar grande atenção às tendências e os rumos que o tema deve ganhar. Isso porque, o “x” da questão irá interferir em diferentes áreas e a decisão sobre essa problemática certamente embasará as novas tendências do Direito Civil, do Direito Consumerista e mesmo o espírito e interpretação de outras leis já existentes e futuras.

Para se chegar ao ponto fulcral da problemática, faz-se imperativa a busca incessante pela conclusão da exata natureza jurídica das relações jurídicas provadas pelas partes. A discussão não é pacífica. Doutrina, advogados, servidores e magistrados têm interpretado a situação perante diferentes prismas. Encontrar a definição adequada é deveras difícil e abarca peculiaridades em cada caso.

O destrinchamento da controvérsia passa por uma análise de diversos temas, sendo o principal deles, o conceito de “consumidor” perante a ótica de todos os segmentos de operadores do direito e mesmo da sociedade civil. Só partindo dessa premissa, será possível, posteriormente, verificar se as micro e pequenas empresas poderão ser enquadradas nessa definição e, no caso afirmativo, em quais situações.

Releva-se que o alcance da melhor solução, decerto, traz impactos para as micro e pequenas empresas, mas, principalmente, também para o Judiciário, uma vez que inexistem dúvidas que o fato de a pessoa ser enquadrada como consumidora, além de a revestir de uma série de direitos, facilita seu acesso à justiça e à busca da prestação jurisdicional. Diz-se isso, pois muitas das vezes, aquele direito somente nasce caso o sujeito seja tido como consumidor. Não o sendo, não haverá o direito e, via de consequência, não se provocará o Judiciário para obtenção de tal pretensão.

Ao final, importa frisar o impacto que a problemática de direito material pode trazer às instituições judiciárias, seguramente, mais sensível no âmbito dos Juizados, porém refletida também nos Tribunais Ordinários e Superiores.

## 1. Sistema jurídico de consumo

Com efeito, em primeiro plano, é fundamental ter-se em mente os principais aspectos do sistema jurídico de consumo pátrio. Como é de conhecimento notório, a grande guinada consumerista se deu com o advento da Lei nº 8078/90, comumente chamada de Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, muito antes do início da década de 90 já eram visíveis alguns ensaios nesse sentido de pensamento.

De fato, a Constituição Federal de 1988 foi o instrumento vital e coercitivo para criação de um novo microsistema que regule um novo ramo do direito, o direito de um determinado grupo de pessoas que diante do desenvolvimento e das grandes mudanças oriundas da era digital se via em condição desfavorável perante as grandes pessoas jurídicas empresárias, principalmente, quando estabelecida uma relação jurídica entre os entes desse grupo e grandes empresas.

É de grande relevo para a evolução do direito do consumidor a quebra de alguns dogmas e paradigmas criados há séculos. Trata-se da necessidade de não mais privilegiar a absoluta liberdade das partes em contratar. O *pacta sunt servanda* e a máxima da livre vontade deve ser mitigada e o Estado deve passar a interferir em algumas relações para equilibrar o negócio jurídico a fim de que grandes empresas, dotadas de todo poderio econômico e aparato técnico não se aproveitem da fragilidade dos consumidores.

Vale reprimir que antigamente o consumidor era tido como o “rei” do mercado podendo escolher o melhor produto ou serviço. Tinha-se a imagem que era ele quem ditava as regras do mercado e o mesmo girava em função dele. Contudo, essa falácia foi ao longo do tempo sendo desconstituída e chegamos a um estágio em que o consumidor é estritamente dependente dos fornecedores que inclusive se utilizam do marketing e da moda para deixar o consumidor numa posição desenganadamente vulnerável.

Nesse diapasão, com clara vulnerabilidade jamais o consumidor poderia se relacionar de maneira igualitária com os fornecedores, sendo indispensável o papel do direito na proteção e tentativa de equilibrar as partes e evitar abusos.

Destarte, o Código de Consumidor constituiu divisor de águas, consagrando princípios como o da vulnerabilidade, boa fé objetiva, informação e transparência, de modo a conceder algumas prerrogativas ao sujeito ativo de consumo.

## 2. A microempresa no sistema jurídico de consumo

Feita uma apertada contextualização acerca do sistema brasileiro de consumo, cabe, oportunamente, trazer à baila o segundo aspecto fundamental desse trabalho: as microempresas.

Com efeito, a importância dessa espécie de pessoa jurídica e os seus traços consonantes com o regime consumerista merecem análise acurada. Só assim, posteriormente, será possível enfrentar o tema central desse estudo, concernente à (in) aplicabilidade do CDC às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos para desenvolvimento da sua atividade negocial.

Neste esteio, cumpre dizer que o advento da globalização implicou em diversas mudanças, dentre elas, a diminuição das barreiras ao comércio e formação de blocos econômicos, uso maciço da informação e do conhecimento especializado, terceirização da produção, competição baseada no tempo, complexidade do mercado, formação de grandes grupos econômicos concentrados, dentre outros fatores.

Essas inovações acabaram por resultar na redução das oportunidades de empregos nas grandes empresas. Via de consequência, houve uma necessária motivação das pessoas que estão fora do mercado de trabalho a criar seu próprio negócio, estimulando-se assim o crescimento das micro e pequenas empresas.

Nesse diapasão, o interesse pelas microempresas foi ganhando força, traduzindo-se num tipo negocial que se amolda rapidamente às normas de mercado, podendo suprir suas demandas num prazo curto. Vale dizer, ainda, que elas contribuem para diminuição da clandestinidade, informalidade e subemprego tão presentes no nosso país.

Dada a relevância da presente modalidade, o mundo do direito certamente seria seriamente atingido para sua regulamentação. Assim sendo, após muito tempo, o Presidente da República em exercício alhures, Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou o Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte (Lei nº 123/2006) estabelecendo normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É de se notar que microempresa e empresa de pequeno porte não se confundem. São espécies distintas, muito embora possuam um regime jurídico semelhante. A empresa de pequeno porte possui condições a nível de receita bruta superiores às microempresas. Digamos que na escala de grande, média, pequena e microempresa, a pequena está um degrau acima da micro. Todavia, a distinção é desimportante para análise do tema de fundo.

Em virtude dessa lei, a categoria, doravante tratada como uma só (microempresa), goza de algumas prerrogativas e benefícios que vão desde aspectos tributários até modo diferenciado de acesso à justiça. Com relação a este último, diga-se de passagem, a classe é equiparada à pessoa física e passa a poder propor ações nos Juizados Especiais. Percebe-se, pois que o acesso à justiça foi uma clara preocupação do legislador que inclui um capítulo para tratar expressamente do tema.

### **Do Acesso aos Juizados Especiais**

Art. 74. Aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

É nesse plano, passando a figurar como demandantes em diversas ações perante os Juizados que essas empresas vêm se tornando o centro das atenções e das discussões judiciais.

As microempresas passam a aparecer no pólo ativo de ações judiciais, na maioria das vezes, litigando com empresas de maior porte, numa patente equiparação ao cidadão pessoa física que é personagem mais comum na presente realidade fática. A vulnerabilidade destacada alhures para o consumidor vê-se presente aqui no instituto das microempresas. Não ainda a vulnerabilidade revestida do papel de consumidor que será tratada mais adiante, porém uma hipossuficiência reconhecida que as diferenciam das demais empresas que jamais poderiam, por exemplo, propor ações perante Juizados.

Nesse contexto, as empresas de porte maior, muitas vezes fornecedoras de produtos e serviços, passaram a ter um cuidado redobrado no tratamento aos microempresários. Isso porque a informalidade e a gratuidade previstas no rito sumaríssimo dos JEC tornam esses

órgãos campo extremamente fértil na busca pelo direito, antes tão distante e custoso.

Vale dizer, ainda, que não mais se faz necessário a presença de advogado nos presentes casos. O próprio empresário pode prestar a queixa pertinente e aguardar uma prestação jurisdicional nos termos formulados, desde que respeitado o valor da causa.

Destarte, mostra-se muito mais frequente a necessidade de uma aplicação uniforme do direito para dinamizar e regulamentar as relações em que envolvem as pequenas empresas, principalmente, quando já se está diante de uma demanda judicial.

### **3. Início da controvérsia acerca do enquadramento da microempresa como consumidora**

Na árdua tarefa de encontrar exata ligação e aplicação do CDC às microempresas e vice-versa, é preciso partir da premissa de que o microssistema codificado não especifica a microempresa em qualquer passagem do seu texto. O Código de Defesa do Consumidor não traz qualquer prerrogativa ao consumidor microempresário. O mesmo tem os mesmos direitos e deveres de qualquer outro consumidor.

O que se pretende esclarecer aqui é que do ponto de vista legal positivista, pouco importa o porte da pessoa jurídica. Mais que isso, pouco importa se a pessoa é física ou jurídica. A Lei nº 8078/90 se preocupa tão somente com a figura do consumidor independente de que pessoa esteja nesse papel. Por essa razão, o conceito de consumidor previsto no artigo 2º do diploma será o cerne da discussão e, frise-se, consumidor é um estado, ou seja, não existe uma pessoa considerada consumidora sempre. Ao revés, diferentes pessoas podem se revestir do papel de consumidor de acordo com a relação jurídica desenvolvida.

Isto posto, a questão vislumbra-se madura para passagem à análise mais precisa do tema da (In) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos para desenvolvimento da sua atividade profissional. O ponto de partida, como não poderia deixar de ser, é o estudo das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do conceito de consumidor.

Pois bem, diante de uma relação comercial entre uma microempresa e uma empresa de maior porte, muito provavelmente a primeira adquirirá produtos ou serviços provenientes desta última, ficando obrigada a pagar o valor dos produtos e serviços, o que se faz normalmente mediante pecúnia, dinheiro.

No presente caso, estaríamos diante de uma relação cível comercial ou de uma relação essencialmente consumerista?

O tema é controvertido por demais e a situação fica mais delicada quando num processo judicial o magistrado está diante de um contexto fático e precisa se valer de uma das opções. Isso porque, em que pese os dispositivos tenham muito em comum, o Código de Defesa do Consumidor é extremamente protetivo ao vulnerável da relação, o que não ocorre normalmente no Código Civil onde a capacidade financeira e fática das partes são muitas vezes equiparadas.

Consoante ressaltado alhures, o tema causa embaraço não só para os aplicadores do direito, mas também para os doutrinadores que até então não entraram num consenso.

No âmbito da advocacia, evidentemente, como não poderia deixar de ser, cada um defende determinado ponto de acordo com os interesses de seus clientes. Se o patrono defender a grande empresa certamente pedirá em juízo a Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, caso defenda a microempresa requererá, de pronto, a aplicação da

responsabilidade objetiva e outras prerrogativas consagradas no diploma consumerista.

Como se verá mais à frente, a matéria vai muito além da natureza jurídica e implica num estudo aprofundado do espírito dos dois normativos, evidentemente, em plena consonância com a Lei Maior, a Constituição Federal.

### 3.1. As teorias aplicáveis ao conceito de consumidor

Inicialmente, importa repisar que a discussão em exame gira em torno do conceito de consumidor previsto no artigo 2º do CDC. Com efeito, o texto legal define-o como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Apesar do conceito parecer claro, a interpretação da expressão “destinatário final” é que definirá quem, de fato, poderá ser considerado consumidor. A extensão restritiva ou expansiva do referido termo é alvo de intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

Cláudia Lima Marques, assim prescreve:

Ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas, e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? A definição do art. 2º do CDC não responde à pergunta: é necessário interpretar a expressão “destinatário final”(2003, pp. 71)

Assim, na busca da melhor resposta, ao passar dos anos, foram se delineando as duas correntes diametralmente opostas. A primeira delas denominada corrente Objetivista ou Maximalista e a segunda conhecida como Subjetivista ou Finalista. Desde já, como da terminologia se depreende, a primeira corrente tem uma visão mais ampla do conceito de consumidor, ou seja, visa abarcar uma proteção a um número maior de agentes. Por seu turno, a corrente finalista possui entendimento bem mais restrito quanto ao enquadramento de consumidor, com fulcro em proteger apenas aqueles que o espírito do sistema pretende blindar.

Vale dizer, não obstante, que as duas visões são extremamente pertinentes e dispõem de adeptos consagrados e elogiosos. Aqui não se está diante de uma posição esdrúxula em detrimento de um posicionamento óbvio. Ao revés, os argumentos de qualquer das partes podem ser aplicados e fundamentados, inclusive por força de lei.

No Brasil, como se verá adiante, já existe uma posição majoritária. Todavia, o entendimento não é tão pacífico, muitas das vezes variando de acordo com o caso concreto. Entrementes, o que se pretende esclarecer é que o entendimento hoje adotado pelo país não é imutável, devendo os juristas estar sempre atentos às tendências do próprio direito e da sociedade.

Especificamente no campo abordado, a melhor definição do conceito de consumidor encara outra dificuldade, qual seja, a identificação do melhor regime e definição aplicável às microempresas.

#### 3.1.1. Maximalistas

A corrente maximalista dá ao conceito de consumidor um caráter essencialmente objetivo, ou seja, aonde a letra de lei fala “destinatário final” deve ser entendido o destinatário

fático do produto ou serviço. É dizer, aquele que de fato praticou o ato de consumo e recebeu o bem ou serviço utilizando do mesmo com vistas a exauri-lo ou depreciá-lo de modo a quando adquirido não mais ser reutilizado ou revendido.

A aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final fático caracteriza a relação de consumo, por força do elemento objetivo, qual seja, o ato de consumo.

É importante que o adquirente seja o último elo da cadeia do ponto de vista fático-objetivo. É um conceito jurídico direto que atenta tão somente à destinação dada à fruição do bem ou serviço adquirido ou utilizado. Essa destinação deve ser final no sentido de consumir ou utilizar de forma a depreciar, invariavelmente, o seu valor como meio de uso ou troca.

Nesse conceito, pouco importa se o que será suprido com a utilização do bem ou serviço será de natureza pessoal ou profissional. Nesse campo um tanto minado, as pessoas jurídicas expressamente protegidas no CDC poderão utilizar o bem profissionalmente, de modo, inclusive, a desenvolver sua atividade negocial, como mecanismo ou insumo necessário a um melhor aprimoramento da atividade lucrativa da empresa.

Nessa linha, aponta Arruda Alvim, em crítica à corrente finalista:

De nossa parte, não podemos concordar com a equiparação que se quer fazer de uso final com uso privado, pois tal equiparação não está autorizada em lei e não cabe ao intérprete restringir onde a norma não o faz. Assim, pode-se afirmar que em inúmeras situações as empresas (de comércio ou de produção) adquirem ou utilizam-se de produtos como 'destinatários finais', quando então, dada a definição deste artigo 2º, recebem plenamente a proteção deste Código, na qualidade de 'consumidor pessoa jurídica'. A empresa que adquire, por exemplo, um veículo para transporte de sua matéria-prima ou de seus funcionários, certamente o faz na qualidade de adquirente e usuário final daquele produto, que não será objeto de transformação, nem tampouco, nesta hipótese, será implementado o veículo no objeto de produção da empresa (aqui 'consumidor pessoa jurídica'). O veículo comprado atinge aí o seu ciclo final, encontrando na empresa o seu destinatário final. (Código do Consumidor Comentado, RT, 2ª Ed., 1995, pp. 22-23)

Em essencial, destinatário final fático do produto seria aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome. Evidentemente, aquele que adquire o produto com intenção de revenda jamais poderá ser considerado destinatário final, uma vez que é mero intermediário da relação jurídica entre fornecedor e consumidor.

Apenas para que não paire qualquer dúvida, no concernente a revenda a doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor jamais poderá ser aplicado.

Retornando ao ponto, importa exemplificar que, segundo a corrente maximalista, será consumidora a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o hotel que compra um grande televisor para propiciar aos seus hóspedes assistir aos jogos da Copa do Mundo, a *lan-house* que compra computadores para que seus clientes tenham horas de uso, o advogado que compra um computador para o seu escritório, o Estado quando adquire canetas para uso em repartições, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para sua família.

Como pode ser visto, a doutrina maximalista pressupõe uma ampliação, uma extensão do conceito de consumidor. Ela pretende alcançar o maior número possível de pessoas. O ato de consumo é muitas vezes mais importante do que a própria pessoa que está praticando esse ato.

Em favor desse posicionamento, é preciso salientar que do ponto de vista positivista, a transcrição literal do dispositivo legal realmente não pretende trazer qualquer restrição, muito por isso, é que críticas são tecidas à doutrina finalista uma vez que não está expressa a vontade do legislador em tecer qualquer limitação.

Em precedente do STJ, no Conflito de Competência 41.056 – SP (2003/0227418-6), a Ministra Nancy Andrighi proferiu voto maximalista, em suma, por entender que o intuito de lucro não descaracteriza, por si, a relação de consumo, concluindo que o conceito jurídico (objetivo) de consumidor resulta de uma exegese mais aderente ao comando legal positivado no artigo 2º do CDC.

No caso concreto, foi considerada consumidora uma Farmácia que contratou os serviços VISANET de cartão de crédito para incrementar a sua atividade negocial e propiciar esta forma de pagamento aos seus clientes.

Em resumo, um dos fortes argumentos da corrente maximalista diz respeito ao fato de não restringir aquilo que o legislador de forma expressa optou por não fazê-lo. Com isso, se tem uma ampliação do Código de Defesa do Consumidor, também sob o argumento da evolução, avanço e excelência dessa lei.

Não obstante, conforme já mencionado, a segunda corrente virá com argumentos tão fortes quanto os acima norteados.

### 3.1.2. Finalistas

Ora, como o tema não é pacífico, evidentemente, existe a outra corrente, aquela que defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em outros termos, qual seja a corrente subjetiva ou finalista.

Em primeiro plano, é essencial ter em mente que essa é a corrente mais robusta, possuindo inclusive mais adeptos, razão pela qual pode ser chamada de majoritária. A posição finalista tem lastreado o entendimento do STJ, numa de suas derivações, como será exposto no tópico imediatamente posterior.

Diversamente do quanto aduzido pela corrente maximalista, para os finalistas não basta a destinação final fática do produto ou serviço para caracterização do consumidor. Mais que isso, essa doutrina pressupõe a destinação final econômica. Explique-se, o bem adquirido não poderá ser utilizado de modo a dinamizar o processo produtivo, ainda que de forma indireta. Ou seja, não é possível adquirir um bem para utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional.

A Ministra Nancy Andrighi, hoje componente não só do STJ, mas também do TSE, por sua vez, em que pese filiar-se à doutrina maximalista, no mesmo voto acima mencionado, elenca com propriedade os requisitos da destinação fática e econômica: (i) não detenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, isto é, não exerça atividade econômica, o que ocorre com as associações, fundações, entidades religiosas e partidos políticos; (ii) caso detenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumuladamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não

possua qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica) perante o fornecedor.

Desse conceito, se verifica que a maioria dos exemplos citados acima na orientação maximalista como configuração do consumidor não merece acolhida pelos finalistas. O mero ato de consumo não seria isoladamente hábil para caracterização de uma relação jurídica de consumo. Essa corrente traz um realce muito grande para o agente, a pessoa, aquele que pratica o ato.

Traço típico do entendimento finalista é o caráter restritivo de consumidor. Aqui se pretende delimitar rigidamente quais pessoas serão beneficiadas pelos procedimentos protetivos do CDC. Não é qualquer ato de consumo que caracteriza o consumidor do artigo 2º. Como forte argumento, está o essencial espírito do Código de Defesa do Consumidor, o qual, vem para proteger o vulnerável, aquele que é desprovido de conhecimentos técnicos e jurídicos.

No pensamento finalista, mesmo entre aqueles que entendem ser possível a inclusão de empresas profissionais como “consumidoras” prevalece sempre ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.

No mesmo sentido, ainda, a lição de Antônio Herman V Benjamin:

“Que a pequena e média empresa, com seus fins lucrativos, também necessitam de tutela especial, tal não se contesta aqui. **Entretanto, reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide.** Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar. Por outro lado, pessoas jurídicas há que podem e devem ser denominadas consumidor, para fins de tutela especial, como, p. ex., as fundações sem fins lucrativos, as associações de interesse público, os hospitais e partidos políticos.” (HERMAN V BENJAMIN, ANTONIO, 2009, 77).

Corroborando esse entendimento, Cláudio Bonatto, em sua obra “Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor” atenta ainda para uma questão relevante: Sendo o Brasil infelizmente marcado pela morosidade na prestação jurisdicional, o entendimento expansionista abarrotaria o nosso Judiciário de causas entre grandes empresas, muitas vezes em condições iguais, na discussão de causas decorrentes de atos de consumo.

Há quem suscite que a inclusão das pessoas jurídicas no CDC foi um equívoco. Assim sendo, já que foram incluídas, devem elas ser consideradas consumidoras apenas quando destinatária final fática e econômica do bem ou serviço. Outrossim, as pessoas jurídicas abarcadas pelo Código, essencialmente, deveriam ser aquelas que não possuem finalidade lucrativa.

Nesse sentido, percebe-se claramente um traço comum entre todos os adeptos da teoria finalista. Há uma clara intenção de restringir ao máximo o conceito de consumidor, de modo a aplicá-lo apenas para aqueles que atendam requisitos tipicamente especiais e incomuns às demais relações de compra e venda.

### 4. (In) Aplicabilidade do CDC às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos ou serviços para a atividade profissional

Enfim, uma vez trazidos todos os aspectos fundamentais ao deslinde da questão, chega-se ao tempo de buscar a melhor resposta e a solução para a problemática tão controvertida ora em exame.

O Superior Tribunal de Justiça, diante das inúmeras causas girando em torno do tema vem consolidando uma nova posição, uma maneira diferente de enfrentar essas questões.

Não obstante, as críticas contra essa nova postura são duríssimas, o que nos leva também a discutir sob diversos ângulos o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior. Posicionamento esse que não tem unanimidade sequer na própria Corte, o que indica que as vias ordinárias ainda não têm uma orientação firme para aplicação nos casos recebidos.

Partindo desse ponto, chegar-se-á à conclusão se o CDC deve ou não ser aplicado às microempresas que adquirem produtos ou serviços para desenvolvimento de atividade lucrativa, negocial, profissional.

#### 4.1. Atual posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça

Uma vez expostas as duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da controversa questão do conceito de consumidor, mormente, acerca do destinatário final, importa trazer à baila o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que cabe a esta Corte as decisões e definições sobre o tema que possui natureza infraconstitucional.

Ao longo dos anos, o STJ foi sempre se inclinando para a doutrina finalista. Todavia, aos poucos ganharam força também as tendências maximalistas a ponto de praticamente dividir as Turmas da Corte, caracterizando-se duas turmas defensoras da teoria finalista e outras duas com o diploma do posicionamento maximalista. Nos últimos anos, contudo, o entendimento foi sendo pacificado no sentido da aplicação da teoria finalista, a qual passou a ser aplicada vastamente valendo de baliza para os julgadores de instâncias ordinárias.

Novas controvérsias e discussões iam sendo levantadas, no entanto, e a tendência finalista, apesar de não perder sua essência, foi sofrendo alterações e amoldando-se a entendimento inédito. Chegou-se então a denominada Teoria Finalista Mitigada ou Atenuada.

Essa corrente desmembrada continuou a considerar consumidores, essencialmente, os destinatários finais fáticos e econômicos. Contudo, foi aberta uma exceção, qual seja, se no caso concreto o Julgador verificar a tamanha vulnerabilidade do adquirente em comparação ao fornecedor, aquela pessoa, mesmo não sendo destinatário final econômico do bem ou serviço, ou seja, utilizando-o para obtenção de lucro na profissão, será equiparado ao consumidor e poderá se valer dos dizeres do CDC para buscar seu direito, com vistas ao equilíbrio na relação jurídica estabelecida, como preconiza o micro-código.

Trata-se de um avanço que tem no seu espírito os princípios do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade mencionada é carro chefe da defesa do consumidor e a norma programática principiológica ganha tal força a ponto de considerar consumidor, um sujeito que os próprios finalistas entendem não ser consumidor na sua origem e essência, desde que caracterizada *in concreto* a vulnerabilidade fática, técnica ou jurídica.

Muitas pessoas desafeiçoadas com a matéria devem se perguntar como poderia uma empresa ser equiparada ao consumidor, considerando que, via de regra, as pessoas jurídicas

possuem aparato técnico que as diferenciam claramente dos consumidores, principalmente pessoas físicas. Com efeito, a resposta somente poderia se encontrar nas microempresas, alvos do presente estudo. Ora, deveras, as microempresas em certas situações podem tranquilamente ser assemelhadas a consumidores em questão de vulnerabilidade, principalmente, quando estabelecem relações com grandes fornecedores de porte absurdamente desproporcional.

Não obstante, antes de mais nada, com vistas a evitar a precipitação, é preciso trazer duas observações sobre o finalismo mitigado. Primeiro, tal entendimento não implica no fato de que todas as microempresas são equiparadas a consumidores e em qualquer relação se revestirão desse papel. Como dito acima, o Magistrado exercitará seu livre convencimento e sua sensibilidade para avaliar cada caso concreto antes de tomar sua decisão. Em segundo lugar, necessário deixar evidente que tal conceituação não se aplica aos casos de revenda, uma vez que ali o adquirente sequer é destinatário final fático do produto, não passando de mero intermediário.

Retornando ao cerne da questão da teoria finalista mitigada, o STJ ainda foi mais além e preconizou que cabe ao Juiz estabelecer a presunção de vulnerabilidade ou não vulnerabilidade. É dizer, em certos casos, caberá ao fornecedor comprovar que aquele adquirente não é vulnerável, não merecendo a guarida do CDC.

Nos casos das microempresas certamente, no mais das vezes, poderia se aplicar esta presunção em razão de aparentemente parecerem vulneráveis.

Enfim, a nova postura do STJ, malgrado muito elogiada, também não é livre de críticas, mormente pela insegurança jurídica trazida e pela grande flexibilidade do conceito de consumidor que doravante além de sua destinação final estará condicionada a situação fática ou jurídica do agente, o que não está expressamente previsto na lei.

### 4.2. A aplicabilidade do CDC à microempresa vulnerável como melhor solução

Bom, feitas essas considerações, a matéria parece madura para uma conclusão acerca do tema principal desse trabalho, a (in) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos para o desenvolvimento de atividades negociais.

Nesse momento é suscitada a questão: como melhor se enquadraria a microempresa diante do conceito de consumidor? É sabido que o código protege pessoas físicas e jurídicas, todavia, se chegou à conclusão também que as pessoas físicas são muito mais facilmente caracterizadas (como consumidoras) que as pessoas jurídicas, as quais, segundo a corrente predominantemente finalista, não poderão utilizar os bens adquiridos como insumo para desenvolvimento da sua atividade negocial, o que reduz bastante o campo de aplicação do CDC.

Ao meu sentir, não obstante se trate de uma pessoa jurídica, poderíamos colocar a microempresa, do ponto de vista fático, bastante alinhada à pessoa física. Daí então, de cara, se contemplaria a proximidade com a presunção de vulnerabilidade.

Com efeito, se do ponto de vista fático a microempresa tende a se aproximar da pessoa física, no aspecto econômico a mesma guarda relações mais íntimas com as demais pessoas jurídicas.

Nessa dupla linha traçada, a microempresa, *a priori*, não seria considerada consumidora quando adquirisse produtos ou serviços para desenvolvimento da atividade negocial, mormente, pela doutrina finalista adotada pelo STJ, a qual, puramente, não distinguiria a microempresa das demais empresas, uma vez que estaria em jogo a destinação final econômica do bem.

Entretanto, como já exposto, a teoria finalista evoluiu e passou a ser atenuada justamente com lastro na vulnerabilidade, podendo-se aplicar o conceito de consumidor em casos concretos desde que comprovada essa posição desfavorável. Certamente com essa mudança de entendimento a microempresa vislumbrou um campo extremamente fértil para cada vez mais ser considerada consumidora.

A jurisprudência deu sua resposta ao tema discutido nesse trabalho, ou seja, o questionamento feito na introdução foi gabaritado da seguinte forma: o CDC será aplicado às microempresas que adquirem produtos ou serviços para atividade profissional, desde que, seja comprovada a sua vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica no caso concreto.

Em que pese tal decisão, a sua fundamentação resta ainda um tanto nebulosa e comporta críticas, uma vez que, primeiramente, no direito positivo o legislador não expressa a vontade dessa forma. Vale dizer que, do ponto de vista da letra fria da lei, o critério seria inclusive maximalista, considerando que não houve qualquer restrição ao conceito de consumidor. Em seguida, a doutrina se incumbiu de elencar um caráter econômico finalista ao destinatário final, ou seja, foi além do que está na lei, restringindo tal conceito. Por fim, essa corrente finalista foi se amoldando e sendo mitigada para contemplar exceções à destinação econômica do bem, quando houver patente vulnerabilidade da parte adquirente na relação jurídica estabelecida.

*A priori*, o meu receio é quanto ao fato de que a norma já está bastante modificada na sua essência. Tudo bem que o conceito do artigo 2º é vago e permite inúmeras interpretações, mas, é um tanto contraditório dois agentes praticarem o mesmo ato na exata identidade, no entanto, acontecer de apenas um deles ser considerado consumidor uma vez que dependerá da comprovação da sua vulnerabilidade no caso concreto. Certamente a insegurança jurídica é iminente.

Feita essa ressalva, em que pese tal crítica não só da minha parte, mas de boa parte da doutrina, confesso que a posição adotada pelo STJ parece-me a mais apropriada e consentânea com o direito consumerista pátrio atualmente vivido.

A vulnerabilidade é o carro chefe do Código de Defesa do Consumidor e, além da destinação final do bem, sem sombra de dúvidas o conceito de consumidor deve estar intimamente ligado com o agente da relação jurídica, com aquela pessoa que está praticando o ato. Não é à toa que temos um sistema de normas denominado Código de Defesa do CONSUMIDOR e não código de consumo. É preciso dar extremo relevo ao partícipe da relação, as vezes, mais importante até do que a essência material daquela relação. O que se pretende dizer é que em algumas situações deve-se ficar mais atento a quem está praticando o ato de consumo do que a qual será a destinação dada a aquele bem ou serviço adquirido.

Nesse sentido, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor às microempresas que adquirem produtos ou serviços mesmo que com finalidade profissional, desde que comprovada a vulnerabilidade desta no caso concreto daquela relação jurídica.

Tal conclusão se depreende do espírito expresso na Constituição cidadã de 1988 e do próprio CDC. As normas programáticas ali expressas deixam claro que a lei veio para proteger os mais fracos. O Estado deve intervir para equilibrar relações. A negativa desse sentido seria um retrocesso.

Com efeito, em termos práticos, sem medo de errar, é possível falar que a maioria das microempresas não dispõe de qualquer aparato técnico, fático ou jurídico para competir em condições de igualdade contra grandes fornecedores, ainda mais, perante o regime do Código Civil. É bem verdade que o novo C.C. de 2002 repisou diversos princípios já consagrados no CDC, inclusive de ordem de boa fé e cláusulas abusivas. Outrossim, esse mesmo diploma

preconiza hipóteses de responsabilidade objetiva, dentre as quais destaco as do artigo 927, parágrafo único e do artigo 933 que trata da circulação de produtos no mercado.

Ainda assim, o Código Civil não é apto a dirimir certas relações. Essa lei trata de relação entre pares, entre iguais. No entanto, hodiernamente, é possível ver um grande crescimento no setor de microempresas e as mesmas não têm saúde para litigar em pé de isonomia.

Ora, vejamos uma situação hipotética em que uma microempresa adquira um produto como insumo. Nessa relação, após efetuar o devido pagamento do bem, injustificadamente, a microempresa tem seu nome inserido no SPC ou SERASA. Será que essa pequena empresa terá que comprovar a culpa do fornecedor para obter uma reparação civil?

É surreal tal hipótese, principalmente, porque os fornecedores são *experts* em desvirtuarem sua culpa, alegando, por exemplo, culpa da agência bancária que não repassou o pagamento, dentre outros artifícios que somente seriam rechaçados sob a ótica do CDC.

A situação se agrava na medida em que microempresas são extremamente dependentes dos fornecedores. A sua sobrevivência está diretamente ligada a eles. O monopólio e o domínio dos meios é tão grande a ponto de uma má prestação de serviço implicar na quebra ou em prejuízos irreparáveis à microempresa.

Salvo melhor juízo, o argumento de que a abertura dessa exceção para as microempresas implicará numa grande sobrecarga do Judiciário além de implicar num baque muito grande às grandes empresas fornecedoras, não é nem um pouco convincente. Aliás, se essas empresas já sofrem milhares de ações por todo o país, significa que no mínimo elas praticam o dobro de atos danosos que não ensejam ações judiciais. Portanto, esse processo apenas visa contribuir para o melhoramento na prestação de serviço de modo ao atendimento satisfatório daquilo a que se propõe.

Noutro giro, deixo claro que o meu entendimento de modo algum se coaduna com um pensamento expansionista a fim de considerar consumidor a maior parte de agentes da sociedade. Ao revés, compartilho da posição finalista, todavia, uma vez constatada a vulnerabilidade, ainda mais em se tratando de microempresa, creio que imperiosa se faz a aplicação do CDC mesmo em casos de compra de produtos ou serviços como insumos para desenvolvimento de atividade profissional.

Além disso, sinto que o consumidor não deve ser apenas quem adquire bens ou serviços para uso pessoal, privado, a fim de satisfazer suas necessidades básicas. Se assim fosse, de modo algum as pessoas jurídicas poderiam ser consideradas consumidoras. Definitivamente, não é esse o espírito do Código e essa não foi a intenção do legislador.

José Geraldo Brito Filomeno é cirúrgico ao esclarecer a problemática ora encarada:

É mister acrescentar, ainda nesse passo, que a pedra de toque para que se considere que uma dada relação jurídica é ou não de consumo é a destinação final (de caráter prevacente) e a vulnerabilidade (de caráter secundário). Sim, pois se não fosse isso, sobretudo diante da vigência do citado Código Civil de 2002, não haveria necessidade de um Código de Defesa do Consumidor, já que a maioria dos princípios por ele elencados pioneiramente em 1990 ali foram oportunamente embutidos. (2007, p.p. 41).

No caso específico em exame, o reconhecimento desses dois requisitos gira em torno do fato de que o contrário, decerto, deixaria as microempresas desamparadas, sem terem a quem recorrer. No nosso país, a vulnerabilidade é intensa nessa classe a ponto de inibir qual-

quer possibilidade de um litígio contencioso no Direito Comum Cível.

Noutro bordo, vejo que o Estatuto da Microempresa, Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, parece perfeitamente em sintonia com as disposições do CDC, reconhecendo a hipossuficiência de seus agentes protegidos e visando o equilíbrio de forças. Tanto é verdade que podem as microempresas propor ações nos Juizados Especiais Cíveis, berço de ouro das discussões consumeristas.

Uma vez mais devem ser rechaçadas articulações no sentido de que se estaria utilizando o direito especial para relações gerais que devem ser reguladas pelo Código Civil. Isso porque, o vulnerável é especial e merece uma proteção diferenciada do ordenamento jurídico, inclusive conforme prevê a Constituição Federal. Os desiguais devem ser tratados desigualmente com vistas à isonomia, equidade e equilíbrio.

A Lei nº 8.078/90 tem em sua essência a função social. A norma de ordem pública precisa ser vista com olhos menos privados e autônomos. Em que pese algumas vezes não haver a real destinação final atendida, a norma prestigia a vulnerabilidade e a defesa da parte fraca da relação cuja equiparação ao conceito de consumidor se impõe. Mais do que está ali escrito, a norma tem que ser dirimida de um ponto de vista amplo, assim como, é de bom tom fazer a leitura de qualquer norma de acordo a norma maior, qual seja, a Constituição Federal.

Ademais, muito embora não seja a controvérsia discutida nesse estudo, é preciso começar a pensar numa solução para regulação das relações em que microempresas são tipicamente revendedoras de produtos. Creio que no momento é temerário se admitir a aplicação do CDC nesses casos. Não obstante, o atual ordenamento jurídico não ampara devidamente os danos ocasionados nas relações jurídicas entre fornecedores e intermediários vulneráveis. Deveras, não creio que o caminho se dará a partir de uma nova conceituação de consumidor e aplicação do CDC, entretanto, as microempresas merecem uma maior proteção também nesse campo para não ficar a mercê de atos abusivos dos fornecedores.

## 5. Conclusão

No início do presente estudo, é inegável que se tinha em mente uma visão tendente à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas em que microempresas adquirem produtos ou serviços para desenvolvimento de atividade profissional. Não obstante, a conclusão foi reversa.

Em que pese o alinhamento mais estrito com a doutrina essencialmente finalista, restritiva à conceituação de consumidor, a qual inadmite a utilização do bem como insumo para desenvolvimento da atividade lucrativa, tenho que rogar vênias a quem dissente e concordar com o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

O estudo aprofundado dos princípios fundamentais e do espírito do Código de Defesa do Consumidor em consonância com a Constituição Federal de 1988 me permite afirmar com convicção que nos casos concretos, quando comprovada a vulnerabilidade seja fática, técnica ou jurídica, as microempresas devem ser protegidas pelo CDC, mesmo que na prática de ato de consumo visando desenvolver atividade profissional.

Essa é uma visão mais social, de espírito aberto que vai de encontro justamente a um entendimento mais técnico e jurídico positivista. Uma vez mais os princípios devem ter força cogente para nortear todas as demais normas de um ordenamento. Este me parece uma caso clássico dessa incidência.

Não se pretende com essa pequena abertura a exceção estender excessivamente o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a ponto de desvirtuar o sentido da Lei nº 8.078/1990 e transformar num caos o conceito de consumidor em que todos pretendam “puxar para o seu lado” e de algum modo enquadrar-se nesse conceito.

A destinação final do bem ou serviço continuará sendo o principal critério para caracterização do consumidor em si mesmo, mas a vulnerabilidade deverá ser reconhecida e em subsidiariedade, eventualmente, equiparar aquela pessoa frágil ao papel de consumidor.

O CDC é referência em todo o mundo e representa um primoroso avanço no Direito Pátrio. Aplicá-lo de forma dissonante ao seu princípio fundamental que é a vulnerabilidade seria negar vigência a norma e dar um passo para trás. A jurisprudência, a despeito de calorosas discussões dialéticas parece caminhar no sentido correto para a realidade atual, aplicando o entendimento mais social àqueles que necessitam de um amparo diferenciado.

A doutrina tem papel marcante nesse desenvolvimento e o debate é sempre válido para o aprimoramento do melhor entendimento. Outrossim, a sociedade permanentemente mutante deixa claro que não se podem criar dogmas, uma vez que o direito deve estar sempre aberto, se amoldando às necessidades sociais.

O Código de Defesa do Consumidor revolucionou o mundo do direito e continuará sendo indispensável para traçar parâmetros inclusive para o direito comum privado. O reconhecimento da sua aplicabilidade no caso aqui discutido representa mais uma vitória para aqueles mais fracos, hipossuficientes, vulneráveis, os quais necessitam da intervenção do Estado para buscarem espaço no tão concorrido mercado dos tempos atuais.

Por derradeiro, é indubitoso que a conclusão aqui trazida implica em impactos ao Poder Judiciário. Tem-se como certo que inúmeras medidas vêm sendo desenvolvidas, inclusive pelo CNJ, pelo STF e demais Tribunais, na busca do incentivo à composição de modo a se evitar a enxurrada de processos judiciais.

A ampliação no conceito de consumidor aqui disseminada, inevitavelmente, cria uma prerrogativa considerável às microempresas e certamente farão com que as mesmas passem a brigar cada vez mais por seus direitos, inclusive por intermédio da Justiça. O resultado prático trará uma adicional carga de processos ao Poder Judiciário, contudo, a realidade não pode ser encarada com esse pessimismo.

A médio prazo, a pretensão é que os fornecedores venham se adaptando aos ditames legais, passando a prestarem seus serviços em atendimento estrito ao Código de Defesa do Consumidor. Essa mudança parece-me vital para a melhora das relações jurídicas.

O Judiciário é considerado, nos dizeres do <sup>1</sup>Professor Francisco Bertino, em analogia distante, o “hospital” da sociedade, tendo em conta que os agentes somente o procuram quando estão “doentes”, com problemas e conflitos de diferentes ordens. Assim, pois, a conclusão aqui posta referente à aplicabilidade do CDC cairá como uma atitude preventiva. O direito material passa a prevenir os conflitos, dando todas as diretrizes para que os sujeitos se relacionem de maneira saudável, evitando-se a atuação incessante do Judiciário que é acionado, tal como no hospital, quando a situação não mais é de prevenir, mas de remediar.

Para além disso, a solução outra, tocante ao desamparo das microempresas, causará uma injustiça sem tamanho, tornando insustentável a sobrevivência destas. Ora, quem sofre uma injustiça no dia a dia de suas relações continuará procurando a Justiça (através do Judiciário) mesmo que o entendimento firmado seja contrário à sua pretensão.

### Referências

---

BITTAR, Eduardo C.B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 30. ed. São Paulo, 2003.

BRASIL. *Código Civil*. 2009 São Paulo, Saraiva, 2002.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais – 5. ed. ver., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003

ALVIM, Arruda, *Código do Consumidor Comentado*, RT, 2ª Ed., 1995.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor – 9. ed.* – São Paulo: Editora Atlas. 2007

HENTZ, Luis Antonio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol 1, 6ª ed.*, São Paulo: Saraiva 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato: *Curso de Direito do Consumidor. 2.ed.rev.,modif. Esdatural*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, obra coletiva, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed., rev. e atual. De acordo com o novo Código, vol. 4*, São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – 9ª ed. rev. atual e ampl.* Rio de Janeiro: Forense Universitário.

MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Kazuo Watanabe, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3.ed.* São Paulo: RT, 1999.

## A REVISTA DA UNICORP

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais. 5. ed. rev. atual. e ampl.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed.*, São Paulo: LTR, 1997.

### Notas

---

1. Analogia realizada pelo Professor Francisco Bertino de Carvalho em aula do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia – UFBA

## **UMA VISÃO FAMILIARISTA DO ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL: A VOLTA DA CULPA NAS DISSOLUÇÕES DE VÍNCULOS CONJUGAIS**

### **Alberto Raimundo Gomes dos Santos**

Juiz de Direito. Coordenador das Varas de Família, Sucessões, Órfãos, Interditos e Ausentes da Comarca de Salvador – Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – Seção Bahia. Pós-graduado em Cidadania e Justiça pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) – FABAC. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito – EMAB.

### **Victor Macedo dos Santos**

Advogado. Pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestrando em Ciências Jurídicas Sociais pela Universidade Nova de Lisboa. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

**Resumo:** Através da evolução legislativa no ramo do Direito das Famílias, que culminou na aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10, foi possível excluir a análise da culpa como requisito para a dissolução do vínculo conjugal. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 12.424/11, que inaugurou uma nova forma de usucapião, por abandono do lar, houve o ressurgimento da averiguação do elemento subjetivo, quando da decretação do divórcio. O legislador retrocede e faz renascer a culpa no divórcio, apresentando, ainda, incompatibilidade com o texto constitucional, posto que inclui como requisito essencial à nova modalidade de usucapião o abandono do lar conjugal. Assim, torna-se imprescindível a modificação do texto legislativo, para que haja compatibilidade com o sentido da Carta Magna, bem como se exclua o elemento subjetivo da culpa, que serve, apenas, para postergar o sofrimento do término da relação conjugal, sustentando um conflito desnecessário e desarrazado.

**Palavras-chave:** Usucapião familiar. Divórcio. Evolução legislativa. Culpa. Interpretação sistemática. Incompatibilidade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Divórcio no Brasil – Da indissolubilidade matrimonial ao fim da culpa com a EC nº 66/10. 3. O abandono do lar conjugal e a análise da culpa. 4. Conclusão. Referências.

### **1. Introdução**

Em desarranjo à evolução perpetrada pela Emenda Constitucional nº 66, promulgada em

13 de julho de 2010, o legislador atuou antagonicamente e deu origem à modificação legislativa resultante da Lei nº 12.424, datada de 16 de junho de 2011, fazendo ressurgir o elemento culpa, que já se encontrava adormecido em sono profundo quanto à dissolução dos vínculos conjugais.

Expressamente, dispõe o dispositivo cerne deste estudo:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com **ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar**, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.  
(grifos aditados)

A mudança realizada no texto do Código Civil, fazendo incluir o art. 1.240-A em seu corpo, tinha originariamente o condão de abordar uma temática de cunho particularmente possessório, incluindo, deste modo, uma nova forma de usucapião de bem imóvel urbano no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, a inoportuna imersão do legislador atingiu “por ricochete” o aspecto familiarista que abarca o seu conteúdo, trazendo à lume, novamente, a discussão do elemento culpa, para que se caracterize o abandono do lar.

Considerando, portanto, que a redação atual do art. 226, § 6º, da Constituição Federal verbera que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo Divórcio”, entende-se por suficiente a simples comprovação da vontade de ambas ou de uma das partes de uma determinada relação de afeto para que se dissolva o vínculo conjugal.

Deste modo, atualmente (nada obstante a existência de entendimento em sentido diverso) não mais se perquire acerca da existência de culpa de um dos consortes para a extinção do vínculo que outrora os unia, remanescendo como suficiente a simples vontade de não mais se encontrar casado para que seja desfeito este laço de união.

Esta medida legislativa, oportunizada pela aprovação da supramencionada Emenda Constitucional, tornou o procedimento de dissolução do casamento mais célere, laborando para a efetividade da dignidade da pessoa humana na família, pautada nas realizações pessoais dos seus membros. Independente de quem tenha contribuído mais, ou menos, não se obstaculiza a extinção do vínculo conjugal pela necessidade de análise da culpa, retirando, assim, o subjetivismo que decorre desta apreciação, partindo para uma averiguação objetiva do fim do casamento.

Porém, a partir do momento em que o legislador civilista insere no art. 1.240-A a necessidade de saber se houve o “abandono do lar” por uma das partes para que possa ser caracterizada a usucapião, retorna-se a discutir a culpa, uma vez que tem que ser esta caracterizada para (des)constituir o abandono da residência por aquele que perderá o bem imóvel em favor do usucapiente (ou mesmo para determinar a manutenção da propriedade em favor daquele que se retirou do lar o casal), desde que o imóvel preencha os demais requisitos daquele dispositivo.

Assim sendo, é necessário esclarecer a inadequação do legislador ao buscar reviver a discussão da culpa, que teria sido extinta desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10, e agora renasce com a promulgação da Lei nº 12.424/2011, seguindo a orientação de retirar a indevida novidade do ordenamento jurídico, ante a sua incompatibilidade, ou indicar a atividade hermenêutica a ser empreendida para impedir o reaparecimento da discussão da culpa nas dissoluções de vínculos conjugais.

### 2. O Divórcio no Brasil – Da indissolubilidade matrimonial ao fim da culpa com a EC nº 66/10

Malgrado a veloz consolidação do instituto do Divórcio no ordenamento jurídico nacional, o seu nascimento corporificado na legislação do Brasil somente se efetivou com a entrada em vigor da Lei nº 6.515/77, ou seja, há quase 35 (trinta e cinco) anos atrás.

Antes da edição do referido texto legislativo, que deu origem a dissolubilidade da relação conjugal, o vínculo formado após a formalização judicial do enlace vivenciado pelo casal não poderia ser juridicamente dissolvido, tendo como hipóteses de término, apenas, a morte ou a nulidade/anulação do casamento.

Trata-se, em verdade, de estrita obediência às determinações encampadas no texto legal do Código Civil de 1916, que impunha a aplicação do princípio da indissolubilidade do casamento, somente admitindo-se a sua dissolução, como mencionado alhures, através do falecimento de um dos cônjuges ou pela anulação deste “negócio jurídico”.

Prosseguindo com este entendimento, revelando a necessidade de manutenção do pensamento jurídico daquele período histórico, a Carta Constitucional de 1934 fez constar do seu texto, no art. 144 (que inaugurava o Capítulo I – “Da família”), a previsão que ora se transcreve, afirmando especificamente que “A família, *constituída pelo casamento indissolúvel*, está sob a proteção especial do Estado”.

Entretantes, o parágrafo único do dispositivo transcrito acima já demonstrava, mesmo que de forma incipiente, um esforço legislativo em admitir meios de alcançar o fim do vínculo conjugal, atribuindo a competência para dispor sobre o desquite e a anulação do casamento.

Não se quer elencar o texto constitucional de 1934 como marco inicial da dissolubilidade do casamento, mas, apenas, salientar que o mesmo já fazia referência a esta possibilidade, conferindo os louros do surgimento do instituto do Divórcio aos comandos legislativos editados em dezembro de 1977.

Através desta compreensão, verifica-se que, desde o início dos tempos, até mais da metade do século XX, caso não houvesse mais o amor como imperativo dentro do casamento, o casal deveria, contraditoriamente, “suportar a insuportabilidade da vida em comum”, em razão da inexistência de possibilidade de conviverem separados, salvo a possibilidade de anulação do matrimônio, ou *até que a morte os separasse*, uma vez que o instituto do desquite (que possui origem religiosa) não permitia que o casal contraísse novas núpcias.

Explicitamente, se evidenciava que a manutenção desta característica da indissolubilidade do vínculo matrimonial existiu por longo período de tempo em razão da forte influência da Igreja Católica na sociedade da época, sendo inevitável alertar a competência daquela instituição de proceder à realização de todo e qualquer matrimônio perante si, posto que gozava de competência não apenas religiosa, mas, também, jurídica, ao lhe ser atribuído o poder exclusivo de conferir efeito civil ao casamento concretizado sob a sua permissão<sup>1</sup>.

Assume – se, portanto, a Lei nº 6.515/77 (batizada como Lei do Divórcio) como o ponto de partida para se verificar a possibilidade de extinção do vínculo conjugal, nos casos em que constatasse o fim do amor entre os cônjuges. Com esta Lei, foi possível relativizar a expressão secularizada em nossa sociedade pela influência do catolicismo, não mais ceifando a autonomia da vontade das partes, determinando que ficassem as mesmas enclausuradas em relações sepultadas pela infelicidade dos cônjuges, permitindo que estes buscassem, ainda, a felicidade antes do seu último segundo de vida.

O avanço legislativo deste período merece, deste modo, consistentes aplausos pela

iniciativa de possibilitar o término do vínculo conjugal por outros meios, que não apenas a morte ou a anulação<sup>2</sup>.

Entretanto, o vanguardismo freou esta nova possibilidade, perdendo o legislador a oportunidade de consagrar por completa a possibilidade de desarranjo de uma relação comprometida pela infelicidade dos seus cônjuges, perpetuando o sofrimento dos mesmos através dos pré-requisitos alternativos para o término do matrimônio: a separação de fato pelo período de 02 (dois) anos ou a separação judicial pelo período de 01 (ano).

Além do pressuposto temporal que carregava o formato anterior do instituto ora em apreço, era necessário demonstrar a existência de uma fundamentação, a presença da culpa de um dos cônjuges para a decretação do Divórcio. Alguns tribunais chegaram a impossibilitar a dissolução do vínculo conjugal pela inexistência ou insuficiência de provas, aptas a configurar a culpa de um dos consortes, como se vê nos julgados a seguir transcritos:

Ação de separação judicial. Alegação de culpa pelo varão. Ausência de prova. Sentença de improcedência confirmada. Apelo não provido. (...) No entanto, a prova dos autos não é firme o suficiente para decretar a separação do casal (TJSP, Apelação Cível nº 3340794500, 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Américo Izidoro Angélico, j. 09.08.2006).  
Separação Judicial. Culpa do varão. Conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais. Prova insuficiente. Sentença de improcedência confirmada. Apelo desprovido. (...) A prova dos autos não demonstra a ocorrência nem de conduta desonrosa nem de grave violação dos deveres conjugais, na medida em que as alegadas agressões físicas não foram suficientemente demonstradas, o mesmo não se podendo dizer da suposta incompatibilidade de gênios (TJSP, Apelação Cível nº 6694054200, 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Percival Nogueira, j. 15.10.2009).

Na esteira deste entendimento, com a discussão da culpa para a decretação do fim do vínculo conjugal, criava-se um obstáculo à realização da felicidade dos integrantes de determinada família, que passavam a permanecer obrigados a continuar com aquele elo em suas vidas, sem poder realizar novo casamento (por se tratar a separação judicial de impedimento às novas núpcias), única e exclusivamente pela ingerência do Estado na vida do casal, autoritário em determinar a indicação do culpado para o fim do amor que outrora existia entre ambos.

A manutenção, deste modo, dos supramencionados requisitos para a realização do Divórcio funcionava, apenas, como mola propulsora para a permanência dos desentendimentos vivenciados pelo casal, que reacendiam no momento em que ingressavam na “Odisseia da separação” criada pelo Estado-legislador, através do antigo procedimento.

O equívoco trazido pela Lei do Divórcio na década de setenta se refletiu no próprio texto constitucional, quando da sua promulgação em 1988, posto que restou confirmado o instituto da separação judicial na redação originária do §6º, do art. 226 da Carta Magna, passando a ser necessária uma reforma constitucional para que fosse retirado do ordenamento jurídico<sup>3</sup>.

O legislador ainda teve nova oportunidade de extirpar o requisito temporal e a culpa para a decretação do Divórcio, quando fora editado o Código Civil de 2002. Entretanto, optou por seguir a orientação apresentada pelo texto legislativo de 1977 (ou seja, 25 anos antes da entrada em vigor do Código Reale), fazendo constar na Lei nº 10.406/02, no art. 1.572, a expressão que evidenciava a necessidade de corroborar a culpa, devendo um dos cônjuges pleitear

a separação judicial (procedimento prévio ao Divórcio) “imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”<sup>4</sup>. Continuou o legislador, assim, a adotar o sistema dualista para a dissolução matrimonial<sup>5</sup>.

Nada obstante o infortúnio suportado pela sociedade brasileira por pouco mais de três décadas, em decorrência da inadequação legislativa (tanto do constituinte originário, como do legislador civilista), o labor doutrinário e o esforço empreendido, também, pelo trabalho dos tribunais pátrios, sob o evidente clamor social pela supremacia do afeto, contribuíram para a edição da Emenda Constitucional n° 66, no ano de 2010, que eliminou do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação<sup>6</sup>, e, por consequência, a desnecessidade de investigar a culpa de um dos cônjuges para a chancela do fim do amor entre o casal.

O texto atualmente apresentado pela Carta Constitucional denota que se torna essencial, apenas, a vontade de uma das partes em não mais se manter unido com aquele (a) a quem jurou amor eterno, justificando a desvinculação dos consortes sem a imputação a uma das partes do motivo determinante para a separação.

Com a exclusão da verificação da culpa para a decretação do Divórcio, o que se busca – ao contrário do pensamento primitivo de algumas sociedades, que imaginam se tratar de incentivo à destruição de famílias visivelmente consolidadas pelo afeto – em verdade, é possibilitar a consecução da felicidade daqueles que se encontram infelizes em seus atuais relacionamentos, necessitando se libertar com a maior brevidade desta clausura que os aprisiona<sup>7</sup>. Isto não era alcançado com o antigo procedimento, haja vista o longo período de tempo que sofria o casal, até que pudessem ambos definir o novo rumo a ser seguido, na busca pela sua felicidade.

O novo comando constitucional atendeu, indiscutivelmente, à nova feição assumida pelo Direito de Família, que rejeita a excessiva ingerência do Estado em suas relações sociais, devendo conferir maior valia à autonomia da vontade, em detrimento às restrições desarrazoadas outrora impostas pelo poder estatal. Confirmando a nova roupagem assumida por este ramo do Direito, assevera Pablo Stolze (2011, p. 48):

Conforme temos defendido publicamente, o Direito de Família, em sua nova perspectiva, deve ser regido pelo princípio da intervenção mínima, desapegando-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo[...]. Nesse diapasão, portanto, detectado o fim do afeto que unia o casal, não havia e não há qualquer sentido em tentar forçar uma relação que não se sustenta mais.

Verifica-se, portanto, que não mais subsiste o instituto da separação no sistema jurídico nacional<sup>8</sup>, imperando, assim, o divórcio como única forma de dissolução de uma relação, sendo que o fim da mesma não mais se caracteriza em provisório e definitivo, mas, apenas como término do vínculo conjugal.

Sob esta nova formatação do divórcio, a sua decretação depende, única e exclusivamente, de fundamentação pautada na insuportabilidade da vida em comum, para que o Estado possa reconhecer em determinada relação o fim do afeto, determinando, diante deste simples motivo, o fim da conjugalidade experimentada por ambos. Trata-se, pois, de processo com caráter meramente “administrativo”, conferindo-se às partes um passaporte para seguir em busca da sua felicidade, o que permite (ao contrário do sistema antigo, o dualista) a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, através da realização pessoal dos integrantes daquela família<sup>9</sup>.

### 3. O abandono do lar conjugal e a análise da culpa

Em que pese a novidade aventada pelo texto legislativo que introduziu o art. 1.240 – A no Código Civil, trazendo uma nova espécie de usucapião urbano para o nosso ordenamento jurídico, a locução objeto central de apreciação deste estudo (“abandono do lar conjugal”) encontrava expressa previsão no Código Beviláqua, fora retirada da legislação civil (formal e materialmente<sup>10</sup>), e agora retorna à realidade das relações sociais com a entrada em vigor da Lei nº 12.424/11.

Cunhada no século passado, em um Código Civil que se encontrava formado através do princípio da indissolubilidade do casamento, o “abandono voluntário do lar conjugal”, previsto no art. 317, IV<sup>11</sup>, se caracterizava como um dos fundamentos para motivar a Ação de Desquite.

Com efeito, o hercúleo esforço legislativo, doutrinário e jurisprudencial, permitiu à sociedade alcançar elevado patamar evolutivo, que culminou com a desnecessidade de análise da culpa para a dissolução dos vínculos conjugais. Mas, como se não fosse suficiente reviver uma motivação legalmente prevista há quase um século, no Código Civil de 1916, o legislador põe em conflito o atual sentido do §6º, do art. 226 da CF/88, e reacende a discussão da culpa para o Divórcio<sup>12</sup>.

Os anseios e o contexto nos quais se inseriam a sociedade do início do século XX jamais poderão ser comparados à realidade que se descortina neste princípio de século XXI, devendo ser perpetrada uma evolução constante – em desalinho ao entendimento do legislador do denominado “usucapião familiar”<sup>13</sup> –, sem entender razoável a opção por motivações pretéritas para justificar o fim do amor entre o casal.

Num período em que inexistia igualdade entre os sexos, cabendo à mulher, apenas, seguir o homem para o local onde o mesmo optasse por fixar residência, momento histórico no qual não se permitia a vinculação familiar através dos laços de afeto, sendo reconhecida a família somente em sua formatação tradicionalista, patrimonializada e biologizada, com a sacralização da família matrimonial, percebe-se que era compreensível o imperativo estatal em manter incólume o “lar conjugal”, requisitando uma motivação para o afastamento dos cônjuges (que poderia, ainda, ser preenchida pelas outras hipóteses: adultério, tentativa de morte e sevícia ou injúria grave), penalizando com o fim da sociedade conjugal – que demandava a impossibilidade de novo casamento – aquele que abandonasse o lar conjugal pelo período de 02 (dois) anos.

Além disso, posteriormente, a partir do momento em que fora possível a dissolução dos vínculos conjugais (com a Lei do Divórcio), perquiria-se a justificação para o fim do relacionamento, pautando-se, necessariamente, na demonstração da culpa de uma das partes, ante o reflexo que esta comprovação ocasionaria nas questões correlatas ao término desta vinculação (como, por exemplo, a fixação de alimentos em favor de uma das partes).

De outra banda, como justificar a utilização de um conceito baseado na análise da culpa em tempos hodiernos, no qual o fim do casamento, da união estável, ou de qualquer formato de família, coincide, exclusivamente, com a inexistência de afeto entre os integrantes de uma determinada relação?

A perplexidade com a qual se observa a orientação seguida pelo legislador se coaduna com a necessidade de retorno ao século passado para compreender um instituto que deve ser aplicado no novo século, inaugurado por uma nova ordem jurídica civilista, e agora tem que se socorrer ao seu antecessor, derivado de um Projeto de Lei elaborado antes mesmo da Proclamação da República, no período oitocentista.

Salientando o equívoco cometido pela Lei nº 12.424/2011, Maria Aglaé Tedesco (2012, p. 50) pontifica:

O que causa perplexidade é termos que nos socorrer de conceitos que foram construídos para justificar o então desquite litigioso. O art. 317 do Código Civil de 1916 trazia o abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos como causa para o desquite. Naquela época era tão grave deixar o lar conjugal que os demais fundamentos que motivavam a ação de desquite, todos incluídos no mesmo artigo, eram o adultério, a tentativa de morte, sevícias, ou injúria grave. Cabia ao marido o direito de fixar o domicílio da família e à mulher competia segui-lo. O que caracterizava o abandono era a ausência com a intenção de desfazer os liames familiares. Observe-se que em 1916 o prazo para sua configuração era de dois anos, o mesmo hoje exigido pela lei nova.

Através da “Emenda do Divórcio”<sup>14</sup>, como visto no tópico anterior, não mais se entende necessário perquirir quem foi o culpado pela separação do casal, sendo suficiente a manifestação da vontade em não mais permanecer vinculado a outrem por uma das partes para que seja decretado o fim do enlace.

Portanto, confere-se caráter mais objetivo à concretização da extinção deste vínculo conjugal, tornando irrelevante a discussão da culpa, que somente era utilizada para postergar o sofrimento do casal, ao ter que apontar um culpado e um inocente durante todo o procedimento de separação (bipartido em duas fases: a prévia de separação – judicial ou de fato – e o divórcio propriamente dito), desferindo ofensas diuturnas em relação à outra parte, no intuito de configurar a culpa pelo fim do amor.

Ameniza-se, assim, o sofrimento das partes no procedimento de separação a retirada da análise da culpa para determinar o fim do vínculo conjugal, entendendo como suficiente a autonomia da vontade em declarar para o Estado a insuportabilidade da vida em comum, para ver decretado o término do matrimônio, libertando-se das amarras da infelicidade que aprisionava o ser em um relacionamento em que não mais existia o afeto.

Visualiza-se, deste modo, a não ingerência estatal na vida privada dos consortes, sem perquirir os fundamentos que motivaram a impossibilidade da vida em comum de ambos, sendo desnecessário existir um culpado para tanto, que pode ser um dos dois, ou até mesmo ambos, mas se trata de informação irrelevante para a chancela judicial do fim do amor.

O valor sobrelevado pela Emenda Constitucional nº66/10, relativo à supremacia da autonomia da vontade, em detrimento à interferência do Estado nas relações privadas, encontra-se relativizado pelo critério utilizado pelo legislador para autorizar a usucapião de imóvel do casal, por um dos cônjuges ou companheiros, desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles, o abandono do lar conjugal por aquele que perderá o direito ao patrimônio que ajudara a construir.

A partir da entrada em vigor desta Lei, no ano de 2011, passou a ser possível a discussão da culpa, ora extinta, para caracterizar o abandono do lar conjugal e autorizar àquele que corrobore esta alegação a aquisição da propriedade através da usucapião.

Exemplifique-se que, decretado o divórcio do casal, de forma isolada e prévia, as questões acessórias, dentre elas a relativa ao patrimônio do casal, terão que sustentar a discussão da culpa, que denota a motivação que culminou na extinção do afeto em determinado lar.

Neste procedimento de separação, terão os cônjuges que se digladiarem para corroborar qual a justificativa que motivou o abandono do lar conjugal, se realmente houve este abandono, de forma injustificada, ou se fora o mesmo decorrente de situações que impossibilitaram a convivência mútua com o seu(sua) consorte, apresentando, assim, um culpado/innocente, revivendo momentos desagradáveis do casal, e apresentando estas intimidades ao Estado, na tentativa de adquirir um determinado bem (ou impossibilitar a aquisição do mesmo) pela usucapião.

Considerando que a EC nº 66/10 extirpa do ordenamento jurídico civil a discussão da culpa no divórcio, além de extinguir a separação, não se pode, nem deve, proceder à análise deste elemento subjetivo, em qualquer questão que faça referência direta à dissolução do vínculo conjugal, como é o caso da partilha de bens, cuja vinculação se faz patente em relação à usucapião do imóvel familiar.

Trata-se de proceder a uma interpretação teleológica da modificação constitucional perpetrada, para admitir que inexistia análise da culpa no divórcio, subsumindo-se a apreciação judicial à manifestação livre da vontade das partes em não se manterem unidas pelo matrimônio, verificando a constituição do patrimônio pelo esforço comum, partilhando-o em razão do regime de bens adotado, sem qualquer análise subjetiva da intenção dos cônjuges, além das outras questões correlatas ao término do casamento.

Através da interpretação do sentido da norma modificada pela EC nº 66/10, perfaz-se evidente constatar que há uma incompatibilidade entre o comando legislativo da Lei nº 12.424/11 e o art. 226, §6º, da Constituição Federal.

Considerando, portanto, que não pode sobreviver na ordem jurídica norma infraconstitucional que apresente conflito com o texto da Carta Magna, deveria haver uma reforma prévia no texto aprovado para dar origem ao art. 1.240-A do Diploma Civil, ou mesmo ser realizada uma modificação, legislativa, ab-rogando (ou seja, promovendo uma revogação parcial) do mencionado dispositivo, substituindo, deste modo, o requisito do “abandono do lar”, por outro pressuposto de caráter objetivo.

A necessidade de modificação legislativa decorre, em verdade, da impossibilidade de promover nova interpretação a partir do texto apresentado pelo legislador civilista. Obviamente, caso existente a possibilidade de conferir novo conteúdo interpretativo a determinado comando normativo, assim deveria proceder o aplicador do Direito, o que não condiz com a hipótese apresentada neste momento, haja vista não possuir condições lógicas de assumir nova roupagem interpretativa, tornando-se essencial prosseguir à uma reforma legal.

O que se defende, em suma, é a utilização essencial de uma interpretação sistemática<sup>15</sup> do ordenamento jurídico brasileiro, passando-se a visualizá-lo como um corpo unívoco, dentro do qual as normas devem guardar conformidade entre si e, principalmente, com as orientações constitucionais, presentes no texto de 1988. Somente assim torna-se possível conformar a aplicação do direito como deve ser realizado, através do quanto esclarecido por Tércio Sampaio Jr. (2003, p. 288), no sentido de que “a pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento.”.

Partindo-se deste pressuposto hermenêutico, portanto, não podem conviver num mesmo organismo corpos antagônicos entre si, muito menos incompatíveis com o texto constitucional, cabendo ao legislador promover a exclusão daqueles que não se adequam ao sentido das normas em vigor, ou que contrariam a orientação da Carta Cidadã.

Sob o pálio da necessidade desta compatibilidade, não pode o art. 1.240-A ser mantido, posto que posterior e contraditório ao sentido traduzido no art. 226, §6º, da CF/88, que apre-

goa, especificamente, a extinção da análise da culpa nas dissoluções de vínculos conjugais. Acredita-se, portanto, ser esta a direção a ser seguida, com o fim de evitar o reaparecimento das infrutíferas discussões nas dissoluções de vínculo conjugal, referentes à culpa de uma das partes pelo fim do amor no casamento, que apenas eternizam o sofrimento dos casais que necessitam por termo, com urgência, à uma relação com a qual não podem mais conviver.

Em sentido diverso, caso se opte, alternativamente, por buscar reconhecer a legitimidade do texto legislativo em análise, torna-se essencial agir com cautela na aplicação do dispositivo, com o fito de que não se confira a mesma conotação do conceito apresentado no século passado, através do Código Civil de 1916.

Nesta esteira, o sentido a ser extraído da interpretação da locução “abandono do lar conjugal”, encampada no art. 1.240-A, deve se referir à negligência com o dever de assistência ao cônjuge e o dever de cuidado com a prole do casal. Somente partindo-se deste pressuposto será possível retirar a análise da culpa na dissolução do vínculo conjugal, uma vez que se tratam estas obrigações, em verdades, dos deveres que decorrem do casamento e do poder parental, e que podem ser objetivamente constatados, sendo suficiente verificar a contribuição realizada (ou não) por aquele que “abandonou o lar” do casal.

Comunga deste segundo entendimento Maria Aglaé Tedesco (2012, p. 50), preferindo, portanto, tentar conferir legitimidade ao comando legislativo trazido pela Lei nº 12.424/11:

Embora tenha sido resgatado esse instituto do abandono, não se pode utilizar o mesmo conceito do século passado. Para conferir legitimidade à lei devemos entender o abandono de lar como a saída do lar comum de um dos cônjuges e a sequencial despreocupação com o dever de assistência ao cônjuge ou com o cuidado dos filhos.

O que se pretende evidenciar com esta tentativa de legitimar o texto aprovado pelo Congresso Nacional é laborar no sentido de não ter que proceder uma nova modificação legislativa, compatibilizando-a com o ordenamento jurídico vigente, através da fixação de balizas para a atividade interpretativa do aplicador do Direito.

Essencial, portanto, que seja conduzido o labor hermenêutico a critérios que não permitam rediscutir à culpa, visualizando o referido “abandono do lar” como uma verdadeira ausência do lar conjugal, sem a cautela de permanecer exercendo os deveres correlatos à esta relação, com relação aos cônjuges e aos filhos (se porventura existentes), cumulados este requisitos aos demais determinados pelo art. 1.240-A para a caracterização desta usucapião especial.

À guisa de exemplificação, podem ser enunciadas as hipóteses em que aquele (a) que saiu do lar do casal deixa de prestar alimentos para os filhos, não consegue ser encontrado para ser citado em eventual processo de divórcio, ou em eventual processo de alimentos, subsequente à separação do casal, não consegue ser, também, citado, entre outras situações que configurem esta ausência e desídia, desde que possam, como estas apresentadas, ser constatadas objetivamente, em razão de circunstâncias fáticas trazidas ao Juízo.

A celeuma não se subsume, apenas, à inadequação da expressão utilizada pelo legislador, mas, também, ao sentido que confere à norma, que se denota incompatível com a exclusão da culpa na dissolução dos vínculos conjugais. Cabível, assim, optar por dois caminhos a serem trilhados: a modificação do comando legislativo do art. 1.240-A do Código Civil, que apresenta mais segurança à consecução destas relações sociais, para manter afastada a discussão do elemento culpa, sendo, portanto preferível; ou manter o texto trazido pela Lei nº 12.424/11,

procedendo à uma atividade interpretativa, no sentido de objetivar a constatação dos requisitos para constituir a nova espécie de usucapião, sem perquirir, de forma alguma, a culpa daquele(a) que saiu do lar, ante a incompatibilidade, principalmente, com o texto constitucional.

### 4. Conclusão

As modificações encampadas, em decorrência de uma constante evolução legislativa, pela EC nº 66/10, possibilitaram a exclusão da culpa para a decretação do divórcio, tornando-o procedimento de caráter meramente administrativo, sendo suficiente a averiguação da manifestação da vontade das partes, para saber se fora a mesma livre de qualquer vício de consentimento, sendo a contraparte “notificada”, somente, da dissolução do vínculo conjugal.

Entretanto, acreditando se tratar de transmutação legislativa de cunho eminentemente político, com o fim de proteger a mulher – que normalmente permanece no imóvel com o término dos vínculos conjugais –, a Lei nº 12.424/11, utilizando requisito legal presente no revogado Código Civil de 1916 (cujo projeto fora elaborado no período oitocentista), apresenta nova usucapião para o ordenamento jurídico, pressupondo, entre outros requisitos, o “abandono do lar conjugal” por aquele que terá sua parcela no imóvel usucapida.

A atitude desmedida do legislador civilista deu azo ao retorno da discussão da culpa no fim dos relacionamentos matrimoniais (bem como nas uniões estáveis<sup>16</sup>), tornando o multicitado dispositivo 1.240-A o Código Civil incompatível com a nova ordem jurídica inaugurada pela modificação da Constituição em 2010, sendo antagônico à Carta Constitucional.

Assim sendo, em princípio, conforme entendimento sustentado neste estudo, há eminente necessidade de expurgar o texto legislativo apresentado no dispositivo em comento, ou, pelo menos, derrogar o pressuposto do “abandono do lar conjugal”, haja vista apresentar a possibilidade de múltiplas interpretações do mesmo, inclusive aquela que acarreta o retorno da discussão da culpa no momento da dissolução do vínculo conjugal, servindo de obstáculo para a celeridade e tranquilidade das partes neste procedimento de separação.

Em caráter subsidiário, caso subentenda-se pela possibilidade de manutenção do mencionado comando legislativo no ordenamento jurídico, deve a interpretação ser realizada em conformidade com o sentido emanado do texto constitucional, especificamente do art. 226, §6º, para obstaculizar a análise da culpa no término dos vínculos conjugais, verificando, apenas, se a saída do cônjuge do lar fora seguido da inobservância de qualquer dever de assistência ao cônjuge ou aos filhos.

Seguindo o primeiro entendimento, restou-se evidenciado, no curso deste estudo, que a modificação legislativa se faz necessária, pela essencial característica hodierna de interpretação sistemática do direito, visto como um corpo unitário, não se admitindo, principalmente, incompatibilidade (formal ou material) de qualquer norma com a Constituição Federal.

Elogia-se a inclusão deste novo tipo de usucapião pelo cônjuge, posto que privilegia a defesa do domicílio familiar, ou seja, do lar familiar. Porém, não pode remanescer sem crítica a inadequada sustentação de corroborar o abandono do lar conjugal, haja vista se tratar de inquestionável retrocesso do legislador civilista, que, além de ressuscitar a discussão da culpa no divórcio, utiliza-se do texto do Código Civil de 1916, decorrente de uma realidade social totalmente diversa daquela vivenciada atualmente, apresentando, inclusive um modelo de família tradicionalista, patrimonializada, biologizada e matrimonial.

A modificação legislativa torna-se, deste modo, urgente, posto que a inércia pode

autorizar a consolidação do entendimento que labora em favor da discussão da culpa, fazendo a sociedade experimentar prejuízos que haviam sido superados, e que ressurgem com o requisito do “abandono do lar conjugal” inserto no art. 1.240-A do Código Civil.

A sociedade contemporânea não pode assumir o ônus de perpetuar os litígios entre aqueles que permaneceram unidos pelo vínculo do casamento, como outrora observado, contribuindo para sustentar – no momento da separação definitiva (saliente-se, adotado o modelo unitário para a dissolução do vínculo conjugal) – o conflito entre os cônjuges para imputar ao outro a culpa pela saída do lar conjugal, e, por consequência, do fim do seio familiar, revivendo momentos esquecidos de aborrecimento, com o intuito de justificar as suas últimas atitudes, anteriores à extinção do afeto que ambos experimentaram entre si.

Este se considera, deste modo, o fundamento cerne para justificar nova modificação legislativa do Código Civil, com a retirada da ultrapassada expressão “abandono do lar conjugal”.

### Referências

---

FIGUEIREDO, Roberto R. *Usucapião Conjugal: requisitos e críticas da nova modalidade de usucapião*. Disponível em: <http://www.dietrich.adv.br/verArtigo.php?aid=737>. Acesso em: 29/mai/2011.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 11, pp. 05-17. Porto Alegre: Magister, 2009.

MANSO, Luís Duarte; OLIVEIRA, Nuno Teodósio. *Direito da Família e das Sucessões*. 4 ed. Lisboa: Quid Juris, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio – teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2011.

SILVA, Regina Beatriz T. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal*. Disponível em: [www.flavioartartuce.adv.br/.../201108010921370](http://www.flavioartartuce.adv.br/.../201108010921370). Acesso em: 28/jun/2012.

TEDESCO, Maria Aglaé. *Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre ex-casal*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 27, pp. 46/60. Porto Alegre: Magister, 2012.

### Notas

---

1. Neste ponto, verificando-se a inexistência de um Estado laico, como veementemente sustentado, atualmente, pela Carta Constitucional de 1988, os casamentos realizados entre os não-libertos, no período

escravagista, que em sua grande maioria não se vinculavam à Igreja Católica, deveriam ser confirmados perante a instituição cristã, sob pena de não gozarem de validade jurídica, não se aplicando os efeitos legalmente previstos entre os casados civilmente. Atualmente, correspondendo à previsão constitucional que considera o Brasil como Estado laico, já se confere efeito civil aos casamentos realizados em cerimônias de religiões diversas da Católica, como se consagra pelo exemplo corriqueiro do Candomblé.

2. Neste sentido, cabe observar a previsão normativa inserida no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.515/77: Art 2º - A Sociedade Conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

3. O texto que constava da redação originária da Carta Magna de 88, sendo modificado com a EC nº 66/10 possuía a seguinte redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, *após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.*”.

4. Diante da incompreensão contra a qual se buscava justificativa para explicar a necessidade de um procedimento prévio ao Divórcio, verbera Paulo Lôbo (2009, p. 127) acerca da inexistência de razoabilidade para tanto: “É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.”.

5. Realizando um esforço hermenêutico para buscar motivos para a utilização do sistema dualista pelo legislador brasileiro, Pablo Stolze (2011, p. 41) enuncia: “A ideia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha a suposta finalidade de permitir e instar separados a uma reconciliação antes que dessem o passo definitivo para fim do vínculo matrimonial”.

6. Apesar de alguns autores defenderem, ainda, a existência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, em corrente doutrinária capitaneada pela Professora Regina Beatriz Tavares da Silva (de acordo com o posicionamento exposto em todo o texto da sua obra A Emenda Constitucional do Divórcio, publicada em 2011), o entendimento majoritário se direciona para o fim deste instituto prévio ao Divórcio, bem como para a retirada da análise da culpa para a decretação do término conjugal do casal. Neste sentido, a própria Exposição de Motivos da Emenda Constitucional do Divórcio traduz o sentido que deve ser seguido após a modificação perpetrada no §6º, do art. 226 da Carta Constitucional: “[...] Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal. [...] Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio.”.

7. Em que pese tratar de ordenamento jurídico diverso, Luís Duarte Manso e Nuno Teodósio Oliveira (2010, p. 97), em obra do Direito português, que não mais necessita da análise da culpa para a decretação do divórcio, prelecionam: “[...] é a importância do casamento e não a sua desvalorização que se destaca quando se aceita o divórcio, já de si emocionalmente doloroso, pelo que representa de quebra das expectativas iniciais, se transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efetivar.”.

8. Assim, salienta Paulo Lôbo (2009, p. 8) acerca da impossibilidade de sustentação de um instituto que vai de encontro às normas constitucionais: “[...] Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio.”

9 Conforme salientado por Maria Aglaé Tedesco (2012, p. 50): “A culpa da separação não é mais perquirida em juízo. O divórcio pode ser decretado sem qualquer outro questionamento além da vontade de ao menos uma das partes. O procedimento judicial do divórcio adquiriu um caráter meramente administrativo, no qual o outro cônjuge, quando é citado, na verdade está sendo notificado de que será decretado seu divórcio. As razões do fim do casamento, graves ou não, em nada alteram a decisão de não se conviver mais sob o mesmo teto ou podem ter força para interferir nos demais direitos e deveres correlatos ao casamento ou união.”.

10. A extinção formal da locução se deve à inexistência de previsão legislativa em qualquer texto, enquanto a retirada material se coaduna com a extirpação da culpa para a dissolução do vínculo conjugal, alcançada com a Emenda Constitucional nº 66/10.

11. Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977). I.[...]; IV. **Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.**

12. Saliente-se que é sabido que o comando legislativo que se faz referência neste texto não faz referência, apenas, às relações matrimoniais, mas, também, a todas as formas de família, que atualmente se conformam em razão dos vínculos de afeto, não possuindo formatos previamente determinados, posto que já se reconhecem inúmeros tipos de família como a anaparental, monoparental, homoafetiva e etc.

13. Acerca da nomenclatura conferida a esta nova hipótese de usucapião, cabe trazer à baila a crítica enunciada por Flávio Tartuce (2011, p.1): “[...]Apesar da utilização do termo *usucapião familiar* por alguns juristas, entende-se ser melhor a adoção da expressão destacada, para manter a unidade didática, visando diferenciar a categoria da usucapião especial rural ou agrária - que também tem uma conotação *familiar* -, da usucapião ordinária, da usucapião extraordinária, da usucapião especial indígena e da usucapião especial urbana coletiva.”.

14. Apesar de ter sido o projeto de lei, que originou a EC nº 66/10, publicamente reconhecido como “PEC do Divórcio”, inicialmente fora o mesmo denominado como “PEC do Amor”, pois a intenção do legislador era conferir a possibilidade de encontrar a felicidade àqueles que não podiam se desvincular dos frustrados relacionamentos, haja vista a demora para o fim do vínculo conjugal, e passaram a poder seguir imediatamente em busca das suas realizações pessoais afetivas com o novo comando legislativo.

15. Elucidando o que se compreende por interpretação sistemática do Direito, esclarece Juarez Freitas (2010, p. 73): “[...] convém assinalar que todas as frações dos sistema guardam conexão entre si. Daí resulta que *qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito*. Retido esse aspecto, registre-se que *cada preceito deve ser visto como parte viva do todo*, eis que apenas no exame de *conjunto* tende a ser melhor equacionado qualquer caso problemático [...]”.

16. Optou-se por não incluir o tratamento da hipótese nas uniões estáveis por centrar-se o presente estudo no contraponto entre a Lei nº 12.424/11 e a Emenda Constitucional nº 66/10, que pôs fim à discussão da culpa no Divórcio, retirando do ordenamento a ideia de dissolução da sociedade conjugal, não atingindo, portanto, as formas de família identificadas pelo art. 1.723 e segs. do Diploma Civil, nada obstante terem sido estas tratadas pelo dispositivo em discussão.

## **A (IN) COMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COM A MORATÓRIA LEGAL TRAZIDA PELO ART. 745-A DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

**Adilson Souza Andrade**

Advogado e Conciliador – TJBA. Pós-graduado em Direito do  
Estado pelo JusPodivm

**Resumo:** Desde o início dos anos 90 do século XX, vêm ocorrendo mudanças na legislação processual civil brasileira, na tentativa de aprimorar a prestação jurisdicional, conferindo-lhe maior celeridade e efetividade. Entre essas mudanças, costuma-se apontar a promovida pela Lei nº 11.232/2005 como a mais importante. Não por acaso, pois ela foi responsável por trazer para os processos em que se busca uma condenação ao pagamento de quantia certa, contra devedor solvente, a configuração procedimental denominada sincrética. A partir de então, ficava para trás o entrave burocrático causado pela necessidade de se instaurar um processo de execução autônomo, para fazer valer a decisão judicial que reconhecia a obrigação de pagar quantia certa. Tudo agora se dá numa mesma base procedimental, passando a execução do julgado a ocorrer numa fase de cumprimento de sentença. O processo de execução ficaria relegado, doravante, aos títulos executivos extrajudiciais. No mesmo sentido, a Lei nº 11.382/2006 representou um avanço para o ordenamento processual civil pátrio, especialmente por criar mecanismos de estímulo ao cumprimento voluntário de obrigações pecuniárias estampadas em títulos executivos extrajudiciais. Dentre eles está a moratória legal prevista no art. 745-A do CPC, que permite ao devedor parcelar o débito, preenchidos os requisitos legais. O propósito, aqui, é verificar, à luz dos princípios constitucionais, do permissivo constante do art. 475-R do CPC e da diretiva axiológica que orienta se sacrifique o mínimo possível o devedor (art. 620 do mesmo diploma legal), se esse instituto é compatível com o cumprimento de sentença, que tem regramento próprio.

**Palavras-Chave:** Prestação Jurisdicional. Configuração procedimental sincrética. Processo de Execução. Cumprimento de Sentença. Título Executivo. Moratória Legal.

### **1. Introdução**

O objetivo primordial da função jurisdicional é promover a pacificação social. E essa missão só pode ser cumprida proveitosamente se o Judiciário, além de aplicar de forma esmerada a lei aos casos concretos, não se afastar das diretrizes constitucionais, a começar por aquela que impõe um tratamento digno a toda pessoa.

Além disso, é imprescindível conciliar efetividade e celeridade. Ou seja, além de entregar a cada um aquilo, e exatamente aquilo, que lhe é devido, é preciso que se faça no mais breve (porém suficiente) espaço de tempo.

Essa tarefa, contudo, nem sempre é exitosa, mesmo o Judiciário valendo-se de todas as ferramentas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico processual.

É aí que entra o importantíssimo papel das partes. Muitas vezes, sem a efetiva colaboração delas, notadamente a do devedor, não se consegue fazer valer a vontade da lei substantiva, abalando-se a credibilidade do poder estatal e frustrando as legítimas expectativas daquele que teve seu direito violado.

Daí a importância que tiveram as reformas processuais civis ao longo desses anos: ao mesmo tempo em que procuraram sintetizar ao máximo possível o arquétipo procedimental, visando, com isso, reduzir o tempo do processo e minimizar esforços, encarregaram-se de estimular o cumprimento voluntário das obrigações.

É nesse campo fértil, portanto, que surgem, dentre outras, as Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06. Aquela, dando nova roupagem à execução de sentença que condena devedor solvente ao pagamento de quantia certa. Esta, dentre outras virtudes, prevendo mecanismos que estimulam o devedor a cumprir, *sponte sua*, a obrigação pecuniária que lhe é imputada através de título executivo extrajudicial.

A dificuldade, no entanto, é saber até que ponto os dois sistemas (cumprimento de sentença e execução autônoma) podem dialogar, sem perderem suas identidades.

Assim, a questão nodal a ser enfrentada neste ensaio é saber se a moratória do art. 745-A do CPC, prevista, em tese, apenas para a execução de título executivo extrajudicial, compatibiliza-se com o cumprimento de sentença, que se aperfeiçoa não mais nos moldes de um processo autônomo, mas numa fase.

## 2. A nova configuração do sistema processual civil brasileiro a partir da adoção de um modelo procedimental sincrético

As últimas duas décadas brasileiras foram marcadas por sensíveis mudanças na configuração do processo civil brasileiro. Isso se deve não apenas à necessidade prática de adequação dos tradicionais institutos jurídico-processuais às vicissitudes sociais, mas especialmente ao dirigismo constitucional que tanto marcou o Texto Magno de 1988.

Por outras palavras, o constituinte de 1988 não se contentou apenas em arquitetar, num documento solene, “a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais”, extraíndo-se, daí, a noção de constituição material em sentido estrito (SILVA, 1998, p. 42, b). Foi ele mais audacioso, ao traçar “projetos” (programas) constitucionais que oxigenariam a sociedade brasileira (e suas instituições de um modo geral), a ponto de ser possível acreditar na promessa de um estado de bem-estar social (*welfare state*).

As conquistas obtidas a partir das balizas constitucionais de 1988 foram sentidas em diversos aspectos, dentre eles, e é o que realmente interessa nesse estudo, no campo processual.

Mais especificamente no âmbito do processo civil, os ganhos foram incomensuráveis, ainda que gradativos, conforme foram se implementando as reformas constitucionais e legais. Nesse particular, a emenda constitucional nº 45, que desenhou a chamada Reforma do Judiciário, inaugurou mais uma etapa do aperfeiçoamento das instituições estatais e reforçou o seletivo e generoso rol de direitos e garantias fundamentais.

Nesse diapasão, o constituinte reformador não poderia deixar de escapar a oportunidade de dirimir dois dos maiores problemas que, de longa data, são enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro: a *inefetividade* e a *morosidade*.

O primeiro passo para superar tais enfermidades foi reconhecê-las. Assim, constatando que, embora relevantíssima, a garantia (ou direito, dada a conotação híbrida de uma série de prescrições constitucionais) da *inafastabilidade jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CRFB) não foi suficiente, por si só, para propiciar a celeridade na tramitação dos processos, tanto em âmbito judicial quanto no âmbito administrativo (SILVA, 2007, p. 176), desincumbiu-se o constituinte da tarefa de *promover a nível constitucional* o postulado da celeridade processual, consagrado, nesse panorama, como *princípio da razoável duração do processo* (art. 5º, LXXXVIII, CRFB).

Pontua Alexandre de Moraes (2006, p. 94), com acerto, que o sobredito princípio não é uma novidade no cenário constitucional brasileiro, de modo que já estaria ele contemplado na cláusula pétrea do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CRFB) e no *princípio da eficiência* administrativa (art. 37, *caput*, CRFB).

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Freitas Câmara (2008a, p. 57) pondera que o princípio da razoável duração do processo já se encontrava positivado no ordenamento jurídico nacional, com a ratificação, em 1992, do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 1).

Percebe-se, portanto, que o comando constitucional de que ora se ocupa foi, e continuará sendo, uma tentativa primorosa de apagar as cicatrizes deixadas pela inefetividade e pela morosidade que tanto marcaram a prestação jurisdicional no Brasil.

Dessa concepção, aliás, exsurgiu a necessidade de cunhar mecanismos que dessem ao processo civil brasileiro uma maior dinâmica, superando as amarras burocráticas que só maculavam a imagem do Judiciário brasileiro.

Começa a ganhar força, então, a ideia de *sincretismo processual*.

Por sincretismo processual entenda-se a possibilidade de satisfação, dentro do mesmo processo, do comando judicial, dispensando-se, pois, a instauração de uma nova “base procedimental” (MOUTA, 2009, p. 112), com o conseqüente desdobramento de novos atos processuais característicos da fase de cognição, como citação, embargos do executado etc.

A proposta, a partir da institucionalização desse sistema de satisfação das obrigações constantes de títulos executivos judiciais, foi relegar o chamado *processo de execução* aos títulos executivos extrajudiciais.

A adoção de um modelo sincrético de processo nada mais representa, em boa medida, do que o atendimento ao que, a partir da EC nº 45, a Constituição Federal de 1988 chamaria de “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXXVIII).

Hoje, certamente, falar em instauração de um processo de execução *ex intervallo* (CÂMARA, 2008a, p. 430), para fazer valer uma determinação judicial, pode soar aberrante. Mas até pouco tempo não o era. Isso porque, antes de 1990, a regra era, tanto para a execução de título executivo extrajudicial, quanto para o judicial, a instauração de um processo autônomo para garantir a satisfação do direito. Embora, frise-se, já se noticiasse a existência de demandas com caráter sincrético, como a ação de despejo e as ações possessórias, sem falar na própria execução da decisão que antecipava os efeitos da tutela (art. 273, CPC).

Como resultado dessa configuração burocrática do processo civil brasileiro, que exigia a instauração de duas demandas sucessivas, para realizar, concretamente, aquilo que já havia sido certificado na decisão judicial, tinha-se uma verdadeira síndrome de inefetividade da tutela jurisdicional. Não porque deixava-se de dar ao credor (ou exequente) aquilo e exatamente aquilo que pleiteou com o ajuizamento da demanda (o que também não era raro, dada a intenção, na maioria dos casos deliberada, do devedor – executado – em frustrar a satisfação do crédito, e as dificuldades de se encontrar bens do executado passíveis de penhora e expropri-

ação), mas, sobretudo, em virtude do desgaste propiciado pelo tempo despendido até que a pretensão executiva fosse satisfeita.

Ninguém ousa discordar que tutela jurisdicional tardia é tutela inefetiva, ou, como chega a afirmar a doutrina (GRINOVER, 2007, p 93), “não é verdadeira justiça”.

Foi nesse cenário em que começaram a surgir, paulatinamente, as reformas processuais, tendentes a aperfeiçoar a prestação jurisdicional e a viabilizar, em sua máxima extensão, os direitos episodicamente fragilizados.

A bem da verdade, o chamado processo sincrético já existia, notabilizando-se, especialmente, para aqueles que as admitem, através das sentenças mandamentais e executivas *latu sensu*. Por elas, a atividade executiva é um braço da etapa cognitiva, de sorte que o comando decisório dispõe de força suficiente para entregar a prestação ao credor, com a colaboração direta do devedor (execução indireta, mediante coerção pecuniária - multa), ou independente dela (execução direta ou por sub-rogação).

Eis o verdadeiro sentido das chamadas *sentenças de força* (GRECO FILHO, 2009, p. 9).

É imperioso registrar que art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), já em 1990, tornou sincréticas todas as ações que tivessem por objeto obrigação de fazer ou não fazer, no âmbito da tutela coletiva. Em 1994 (com a Lei nº 8.952), o art. 461 do CPC sofreu os influxos do mencionado dispositivo, passando as tutelas individuais, referentes às obrigações de fazer e não fazer, também serem sincréticas. Mesmo ano, diga-se de passagem, do surgimento expresso da figura da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio (art. 273 CPC), sendo esta, como visto, satisfeita no bojo do mesmo arquétipo procedimental.

Em 1995, a Lei nº 9.079 acrescenta ao CPC a *ação monitória*, importante mecanismo de que pode se valer aquele que, pretendendo o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, não dispõe de prova escrita com eficácia de título executivo (art. 1.102.a, CPC).

Ainda em 1995, com o advento da Lei nº 9.099/95 (diploma que rege os Juizados Especiais Estaduais), sacramentou-se, no âmbito do microsistema, a dispensabilidade de *ação autônoma de execução* de título judicial, a qual continuaria valendo para os títulos executivos extrajudiciais.

Em 2002, através da Lei nº 10.444, o sincretismo processual alcança, em definitivo, as obrigações de *fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro* (art. 461-A, CPC) (CÂMARA, 2008a, p. 430). O mesmo ocorreria mais tarde (em 2005), com a edição da Lei nº 11.232 (conhecida como a lei do cumprimento de sentença), que transformaria o processo de execução de título executivo judicial para *pagamento de quantia certa* em fase de cumprimento de sentença, que tem no artigo 475-J, ao lado do art. 475-N, a sua *coluna vertebral* (COSTA MACHADO, 2008, p. 540).

As mencionadas reformas processuais não se contentaram em, apenas, sintetizar a nível procedimental o caminho percorrido em busca da satisfação do crédito. Tiveram elas a felicidade de criar mecanismos que estimulassem o devedor a, voluntariamente, cumprir a prestação perseguida.

Essa cartada, indiscutivelmente, não foi à toa, na medida em que, mais uma vez, só fez o legislador atender ao quanto prescrito pelo Texto Magno (mesmo antes da EC 45), ao dispor que a todos devem ser assegurados *os meios* que garantam a celeridade da tramitação processual.

Dentre tais meios tem-se as chamadas *sanções premiais*, ou *favor debitoris*, de que são exemplos: a isenção de custas e honorários para o devedor que cumprir o mandado monitório (art. 1102-C, § 1º, CPC); a previsão de redução em 50% dos honorários, para o devedor que

efetuar o pagamento do crédito exequendo nos 03 (três) dias que se seguem à sua citação (art. 652-A, par. único CPC); e a chamada *moratória legal* (art. 745-A CPC), instituída pela Lei nº 11.382/06, instituto, aliás, que será mais detidamente analisado no presente ensaio.

Muito mais do que compreender a exata noção acerca do instituto da moratória legal do art. 745-A, o presente estudo tem por meta primária verificar se há condições práticas para a sua aplicação na fase de cumprimento de sentença, já que, como se verá, ela foi, inicialmente, pensada para a execução de títulos executivos extrajudiciais.

Mas somente de longe a questão é pacífica, já que se vislumbram posicionamentos completamente destoantes no âmbito da doutrina e dos tribunais brasileiros, o que só foi reafirmado após a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante se verá (3.6 infra).

### 3. A moratória legal inaugurada pelo art. 745-A do Código de Processo Civil brasileiro

A Lei nº 11.382/2006 criou, no âmbito do processo de execução civil, a figura da *moratória legal* (art. 745-A CPC).

O escopo maior dessa previsão é, sem dúvida, propiciar maiores condições para que o crédito exequendo seja satisfeito, conciliando a pretensão do credor (exequente), que deseja ver vencida, no menor tempo possível, a resistência do devedor em adimplir sua obrigação estampada em um título executivo, em princípio, extrajudicial, com o *princípio do menor sacrifício ao executado* (art. 620, CPC).

Ou seja, ao admitir que o crédito reconhecido seja, conforme previsão legal (e adiante mais bem esclarecida), pago parceladamente, o legislador teve em mira, como o fez todas as vezes (algumas já apontadas supra) que previu mecanismos desse jaez para estimular o adimplemento, sanar três graves problemas de uma só vez: a frustração do credor, que, muitas vezes, não encontra lastro patrimonial do devedor para ver satisfeita sua pretensão creditícia; a inefetividade jurisdicional em entregar a tutela pretendida, especialmente em virtude da falta de aparelhamento e, quiçá, do despreparo dos seus agentes; e evitar os dispendiosos atos executivos (penhora, avaliação e expropriação), que, por vezes, muito oneram o devedor, deixando de oportunizar-lhe o cumprimento da obrigação de forma mais suave.

A propósito dessa última observação, está a cada dia mais superada a ideia segundo a qual o processo é um meio de *vingança*, cuja execução, recorda Vicente Greco Filho (2009, p. 08), chegou a ser feita na pessoa do devedor (*per manum injectionem*), que poderia ser vendido ou mesmo esquartejado (*partes secanto*). Quadro esse, aliás, que foi muito bem retratado pela célebre obra de Shakespeare: O Mercador de Veneza.

Mais do que punir o devedor, constringendo-o, o escopo da execução, seja de título executivo judicial ou extrajudicial, deve ser o de satisfazer o crédito (GRECO FILHO, 2009, p. 9). Mas, como ensina Rudolf Von Ihering (2003, p. 66), ao lado desse desejo de recuperar o crédito, está, normalmente, “um objetivo ideal: a afirmação de sua própria pessoa e do seu sentimento de justiça”.

De mais a mais, é preciso ter em mente que República Federativa do Brasil intitula-se um Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB), que tem como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa* (art. 1º, III, CRFB), valor, segundo Alexandre de Mares (2006, p. 16), que impede o menosprezo à “necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

Assim, qualquer limitação aos direitos fundamentais deve ser medida excepcional, e sempre orientada pela razoabilidade e pela proporcionalidade.

Vale consignar, por oportuno, que preferiu-se utilizar aqui a designação dignidade da pessoa, embora o texto constitucional refira-se apenas ao ser humano (SILVA, 2007, p. 38a), pois, como já consagrado pela lei (art. 52, Código Civil Brasileiro) e pelos Tribunais (enunciado 227 da súmula do STJ), alguns atributos personalíssimos são reconhecidos à pessoa jurídica (como o nome empresarial, a honra objetiva etc.).

Desta forma, conquanto não se esgotem nos direitos da personalidade<sup>1</sup>, os direitos fundamentais (gênero) os têm como espécie, de modo que a proteção (seja através da imunização do patrimônio mínimo, seja pela previsão de mecanismos que viabilizem a satisfação da obrigação da maneira menos onerosa) conferida ao devedor pessoa física também alcança, no que couber, a pessoa jurídica.

Não por outra razão o Ministro Luiz Fux (AgRg no Ag 963225 / RJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20/10/2008) fez questão de deixar claro que:

“(...) 2. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque o STJ tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o artigo 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor”.

Logicamente, o objetivo maior de toda atividade executiva, como decorrência, inclusive, do *princípio do resultado*, é buscar a integral satisfação do crédito e seus consectários, reconhecidos em título executivo, judicial ou extrajudicial. Nem sempre, contudo, isso é possível. E não se pode encarar tal conclusão como “o fim da picada”. Pelo menos sem maior reflexão. É que o direito moderno já não se compadece da filosofia patrimonialista que reinou durante muito tempo, segundo a qual as obrigações deveriam ser cumpridas a qualquer custo (*pacta sunt servanda*).

Prova disso são as diversas objeções estatais visando assegurar o mínimo de dignidade àquele que se obrigou (ou teve sua responsabilidade extracontratual reconhecida), mas não dispõe de meios suficientes para cumprir o pactuado (responsabilidade contratual) ou responder por eventuais danos causados em virtude de sua conduta dolosa ou culposa (responsabilidade extracontratual).

Nesse aspecto, o direito pátrio (com intensa colaboração dos tribunais) foi criando uma série de medidas imunizadoras do *núcleo patrimonial mínimo* daquele que se vê obrigado a satisfazer um crédito.

Só para exemplificar: as impenhorabilidades (absolutas) do art. 649 do CPC e da Lei nº 8.036/90 (contas vinculadas em nome dos trabalhadores – FGTS); o bem de família legal da Lei nº 8.009/90; sem falar nas diversas situações de intangibilidade patrimonial erigidas pelo STJ: a) o bem imóvel de *pessoa solteira, viúva ou separada* (enunciado 364 da sua súmula), ou aquele que, embora não seja habitado pela entidade familiar, seja *fonte de renda* para ela, como é o caso do imóvel alugado (Inf. 453 – REsp 1.005.546-SP, Rel. originário Min. Sidnei Beneti, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/10/2010), bem assim sobre apenas sobre *parte de imóvel*, quando possível a divisão cômoda (art. 681, par. único CPC), sem que fique

prejudicada a habitação adequada (Inf. 387 – REsp 968.907-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/3/2009). É preciso considerar, contudo, recente decisão da Corte, que afastou a alegação de impenhorabilidade de bem imóvel, uma vez demonstrada a má-fé do devedor, ao esvaziar seu patrimônio, no intuito de frustrar a execução (REsp 1.299.580, 3ª. T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 20/03/2012); *b*) bens móveis que *guarnecem a residência* do devedor, tais como “televisores, máquinas de lavar, micro-ondas, aparelhos de som e de ar-condicionado, computadores e impressoras” (Reclamação 4.374, Rel. Min. SIDNEI BENETI - SEGUNDA SEÇÃO; Inf. 319 - REsp 161.262-RS, DJ 5/2/2001. REsp 831.157-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 3/5/2007. REsp 875.687, 4. T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 19/08/2011); *c*) o fato de ter *indicado à penhora bem considerado de família* não impede a oposição dessa condição, não implicando renúncia, nem caracteriza má-fé, “... máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública...” (AgRg no REsp 813546 / DF, Rel. Do acórdão Ministro LUIZ FUX, julgamento 10/04/2007), assim como “a regra processual de prestação de caução real ou fidejussória (art. 804 do CPC) não implica em renúncia à proteção legal da impenhorabilidade do bem de família” (3ª Turma, REsp 660868 / SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, unânime, Data do Julgamento 28/06/2005, DJ de 01/08/2005); *d*) *dinheiro depositado em conta vinculada à sistema de financiamento habitacional* (Inf. 390 – REsp 707.623-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16/4/2009).

Ora, por essas e outras razões, são sempre bem-vindas as inovações legislativas que permitem ao devedor (executado) o cumprimento da obrigação de uma maneira menos drástica, onerosa.

Pode-se ir além nesse raciocínio: esses métodos de estímulo, de que é exemplo a moratória do art. 745-A do CPC (objeto desta investigação), acabam sendo os únicos caminhos para se viabilizar a satisfação do crédito. Assim, como a execução se pauta pelo *princípio da utilidade* (art. 659, § 2º CPC), nada mais razoável que evitar esforços desnecessários, consistentes no emprego das técnicas executivas tradicionais (penhora, expropriação etc.), e prestigiar o *princípio do resultado*, permitindo-se que a obrigação seja adimplida em consonância com as forças do devedor, mas de acordo com os limites legais (como se verá).

Afinal, como se diz na gíria do futebol, “às vezes é melhor com jeito do que na força”.

### 3.1. Conceito e natureza jurídica

É possível conceituar a benesse trazida pelo art. 745-A do CPC como uma medida de política legislativa cunhada para dirimir a crise de inefetividade da tutela jurisdicional, permitindo, dentro de certo lapso temporal, e atendidos certos requisitos, que o credor recupere seu crédito, sem que se faça necessário impingir ao devedor o pesado ônus da atividade executiva (perspectiva teleológica do instituto).

Vicente Greco Filho (2009, p. 136) concebe a moratória legal como uma espécie de *favor debitoris* (art. 620 CPC), já que, dentro dessa concepção, é permitido ao devedor cumprir a obrigação circunscrita no título executivo, de forma menos onerosa.

O mesmo autor pondera tratar-se a moratória legal de hipótese interessante, “porque pode ser meio de viabilizar o pagamento, com a satisfação do credor suavizando a situação do devedor” (2009, p. 137).

Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 464) esclarece que o referido artigo criou “uma espécie de moratória legal, como incidente da execução do título executivo extrajudicial por quantia certa, por meio do qual se pode obter o parcelamento da dívida”.

Realmente, ao permitir que o devedor, após prévio depósito de percentual do débito (30%), inclusive custas e honorários de advogado, requeira o parcelamento do restante em até 06 (seis) meses, acrescido de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês, criou o legislador uma espécie de moratória legal.

O pedido de parcelamento do débito, nos moldes acima, implica em reconhecimento do crédito, pelo devedor, impedindo-o, em princípio, de valer-se da defesa típica do processo de execução, é dizer, os embargos do devedor (art. 736 ss CPC).

Justamente por isso, ensina Barbosa Moreira (2009, p. 299) não se pode afirmar que a referida moratória constitua-se numa espécie de embargos, mesmo porque, afirma ele, “são reciprocamente excludentes”, apresentando como únicos pontos comuns o *prazo* (15 dias após a juntada aos autos do mandado de citação cumprido – art. 738, *caput* cc art. 745-A, *caput* CPC) e a *consequência*, “drástica”, do não pagamento de qualquer das parcelas, “a saber, o impedimento à oposição dos embargos pelo executado inadimplente (§ 2º, *fine*)”.

Fala-se, no caso em apreço, em *preclusão lógica* do direito de embargar, vez que o reconhecimento jurídico do pedido, pelo devedor, é incompatível com a resistência à pretensão creditícia.

Não se pode desconsiderar, outrossim, que o parcelamento aqui tratado é típico incidente da execução (THEODORO JR, 2007a, p. 464), o qual, julgado através de decisão interlocutória, deferido ou indeferido, desafia agravo de instrumento (ASSIS, 2010, p. 559), mesmo porque, elucida Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 467), “não haverá como sujeitá-lo ao mecanismo da retenção, à falta de uma posterior apelação em que possa ocorrer sua ratificação”.

Em síntese, tem-se no parcelamento do art. 745-A uma medida que: *a)* do ponto de vista *substancial*, consiste numa espécie de moratória legal; *b)* do ponto de vista *finalístico* (teleológico), consiste num “favor” ao devedor, permitindo-lhe pagar o débito em sintonia com suas forças financeiras (menor onerosidade); *c)* e sob o aspecto *instrumental*, caracteriza-se num incidente da execução.

### 3.2. Requisitos

Os requisitos para a obtenção do parcelamento de que trata o art. 745-A são alinhavados pelo próprio dispositivo:

I) Requerimento expresso do devedor (executado): a norma exige manifestação inequívoca do devedor ou do *responsável secundário* (ASSIS, 2010, p. 556) no sentido de parcelar a dívida que lhe é imputada. Também poderá requerê-lo, segundo lição de Araken de Assis (*loc. cit.*), o terceiro *interessado* (como o fiador) e o *não interessado*, que, nesse caso, “adere à dívida, respeitado o conteúdo da proposta, e poderá ser executado no caso de inadimplemento”. Não poderá a proposta, segundo Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 464), ser feita, de ofício, pelo juiz. Em qualquer caso, o pedido deve revestir-se da forma escrita, subscrita por advogado com poderes especiais (art. 38 CPC), posto haver o “reconhecimento da dívida, com pressuposição da aceitação da existência, validade e eficácia do título executivo” (NERY JR, 2010, p. 1138);

II) Comprovação do depósito de, no mínimo, 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado: impõe-se ao devedor, além do reco-

nhecimento do crédito do exequente, antes mesmo de formular a proposta de parcelamento, a comprovação deste percentual, como condição para a obtenção do favor. Portanto, o simples “protesto” pelo parcelamento não credencia o devedor a dele se beneficiar (ASSIS, 2010, p. 557). Não se cogita, igualmente, da obtenção de abatimento da metade da verba honorária, nos moldes do art. 652-A do CPC, tendo em vista que sua aplicabilidade encontra-se condicionada ao *integral pagamento* do crédito em até 03 (três) dias, a contar da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (THEOTÔNIO NEGRÃO, 2011, p. 893). Assim, essa *sanção premial*, embora configure, no dizer de Araken de Assis (2010, p. 557), mais uma “técnica de incentivo econômico”, é inaplicável ao parcelamento do art. 745-A do CPC, posto neste o depósito exigível ser de apenas 30% (trinta por cento). O fato de o devedor comprovar o depósito de montante superior ao referido percentual não lhe retira, de *per si*, o direito de parcelar o débito, sob o falacioso argumento de que, se pôde pagar mais do que o mínimo exigido, certamente poderá adimplir todo o débito (MARCATO, 2008, p. 2369);

III) Prazo de 15 (quinze) dias para pedir o parcelamento: o dispositivo legal exige que o pedido de parcelamento seja feito no prazo para oferecimento dos embargos, que é de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738 do CPC). Tem-se entendido que tal prazo é peremptório, não admitindo flexibilização, mormente por se tratar de um benefício, cuja fruição, conforme se verá, fica ao talante do devedor (JTJ 334/140: AI 7.293.184-1; cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, 2011, p. 893). Logo, assim como os negócios jurídicos benéficos (art. 114 do Código Civil), é preciso que, enquanto faculdade que é (assim entende-se majoritariamente), seja interpretada literal ou estritamente. Apesar da pertinência da advertência feita por Elpidio Donizetti (*apud* ASSIS, 2010, p. 554), no sentido de que, mesmo transcorrido o prazo legal para o pedido de parcelamento, seria admissível (por se tratar de prazo dilatatório) servir-se o devedor da moratória, quando houver conveniência para a execução, respeitando-se, e tendo em conta a anuência do credor, tal circunstância não se resolve pela aplicação deste dispositivo. Entenda-se: sendo certo que o CPC admite a celebração, pelas partes, de *negócios processuais* (art. 158, *caput*), produzindo-se, a partir deles, a imediata constituição, modificação ou extinção dos direitos instrumentais a que se referirem, a hipótese ventilada pelo ilustre processualista se resolve à luz do que dispõe o art. 792, *caput*, do CPC, que permite ao juiz “suspender a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação”. A vantagem deste dispositivo, em comparação ao art. 265, II do CPC (que também prevê uma paralisação convencional do feito, a fim de tentarem as partes chegar a um acordo), é que este só permite a suspensão por até 06 (seis) meses (art. 265, § 3º, CPC), enquanto aquele não fala em limite temporal, sendo este, apenas, o necessário para o cumprimento do acordo celebrado pelas partes (CÂMARA, 2008b, p. 394). De mais a mais, ao prever essa quantidade de meses para parcelar o restante do débito, o legislador somente procurou traçar limites mínimos, de sorte que nada impede que o devedor lance mão de um número inferior de parcelas, mesmo porque pode ser ele tão interessado quanto o credor na satisfação do crédito;

IV) Proposta de pagamento do restante do débito em, no máximo, 06 (seis) prestações mensais: veja-se que a lei não prevê um número mínimo de prestações, mas o devedor só poderá parcelar o débito em, até, 06 (seis) meses, com incidência de correção mone-

tária e juros de 1% (um por cento) ao mês (TJPR 16ª Câmb., Ag. nº 0414077-8, Rel. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, j. 08.05.2007; cf. MARCATO, 2008, p. 2371).

O que até aqui se viu foram as condições legais para que o favor seja deferido. Aliás, neste caso, o credor poderá, de imediato, levantar a quantia depositada, suspendendo-se os atos executivos. Caso contrário, indeferido, determinará o magistrado o prosseguimento dos atos executivos, ficando mantido o depósito (art. 745-A, § 1º, *in fine*, CPC).

A propósito, se já houve penhora, a mesma será mantida até que se aperfeiçoe o total adimplemento das parcelas. Se não, a mesma não poderá se verificar, tendo em vista a determinação de suspensão dos atos executivos (THEODORO JR., 2007, p. 465).

Do outro lado da moeda, há as consequências para aquele que obteve o parcelamento, mas deixou de adimplir alguma prestação (ou todas elas): *a*) vencimento antecipado, de pleno direito, das parcelas restantes (no caso de adimplemento parcial), as quais sofrerão acréscimo de 10% (dez por cento), à semelhança do que ocorre no cumprimento de sentença, para aquele que satisfaz apenas parcialmente o crédito (art. 475-J, § 4º, CPC); *b*) início dos atos executivos que ficaram suspensos (art. 745-A, § 1º, CPC); *c*) impossibilidade de manejo de embargos, na medida em que, como visto, operou-se a preclusão lógica.

Dessa última consequência (*c*), é possível concluir que o executado ficou de mãos atadas, não podendo mais agitar qualquer tipo de defesa ou insurgir-se contra eventuais ilegalidades que detectar?

Ora, qualquer pessoa que tenha sua esfera patrimonial ou moral atingida, ou na iminência de sê-lo, tem o direito (e também a garantia) constitucional de requer, judicialmente, a devida reparação ou compensação (quando já houve a violação do direito), ou, ainda, a inibição da conduta ultrajante (art. 5º, XXXV, CRFB). Esse comando que exsurge do texto constitucional encerra o princípio do *acesso à justiça ou da inafastabilidade jurisdicional*.

Portanto, seria incoerente se o sistema vedasse ao devedor, que não conseguiu honrar o parcelamento obtido nos moldes do art. 745-A do CPC, o direito de se insurgir dentro do processo. O que se veda ao devedor é a oposição de sua defesa típica, apta a tocar o mérito da causa. Por isso mesmo que lhe é assegurado, conforme leciona Araken de Assis (2010, p. 559), valer-se de objeção de não-executividade (medida processual utilizada para arguir matéria de ordem pública, a qualquer tempo e grau de jurisdição) e, se houver tempo hábil, das exceções processuais previstas no art. 746 do CPC (cf. THEODORO JR., 2007, p. 466; MARCATO, 2008, p. 2370).

### 3.3. Uma faculdade do devedor?

Outra questão que se coloca, no âmbito dessa modalidade de moratória legal, é se o devedor tem o *direito potestativo* de parcelar o débito. Dito de outra forma: apenas ao devedor compete eleger a opção do parcelamento previsto no art. 745-A do CPC, para fins de satisfazer o crédito exequendo, ou a questão ingressa na esfera de discricionariedade do magistrado?

Antes, contudo, calha determinar, em apertadíssima síntese, o que vem a ser direito potestativo.

Trata-se do poder ou faculdade (potestade) conferida à determinada pessoa de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, sem que a isso possa haver oposição de quem quer que seja. É o direito que, segundo Humberto Theodoro Junior (2007b, p. 227), para ser exercido, só depende da vontade do seu titular, de modo que sua violação é impraticável.

Tais direitos, quando sujeitos a prazo para exercício, podem decair, mas nunca prescrever. Reside aí, justamente, a distinção que se faz entre *direitos a uma prestação* e *direitos potestativos*. Aqueles dependem da cooperação de outrem (sujeito passivo) para serem satisfeitos. Estes (potestativos), como se viu, não. Os direitos a uma prestação podem ser fulminados pela prescrição e sua satisfação é implementada através de ação condenatória. Mas veja-se, com o mesmo Humberto Theodoro Junior (2007b, p. 230), que apenas a pretensão (direito de exigir de outrem uma ação ou omissão, conforme BGB alemão - § 194) é atingida pela prescrição, já que o direito permanece intacto, ficando sua satisfação, doravante, ao puro alvedrio do sujeito passivo (é a ideia de obrigação natural). Os direitos potestativos, por sua vez, se não exercidos dentro do prazo (quando este existir, eis que existe uma categoria destes que é marcada pela perpetuidade e, portanto, dependem do manejo de ação constitutiva), padecerão em virtude da decadência.

Não se perca de vista que, ao falar em direito potestativo, está-se a falar, igualmente, em *faculdade*, ou seja, um direito cujo exercício, ou não, depende, única e exclusivamente, da vontade do seu titular. Faculdade que pode ser *legal* ou *convencional*, e se não exercida no prazo (caso haja) enseja a decadência, que, na primeira hipótese, conforme dicção do Código Civil de 2002 (CC/02), deve ser reconhecida de ofício pelo juiz (art. 210), e no segundo, depende de manifestação da parte a quem aproveita, que pode fazê-lo em qualquer grau de jurisdição, não podendo o juiz suprir a alegação (art. 211).

Traçada essa sinopse acerca da distinção entre direitos potestativos e direitos a uma prestação, habilitados estamos a ponderar se o parcelamento do débito pelo devedor (executado) é ou não uma potestade.

Antonio Cláudio da Costa Machado (2008, p. 1096) preleciona que o deferimento da proposta de parcelamento não é automático, já que, havendo a necessidade de perquirir se o devedor preenche os requisitos legais, defere-se certa margem de discricionariedade ao magistrado.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho (2009, p. 137) assinala que não se pode tomar a presente moratória como um direito potestativo do devedor, sob pena de penalizar o credor que “já pode estar esperando por meses ou anos a satisfação de seu crédito reconhecido e incontestável”.

Tem-se, por outro lado, aqueles que, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2010, p. 1137), entendem que o favor legal do art. 745-A do CPC prevê um “direito subjetivo do executado de pagar parceladamente a dívida”, nada obstante deva preencher os requisitos legais. Direito, aliás, ao qual não poderá se opor o exequente.

Apesar da designação “direito subjetivo” do executado, utilizada pelos autores citados no parágrafo anterior, o próprio contexto em que ela foi utilizada, a partir de um diagnóstico segundo o qual a oposição do credor seria irrelevante, uma vez satisfeitos os requisitos pelo devedor, evidenciam que eles consideram tratar-se de um *direito potestativo*, conforme distinção aqui já realizada.

A mesma orientação é compartilhada por Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 464), que considera a moratória ora tratada como “uma faculdade que a lei cria pra o executado, a quem cabe decidir sobre a conveniência ou não de exercitá-la”.

Araken de Assis (2010, p. 553) salienta que a opção do devedor pela moratória, preenchidos os pressupostos legais, “subordina o órgão judiciário e o exequente”.

Embora se reconheça ao executado a faculdade de valer-se ou não da moratória legal, sem que a isso possa o juiz ou o exequente se opor (MARCATO, 2008, p. 2369), Fredie Didier Junior e outros, no editorial 145 (2012), alertam que “o juiz tem o dever-poder de indeferir o parcelamento e, o exequente, o direito de impugnar tal pedido, sempre que o executado não atender às exigências contidas”.

Realmente, ao utilizar o signo “poderá”, no caput do art. 745-A do CPC, o legislador, indiscutivelmente, estaria criando uma faculdade (um direito potestativo) para o devedor. Mas é justamente o desdobramento seguinte do dispositivo legal (§ 1º) que despertou os questionamentos acerca de ser ou não, a moratória legal, uma potestade do devedor.

É que o indigitado parágrafo primeiro prevê que “sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito”. Todavia, apenas um olhar mais detido, atento, permite notar que a possibilidade de deferimento ou não da proposta está condicionada, apenas, como já se explicitou, ao preenchimento dos requisitos (3.2 supra) pelo devedor.

Aliás, a utilização, pelo legislador, do termo *proposta*, é justamente ao que se apegam alguns autores para justificar que se trata de um direito subjetivo, cuja satisfação não prescinde da discricionariedade do juiz e da concordância do exequente.

A melhor interpretação, contudo, não é essa! Mas não se pode negar que o uso corrente da mencionada palavra aponta para o ato tendente a impulsionar a formação de um negócio jurídico (GONÇALVES, 2008, p. 50). No caso, um negócio processual, que, no dizer de Misael Montenegro Filho (2011, p. 498), consiste numa “novação de natureza processual”, já que, conforme explicitado alhures, um crédito que deveria, em tese, ser pago de uma só vez, sê-lo-á em prestações, caso tenha-se observado as demais exigências legais.

A cautela interpretativa, aqui, é muito mais do que recomendável, é impositiva!

Ora, não se pode cogitar que o devedor (executado), além de ter a possibilidade de ver sua “proposta” de parcelamento indeferida, mesmo tendo preenchido os requisitos legais, ainda se veja privado de utilizar sua principal defesa no bojo da execução: os embargos. Como se viu, essa é uma das consequências lógicas (decorrente da preclusão) do pedido de parcelamento.

Portanto, apesar da preclusão lógica (do direito de embargar) que se opera a partir do reconhecimento expresso do crédito, o mínimo que se pode fazer para evitar-se o esvaziamento do direito constitucional de ampla defesa do devedor (art. 5º, LV, CRFB), é interpretando o pedido de parcelamento como uma faculdade (potestade).

Logo, a se ter o pedido referido como um direito subjetivo, estar-se-á penalizando duplamente o devedor: por um lado condicionando o parcelamento do débito à aceitação do credor e à discricionariedade do magistrado (que nesse ponto, insista-se, deve se limitar a verificar o preenchimento dos requisitos); e por outro subtraindo-lhe, artificialmente, o direito de impugnar (embargar) a execução, talvez numa tentativa leviana de abreviar o procedimento executivo, já que os meios de impugnação e as vias recursais, a partir do reconhecimento do crédito, tendem ao afunilamento.

### 3.4. Anuência do credor?

As entrelinhas das questões até aqui esboçadas talvez tenham deixado no ar uma pergunta: o parcelamento do débito, nos termos do art. 745-A do CPC, exige anuência do credor?

O dispositivo legal sob análise só traz uma diretiva comissiva voltada para o credor (exequente): a possibilidade de o mesmo levantar os 30% (trinta por cento) do crédito reconhecido, depositados pelo devedor, ao pedir o parcelamento, caso seja o mesmo admitido (§ 1º).

Induvidosamente, não fala o texto legal em aceitação do credor como condição para que o crédito possa ser parcelado a pedido do devedor. E realmente não poderia haver tal condicionamento, sob pena de, conforme Pinto (*apud* ALVES, 2011, p. 2), promover-se um desequilíbrio

na relação entre credor e devedor, mormente porque, conquanto tenha aquele o direito de ver satisfeito seu crédito, no menor espaço de tempo possível, tem este o direito de fazê-lo da maneira menos onerosa para si (art. 620, CPC).

Veja-se que, embora não se vislumbre a necessidade de anuência do credor (TJ-RS 7ª Cam., Ag. nº 70020408167, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 10.08.2007; cf. MARCATO, 2008, p. 2370), a sua oitiva é obrigatória, como corolário do princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CRFB). Mas como não há qualquer prazo específico para tal manifestação, e não tendo o juiz fixado, cai-se na regra geral do art. 185 CPC, pela qual a parte terá 05 (cinco) dias para fazê-lo.

Segundo Alexandre Freitas Câmara (2008a, p. 49b), o referido princípio revela-se a partir de dois enfoques: o político e o jurídico. No primeiro, por ser o universo normativo indissociável do real, na medida em que, por exemplo, quanto mais se aproxima de um modelo estatal assentado em balizas democráticas, maior a importância que se dá a este princípio. No segundo enfoque, tem-se que o princípio em comento exige que não apenas se dê a outra parte o conhecimento acerca dos atos e fatos desencadeados no curso do processo, mas lhe seja oportunizada a manifestação efetiva sobre eles.

Nesse diapasão, o contraditório é mais do que uma diretiva principiológica carregada de densidade política, é a verdadeira essência daquilo que se entende por processo (CÂMARA, 2008a, p. 50).

Por isso mesmo, não se pode furtar ao credor o direito de ser ouvido acerca do pedido de parcelamento do seu crédito imputado ao devedor (THEOTÔNIO NEGRÃO, 2011, p. 893). Até porque ele pode trazer informações importantíssimas, que podem passar despercebidas pelo magistrado, como a intempestividade do pedido, ou mesmo a incompletude do depósito, levando-se em conta a totalidade do crédito reconhecido, entre outras questões relevantes que podem ser arguídas (ASSIS, 2010, p. 558).

A propósito, uma indagação parece ter lugar quando se fala em incompletude do depósito prévio ao pedido de parcelamento: há possibilidade de apresentação de impugnação (embargos) quanto ao que o devedor entende por indevido ou como excesso, fazendo o depósito de pelo menos 30% (trinta por cento) daquilo que entende pertinente? Ou seja, a regra se aplica caso não haja o reconhecimento da totalidade do crédito pretendido?

É o que se pretende investigar no próximo tópico.

### 3.5. Reconhecimento parcial do crédito e impugnação parcial

O regramento sob apreciação não aponta, em princípio, para a possibilidade de se reconhecer parte do crédito, pedindo seu parcelamento, mediante a comprovação do depósito prévio de pelo menos 30% (trinta por cento), e impugnar o excesso.

O texto legal (art. 745-A, caput, CPC) fala em “reconhecimento do crédito do exequente”. O que leva a pensar, numa leitura apressada, que tal significa o reconhecimento da obrigação em sua totalidade. Mas, em termos práticos, qual o prejuízo para o credor em ter o crédito reconhecido apenas em parte, considerando-se, inclusive, que já poderá levantar o montante depositado, limitando-se o devedor a, doravante, irresignar-se apenas quanto ao suposto excesso de execução (embargos parciais – art. 739-A, § 3º, CPC)?

O dispositivo legal em comento, assim como qualquer outro integrante do ordenamento jurídico, precisa ser lido e aplicado em comunhão com o “todo normativo”, a partir de uma interpretação sistêmico-finalística, que permite ao hermeneuta conjugar o

preceito abstrato com o caso concreto e os valores que os circundam e os promovem.

Portanto, qualquer tentativa de amesquinhar esse preceito integrador, que valoriza os aspectos imanentes e otimizadores do sistema, pode ruir as bases estruturais que têm legitimado as reformas processuais ao longo desses anos, imbuídas do espírito de maximizar resultados com o mínimo de dispêndios possíveis.

Esse ponto de vista é compartilhado por Araken de Assis (2010, p. 557), que, aliás, faz interessante observação no sentido de que nada garante que no interstício máximo de seis meses se assegurará a expropriação de bens penhorados do devedor (isso quando algum é encontrado) e a integral satisfação do crédito. O Autor esclarece (*loc. cit.*), ainda, que essa sistemática aplica-se aos casos de *cumulação de execuções* (art. 573 do CPC), na qual o reconhecimento (e pedido de parcelamento) do débito pode se aperfeiçoar quanto à dívida resultante de um ou alguns títulos, opondo-se o devedor às demais.

Entendimento diverso é encontrado nos anais do Judiciário, no sentido de que apenas o reconhecimento integral do crédito dá direito ao parcelamento (JTJ 334/140: AI 7.293.184-1; cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, 2011, p. 893).

Extraí-se dos argumentos supra expostos que, a engessar-se a aplicação do dispositivo que prevê a moratória legal, deixando-se prevalecer o jogo do “tudo ou nada”, é preferível, do ponto de vista finalístico, ter-se uma discussão limitada a uma parte do crédito imputado e beneficiar o credor com o levantamento do montante depositado, além de suavizar, em tese, o esforço dos atores envolvidos no processo.

#### **4. A aplicação da moratória legal do art. 745-A do CPC na fase de cumprimento de sentença: um proveitoso diálogo a serviço da máxima eficácia e utilidade da tutela jurisdicional**

Até aqui já foi possível, acredita-se, fazer um raio-x da espécie de moratória legal instituída pelo art. 745-A do CPC, apontando algumas polêmicas e soluções.

Procurou-se, também, fazer um relato abreviado das modificações que vêm sendo introduzidas na configuração original do processo civil brasileiro, todas com o nítido propósito de obter o máximo resultado, num mínimo espaço de tempo e com o menor esforço possível.

Pois bem. A generalização do modelo procedimental batizado de sincrético foi bastante comemorada pelos processualistas brasileiros e prestigiada pelos tribunais pátrios. Não por acaso, na medida em que o ritual do processo civil brasileiro ganhou contornos muito mais abreviados a partir desse modelo procedimental, de sorte que a estrutura processual, para entregar o bem da vida ao credor, hoje já não precisa ser cindida (e sensivelmente alongada), com a instauração de um processo (novo) de execução.

Com isso, o título executivo judicial que emerge do procedimento cognitivo (mais ou menos abreviado) passa a ser, por si só, suficiente para fazer valer seu comando (fazer, não fazer, entregar e pagar dinheiro). O que se dá, como visto, no bojo de uma mesma base procedimental (que é *igual* a uma *fase* de conhecimento mais uma *fase* de execução).

Nesse contexto, pois, não se fala mais em processo de execução, mas em fase de cumprimento de sentença (arts. 475-I a 475-R do CPC), na qual os atos executivos se desenrolam num mesmo curso causal, cuja razão de ser é a satisfação do quanto reconhecido no comando decisório.

O processo (autônomo) de execução, não se olvide, subsiste no sistema para os títulos executivos extrajudiciais, aqueles que, diferentemente dos judiciais, são formados sem a inter-

venção do Judiciário (não precisa ser uma decisão judicial – como a sentença arbitral, art. 475-N, IV CPC), mas que justificam, igualmente, a instauração de execução forçada, posto equiparados em eficácia pelo CPC de 1973 (CÂMARA, 2008b, p. 177).

Observe-se que essas considerações se fazem necessárias, a partir do momento em que se pretende, neste ensaio, verificar se há compatibilidade entre o instituto da moratória legal de que cuida o art. 745-A do CPC e a fase de cumprimento de sentença, mais especificamente quando se tem uma condenação de pagar quantia.

Aparentemente essa pode ser uma discussão vã, já que o mencionado instituto, literal e topologicamente, refere-se à execução de título extrajudicial.

Literalmente, porque o dispositivo fala em embargos e em exequente (figuras típicas do processo de execução). Topologicamente, porquanto está localizado fora do capítulo que trata do cumprimento de sentença (Livro I, Título VIII, Capítulo X do CPC), no qual se tem como meio típico de defesa o *incidente da impugnação* (art. 475-J CPC), e dentro do capítulo da *ação de embargos à execução* (Livro II, Título III, Capítulo III), meio ordinário de defesa na execução de título executivo extrajudicial.

Tais critérios, contudo, não são suficientes para enclausurar os procedimentos da fase do cumprimento de sentença e do processo de execução, impedindo que os mesmos dialoguem entre si.

Tal premissa decorre da *unidade do ordenamento jurídico* (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 288), cujas partes precisam manter-se em sincronia, para não se desfigurar a ideia de sistema, de organismo pulsante, que daí decorre.

Pensando nisso, o legislador se encarregou de dispor, assim como o fez no art. 598 do CPC<sup>2</sup>, que *as regras do processo de execução de título extrajudicial aplicam-se, subsidiariamente, ao cumprimento de sentença, no que couber* (art. 475-R do CPC).

A subsidiariedade estampada no texto recomenda, não há como negar, que apenas quando faltar (aparentemente), ou for insuficiente, um regramento específico para determinada situação, deve-se lançar mão dos mecanismos previstos para a outra arquitetura procedimental.

Em verdade, o CPC brasileiro não descuidou ao tratar do cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa. Pelo contrário, fê-lo ao longo do Capítulo X do seu Título VIII do Livro I, delimitando, por exemplo, que se o devedor não pagar aquilo que lhe é imputado pelo título executivo judicial, no prazo de 15 dias<sup>3</sup>, o débito será acrescido de 10% (dez por cento), nos termos do art. 475-J, *caput*; e se a inadimplência for apenas parcial, o acréscimo daquela percentagem recai apenas sobre o saldo (art. 475-J, § 4º).

Da mesma forma, trouxe a previsão do incidente de *impugnação* ao cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º), que é o meio de defesa típico daquele que é condenado a pagar quantia certa, podendo fazê-lo no prazo de 15 (quinze) dias após a juntada aos autos do mandado de intimação da penhora. As matérias que podem ser arguidas por meio desse instrumento defensivo encontram-se elencadas no art. 475-L do CPC.

Nota-se, portanto, em breve síntese, que a estrutura procedimental apta a fazer valer o comando decisório, que reconhece a obrigação (do devedor solvente) de pagar quantia certa, esta demarcada nos dispositivos indicados.

Mas será, então, que há espaço para aplicar-se a moratória legal de que ora se trata na fase de cumprimento de sentença?

O STJ, em recente julgado (REsp 1.264.272-RJ, 4T, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE de 22/06/2012), entendeu que sim! Do acórdão referido pode-se extrair dois vetores axiológicos (explícitos) que orientaram a conclusão (unânime): *a) o princípio da efetividade processual,*

que decorre não só da *comunicabilidade* dos arquétipos procedimentais do cumprimento de sentença e da execução de título executivo extrajudicial (art. 475-R, CPC), como do *caráter instrumental* do processo, evitando-se que o mesmo crie embaraços à concretização dos direitos materiais (RODRIGUES, 2008, p. 183); *b*) e o princípio da *menor onerosidade* para o devedor (art. 620, CPC). Por este, que pode ser encarado como um desdobramento do princípio da proporcionalidade (WAMBIER, 2010, p. 163), quando possível a satisfação da obrigação, estampada em título executivo judicial ou extrajudicial, por mais de uma maneira, deve-se oportunizar a escolha pela menos onerosa.

Veja-se que a decisão da Corte procura extrair da ferramenta processual de que ora se cuida, em consonância com a doutrina moderna, o *antídoto* para curar os males que decorrem de uma visão ortodoxa do direito processual e que, por isso mesmo, acaba advogando uma tese, a cada dia superada, de que a instrumentalidade do processo não passa, no dizer de Kazuo Watanabe (lembrado no voto do Ilustre Relator supra, p. 6), de uma *instrumentalidade meramente formal*, em contraposição ao chamado *instrumentalismo substancial*.

Essa visão lapidada do tratamento a ser dispensado aos mecanismos processuais está em perfeita sintonia com a *visão constitucional do processo*, que permite sofram eles a interferência direta, mas gerenciada pela Constituição Federal, dos influxos históricos, sociológicos e políticos (GRINOVER, 2007, p. 85). Isso se deve, sobretudo, ao reconhecimento de que o processo é mais do que simples “instrumento técnico”, é verdadeiro instrumento “ético” (GRINOVER, *loc. cit.*).

Nesse particular, o que seria da função jurisdicional se não pudesse conferir ao seu titular o bem da vida perseguido, em sua exata extensão? Será que a realidade do foro tem demonstrado que a “truculência” dos atos executórios são suficientes para garantir a satisfação do crédito exequendo, ou essa pretensão tem esbarrado na inexistência de patrimônio exequível, seja pelas manobras fraudulentas engendradas pelo devedor (quando encontrado!), seja pela crescente onda de valorização ou personificação do patrimônio mínimo (bem de família)?

A resposta a esses questionamentos é facilmente extraída das inúmeras tentativas (em geral bem sucedidas) dos Tribunais brasileiros (capitaneados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ) de promover *semanas de conciliação*, programa de *metas* etc<sup>4</sup>, tendo sempre em mira o resgate da credibilidade do Judiciário, maculada, em muitos casos, pela impotência de não conseguir entregar a prestação jurisdicional em sua plenitude.

Esse quadro, aliás, suscita uma indagação bastante pertinente, dentro da proposta deste ensaio: o prestígio ao “cumprimento voluntário” (não necessariamente integral e imediato) de uma obrigação fundada em título executivo judicial somente é reconhecido depois de atestada, da maneira mais drástica, a incapacidade do Judiciário em satisfazer, pelos meios ordinários (tipicidade das medidas executivas), o direito do credor? Será que uma ferramenta primorosa, como a moratória legal aqui tratada (ASSIS, 2010, p. 559), não poderia ser emprestada ao cumprimento de sentença, evitando-se o desgaste normalmente proporcionado pela execução forçada e, eventualmente, pelas medidas destinadas a impugná-la?

Há na doutrina vozes que se insurgem contra essa possibilidade. Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 464), por exemplo, ao lembrar que o instituto é uma “alternativa aos embargos do executado”, defende que não seria razoável beneficiar o devedor, condenado por sentença judicial, com novo prazo de espera, sendo que já teve a oportunidade, na fase cognitiva, de utilizar todas as possibilidades para discutir a imputação creditícia; o que implicaria, segundo ele, dilação indevida do feito, contrariando o próprio espírito da norma, que é abreviar, e não procrastinar a satisfação do direito do credor.

Com a devida vênia, quem garante que os atos executivos, que vão desde a (pré) penhora até a expropriação dos bens do devedor, conseguirão desdobrar-se num espaço de tempo inferior a 06 (seis) meses (prazo máximo do favor legal)? O que se tem visto, pelo contrário, são os processos judiciais ganharem contornos dramáticos, especialmente ao ingressarem na fase executiva.

Fredie Didier Junior (Editorial 145, 2012) também se insurge quanto à possibilidade aventada, sob a alegação de que tal proceder iria de encontro à coisa julgada formada em proveito do exequente, dado que não seria franqueado ao devedor reconhecer aquilo que já o foi pelo título executivo judicial, e a cujo respeito operou-se a preclusão. Além disso, sustenta, o cumprimento de sentença possui regramento próprio (art. 475-I a 475-R, CPC), de sorte que, inexistindo lacuna nele, não há que se falar em aplicação da moratória legal (art. 745-A, CPC). Por isso mesmo, justifica, a falta de pagamento integral do débito, no prazo de 15 (quinze) dias, implica, por expressa disposição legal, a incidência de multa sobre o restante (art. 475-J, § 4º, CPC). Posicionamento igualmente perfilhado por parte dos Tribunais brasileiros, como se nota dos seguintes excertos: RMDAU 20/152: TJRS, AI 70026252734, dec. mon.; JTJ 330/112 (AI 797.334-5/0-00), 349/48 (AI 990.09.297896-9) (cf. THEOTÔNIO NEGRÃO, 2011, p. 893). No mesmo sentido: TJRJ - 2007.002.21576 – AI - 1ª Ementa – 13ª T., Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho – Julgamento: 22/08/2007.

Com todo o respeito àqueles que se alinham a esse pensamento, a proposta de parcelamento da obrigação pecuniária, certificada através de uma decisão (título executivo) judicial, em nada compromete a higidez do conteúdo decisório. Pelo contrário, só o reforça, na medida em que, ao abster-se, por exemplo, da faculdade de *recorrer* e eventualmente desconstituir a prescrição normativa individual que exsurge do *decuisum*, o devedor, inclusive o que inicialmente tenha resistido à pretensão adversária, *potencializa e acelera a eficácia decisória*, a qual, em muitos casos, ficaria suspensa (efeito suspensivo).

Se feito o pedido de parcelamento pelo devedor, por outro lado, no prazo para pagamento (nos 15 dias a que se refere o *caput* do art. 475-J do CPC), posto ter deixado escoar o prazo para recurso, evita-se os dissabores de eventual *impugnação*, que também poderá ter efeito suspensivo (art. 475-M, *caput*, CPC).

Assim, diante das peculiaridades que cercam o processo sincrético, parece razoável admitir-se *dois momentos* para se pedir o parcelamento do débito: *i*) no prazo para recurso, que pode variar conforme o *rito* a que submetido o processo; *ii*) ou no prazo de 15 (quinze) dias de que dispõe o devedor para pagar, a fim de evitar o acréscimo de 10% (dez por cento) sobre a condenação.

Tal conclusão se deve ao fato de que, assim como os embargos à execução figuram como poderosa ferramenta à disposição do executado, para desconstituir a presunção favorável ao credor, que decorre do título executivo extrajudicial, o mesmo se pode dizer dos recursos (e por que não da *impugnação*?) de que dispõe o devedor condenado ao pagamento de quantia certa. Em ambos os casos, a opção tempestiva pelo parcelamento implica, como decorrência da preclusão lógica, no reconhecimento do débito e na abstenção da faculdade de insurgir-se contra o título executivo.

Além disso, frise-se, as consequências do descumprimento do parcelamento são semelhantes às do cumprimento parcial da obrigação de pagar quantia na fase de cumprimento de sentença: incidência da multa de 10% (dez por cento) sobre o saldo devedor e a deflagração dos atos executivos (art. 475-J, § 4º cc art. 745-A, § 2º, CPC).

Inegavelmente, a adoção da moratória legal (art. 745-A, CPC) na fase de cumprimento de

sentença só tende a abreviar a marcha processual, atenuando o desgaste das partes e do próprio aparelho do Judiciário e, ainda, amenizando a situação do devedor. Repita-se: sem qualquer prejuízo imediato para o credor.

Assim também pensam, dentre outros, Araken de Assis (2010, p. 554) e Janete Ricken Lopes de Barros (2009, p. 01). Nos Tribunais, além da decisão já mencionada do STJ, pode-se citar: TJRJ, 15ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2008.002.12021, Rel. Des. Celso Ferreira Filho, julgamento: 08/07/08; TJRJ, 2ª Câmara Cível, AI 2008.0002.31642, Rel. Des. Elizabete Filizzola, julgamento: 26/11/08.<sup>5</sup>

Portanto, longe de trazer prejuízos ao credor, a aplicação da moratória legal do art. 745-A do CPC na fase de cumprimento de sentença é medida salutar para a concretização dos direitos fundamentais, como o direito à razoável duração do processo e à prestação jurisdicional útil e eficaz.

## 5. Conclusão

O aperfeiçoamento do direito positivo deve, necessariamente, vir acompanhado do amadurecimento e da sensibilidade interpretativa do hermeneuta, sob pena de se frustrar as legítimas expectativas da sociedade, depositadas nas promessas constitucionais.

Essa é a conclusão inafastável a que se chega, a partir da breve investigação empreendida neste ensaio. Dito de outro modo: de nada adianta reformas e reformas legislativas, visando a aprimorar os institutos jurídico-processuais, se o intérprete continua apegado a dogmas que impedem o alcance dos resultados práticos almejados.

A admissibilidade do parcelamento previsto no art. 745-A do CPC na fase de cumprimento de sentença, como fez o STJ, é prova desse amadurecimento. Postura, aliás, que demonstra o desprezo gradativo ao tecnicismo ortodoxo, que não consegue enxergar além dos referenciais léxicos, e deixa de explorar todo o potencial que têm as diversas ferramentas processuais, para a concretização do direito material e a plena realização da justiça.

Logo, melhor do que deixar prevalecer a intransigência de uma execução forçada, muitas vezes inefetiva, é admitir a plena satisfação do direito do credor, sem recortar de forma tão aguda o patrimônio, e muitas vezes a dignidade, do devedor.

## Referências

---

ALVES, Gisele Borges. *Moratória Legal: benefício ao devedor e cumprimento de sentença*. Disponível em: <<http://www.danilomeneses.com.br/arquivos/artigos/Giselle%20Borges%20-%20Moratoria%20Legal.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2012.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Janete Ricken Lopes de. *Da possibilidade de aplicação do art. 745-A do CPC na Ação Monitória*. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp\\_artigo.asp?codigo=11194](http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?codigo=11194)>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil*. V. II. 15. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008b.

DIDIER JUNIOR, Fredie et. al. *Editorial 145*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-145/>>. Acesso em: 01 de junho de 2012.

FERRAZ Jr., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: processo de execução e procedimentos especiais*. V. 3. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. III: contratos e atos unilaterais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrine et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

MACHADO. Antonio Cláudio Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. rev., ampl. São Paulo: Manole, 2008.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil. V. 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Código de Processo Civil: exposição sistemática do procedimento*. 1931 -. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOUTA, José Henrique. *Novidades no Processo de Execução (Parte Geral)*. In: GÓES, Gisele et. al. *A nova execução por quantia certa, súmula vinculante, processo eletrônico e repercussão geral: uma análise da terceira etapa da reforma do CPC*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 109-150.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Mário Cavalcanti Gil. *Comentários ao caput do novo art. 475-J do Código de Processo Civil*. In: *Revista da AGU*. Ano VII, Número 17. Brasília: Escola da Advocacia Geral da União, jul/set, 2008, p. 179-205.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. V 2. 41. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Distinção Técnica Entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2007b, p. 225-250.

THEOTÔNIO NEGRÃO et. al. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Com a Colaboração de João Francisco Naves da Fonseca*. 43. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. V. 2: Execução*. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

### Notas

---

1. É oportuno lembrar o teor do enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.
2. Art. 598, CPC: Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.
3. Em razão da finalidade deste ensaio, procura-se evitar maiores delongas em torno da discussão acerca do termo inicial da contagem dos 15 (quinze) dias para a incidência da multa. Mas a título de informação, costuma-se apontar a existência de 03 (*três*) correntes: para a *primeira*, da qual é adepto, entre outros, Humberto Theodoro Junior, o prazo começa a ser contado a partir do instante em que a decisão torna-se *eficaz*, ou seja, (i) com o trânsito em julgado, (ii) quando sujeita a recurso sem efeito suspensivo (o que foi rechaçado pelo STJ - REsp 1.152.606, 4T, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, DJE de 02/06/2010), ou (iii) quando ocorre, na liquidação, a fixação do *quantum debeatur*; para a *segunda*, da qual é adepto, entre outros, Cassio Scarpinella Bueno, tem-se como termo *a quo* o momento em que o *advogado* do devedor é *intimado* (STJ, REsp 940.274, 3T, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJE de 31/05/2010); para a *terceira*, que conta com o apoio de Alexandre Freitas Câmara, o início da contagem do prazo se dá a partir da *intimação pessoal* do devedor (Cf. RODRIGUES, 2008, p. 196-197).
4. O mesmo dilema se extrai de orientações como a do ENUNCIADO 71 do FORÚM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE), que admite a “designação de audiência de conciliação em execução de título judicial”. Quem ousa discordar que tal orientação visa, em última análise, a propiciar condições para a celebração de acordo entre as partes, evitando-se os dispendiosos atos executivos?
5. Julgamentos extraídos do seguinte endereço eletrônico: <http://www.direitointegral.com/2008/12/titulo-judicial-parcelamento-745>.

## O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR MORTE NO INVENTÁRIO

### Antônio Gonçalves Magalhães

Escrevente de Cartório. Assessor de Juiz. Bacharel em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde de Cairu. Bacharel em Direito pela FABAC.

**Resumo:** A apuração do imposto sobre a tabela de alíquotas anexa ao Decreto nº 2.487/98 do Estado da Bahia, sofre grandes distorções no valor calculado inclusive, sendo alvo de impugnações dos valores menores que o devido, assim como, a ocorrência de erros que oneram o contribuinte que acabam pagando mais que o devido. Pode-se atribuir tantos equívocos à inobservância na legislação pertinente e vigente, que influenciam diretamente na apuração final. Despesas p.ex., são deduzidas indevidamente, enquanto passivos dedutíveis muitas vezes são ignorados. Tudo isso pode interferir no valor final do imposto.

**Palavras-chave:** Apuração de imposto, transmissão *causa mortis*, Ação de Inventário. Estado da Bahia.

**Summary:** The verification of the tax on the attached table of aliquot to Decree nº 2,487/98 of the State of the Bahia, suffers great distortions in the value also calculated, being white of impugnations of the lesser values that the had one, as well as, the occurrence of errors that burden the contributor that finishes paying more than the due. It can be attributed as many mistakes to the nonobservance in pertinent and effective the legislation, that influence directly in the final verification. Expenditures p.ex., are deduced, while passive improperly deductible many times are ignored. Everything this can intervene with the final value of the tax.

**Words-key:** Verification of tax, transmission mortis cause, Probate suit. State of the Bahia.

### 1. Introdução

Algumas dúvidas acerca da apuração do imposto de transmissão – ITCMD são tratadas neste artigo, tanto nos processos de Inventário, que é o foco desta pesquisa, quanto em outros, também citados aqui.

Serão abordadas algumas situações que quando não observadas incorrem em erros, provocando a impugnação do imposto apurado, ou, a aceitação pelo Órgão recolhedor por não lhe trazer qualquer prejuízo, não obstante o faça em relação ao contribuinte se apurado com valor maior que o devido, ou deixando de se considerar as hipóteses de isenção.

O enfoque dado ao trabalho é exatamente a apresentação da forma de apuração do referido tributo à luz da legislação vigente, direcionado ao processamento da Ação de Inventário, podendo ser utilizado subsidiariamente às demais ações onde se façam presente em seu

rito a apuração do ITCMD. A linguagem utilizada foi a mais clara e objetiva a fim de que ficassem evidenciados os motivos de recusa pela Procuradoria da Fazenda Pública Estadual, órgão responsável pela arrecadação deste imposto.

O tema se relaciona diretamente com os seguintes ramos do direito: Direito Civil (Direito de Família, Direito de Sucessão e Direitos Reais), Direito Administrativo, Direito Processual Civil e principalmente Direito Tributário, além dos demais ramos que contribuem subsidiariamente.

Integra o rito processual do Inventário a apuração e recolhimento do imposto *causa mortis*, – tributo de competência estadual, também recolhido na esfera municipal quando tratar de transmissão entre vivos como ocorre nas doações ou compra e venda de imóvel.

Este artigo terá como base a interpretação do regulamento específico do referido tributo no Estado da Bahia com a finalidade de facilitar o seu entendimento, aplicando-o para a elaboração do cálculo do valor do imposto a ser recolhido pelo contribuinte. Será demonstrado o levantamento da base de cálculo, as formas de isenção, o passivo dedutível, entre outros aspectos relevantes para sua feitura, inclusive sugerindo uma forma de elaboração do cálculo do aludido imposto.

Também serão demonstrados os motivos geradores de maior incidência de impugnação, bem como, o prejuízo do contribuinte no pagamento de importância além da devida, em razão das falhas cometidas na apuração do valor.

## 2. Noções gerais

No Brasil, o imposto de transmissão foi criado pelo Alvará régio de 17.06.1809 com o nome de “décima de herança e legados”. Com a proclamação da República coube a competência do imposto privativamente ao Estado. Sua competência foi delineada a partir da Constituição de 1891, ressaltando-se que em determinado período só abarcava determinados bens e em outros a sua totalidade. Com a Constituição de 1988 o imposto de transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, sofreu um desmembramento, inserindo o recolhimento sobre a transmissão *inter vivos* a título oneroso, no âmbito de competência do município e, o recolhimento sobre a transmissão *inter vivos* a título gracioso – a doação e, a transmissão *causa mortis* sob a competência estadual.

Também o seu campo de incidência foi modificado retornando à previsão do art. 19 e §§ 1º e 2º da CF de 1946, quando quaisquer bens corpóreos ou incorpóreos eram tributados pelo Estado, tanto nas doações quanto nas transmissões *causa mortis*. Assim, portanto, os valores mobiliários passam a compor a base de cálculo do referido tributo.

Contudo, se fazia necessário neste novo momento constitucional, conforme previu o seu artigo 146, inciso III, alínea “a” a necessidade da edição de uma lei complementar para a prévia definição do fato gerador, da base de cálculo, e do contribuinte.

### 2.1. Fato gerador

Ocorre com o óbito ou através da doação de quaisquer bens, ou ainda, com a transmissão onerosa de bens imóveis – compra e venda p.ex.. Com a morte, a transmissão da propriedade se dá automaticamente, seja por força de lei, seja por manifestação da última vontade do autor da herança. No tema em questão, ocorre o fato gerador, conforme prevê o art. 35 do CTN, na transmissão por morte, tantas vezes quantos sejam os herdeiros ou legatários, uma vez que

a herança será transmitida a cada um nos seus respectivos quinhões. Através do processo de Inventário, se dá a formalização dessa transmissão, e no curso deste, o levantamento, lançamento e recolhimento do referido imposto.

### 2.2. Base de cálculo

Já existe previsão no CTN em seu artigo 38, do uso do valor venal do imóvel - previsto no IPTU, como base de cálculo, ou mesmo, tratar-se de bem localizado em zona rural, o valor do ITR. Isso, quando se tratar de bens imóveis. Aqui, abro um parêntese para uma breve discussão ao que diz respeito à vinculação do valor venal do IPTU poder influenciar ou não à base de cálculo do ITCMD: grande é a divergência entre o fisco e contribuintes, pois aquele se diz prejudicado em razão do valor venal do IPTU encontrar-se sempre desatualizado quando da apuração do valor do ITCMD, alegando que o contribuinte acaba sempre pagando um valor inferior se comparado com o efetivo valor de mercado do imóvel. Doutrinadores renomados partem em correntes divergentes quando para alguns o valor venal deve acompanhar o valor atualizado do bem enquanto para outros o CTN respaldado pelo texto constitucional deve prevalecer. Com esta corrente se alia este pesquisador, pois além da previsão constitucional, há de ser respeitada a data de ocorrência do fato gerador, e do valor venal do bem à época da ocorrência, vinculando, portanto, a base de cálculo do ITCMD ao valor venal do IPTU da época. O que, efetivamente já não acontece, pois não deixa de haver correção no valor ao longo do tempo.

#### Jurisprudência

“O Imposto de transmissão *causa mortis*. Base de Cálculo. I – Embora a súmula 113 do STF estabeleça que o referido imposto seja calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação, a jurisprudência posterior daquela Corte assentou ser possível a fixação de tal momento na data da transmissão dos bens. Procedentes desta Corte e do STF. II – Recurso não conhecido” (STJ – 2ª. Turma – Resp 15.071/RJ – rel.min. José Jesus Filho – j. 05.09.1994 – v.u. – DJ 10.10.1994).

Para os demais bens transmitidos, em princípio, deve ser o valor de mercado, podendo ser menor, nunca maior, posto que desta forma, se estaria adquirindo outra riqueza, que não, o próprio bem transmitido.

A transmissão de qualquer bem ou direito havido como: títulos, direitos societários, debêntures, dividendos, e créditos de qualquer natureza; também dinheiro em moeda nacional ou estrangeira, saldo em conta corrente, conta poupança, quotas de participação em fundo de ações, outras aplicações financeiras; bens incorpóreos em geral, direitos autorais etc. São exemplos de bens que uma vez transferidos integram a base de cálculo para o imposto de transmissão. A base de cálculo é, ainda, o valor do bem expresso em moeda nacional ou, transformada na unidade fiscal vigente e atualizada à data do recolhimento.

### 2.3. Contribuinte

Tratando-se de herança, ou seja, bens transmitidos pelo *de cujus* aos seus herdeiros

legais ou legatários, serão estes os contribuintes do referido imposto. Entretanto, se a transferência tratar-se de uma doação, poderá ser contribuinte tanto o doador como o donatário. Na ausência de dispositivo constitucional a respeito, o legislador da entidade tributante, terá relativa liberdade para definir.

### 2.4. Alíquota

Ao Senado Federal coube a fixação máxima das alíquotas aplicadas. Salvo esta limitação, prevalece a liberdade dos Estados ou Distrito Federal para o estabelecimento de tais alíquotas (art.153, § 1º, inc. IV). Não fixando o Senado a limitação prevista na constituição, nada obsta que Estados ou DF o faça. (art. 155, §1º, IV, da CF).

### 3. Desenvolvimento

Segundo o art. 1.007 do CPC, sendo capazes as partes no processo de inventário, será dispensada a avaliação judicial quando, intimada a Fazenda Pública na forma do art. 237, I, a mesma concordar com os valores atribuídos aos bens do espólio nas primeiras declarações. Na hipótese de haver impugnação, sendo essa dirimida através dos meios legais suscitados à luz do ordenamento citado, apreende-se dos artigos. 1.011 e 1.012, que, aceitos os laudos ou resolvidas as impugnações suscitadas será lavrado termo de declarações finais, podendo nestas, serem realizadas emendas ou complementações às primeiras, e, decorrido o prazo para manifestação das partes sobre as mesmas será determinado pelo juiz a elaboração do cálculo do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, se houver.

Realizado o cálculo, será este disponibilizado às partes e à Fazenda Pública no prazo legal, a fim de que se manifestem pela aceitação ou impugnação dos valores levantados. Nesta última hipótese, julgando procedente, o juiz ordenará nova remessa dos autos ao Contador, para que realize as alterações pertinentes. (artigo 1.013, § 1º do CPC).

Acordes as partes e a Fazenda Pública acerca do valor do imposto, procederá ao juiz a homologação dos cálculos, que uma vez publicados, desta data correrá o prazo de trinta dias para pagamento do referido tributo, prazo esse que excedido sujeitará a Fazenda Pública a correção do valor calculado.

Dito isso, aqui, abre-se um parêntese para ressaltar que o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/01/1973), atribui competência ao Contador para a elaboração dos cálculos. Enfatiza-se neste momento, que este ordenamento processual é hierarquicamente superior a leis esparsas e decretos regulamentadores.

A despeito disso, o levantamento do valor do referido imposto tem sido calculado aleatoriamente, sem a exigência de habilitação profissional capaz de responder pelos prejuízos que possam sofrer as partes, haja vista que o Estado possui seus órgãos próprios e profissionais especializados para aferir a fidedignidade dos valores apresentados nas planilhas de cálculos levadas à Procuradoria da Fazenda do Estado, nos processos de Inventário, que o tema delimitado desta pesquisa, sem prejuízo dos demais processos onde o recolhimento deste imposto também é obrigatório como p.ex. nas Ações de Arrolamentos, Alvará e, Separações e Divórcios com partilha desigual e não onerosa, pois nestas últimas, as diferenças verificadas nas partilhas em função de um dos cônjuges são consideradas como doações, e portanto, fato gerador do ITCMD.

Feitas estas considerações, passa o autor desta pesquisa a direcionar o foco do trabalho ao entendimento à luz da legislação vigente, de como elaborar os cálculos do imposto de transmissão, tentando demonstrar de forma mais clara os passos que devem ser seguidos para se chegar ao valor real a ser recolhido pelo contribuinte.

A herança líquida dos herdeiros, *prima face*, é aquela deduzida dos direitos alheios encontrados em poder do inventariado na data do seu óbito – *de ducto aere alieno*. Em seguida, serão deduzidas da herança apurada todas as dívidas, anteriores ou posteriores à abertura da sucessão, uma vez que a responsabilidade dos herdeiros é limitada, ou seja, respondem até o limite dos seus quinhões.

Neste entendimento leciona Caio Mário quando assim se manifesta:

Respondem os herdeiros *pro numero virorum*, rateando-se o débito na proporção dos quinhões, ainda que a obrigação seja solidária, uma vez que desaparece este caráter com a morte do devedor, e que a solidariedade não se transmite aos sucessores deste (Caio Mário, 2006).

Assim, identificado o inventariado, imprescindível à planilha de cálculo a explicitação da data de ocorrência da morte, prevista na certidão de óbito do *de cujus*, pois, com base no art. 18, inciso I, do Decreto nº 2.487/89, existe a previsão do prazo de 30 dias a contar do óbito, para o ingresso do Inventário, prazo este, que se excedido, gerará incidência de multa de 10% sobre o valor calculado do imposto para os óbitos ocorridos até 03/03/1989 (final do ITBI) e, 5% a partir de então, quando o imposto passou a chamar ITD e posteriormente ITCMD.

O *Monte-mor* – levantamento de todos os bens considerados ativos, contabilmente falando, pode ser ordenado numa coluna em consonância com a exposição dos referidos bens nas declarações iniciais ou finais, quando houver, ou ainda, se for o caso, pelo laudo de avaliação judicial, atribuindo a cada bem, numa outra coluna os respectivos valores.

É importante – não essencial, a discriminação básica dos imóveis, com seus endereços, do tipo de bens móveis, de créditos, de investimentos e as respectivas instituições financeiras, haveres patrimoniais de empresas, bem como as páginas em que podem ser localizadas nos autos. Isso, evita repetições, pois, alguns bens têm seus valores atualizados ao longo do trâmite do processo, podendo ter sido valorizados ou mesmo desvalorizados – os valores atualizados é que irão compor a base de cálculo, ainda que seja pelo venal no caso dos imóveis.

Nesta listagem de bens imóveis abre-se a lacuna para uma discussão intrigante:

– O imóvel vendido pelo *de cujus* integra a base de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*?

Resposta: se atentarmos para a definição de seu fato gerador, verifica-se que este se concretiza com o óbito e, se o imóvel foi vendido pelo *de cujus*, significa que o mesmo ainda estava vivo. Logo, o fato gerador foi de transmissão *inter vivos*, portanto não integra esta planilha de cálculo em estudo;

– O imóvel vendido após o óbito e antes do inventário realizado integra a base de cálculo do *causa mortis*?

Resposta: também através da definição de fato gerador fica fácil entender que o referido bem vendido fazia parte do acervo inventariado, mesmo que não mais pertença de fato

ao monte, mas de direito ainda o compõe. Assim, para que haja a adjudicação deste bem em nome do comprador, a importância relativa ao imposto *causa mortis* deverá ser reservada. E mais, a tributação do mesmo imóvel no ato da transferência de titularidade em Cartório de Registro de Imóvel não ensejará uma bitributação, pois o fato gerador será distinto. Neste caso o fato gerador será a transmissão entre vivos onde de um lado estará o comprador e do outro estarão os herdeiros do referido bem. Dito isso, o valor do referido bem integra a planilha de cálculo em estudo.

Seguindo a coluna da discriminação dos bens, serão discriminadas as contas correntes, contas poupanças, créditos junto a terceiros, consórcios, FGTS não recebido pelo *de cujus*, indenizações não recebidas, fundos de investimentos, ações, haveres patrimoniais de empresas, veículos, alugueis, enfim, todos os bens cuja incidência está prevista na lei orgânica do Estado da Bahia, bem como o decreto que o regulamenta, que serão tratados posteriormente.

Passivo dedutível: também deve ser relacionada toda despesa vencida, débitos contrai-  
dos pelo falecido, quando houver, até a data do óbito, conforme prevê o art.16 do Decreto nº 2.487/89, para fins de dedução sob o montante tributável, a fim de levantar a base de cálculo do referido imposto.

### Art. 16

“Nas transações “CAUSA MORTIS” serão deduzidas do valor tributável as dívidas incidentes sobre os bens e direitos a cargo do falecido, cuja existência no dia da abertura da sucessão, possa ser plenamente comprovada” (art.16 do Decreto nº 2.487/89).

Esta, porém, não se levanta apenas deduzindo o ativo do passivo, ou seja, subtraindo o valor do acervo pelas dívidas deixadas pelo falecido, haja vista, estar mencionado tanto na Lei nº 4.826/89 quanto no seu Decreto regulamentador de nº. 2.487/89 que a base de cálculo do imposto de transmissão por morte é o valor do quinhão unitário de cada herdeiro, esclarecendo que cada herdeiro é contribuinte deste imposto, assim, o valor do levantado será multiplicado por tantos quanto forem o número de herdeiros.

É importante lembrar que para o valor tributável ser encontrado, deve ser retirado do acervo hereditário a parcela referente à meação, quando esta existir, pois corresponde a metade do patrimônio, por isso chamado de meação, pertencente ao cônjuge sobrevivente, ou companheiro (a) reconhecido (a), não sendo, portanto transferido aos herdeiros, salvo quando esta meação seja alvo de doação aos herdeiros ou legatários, o que terá aplicação de alíquota própria para transmissão entre vivos, não onerosa, prevista na legislação vigente como 2% do valor transferido a título de doação, e contabilizado ao final juntamente com o valor final do imposto por morte.

Deduzida a meação se for o caso encontra-se então a herança tributável, que, dividida pela quantidade de herdeiros, habilitados ou não, obtém-se o valor do quinhão hereditário, ou seja, o valor a que tem direito cada herdeiro. Sobre este valor então será aplicada a alíquota, que terá sua escolha feita com base na tabela anexa da legislação vigente, obedecida a limitação imposta pelo Senado que hoje é de 8%.

***Tabela a que se refere o art. 17, II, do Decreto nº 2487, de 16/06/1989, atualizada nos termos do art. 1º do Decreto nº 1342/92.***

| <b>Grau de Parentesco</b>                                | <b>De 3.085 a 61.700 UFIR</b> | <b>De 61.700 a 617.000 UFIR</b> | <b>Acima de 617.000 UFIR</b> |
|----------------------------------------------------------|-------------------------------|---------------------------------|------------------------------|
| Linha reta, cônjuge, entre irmãos                        | 4%                            | 6%                              | 10%                          |
| Entre tios e sobrinhos, entre avós e netos, entre irmãos | 8%                            | 10%                             | 15%                          |
| Além do 5º grau e não parentes                           | 15%                           | 20%                             | 25%                          |

Analizando-se a tabela supra, e, a legislação em vigor, observa-se que:

1. Os valores abaixo de 3.085 UFIRs são considerados isentos do ITCMD;
2. A base de cálculo é o quinhão hereditário e não o monte-mor;
3. Convém observar que a cadeia hereditária é importante para a escolha da alíquota atentando para a limitação acima mencionada – (8%).

Por fim, escolhida a alíquota e, aplicada sobre o valor do quinhão, obtém-se o valor do imposto por quinhão. Multiplicado pelo número de herdeiros teremos o valor do imposto calculado.

Integra também o valor do imposto, na hipótese de a abertura do inventário ocorrer após trinta dias da data do óbito conforme prevê o art. 13, I da Lei nº. 4.826/89, uma multa de 5% sobre o valor calculado do imposto se o óbito ocorreu a partir 04 de março de 1989. Sendo de 10 % se antes desta data como já mencionado anteriormente.

Integra ainda o somatório final, conforme já mencionado anteriormente, o valor levantado sobre as doações realizadas no curso do inventário, que tanto podem ser feitas do cônjuge sobrevivente aos seus herdeiros ou legatários quanto pelos próprios herdeiros entre si ou ao cônjuge sobrevivente.

Como dito, 2% será aplicado sobre o valor doado - renunciado em favor de alguém. A mera renúncia em função do monte não será alvo de tributação.

O somatório do valor levantado pela transmissão por morte com o valor do imposto sobre as doações e o valor da multa, estes últimos se houver, integraliza o valor total do imposto a ser recolhido para fins de atender a obrigação tributária em questão.

Resta atentar para os casos de isenção que devem ser pleiteados à Procuradoria da Fazenda Estadual, pois a esta compete a concessão do pleito de isenção, mediante as formas previstas na legislação.

Os casos de isenção estão previstos no artigo 4º do Decreto nº 2.487 de 16 de junho de 1989, e incisos, onde, inicialmente, isenta o único imóvel em que resida a família do inventariado, servidor público estadual, na ocasião do óbito.

Também deve ser pleiteada a isenção nas hipóteses em que o valor do quinhão for inferior ao mínimo tributável conforme previsão da legislação. Neste caso necessário se faz a divisão no valor da herança, ou seja, o monte deduzido da meação (se houver), pela quantidade de herdeiros. Sendo a solução desta equação inferior a 3065 UFIRs, cabe o pleito da isenção.

É importante verificar, que, conforme a legislação vigente os valores são expressos em Ufir's, portanto, todos os valores em reais devem ser indexados para a referida unidade de referência relativa à data do óbito e, sua consequente desindexação ao final da apuração, ou seja, a transformação do valor do imposto em Ufir's para R\$ (reais), atentando ainda, ao fato deste indexador ter sido congelado no ano de 2000, no valor de 1.0642.

Acerca da isenção, o disposto na Lei nº 4826 de 27/01/1989, regulamentada pelo Decreto nº 2487 de 16/06/1989, prevê em seu artigo 4º e incisos as possibilidades mais comuns de ocorrência, portanto, na apuração do valor do imposto, bastante atenção deve ser dada na observação deste instituto, haja vista, que diversos contribuintes beneficiados por este artigo acabam pagando indevidamente o imposto sem conhecimento do fato.

Vale então ressaltar, que com base no exposto acima, cônjuge e filhos de servidor público estadual, falecido, se tratando de única propriedade do espólio e, comprovada a inexistência de outro imóvel em nome dos mesmos, gozam de tal benefício.

Também se beneficia quando o único imóvel, residencial, do espólio, cujo valor seja inferior ou igual a 2.000 UPF/BA, além das propriedades de domínio útil de bem imóvel, direitos reais sobre imóveis, bens móveis, direitos, títulos e créditos de valor inferior ao inicial constante da tabela de alíquotas, anexa ao regulamento vigente anteriormente exposta.

#### 4. Considerações finais

Com base no exposto, acrescenta-se ainda, que o objeto da apuração do imposto não é apenas a determinação do seu valor. O cálculo constitui-se em um conjunto matemático necessário a apurar as despesas judiciais: custas de processo de Inventário, e dos impostos a serem deduzidos pelo *monte-mor*; os limites da legítima; o valor dos bens trazidos à colação, e a determinação da meação do cônjuge sobrevivente, que não faz base de cálculo do imposto, portanto, deve ser deduzida no momento da aplicação da alíquota. Assim, no processo de Inventário, uma vez apresentadas as declarações finais, o juiz determinará a elaboração dos cálculos do imposto. Inteligência do art. 1.012 do CPC.

Fator importante que não deve ser esquecido é que onde se lê na tabela de alíquotas, percentuais acima de 8%, estas devem ser desconsideradas, pois o Senado Federal, até posterior deliberação, delimitou a alíquota aplicável sobre o valor dos bens transmitidos ao máximo de 8%.

Atente-se também que a unidade indexadora deixou de ser a BTN como anteriormente utilizada, sendo a mesma substituída pela UFIR, também extinta, mas que permanece sendo utilizada para fins de desindexação dos referidos valores tendo com último valor o divulgado em janeiro de 2000, a saber: 1.0641.

Importante ainda ressaltar que na existência de renúncia de qualquer dos herdeiros, estaremos diante de novo fato gerador do aludido imposto, só que agora pela transmissão *inter vivos*, isso se a renúncia for direcionada a algum outro herdeiro, pois se acontecer em favor do *monte-mor* não estará ocorrendo nenhuma transmissão, logo nenhum novo fato gerador terá ocorrido.

Em caso de nova transmissão, poderá ser inclusa na mesma planilha o cálculo do imposto incidente sobre a doação realizada, cuja alíquota prevista na legislação é de 2% sobre o quinhão renunciado, ou melhor, dizendo, – quinhão doado. O valor resultante de tal operação será adicionado ao valor apurado para a transmissão *causa mortis*, e o resultado então será o valor devido para o devido pagamento.

**Impacto social** – A escolha deste tema se deu diante da constatação da carência de trabalhos científicos norteadores para a apuração do referido imposto, considerando a contribuição que poderá este exercer diante de profissionais operadores do direito, contadores, contribuintes, Procuradores da Fazenda Pública Estadual, ressaltando aqui a importância da elaboração do referido cálculo por profissionais habilitados, conforme prevê o Código de Processo Civil, a despeito do que prevê legislações hierarquicamente inferiores, a fim de que o processo de inventário não se delongue nesta fase de tramitação, por insuficiência de conhecimentos técnicos, provocando muitas vezes prejuízos aos contribuintes e até mesmo ao Erário Público.

**Sugestão de pesquisa** – Demanda mais aprofundamento as formas de isenção, as imunidades, penalidades, assim como, as formas de apuração do imposto quando tratar-se de Processos de Inventários com valores em moedas antigas, que deverão ser convertidas à moeda atual do país, bem como, aqueles que contenham várias sucessões, onde o valor total a ser recolhido deverá ser o somatório de cada sucessão, e nestes casos todas as peculiaridades pertinentes deverão ser observadas como p.ex. as meações, as renúncias, as isenções etc.

### Referências

---

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2006;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2006;

AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões: Teoria e Prática / Sebastião Amorim, Euclides Benedito de Oliveira. 13 ed. São Paulo. Ed. Universitário do Direito.2000;

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespeiro. Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2005;

MELO, Omar Augusto Leite. Identidade obrigatória entre as bases de cálculo do IPTU e do ITBI. Jus Navegandi, Teresina, " 9, n. 642,11 abr. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6580>>. Acesso em: 26 mai. 2006;

ROSA, Rodrigo da Rocha. Progressividade fiscal do IPTU face à edição da emenda constitucional nº. 29. Disponível em: <http://www.tributarista.org.br>. Acesso em 24 mar 2005; ATALIBA. Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6, ED. São Paulo: Malheiros, 2002;

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil;

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

## **ENTRE ASPAS**

Lei nº 4.826 de 27 de janeiro de 1989;

Decreto nº 2.487 de 16 de junho de 1998;

Decreto nº 1.342 de 13 de julho de 1992.

# **CONDIÇÕES DESUMANAS NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS: TRANSFERÊNCIA DO PRESO PARA REGIME MENOS GRAVOSO, APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES OU COLOCAÇÃO EM PRISÃO DOMICILIAR À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Marisa Marques dos Santos**

Digitadora do Juizado Especial Cível. Graduada em Direito pela  
UNESULBAHIA – Faculdades Integradas do Extremo Sul da Bahia.

**Resumo:** O presente artigo aborda uma perspectiva principiológica relacionada à concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas nos estabelecimentos penais, transferindo-os para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, no caso dos primeiros, e colocação em prisão domiciliar ou aplicação de medidas cautelares, no caso dos segundos, consubstanciado nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, objetivando a supra citada concessão de benefícios e a efetiva aplicação do princípio da humanização da pena e da intervenção penal mínima. Em que pese a Lei de Execuções Penais não vislumbrar tais concessões de benefícios, quando se tratar de presos condenados, e nem a Lei nº 12.403/11 não prevê a possibilidade de aplicação de medidas cautelares ou colocação em prisão domiciliar, quando se tratar de presos provisórios, quando tais presos estiverem em prisões em condições degradantes, pode-se o Poder Judiciário atuar através do Juiz efetivando o núcleo axiológico da Carta Maior, Dignidade da Pessoa Humana, por meio, por exemplo, de procedimento administrativo determinando a interdição total da carceragem com fim último de se cumprir o quanto previsto nos arts. 66, inciso VIII e 88 c/c com o art. 104 da Lei nº 7.210/84. Também analisamos brevemente a história da pena de prisão, suas teorias, os princípios fundamentais, regimes de cumprimento e progressão e regressão da pena de prisão e, ainda, a análise jurisprudencial favorável à concessão de benefícios acima mencionados.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Pena de Prisão. Humanização. Estado Democrático de Direito.

## **1. Introdução**

A Lei de Execução Penal não vislumbra a possibilidade da transferência de presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas para regime menos gravoso ou prisão domiciliar quando se tratar de presos condenados, bem como a Lei nº 12.403/11 não prevê medidas cautelares ou prisão domiciliar quando se tratar de presos provisórios em condições degradantes de aprisionamento, o que nos parece ser ultrajante ao Estado Democrático de

Direito, violando o núcleo axiológico da Constituição Federal, ou seja, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Deve-se entender como prisões em condições desumanas aquelas que não possuem as mínimas condições de alimentação, higiene, sanitárias, saúde, ou seja, violem as disposições constitucionais, Tratados e Convenções Internacionais e normas infraconstitucionais, bem como a previsão legal dos artigos 41 e 88 da Lei de Execuções Penais, pois “há contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena”<sup>1</sup>.

Por tais razões, rompendo ideias legalistas, o presente estudo visa demonstrar a possibilidade de concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas, ou seja, transferência para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, no caso dos presos condenados, e a colocação em prisão domiciliar ou aplicação de medidas cautelares, quando se tratar de presos provisórios, à luz dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito.

## 2. A pena de prisão

A pena de prisão é a mais utilizada nas legislações contemporâneas, não obstante o consenso da precariedade e ineficiência do sistema prisional.

Pode-se dividir a pena de prisão em prisão perpétua e prisão temporária, no caso da primeira há vedação constitucional (art. 5º, XLVII, *b*) em nosso ordenamento jurídico. A pena de prisão originou-se de outras penas, ou seja, enquanto aguardavam o cumprimento, por exemplo, da pena de morte, desterro, galés etc.

Afirma Julio Fabbrini Mirabete:

A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus (MIRABETE, 2010, p. 235).

Para o autor acima citado, a pena de prisão tem sido muito combatida, pois se trata de instrumento de “degradação, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral” (MIRABETE, 2010, p. 234).

No que se refere à execução das penas de prisão, são apontados pela doutrina três sistemas penitenciários: o sistema de Filadélfia (pensilvânico, belga ou celular), o de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

No sistema da Filadélfia impõe-se o isolamento absoluto, sem trabalho ou visitas, recomendando a leitura da Bíblia. As prisões de Walnut Street Jail e a Eastern Penitentiary foram as primeiras a adotarem este sistema. Existiram muitas críticas no sentido de tal sistema não cumprir o papel de readaptação social do apenado através do isolamento face o seu rigor, consoante Mirabete (2010, p. 236).

No sistema auburniano, prepondera o isolamento noturno, entretanto, criaram trabalhos para os presos, primeiramente em suas celas e, depois, em comum. A principal característica deste sistema é a imposição de silêncio absoluto entre os presos, mesmo quando em grupos, sendo conhecido como *silent system*. Tal sistema foi denominado auburniano, pois foi

construído na cidade de Auburn, New York, em 1818. Segundo Pimentel *apud* Mirabete (2010, p. 236), este sistema possui como ponto negativo a “regra desumana do silêncio”, originando-se “o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida”.

Por último, o sistema progressivo (inglês ou irlandês) originado na Inglaterra, século XIX, pelo capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie. Nesse sistema são considerados a conduta e o trabalho do preso por meio de seu comportamento e aproveitamento (*Mark sistem*), sendo estabelecidos três períodos no cumprimento da pena. O primeiro, denominado de período de prova, com isolamento celular absoluto; o segundo, a permissão para o trabalho em comum, em silêncio, podendo surgir outros benefícios; e o último, o livramento condicional.

A prisão, para Foucault (2009, p. 218), possui inconvenientes “e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

### 2.1. Breves linhas históricas

Nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira, “a prisão é velha como a memória do homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panacéia penal a que se recorre em todo o mundo” (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 437).

O aparecimento da prisão, segundo os autores supra, é algo que provém da criação de casas de correção que tinham como finalidade a custódia de um grande número de bêbados, prostitutas, desocupados, dentre outros excluídos, que cresciam no Continente Europeu no século XVI (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2008, p. 53). Notícia a História que a primeira instituição prisional foi a “House of correction”, na Inglaterra, em Bridewell, Londres, em 1552 (Guimarães *apud* Geder Luiz Rocha Gomes, 2008, p. 54).

Ainda para os autores acima citados, a pena privativa de liberdade se justificava em virtude das penas capitais e as corporais não serem mais utilizadas uma vez que não conseguiam refletir o senso de justiça que era aclamado pela sociedade da época, já que não eram capazes de garantir o controle do crime, além do aspecto religioso, que pretendia a redenção do criminoso. Havia, também, o aspecto econômico, pois a prisão surgiu em uma época de crise econômica no mundo ocidental no qual existiam desemprego e escassez de bens, consistindo a mão de obra dos presos em força-trabalho barata e a prisão um meio de controle social contrário aos movimentos reivindicatórios de direitos e políticas públicas (Guimarães *apud* Geder Luiz Rocha Gomes, 2008, p. 54).

A pena de prisão tem sua origem de forma remota, tanto que se considera mais antiga que a História da Humanidade. Sendo assim, segundo Cezar Roberto Bitencourt, deve-se separar cronologicamente para não cometer erros (BITENCOURT, 2008, p. 439).

Assim como Cesare Beccaria, Cezar Roberto Bitencourt aduz que a pena de prisão tanto na Antiguidade quanto nos fins do século XVIII, servia apenas para preservar fisicamente os delinquentes para serem julgados. Naquela época, tinham-se as penas de morte, mutilações e infamantes, ou seja, a prisão era considerada uma “antessala” de suplícios, onde se utilizava as torturas para se obter a verdade (BECCARIA, 2005, p. 104) (BITENCOURT, 2008, p. 440). Diz ainda Bitencourt que “durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução” (BITENCOURT, 2008, p. 441).

Ainda na Antiguidade, aduz Geder Luiz Rocha Gomes, que a pena possuía fundamentação divina, buscando, portanto, a satisfação da divindade, ou seja, a pena possuía um sentido diferente daquele da vingança privada, pois sendo o sacrifício era a forma de punir atribuída à divindade que estava acima de todos, operando a purgação dos pecados dos criminosos (GOMES, 2008, p. 34).

Impende frisar que, as mais antigas prisões de que se tem notícia histórica, segundo Américo Ribeiro Araújo citado por Romeu Falconi são as seguintes (ARAÚJO *apud* FALCONI, 1998, p. 54):

- a) O *Labirinto de Creta* refere-se ao período de Minóico e Médio, 2.000 e 1.600 a.C., tendo em vista a forma arquitetônica representada pelos palácios de *Cnossos*<sup>2</sup>, no qual possuía plantas labirínticas ao redor de um pátio central;
- b) As *Latomias* são as antigas construções de Siracusa (Scília) as quais se tornaram prisões durante o governo de Dionísio (405 a 368 a.C.);
- c) O *Ergastulum*, na Antiguidade Romana, onde eram depositados os escravos condenados ao trabalho forçado para o Estado;
- d) A *Marmetina*, segundo o acima citado autor, a mais antiga das prisões romanas, seguida pela *Tuliana* construída por Túlio Hostílio, terceiro rei de Roma. Todavia, para Bernaldo de Quiros *apud* Romeu Falconi, a mais antiga prisão romana foi a *Tuliana* e não a *Marmetina* tendo em seguida sido a *Claudina* edificada por Ápio Cláudio, ficando, no entanto, aquela, *Marmetina*, em terceiro lugar;
- e) A *Torre de Londres* construída durante a dominação normanda, consta que ficaram alojadas nesta prisão personagens da história Inglesa, como Ana Bolena, Catarina de Howard e Thomas Morus;
- f) A *Bastilha de Paris*, edificada em 1383 e destruída pelo povo em 14 de julho de 1789, sendo considerado o maior marco da humanização da Humanidade;
- g) Por fim, cita ainda o mencionado autor, *Oubliettes*, de origem francesa; o *Castelo de Chilon*, na Suíça; o *Castelo de Spielberg*, na Áustria; as *Setes Torres de Constantinopla* e a *Torre de São Julião*, em Lisboa.

Já na Idade Média, segundo Bitencourt, não se tem a pena privativa de liberdade. Porém, tem-se “um claro domínio do direito germânico. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico”. Por conseguinte, surgem as penas eclesiásticas e de Estado. Nestas só poderiam ser recolhidos “os inimigos do poder que tivessem cometido delitos de traição ou adversários políticos dos governantes” (BITENCOURT, 2008, p. 442).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt citando Hilde Kaufmann, a pena privativa de liberdade surge como desenvolvimento de uma sociedade orientada a obter a felicidade, oriunda do pensamento calvinista cristão (KAUFMANN *apud* BITENCOURT, 2008, p. 443).

Ademais, segundo Geder Luiz Rocha Gomes, esta ideia não alterou a noção da pena

como um meio de satisfazer a divindade, pois os suplícios, que permitiam a salvação da alma do delinquente, confundindo as ideias de crime com pecado e de pecador com criminoso, ainda eram impostos (GOMES, 2008, p. 36). A Igreja e o Estado, inclusive, se misturaram de tal forma que o cristianismo se ampliou entre os períodos dos séculos XIII e XV, permitindo a inquisição<sup>3</sup>.

Ainda segundo o referido autor, Santo Agostinho (354-430) citado por Geder Luiz Rocha Gomes traz a noção de que a pena é um meio para o arrependimento que precede o juízo final, bem como a proporcionalidade entre a pena e a infração (GOMES *apud* AGOSTINHO, 2008, p. 36). Já Geder Luiz Rocha Gomes citando Santo Tomaz de Aquino defendia o pensamento da representatividade da autoridade divina na Terra por meio da autoridade civil, o qual era o responsável pela imposição do castigo (GOMES *apud* AQUINO, 2008, p. 36). E, ainda, a pena teria um caráter intimidador, pois traria a ideia de que o temor imposto aos homens os tornariam imunes à ação danosa do crime. Assim sendo, Santo Tomaz de Aquino tinha uma visão retributiva da pena, tendo este e Santo Agostinho o foco de que a justiça divina era representada pela autoridade civil.

Na Idade Moderna, para Cezar Roberto Bitencourt, a pobreza se espalha em toda a Europa propiciando a marginalização daqueles que não tinham condições mínimas de subsistência, bem como um aumento da criminalidade nos fins do século XVII e início do século XVIII (BITENCOURT, 2008, p. 443).

Nos fins do século XVI inicia-se uma enorme transformação no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, ou seja, “criação e construção de prisões organizadas para correção dos apenados” (BITENCOURT, 2008, p. 444).

Ainda na Idade Moderna, para Geder Luiz Rocha Gomes, Thomas More (1478 – 1535) defendia a ideia de penas alternativas como prestação de serviço à comunidade para aqueles crimes considerados não violentos, bem como a benesse da liberdade no caso de bom comportamento e defendia, também, que o Estado criasse estímulos ao criminoso para que este tivesse interesse em cumprir a pena que lhe foi imposta (GOMES, 2008, p. 37).

Aduz ainda o autor acima citado que a partir da obra de Cesare Beccaria (1764), *Dos delitos e das penas*, com base nas ideias de Rousseau, surge uma nova concepção sobre o destino da pena (GOMES, 2008, p. 37).

Para Beccaria, filósofo italiano, citado por Geder Gomes, a pena de morte deveria ser abolida, pois a considerava ineficaz e cruel, e, ainda, aduzia que “o abrandamento das penas era atitude indispensável à sua noção de justiça” (GOMES *apud* BECCARIA, 2008, p. 39). Tendo, também, defendido um direito penal separado da tortura, livre de paixão, aplicado de forma proporcional no que se refere à punição e ao crime praticado, bem como firmado na responsabilidade subjetiva e individual. Nesse período, foram estabelecidos os princípios da legalidade, anterioridade da lei penal, proporcionalidade, pessoalidade, entre outros.

A partir da obra de Cesare Beccaria (1764), *Dos delitos e das penas*, surge uma nova concepção no que se refere ao destino da pena. Assim sendo, defendeu-se por um direito penal separado da tortura, livre da paixão, devendo ser analisado, proporcionalmente, sob o prisma da punição e o crime praticado, responsabilizando-o subjetivamente e individualmente, consoante o autor acima citado (BECCARIA, 2008, p. 39).

Ademais, foi na época contemporânea que surge a formação principiológica da legalidade, anterioridade da lei penal, proporcionalidade e pessoalidade, dentre outros.

Tendo, inclusive, após as ideias iluministas, aparecido um movimento denominado Escolas Penais que teve como primeira escola a Escola Clássica, liderada por Francesco Carrara (1805 – 1888), a qual pregava uma punição humanizada. E depois no final do século XIX o

movimento denominado Positivismo Criminológico, surgindo, assim, a Escola Positiva a qual aduzia ser o criminoso um “insensível moral e afetivo, atávico, semelhante aos selvagens primitivos” (GOMES, 2008, p. 40). Ressalte-se que para esta Escola todos os delinquentes, independentemente do sexo e da idade e, ainda, da capacidade mental, devem ser penalizados a fim de proteger a sociedade que se antepõe ao indivíduo, segundo o citado autor (GOMES, 2008, p.40).

Posteriormente a estas Escolas Clássica e Positiva, surge, por fim, a Escola Crítica ou também chamada de Escola Eclética que busca conciliar o que estabelece as Escolas anteriores e aprimorando tais estudos, segundo Bitencourt citado por Geder Luiz Rocha Gomes (GOMES *apud* BITENCOURT, 2008, p. 41). Tendo a ideia de crime um fenômeno social e individual, já em relação à pena, esta tem a finalidade de defender a sociedade, consubstanciado no seu caráter aflitivo e distinto da medida de segurança.

Após breve retrospectiva histórica da pena, faz-se necessário citarmos as teorias da pena que fundamentam e objetivam sua finalidade.

### 2.2. As teorias sobre a finalidade da pena

Nas palavras do doutrinador Fernando Capez, o conceito de pena deve ser entendido como uma sanção que possui caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em razão da execução de uma sentença ao condenado pela prática de uma infração penal, que tem fundamento na restrição ou privação de um bem jurídico devidamente tutelado, cuja “finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade” (CAPEZ, 2007, p. 358).

Hoje, há duas principais vertentes de orientação político-criminal que se propõe analisar os fundamentos e as finalidades da pena, são as chamadas teorias legitimadoras e teorias deslegitimadoras, (GOMES, 2008, p. 44).

As teorias deslegitimadoras da pena fundamentam-se nas correntes político-criminais através do abolicionismo penal liderado por Louk Hulsman, Nils Christie, Sebastian Scheerer e outros, os quais buscam defender a ideia da substituição pura e simples do direito penal por outros modelos de controle que solucionem os conflitos sociais de forma menos gravosa e traumática e mais econômica e eficiente, segundo o autor supra (GOMES, 2008, p. 44).

Já as teorias legitimadoras ou justificadoras, segundo o autor acima citado, são aquelas que buscam uma intervenção penal legítima e adequada. São, portanto, as teorias absolutas ou retributivas, as teorias prevencionistas ou relativas e as teorias mistas ou ecléticas, as quais defendem não ser possível rejeitar a aplicação do direito penal para a solução dos conflitos sociais (GOMES, 2008, p. 45).

A teoria absoluta ou da retribuição da pena, segundo Marcelo André de Azevedo, é entendida como uma retribuição justa pela prática de um delito. Entende-se que o delinquente deve receber um castigo como forma de retribuição pelo mal causado, realizando, assim, a justiça (AZEVEDO, 2010, p. 216 – 218). Para esta teoria, a pena não tem o fim socialmente útil, como a prevenção de delitos, mas apenas de castigar o criminoso.

As teorias relativas ou prevencionistas entendem que a pena tem a finalidade de prevenir delitos através da proteção do bem juridicamente tutelado, dividindo-se em prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva). A prevenção geral tem como finalidade intimidar a sociedade, buscando evitar o aparecimento de criminosos a qual se subdivide em prevenção geral negativa, que no entendimento de Feuerbach o Direito Penal

tem o condão de dar uma solução à criminalidade, tratando-se, portanto, em uma coação psicológica para evitar o crime e em prevenção geral positiva (integradora ou estabilizadora), esta está relacionada à afirmação positiva do Direito Penal. Esta versão eticizante (Wezel) alega que a lei penal ressalta alguns valores ético-sociais e a atitude de respeito à vigência da norma, fazendo, portanto, uma integração com a sociedade. Já na versão sistêmica (Jakobs), a pena teria um aspecto de reforçar a confiança da sociedade na legislação penal vigente. Percebe-se que esta versão sistêmica possui uma linha tênue com a teoria retribucionista de Hegel, conforme Marcelo André de Azevedo (AZEVEDO, 2010, p. 217).

No que se refere à prevenção especial, ainda o autor acima citado (2010, p. 217), esta se dirige ao criminoso com o fim último de ressocializá-lo e reeducá-lo. A pena tem por finalidade, neste sentido, de impedir que o agente infrator volte a delinquir, se subdividindo, também, em duas vertentes: prevenção especial positiva e negativa. Na prevenção especial positiva, a pena só é importante por ser um meio de ressocialização do condenado. Já na prevenção especial negativa, a carcerização será aplicada quando outros meios menos lesivos não forem eficazes para a ressocialização do apenado.

No tocante à teoria mista ou eclética, unificadora ou unitária, é, segundo Marcelo André Azevedo, a tentativa de conciliar as teorias absolutas com as teorias relativas (AZEVEDO, 2010, p. 218).

### 2.3. Princípios fundamentais

A pena de prisão no Brasil possui base principiológica na Carta Política e nas legislações infraconstitucionais, iniciando-se a partir do princípio da legalidade estrita ou da reserva legal insculpido no art. 5º, XXXIX da CF e art. 1º do CP: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Já o princípio da aplicação da lei mais favorável é a previsão legal da extra-atividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º), possibilitando, assim, a retroatividade (aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência) ou a ultra-atividade (aplicação da lei penal após a sua revogação), salvo a hipótese de não terem sido esgotadas as consequências jurídicas do fato.

Há, também, o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI, 1ª parte, e art. 59 do CP). Com base nos ensinamentos de Marcelo André Azevedo (2010, p. 219), há três momentos da individualização da pena: a) cominação legal (pena abstrata). Nesse momento, o legislador define a pena mínima e a máxima utilizando-se de critérios de necessidade e adequação; b) aplicação judicial (pena concreta). Já neste caso, o Estado-Juiz fixará a pena de acordo com as circunstâncias referentes ao fato, ao agente e à vítima; c) execução penal, a qual tem como fim efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal e oferecer condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (LEP, art. 1º)<sup>4</sup>.

O princípio da humanidade está consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, nenhuma pena poderá atentar contra a dignidade humana independentemente, por óbvio, quem seja o delinquente e que crime tenha cometido.

Sendo assim, a pena privativa de liberdade que contribuiu para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações, etc. em nada contribui com a sua finalidade de recuperação do delinquente. Não obstante, ter a legislação constitucional vedado penas de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimentos e cruéis.

Para Julio Fabbrini Mirabete, as “deficiências intrínsecas do encarceramento, como a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados” traduz a impossibilidade de ressocialização do homem (MIRABETE, 2010, p. 238).

Nos termos do art. 5º, XLV, CF: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, é a previsão do princípio da pessoalidade ou personalidade ou intranscendência da pena.

Já o princípio da suficiência da pena traduz a hipótese do magistrado estabelecer a espécie de pena e sua quantidade de acordo com a sua necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP).

Por último, não menos importante, o princípio da proporcionalidade da pena o qual para ser compreendido faz-se necessário subdividi-lo, conforme Marcelo André Azevedo: a) sub-princípio da necessidade: “a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma subsidiária”, ou seja, nos casos em que as demais penas não forem suficientes; b) sub-princípio da adequação: “a pena deve ser adequada (apta) para alcançar os fins (prevenção e retribuição)”; c) sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito: “os meios utilizados para a consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável” (AZEVEDO, 2010, p. 219). Assim sendo, deve haver uma proporcionalidade da pena com a gravidade do delito praticado.

### 2.4. A pena privativa de liberdade no Brasil

A pena privativa de liberdade é uma das espécies de sanção penal, assim como a medida de segurança. Para Marcelo André Azevedo, há penas corporais as quais “atingem a integridade corporal do criminoso, podendo ser supressivas (pena de morte) ou aflitivas (tortura, lapidação, açoites, mutilações)” (AZEVEDO, 2010, p. 220).

Não obstante, atualmente, conforme previsão do texto constitucional, art. 5º, XLVII, não haverá penas: a) de morte; salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Há, ainda, segundo o autor acima mencionado (2010, p. 220), penas restritivas de liberdade que “suprimem a liberdade temporariamente ou de forma perpétua. Penas privativas e restritivas de direitos nas quais há exclusão ou limitação de determinados direitos”. E, por último, penas pecuniárias que são “restrições ou absorções patrimoniais, como a multa e o confisco”.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, art. 32 prevê: “As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa”.

A Lei das Contravenções Penais (DL nº 3.688/1941) tem como penas principais: I – prisão simples; II – multa (art. 5º).

O Código Penal em seu art. 33 *caput* dispõe as duas espécies de penas privativas de liberdade, como sendo a de reclusão e de detenção. Impende frisar que, segundo Marcelo André Azevedo, “não há diferença ontológica entre reclusão e detenção, de sorte que a doutrina crítica a postura legislativa de diferenciar as penas privativas de liberdade”<sup>55</sup> (AZEVEDO, 2010, p. 221).

### 2.4.1. Regimes de cumprimento da pena

O juiz fixará, de acordo com o critério trifásico previsto no art. 68 do CP, a pena-base, nos moldes do art. 59 deste mesmo diploma legal, bem como considerará as circunstâncias atenuantes e agravantes (arts. 61 a 67 do CP) e por fim, as causas de diminuição e de aumento, previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal e nas legislações especiais.

Neste sentido, vale destacar o art. 59 do Código Penal, por sua indispensabilidade para que possa ser encontrada a pena-base, e, por conseguinte, os demais cálculos relativos às duas fases seguintes:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I) – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II) – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III) – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV) – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Verifica-se, pois, que o juiz deverá ao aplicar a pena ao condenado, determinar o regime inicial a ser cumprido, fechado, semiaberto ou aberto, conforme inciso III do art. 59 do CP.

O art. 33, §1º do Código Penal dispõe três espécies de regimes: a) regime fechado (§1º, alínea a): “a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média”; b) regime semiaberto (§1º, alínea b): “a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”; c) regime aberto (§1º alínea c): “a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado”.

No entanto, deve-se distinguir os estabelecimentos penais, no que se refere a cada espécie de regime, que a Lei de Execução Penal dispõe que a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87, LEP<sup>6</sup>). Já a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91, LEP<sup>7</sup>). Quanto à Casa do Albergado, destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana (art. 93, LEP<sup>8</sup>).

Por outro lado, a própria legislação prevê a possibilidade de prisão domiciliar. Esta, segundo Fernando Capez, é “relativa ao cumprimento de pena imposta por decisão transitada em julgado. (...) hipóteses em que o condenado em regime aberto pode recolher-se em sua própria residência, em vez da Casa do Albergado” (CAPEZ, 2007, p. 382). Ademais, a Lei de Execução Penal prevê tal hipótese em seu art. 117 referindo-se ao preso condenado. No entanto, a Lei 12.403/11 deu nova redação aos arts. 317 e 318 e parágrafo único do Código de Processo Penal, dispondo quando será cabível a prisão domiciliar para presos provisórios, senão vejamos:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do **indiciado** ou **acusado** em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (grifo nosso)

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

## ENTRE ASPAS

I – **maior de 80 (oitenta) anos**; (grifo nosso)

II – **extremamente** debilitado por motivo de doença grave; (grifo nosso)

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Sendo assim, verifica-se a flagrante violação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, bem como do princípio da presunção de inocência, pois a acima mencionada lei possui tratamento prejudicial ao preso provisório, sendo mais severa em relação à Lei de Execução Penal quando do cabimento da prisão domiciliar para presos condenados.

### 2.4.2. Progressão e regressão de regimes

O §2º do art. 33 do Código Penal prevê que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. Para Rogério Greco (2008, p. 511), “a progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo)”. O art. 112 da LEP<sup>9</sup>, critério objetivo, dispõe que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior.

Será concedido o benefício da progressão de regime para crimes comuns, após iniciado o cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença, desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar tal progressão. E para crimes hediondos não cabia a progressão, ao passo que deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, nos termos do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, em sua redação original.

Contudo, com o advento da Lei nº 11.464/07, o STJ editou a Súmula 471:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

Desta forma, nos crimes hediondos praticados antes da Lei n. 11.464/07 a progressão ocorrerá com o cumprimento de um sexto da pena aplicada, ao passo que se o crime for praticado após a Lei n. 11.464/07, o condenado terá direito à progressão com dois quintos, se primário, ou três quintos se for reincidente.

Neste mesmo sentido, deve-se observar para efeitos de progressão de regime a Súmula Vinculante 26 do STF e a Súmula 439 do STJ:

Súmula Vinculante 26 do STF – “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da

execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Súmula 439 do STJ – “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

O critério subjetivo é a última parte do citado artigo, ou seja, bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento.

A lei não exige o exame criminológico, contudo pode o magistrado, querendo, determinar a sua realização, desde que devidamente fundamentados os motivos, é o entendimento do STJ em sua Súmula 439.

No que tange a regressão, esta tem sua previsão legal no art. 118 da Lei de Execução Penal, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, e, II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111). Além disso, o condenado será transferido do regime aberto se frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

### **3. Condições desumanas nos estabelecimentos penais: transferência do preso para regime menos gravoso, aplicação de medidas cautelares ou colocação em prisão domiciliar**

As condições desumanas em que se encontram os encarcerados traduzem a realidade de um sistema prisional caótico, humilhante, odioso, desonrante, inadequado, ilegítimo, ilegal e, quiçá, imoral. Sim, imoral, pois, quando num Estado Democrático de Direito se vislumbra prisão em contêiner<sup>10</sup>, como no julgado HC nº 142.513 – ES fere de morte a dignidade da pessoa humana e por que não, a moral. E esta entendida como alma, espírito, conforme José Ferrater Mora gera dano irreparável (MORA, 1978, p. 284).

Pois, segundo Ronald Dworkin citado por Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas, de tal sorte que é no valor intrínseco (na santidade e inviolabilidade) da vida humana (de todo e qualquer ser humano) que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada. (DWORKIN *apud* SARLET, 2011, p. 571)

De acordo com as palavras de Ronald Dworkin, percebe-se que independentemente de ter o agente infrator uma conduta reprovável, não se pode admitir que este seja tratado de forma desumana ou ainda como “coisa” quando aprisionado em um contêiner por exemplo. Além do mais, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma forma de limitar o poder público e, ainda, é dever deste assegurá-la.

Consoante o doutrinador Eugenio Raul Zaffaroni, “o inimigo do direito penal” trata-se de um poder “mascarado” que ao coisificar o agente infrator o transforma em um “inimigo perigoso”, separando-o ou eliminando-o, desconsiderando-o como pessoa, como ser humano o que nos parece ser uma desproporcionalidade, senão vejamos (ZAFFARONI, 2007, p. 18 e 19):

En rigor, casi todo el derecho pena del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son *peligrosos* y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los *cosificó* sin decirlo, y con ello los dejó de considerar *personas, lo que oculto con racionalizaciones, (...)*.” “Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la *máscara* cree encontrar a su enemigo, le arrebatla la *máscara* y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos).

Para Maria Lúcia Karam, a pena privativa de liberdade se revela como: danosa, enganosa, violenta, dolorosa e inútil sofrimento e em suas palavras nos ensina (KARAM, 2009, p. 15 – 16):

Para romper com essa monstruosa opção, para afastar a hipocrisia e a insensibilidade, é preciso, em primeiro lugar, tentar compreender o significado da privação da liberdade. **É preciso conduzir nosso olhar, nossa imaginação, nossos sentimentos, para dentro dos muros das prisões, esforçando-nos por imaginar a infinita dor das pessoas que sofrem a pena, esforçando-nos para deixar de lado a indiferença, os preconceitos, as abstratas ideias que privilegiam a “ordem”, a “segurança”, a “defesa da sociedade”,** ideias que, esquecendo-se da igualdade originária entre todos os indivíduos, dividem-nos entre “cidadãos de bem” e “criminosos”, **nefastas ideias que fazem acreditar na ilusão cruel de que, para se ter tranquilidade e segurança, seria necessário colocar mais e mais pessoas atrás de grades e muros.** (grifos nosso)

Outrossim, percebe-se que as prisões se revelam demasiadamente desnecessárias e ineficazes para a ressocialização do apenado. Não se pode vislumbrar outra concepção das prisões desumanas e repugnantes em que se encontram vários presos de nosso sistema prisional, senão uma desonrosa violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O saudoso Ministro Evandro Lins e Silva citado por Maria Lúcia Karam, apontou a insensibilidade do poder punitivo concretizado na pena privativa de liberdade, senão vejamos (LINS E SILVA *apud* KARAM, 2009, p. 14):

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego.

Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os.

Para Maria Lúcia Karam citando Louk Hulsman:

Gostaríamos que quem causou um dano ou um prejuízo sentisse remorsos, pesar, compaixão por aquele a quem fez mal. Mas, como esperar que tais sentimentos possam nascer no coração de um homem esmagado por um castigo desmedido, que não compreende, que não aceita e não pode assimilar? Como este homem incompreendido, desprezado, massacrado, poderá refletir sobre as consequências de seu ato na vida da pessoa que atingiu? [...] Para o encarcerado, o sofrimento da prisão é o preço a ser pago por um ato que uma justiça fria colocou numa balança desumana. E, quando sair da prisão, terá pago um preço tão alto que, mais do que se sentir quites, muitas vezes acabará por abrigar novos sentimentos de ódio e agressividade. [...] O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a ‘ordem social’ na qual pretende reintroduzi-lo (HULSMAN *apud* KARAM, 2009, p. 23 – 24).

Impende frisar que, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto<sup>11</sup>:

O fato de o paciente estar condenado por **delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar**, pois a dignidade da pessoa humana, (...), sempre será preponderante, dada a condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). (grifo nosso)

Assim, a concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas, transferindo-os para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, no caso dos presos condenados, e prisão domiciliar ou aplicação de medidas cautelares, no caso dos presos provisórios, mesmo aqueles de elevada periculosidade, à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana traduz a condição fundamental deste princípio, transcendendo de tal forma a “condição de único ser do mundo capaz de amar” (COMPARATO, 2011, p. 03).

Conforme Maria Lúcia Karam, “Esforçar-nos para imaginar a infinita dor das pessoas que sofrem a pena de prisão”, é atividade impossível de se realizar, pois se trata de algo de difícil alcance para as pessoas que se encontram longe das verdades que estão dentro do cárcere desumano, danoso, violento, doloroso e inútil (KARAM, 2009, p. 15 -16).

### 3.1. Intervenção penal mínima do Estado e a humanização da pena

Em que pese a garantia processual individual se insira no contexto do garantismo, não quer dizer que o seu conceito possa ser sintetizado a um conjunto de garantias em favor do réu no processo penal. Consubstanciado a este garantismo há as limitações do Direito Penal e do

Processo Penal que, por outro lado, não significa dizer que a intervenção penal não esteja sendo considerada no ambiente garantista.

Desta feita, a Constituição Federal, essencialmente garantista, determina a proteção penal dos direitos fundamentais, não havendo, portanto, nenhuma incompatibilidade entre intervenção penal e garantismo, quando houver justificação da condenação criminal em observância do devido processo penal constitucional e do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Assim sendo, o princípio da intervenção penal mínima, ou *ultima ratio*, é, segundo Rogério Greco, “o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal”, (...) bem como “a fazer com que ocorra a chamada descriminalização” (GRECO, 2008, p. 49).

Deve-se, portanto, observar que ao encarcerar pessoas em condições desumanas violenta, também, o princípio constitucional da mínima intervenção penal, pois se deve atentar quanto à adequada sanção para sua reintegração social, deve-se, de igual modo, ser observado quando os presos, condenados ou provisórios, estiverem em prisões com condições tão odiosas, que se revelam, por sua vez, uma sanção cruel e desumana, no que tange à necessária proteção dos bens juridicamente tutelados, tendo em vista que estes não são devidamente respeitados quando aqueles se encontram em prisões com condições mínimas ou nenhuma de higiene, alimentação e sanitária.

Neste caso, caberá ao Poder Judiciário, órgão capaz de aplicar as normas jurídicas, com a devida ponderação, elaboradas pelo Poder Legislativo, bem como os demais órgãos do Estado garantir a não violação das normas e princípios constitucionais, pois o Poder Judiciário é a garantia da lei, e se assim não o for ninguém mais o será no Estado Democrático de Direito.

Vale registrar algumas experiências sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade que se revelam relativamente satisfatórias como é o caso do projeto Novos Rumos na Execução Penal<sup>12</sup> desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, utilizando o método da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

A APAC, Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, é uma alternativa para humanizar o sistema prisional, tendo sido incentivada sua criação e expansão pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, objetivando a recuperação do condenado e sua reinserção ao convívio social, sem perder a finalidade punitiva da pena.

Segundo o Desembargador Joaquim Alves de Andrade, Coordenador do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, “recuperado o infrator, protegida está a sociedade, prevenindo-se o surgimento de novas vítimas”<sup>13</sup>.

Vale mencionar que, o método APAC é implantado no regime fechado, no regime semiaberto e no regime aberto, bem como acompanhamento para aqueles que se encontrem em livramento condicional, caso necessite.

Assim sendo, a humanização da pena é algo que deve ser buscado para que a pena tenha a função precípua de ressocialização. E projetos como este, demonstra ser possível a humanização na execução penal no qual atinge 90% de recuperação do condenado<sup>14</sup>.

### 3.2. Princípio Constitucional do Estado Democrático de Direito

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme *caput* do artigo 1º, bem como prevê em seu artigo 3º e incisos os objetivos fundamentais entre os quais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento

nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Estado Democrático de Direito significa, segundo o doutrinador Alexandre de Moraes, que o Estado está subordinado às normas democráticas, como eleições livres, periódicas e pelo povo, e, ainda, o respeito do Poder Público aos direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2008, p. 06). É, pois, a previsão no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil que adotou o princípio democrático em afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Deste princípio, Estado Democrático de Direito, surgem vários outros princípios, como o da dignidade humana que por sua vez deriva vários princípios penais, como: legalidade, intervenção mínima, humanidade e outros (CF, art. 1º, III).

Neste diapasão, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello:

**Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade**, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 1994, p. 451). (grifo nosso)

A não observância nos princípios constitucionais gera grave violação, devendo ser a justiça aplicada de forma plena e não apenas formal.

Para Luigi Ferrajoli, a legitimidade do Estado se funda:

unicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, um estado que mata, que tortura, que humilla e um ciudadano no sólo perde cualquier legitimidade, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes (FERRAJOLI, 2001, p. 395).

Quando o Estado permite que seres humanos sejam encarcerados ou que permaneçam em prisões com condições desumanas, perde sua legitimidade de punir, negando no momento da execução penal os direitos do preso (condições prisionais), “algo intolerável, beirando a hipocrisia”<sup>15</sup>.

### 3.3. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está relacionada à qualidade inerente e distintiva de cada ser que merece respeito e consideração do Estado, comprometendo-se um conjunto de direitos e deveres fundamentais que asseverem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de caráter degradante e desumano, garantindo as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de permitir e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em partilha com os demais seres humanos.

Para Ricardo Maurício Freire Soares, “o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido em sua dimensão histórico-cultural”. A cultura entendida como algo construído pelo o homem por força de um sistema de valores com o fim de atentar para seus interesses e finalidades o qual pertence à cultura humana, ou seja, verificando-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana é constituído de “um sentido de conteúdo valorativo” (SOARES, 2010, p. 129).

Assim sendo, Miguel Reale citado por Ricardo Maurício Freire Soares ao desenvolver a sua teoria tridimensional do Direito, concebe a ideia do “valor da dignidade como fundamento concreto do direito justo” (REALE *apud* SOARES, 2010, p. 129).

Para Reale, “o fundamento último que o Direito tem em comum com a Moral e com todas as ciências normativas deve ser procurado na dignidade intrínseca da própria vida humana” (REALE, 1972, p. 275). Sendo, portanto, o homem um ser racional com o fim natural de viver em sociedade e realizar seus objetivos.

Por conseguinte, vale destacar que o homem representa um valor o qual é entendido segundo Reale:

[...] a pessoa humana constitui o valor-fonte de todos os valores. A partir desse valor-fonte, torna-se possível alcançar o fundamento peculiar do Direito, remetendo ao valor-fim próprio do Direito que é a justiça, entendida não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como uma ordem que a virtude justiça visa a realizar (REALE, 1972, p. 275).

Neste diapasão, o Direito se expande tendo em vista que os homens são desiguais e almejam a igualdade, buscando a felicidade, ou seja, próprio da dignidade da pessoa humana como ser racional e social. Sendo assim, “a ideia de Justiça liga-se, de maneira imediata e necessária, à ideia de pessoa humana, pelo que o Direito, da mesma forma que a Moral, figura como uma ordem social de relações entre pessoas” (SOARES, 2010, p. 130 e 131).

Aduz, ainda o autor, que a definição de justiça não é o mais importante – “dependente sempre da cosmovisão dominante em cada época histórica –, mas sim o seu processo experiencial através do tempo, visando a realizar cada vez mais o valor dignidade da pessoa humana, valor-fonte de todos os demais valores jurídicos”. Deve, portanto, a justiça ser entendida como valor-meio, servindo aos demais valores em virtude da dignidade da pessoa humana que é o valor-fim do ordenamento jurídico.

O conceito do que venha ser dignidade da pessoa humana ainda está em construção, entretanto, entende a doutrina nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado, comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 60).

Para Gilmar Ferreira Mendes citando Peter Häberle, a cláusula da dignidade da pessoa

humana prevista no art. 1º, I, da Lei Fundamental da Alemanha, não se trata de uma peculiaridade desta Constituição, mas sim um “tema típico” e atual em muitos Estados Constitucionais e fazem parte da “Família das Nações” (HÄBERLE *apud* MENDES, 2008, p. 152).

Afirma, ainda, Peter Häberle citado por Gilmar Ferreira Mendes que no direito internacional encontra-se em vários documentos referência à dignidade humana, como na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Estatuto da Unesco, valor este que traduz manifestação de desagravo às violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial (HÄBERLE *apud* MENDES, 2008, p. 152 e 153).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet citando Carlos Ayres Brito:

o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um Universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, *se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte* (BRITO *apud* SARLET, 2011, p. 569). (grifos do autor).

Assim sendo, a ideia de dignidade humana a qual deve ser entendida como algo que transcende a dignidade da pessoa em relação à sua individualidade. Ademais, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como a dignidade que lhe é atribuída, “cada ser humano é único e como tal titular de direitos próprios e indisponíveis”, (SARLET, 2011, p. 569).

Por outro lado, assevera o autor acima citado que ao se falar em dignidade, logo em direitos e deveres humanos e fundamentais, fala-se num contexto intersubjetivo o qual implica numa obrigação de respeito pela pessoa.

Ademais, observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem especialmente recorrido ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento essencial para solucionar discussões que lhe são direcionadas, demonstrando sua consagração no direito brasileiro, pois na dúvida deverá o intérprete, seja em relação aos interesses, direitos e valores, preferir *in dubio pro dignitate*.

#### **4. Análise jurisprudencial favorável à concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, transferindo-os para regime menos gravoso, aplicação de medidas cautelares ou colocação em prisão domiciliar**

A Jurisprudência pátria tem entendido que o Estado não pode se omitir de sua responsabilidade no que se refere ao cumprimento da Lei de Execução Penal e à obediência aos princípios do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana.

Desta feita, faz-se necessário trazer à baila decisões favoráveis à concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, independentemente do delito que cometera, em condições desumanas (sem condições mínimas de higiene, superlotação, por exemplo), ou seja, transferência para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, quando se tratar de presos condenados, e prisão domiciliar ou aplicação de medidas cautelares quando se tratar de presos provisórios.

E é neste sentido que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através do julgado nº 70044760734, Rel. Des. Ícaro Carvalho do Bem Osório<sup>16</sup>, decide quando se depara

com situações repugnantes no que se refere às condições desumanas em que se encontram os presos, condenados ou provisórios, em nosso sistema prisional, senão vejamos:

(...) o artigo 117 da Lei de Execução Penal **não é taxativo quanto às situações capazes de autorizar a prisão domiciliar como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade** em regime aberto e até semiaberto, mesmo que a Lei de Execução Penal não preveja como hipótese para a prisão domiciliar a inexistência, ou interdição de Casa de Albergado no foro da execução, (...).

Não se pode entender de outra forma senão aplicar efetivamente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito.

Completa ainda o citado Julgador<sup>17</sup>:

[...] as precariedades dos estabelecimentos geram condições subumanas para os detentos, devido à superlotação e inércia daqueles órgãos que deveriam sanar tal problema. [...] Além disso, não se trata de violar a coisa julgada, desrespeitar o disposto em lei federal ou de promover a insegurança, de vez que o fato gerador é a inobservância, pelo Poder Executivo, de direitos fundamentais dos segregados que estão aos seus cuidados – sobretudo a dignidade da pessoa humana –, o que faz ser imperativo ao Poder Judiciário, forte no sistema de freios e contrapesos – que a Constituição adota, porque democrático e de direito o Estado – atuar de modo a corrigir-lhes as faltas, com vistas ao equilíbrio e ao alcance dos fins sociais a que referido sistema almeja, adotando as medidas necessárias à restauração dos direitos violados.

Ademais, deverá o condenado ser recolhido somente em estabelecimento prisional adequado e que atenda rigorosamente os requisitos impostos pela lei (Lei de Execução Penal), pois não pode ser o reeducando punido cruelmente pela falta de interesse do Estado em solucionar o caos carcerário.

Neste mesmo sentir, o Juiz de Direito da Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Eunápolis, Bahia, Otaviano Andrade de Souza Sobrinho, em Procedimento Administrativo nº 0001947-85.2010.805.0079, decretou a interdição total da carceragem da Cadeia Pública daquela Comarca, com base nos arts. 66, inciso VIII e 88 c/c com o art. 104 da Lei nº 7.210/84, pois não cumpria as exigências mínimas da Lei de Execução Penal, interditando no sentido de não mais permitir o recolhimento de presos naquela carceragem até que sejam realizadas as adaptações necessárias para a devida adequação aos requisitos estabelecidos na Lei de Execução Penal, sob pena de multa diária, por cada detento que for recolhido em desobediência a referida interdição<sup>18</sup>.

Desta feita, a determinação supra citada é a materialização da atuação do Poder Judiciário, efetivando o núcleo axiológico da Carta Política, princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe mencionar, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, julgado HC 21.973-RN, Ministro Felix Fischer<sup>19</sup>:

Se o caótico sistema prisional não possui meios para manter o detento em

estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, *in casu*, o domiciliar. **O que é inadmissível, é impor aos apenados, [...], o cumprimento da pena em estabelecimento incompatível, por falta de vagas em estabelecimento adequado.** (grifos do autor)

Para o Ministro acima citado, trata-se de constrangimento ilegal permitir que apenado cumpra pena em estabelecimento prisional inadequado.

É ilegal e ilegítimo o cumprimento da pena de prisão em condições desumanas, pois é assim entendido pelo o Ministro Nilson Naves no julgado HC nº 142.513-ES<sup>20</sup>, o qual foi impetrado contra prisão preventiva que era cumprida em um contêiner, tendo sido concedido benefício de prisão domiciliar, afirmando: “É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.”

Da mesma forma, o Ministro Og Fernandes ao se referir à prisão preventiva acima mencionada no Estado do Espírito Santo<sup>21</sup>: “Essa é a decisão mais constrangida que dou na minha história, porque é absurdo que isso possa existir como solução ao problema penitenciário”.

O Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral<sup>22</sup> no Recurso Extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul, tendo como Ministro Relator Gilmar Mendes, reconheceu a possibilidade do cumprimento de pena em regime menos gravoso, em face da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal.

No Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contra o qual o Órgão Ministerial interpôs o acima mencionado Recurso Extraordinário, foi determinado ao condenado o cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar enquanto não houver vaga em estabelecimento prisional que atenda aos requisitos da Lei de Execuções Penais, demonstrando-se grande “relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa”<sup>23</sup>.

Assim sendo, pode-se observar que há vasta jurisprudência no sentido de conceder transferência ao preso, condenado ou provisório, de prisões com condições desumanas, não observância dos requisitos dispostos na LEP<sup>24</sup>, para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, no caso dos primeiros, e prisão domiciliar no caso dos segundos à luz dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana, da Legalidade e da Humanização da Pena.

## 5. Considerações finais

A pena de prisão é considerada por vários doutrinadores como a mais dura e violenta de todas as intervenções do Estado, quando este não aplica a pena de morte, sobre o indivíduo.

De outra banda, a pena é uma ferramenta essencial e característica da legislação penal, concretizando o direito de punir do Estado.

Todavia, não poderá o Estado sob o manto do *ius puniendi* encarcerar o agente infrator a qualquer custo, pois cabe também a esse cumprir determinações legais imprescindíveis e indispensáveis para limitar seu poder punitivo.

A República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). Sendo assim, é

imperiosa a necessidade de respeitar a sua Constituição Federal para que não haja violações.

O Estado ao aprisionar aquele que cometera conduta tipificada no Código Penal deverá, efetivamente, cumprir as disposições contidas na Carta Política e nas legislações infraconstitucionais, tratados e convenções internacionais, sob pena de violá-los.

As condições subumanas em que se encontram as penitenciárias brasileiras é considerada um ultraje ao Estado Democrático de Direito, pois é a omissão do Poder Executivo que provoca a situação caótica e desumana que estas se encontram.

O fato de ter o apenado cometido conduta reprovável pela sociedade e pelo Estado não o transforma em monstro e não poderá ser submetido a tratamento tão desonroso, odioso e desumano.

Fato é que prisões com condições tão repugnantes demonstram a desídia do Estado em solucionar o problema carcerário, bem como tem se mostrado pela jurisprudência pátria ser um constrangimento ilegal<sup>25</sup>.

Ademais, a concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas, transferindo-os para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, quando se referir a presos condenados, e prisão domiciliar ou medidas cautelares, quando se referir a presos provisórios, tem se mostrado a possibilidade de materializar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana com o fim último de ressocializar o condenado.

No estudo em epígrafe, buscando compreender as possibilidades de concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, a legislação não vislumbra hipóteses de transferência para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, ou, ainda, aplicação de medidas cautelares quando se tratar de condições precárias de encarceramento.

Entrementes, não pode o Magistrado, no caso concreto, agir de forma legalista, pois, por outro lado, estará sendo omissos quanto à aplicabilidade de princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar como bem diz Maria Berenice Dias (2007, p. 37): “que a ausência de lei não quer dizer ausência de direito”.

Cabe, também, ao Estado-Juiz zelar pela a aplicação da Carta Maior e das legislações infraconstitucionais, bem como a observância das condições mínimas da carceragem, conforme requisitos dispostos na Lei de Execução Penal.

Ademais, considera-se a citada concessão de prisão domiciliar um certo risco, porque esta não é fiscalizada. Porém, deve ser observado que não caberá ao infrator pagar um preço tão caro pela negligência do Estado.

Vale mencionar, o que diz Maria Lucia Karam para compreender a privação de liberdade: **“É preciso conduzir nosso olhar, nossa imaginação, nossos sentimentos, para dentro dos muros das prisões”** (KARAM, 2009, p. 15 – 16). Assim sendo, ao tentar imaginarmos o que é uma pena de prisão, veremos, se possível for, que se trata de uma monstruosa pena que em nada transforma o ser humano que ali se encontra.

Por estas razões, é legal e legítima a concessão de benefícios a presos, condenados ou provisórios, em condições desumanas, transferindo-os para regime menos gravoso ou prisão domiciliar, no caso dos primeiros, e colocação em prisão domiciliar ou aplicação de medidas cautelares, no caso dos segundos, à luz dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito, pois numa nação justa e solidária não se pode compreender e aceitar que haja prisões com condições tão repugnantes, que haja uma verdadeira autofagia.

### Referências

---

- AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal Parte Geral*. Bahia: Jus Podivm, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 4ª edição. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume I: parte geral. 13ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Brasília, DF: Senado, 1984.
- BRASIL. Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep\\_legislacao\\_2\\_5\\_6.html](http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_legislacao_2_5_6.html)> Acesso em 14 jun. 2011.
- BRASIL. Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Brasília, DF: Senado, 2011.
- BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 1940.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume I: parte geral*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos, 2001*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18673/O\\_Papel\\_do\\_Juiz\\_na\\_Efetiva%E7%E3o.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18673/O_Papel_do_Juiz_na_Efetiva%E7%E3o.pdf?sequence=2)> Acesso em 13 jun. 2011.
- FALCONI, Romeu. *Sistema Presidencial: Reinserção Social?* São Paulo: Ícone, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; Tradução de Raquel Ramallete. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. *A Substituição da Prisão. Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação*. Bahia: Jus Podivm, 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

## ENTRE ASPAS

- MELO, Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, Volume I: parte geral*. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Dom Quixote, 1978.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Universidade de São Paulo, 1972.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VALDÉS, Ernesto Garzón. *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Córdoba: Advocatus, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- \_\_\_\_\_. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

### Notas

---

1. Apelação Crime nº 70029175668, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 15.04.2009.
2. Cnossos é o maior sítio arqueológico da Idade do Bronze da ilha grega de Creta, provável centro cerimonial e político da cultura e civilização minóica. Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cnossos>> Acesso em 21 ago. 2011.
3. Inquisição era um tribunal eclesiástico destinado a defender a fé católica: vigiava, perseguia e condenava aqueles que fossem suspeitos de praticar outras religiões. Exercia também uma severa vigilância sobre o comportamento moral dos fiéis e censurava toda a produção cultural bem como resistia fortemente a todas as inovações científicas. Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/seminario/galileu/>>

inquisicao.htm> Acesso em 12 out. 2011.

4. BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado, 1984.

5. De igual modo, Alberto Silva Franco *apud* Rogério Greco (2008, p. 498): “o legislador de 84 manteve a classificação ‘reclusão-detenção’, acolhida da PG/40 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e de detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador”.

6. BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado, 1984.

7. *Ibid*

8. *Ibid*

9. BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado, 1984.

10. No Estado do Espírito Santo foi verificado prisão em contêiner, muito embora já tenha sido desativado, demonstra o não cumprimento dos princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito, violando, portanto, a Dignidade da Pessoa Humana.

11. Habeas-Corpus nº 83.358-6SP, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, Supremo Tribunal Federal, *DJE* 04.06.2004.

12. Projeto Novos Rumos na Execução Penal. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/>>. Acesso em 02 set. 2011.

13. *Ibid*

14. *Ibid*.

15. Apelação Crime nº 70029175668, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 15.04.2009.

16. Agravo em Execução Defensivo nº 70044760734, Rel. Des. Ícaro Carvalho do Bem Osório, 6ª Câmara Criminal, TJRS, D.J. em 30.09.2011.

17. *Ibid*

18. Procedimento Administrativo nº 0001947-85.2010.805.0079, Juiz de Direito, Otaviano Andrade de Souza Sobrinho, Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude, TJBA, D.J. em 08.06.2010.

19. Habeas-Corpus nº 21.973-RN, Rel. Ministro Felix Fischer, Superior Tribunal de Justiça, *DJE* 07.04.2008.

20. Habeas-Corpus nº 142.513-ES(2009/0141063-4), Ministro Nelson Naves, Superior Tribunal de Justiça, *DJE* 10.05.2010.

21. *Ibid*

22. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 641.320 RS, Ministro Relator Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, *DJE* 24.08.2011.

23. *Ibid*

24. BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado, 1984.

25. Habeas-Corpus nº 62.277-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, *DJE* 27.11.2006; Habeas-Corpus nº 48.629-MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, *DJE* 04.09.2006; Habeas-Corpus nº 81.707-MS, Rel. Ministra Jane Silva, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, *DJE* 01.10.2007

## **A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DO DIREITO PENAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO O CAMINHO PARA ADEQUAR O DIREITO PENAL AO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE PLURALISTA**

### **Alina Mourato Eleoterio**

Advogada. Professora de Direito Penal na Faculdade Dois de Julho. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Jus Podivm. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

**Resumo:** A justiça restaurativa é um modelo alternativo de solução de conflitos penais, no qual vítima, o infrator e comunidade constroem, de forma consensual, a solução para o conflito nascido da prática de uma infração. Embora referido modelo seja fomentado pela Organização das Nações Unidas e já tenha sido implementado em vários países (inclusive no Brasil), ainda é alvo de muitas críticas. Estas se direcionam, sobretudo, à questão da legitimidade da vítima e do infrator para solucionar os conflitos penais, sob o argumento de que a natureza eminentemente pública do delito e das consequências dele decorrentes seriam inconciliáveis com essa nova proposta. Diante desta crítica, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar que a legitimidade da vítima, do infrator e da comunidade decorreria, principalmente, da necessidade de democratização do direito penal, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. Enfim, decorreria da premente necessidade de adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista.

**Palavras chaves:** justiça restaurativa – democratização do direito penal – sociedade pluralista – direitos fundamentais.

### **1. Introdução**

A justiça restaurativa é, antes de tudo, uma realidade. Vários países ao redor do globo, inclusive o Brasil, já adotaram algumas de suas práticas e o desenvolvimento destas tem demonstrado alguns resultados positivos. Por ser um movimento relativamente novo (ganhou expressão apenas na década de 90), padece de inúmeras deficiências, entre as quais, a inexistência de uma base teórica sólida. E, como naturalmente sói ocorrer com uma teoria ainda em construção, existem profundas divergências quanto às origens, conceitos, objeto e finalidades da justiça restaurativa.

Entretanto, há um inegável ponto de aproximação entre os seus adeptos: acreditam estar diante de um novo modelo que se contrapõe ao atual paradigma punitivo (o sistema de justiça criminal tradicional). E é este o ponto central que desperta o nosso interesse no estudo de tema tão atual, pois a busca por alternativas que superem um modelo (punitivo) que histo-

ricamente é seletivo, criminógeno e desumano, demonstra que talvez estejamos diante de um horizonte promissor.

A justiça restaurativa pretende superar as deficiências do sistema de justiça criminal tradicional através de uma mudança radical de perspectiva: o crime é percebido enquanto um conflito interpessoal que afeta as relações dos envolvidos e o enfoque recai, portanto, sobre as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Desse modo, acredita-se que a maneira mais efetiva de solucionar esse conflito é a aproximação dos seus protagonistas (vítima, ofensor e comunidade) por meio de um processo comunicativo, no qual a principal finalidade é a reparação dos danos decorrentes da prática de uma infração.

Trata-se de uma reconstrução do sistema de regulação social, onde o Estado reconhece que, em determinados casos, existem instâncias mais adequadas para a resolução de conflitos. No entanto, o Estado continuará presente e apto a intervir secundariamente em caso de ineficiência da justiça restaurativa, pois existe uma relação de complementaridade entre os dois modelos. Em suma, essa tensão entre o sistema punitivo e a justiça restaurativa é uma expressão do princípio da subsidiariedade, pois a aplicação de uma solução tão drástica como é a pena só se legitima quando inexistentes outras soluções mais adequadas para a conformação social.

Embora a adoção das práticas restaurativas seja fomentada pela Organização das Nações Unidas e já tenham sido implementadas em vários países, ainda é alvo de muitas críticas. Estas se direcionam, sobretudo, à questão da legitimidade da vítima e do infrator para solucionar os conflitos penais decorrentes da prática de um delito, sob o argumento de que a natureza eminentemente pública do delito e as consequências dele decorrentes seriam inconciliáveis com essa nova proposta. Em outros termos, acreditam os críticos que apenas os órgãos públicos estão legitimados a adotar soluções adequadas para o delito, ou seja, só os órgãos públicos são intérpretes legítimos do Direito Penal.

No presente artigo, pretendemos superar esta crítica demonstrando que a justiça restaurativa é o caminho para adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista e democrática, adequação esta que só será alcançada caso a vítima, o infrator e a comunidade possuam um papel ativo na solução do conflito penal. Para tanto, tomaremos como referencial teórico as concepções de Peter Häberle. Embora as considerações do referido autor tenham sido direcionadas, mais especificamente, ao âmbito do Direito Constitucional, existem pontos de contato manifestos entre os dois temas, sobretudo porque convergem no sentido de propugnar a democratização do Direito, que é uno.

## **2. A questão da legitimação dos intérpretes em sentido amplo no Direito Constitucional**

No livro intitulado “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”, Peter Häberle lançou fervorosas críticas à hermenêutica constitucional contemporânea. Esta, segundo o autor, continua vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, na medida em que visualiza os órgãos estatais como os únicos legitimados para proceder à interpretação constitucional.<sup>1</sup>

Partindo desse diagnóstico, Peter Häberle assinala como necessária uma releitura da hermenêutica constitucional a fim de adequá-la ao contexto de uma sociedade pluralista. Propõe, assim, um verdadeiro traslado “de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição

para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”.<sup>2</sup> A tônica recairia, sobretudo, no reconhecimento da necessidade de ampliação do círculo de intérpretes, de modo que também as potências públicas, os cidadãos e os grupos passariam a ser considerados legítimos intérpretes da Constituição.<sup>3</sup>

Sob essa nova perspectiva, o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico. É necessário reconhecer, portanto, a existência de dois diferentes tipos de intérpretes da Constituição: os intérpretes em sentido estrito (a exemplo dos juízes) e os intérpretes em sentido amplo (ou seja, todo aquele que vivencia a norma constitucional, sejam as potências públicas, os cidadãos e/ou os grupos). Desse modo, é possível construir um processo de interpretação constitucional eminentemente pluralista e democrático, bem como proporcionar a “mediação específica entre Estado e sociedade”.<sup>4</sup>

No entanto, se por um lado, em relação aos intérpretes em sentido estrito a questão da legitimação não traz nenhuma celeuma doutrinária, pois decorre expressamente do texto Constitucional, situação mais problemática se refere à questão da legitimação dos intérpretes em sentido amplo. De fato, estes últimos não estão formalmente ou oficialmente nomeados para exercer a função de intérpretes constitucionais.

Contudo, Peter Häberle analisa essa problemática sob duas perspectivas distintas: (i) a legitimação sob o ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação e (ii) a legitimação sob o ponto de vista da Teoria da Democracia.

Sob o primeiro ponto de vista, o autor assinala que, se por um lado é verdade que “competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido”, por outro lado, essa estrita correspondência entre vinculação à Constituição e legitimação para interpretar perde um pouco de sua expressão dentro do contexto da hermenêutica contemporânea. A interpretação é um processo aberto, que reconhece possibilidades e alternativas diversas e a referida “vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção”.<sup>5</sup>

Assim, a ampliação do círculo de intérpretes é apenas a consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação e os intérpretes em sentido amplo compõem, justamente, essa realidade pluralista. Em outros termos, se as disposições Constitucionais interferem sobremaneira na organização da Sociedade, então esta última também deve ser considerada como um intérprete ativo de referidas normas:

[...] Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.<sup>6</sup>

No que se refere à legitimação sob o ponto de vista da Teoria da Democracia, o autor considera que, numa sociedade pluralista, a democracia não se caracteriza apenas pela delegação de poder do povo para os órgãos estatais. Ela se desenvolve também por meio do exercício do direito de cidadania e da influência nos espaços públicos e, especialmente, mediante a realização dos Direitos Fundamentais:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia

da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. **A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania** no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. **Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes.** Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público.<sup>7</sup> (grifos nossos).

Observa-se, portanto, que a legitimidade do intérprete em sentido amplo decorreria, sobretudo, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. Haveria, a partir de então, uma tensão plural e democrática de co-intérpretes, com interesses, vivências e conhecimentos diferenciados e, não raro, antagônicos.

### 3. A sociedade aberta dos intérpretes no Direito Penal

Delineados os pontos essenciais da proposta de Peter Häberle, é chegado o momento de lançar o seguinte questionamento: é possível transportar as ideias do referido autor para o campo do Direito Penal? Enfim, é possível uma sociedade aberta de intérpretes também no Direito Penal?

Em certa medida, de forma lenta e gradual, essas ideias estão sendo colocadas em prática no Direito Penal, durante as últimas décadas. Isso tem sido possível, sobretudo, por meio do fomento da criação de formas alternativas de solução dos conflitos penais, dentre as quais se destaca a chamada Justiça Restaurativa.

De fato, a justiça Restaurativa constitui um modelo alternativo de solução de conflitos penais por meio do qual se pretende promover a aproximação dos verdadeiros protagonistas do conflito (a vítima, o infrator e a comunidade), a fim de que estes busquem soluções para os problemas decorrentes da prática de uma infração, tudo isso por meio de um processo comunicativo e voluntário.<sup>8</sup> A flexibilização e informalidade, portanto, são marcas dos processos restaurativos.<sup>9</sup>

Nessa perspectiva, as partes envolvidas num conflito assumem “um papel ativo, um papel de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria autonomia e poder”,<sup>10</sup> pois estão inseridas num processo onde têm vez e voz e no qual suas individualidades, emoções, expectativas e interesses adquirem importância central.

Como facilmente se pode perceber, existe uma aproximação inegável entre a proposta de Peter Häberle e as premissas fundamentais que cercam a Justiça Restaurativa. Nesta se propõe, a exemplo da proposta de Häberle, que o destinatário da norma assuma um papel ativo na

interpretação da norma penal. Vítima, infrator e comunidade são os intérpretes responsáveis por construir uma solução adequada para o conflito nascido da infração penal.

Essa solução é viabilizada por meio das chamadas práticas restaurativas e culminam em um acordo restaurativo. Existem diversos tipos de práticas restaurativas ao redor do mundo. No entanto, as mais utilizadas e difundidas atualmente são a mediação entre vítima e ofensor, as conferências de família (*conferencing*) e os círculos restaurativos ou círculos decisórios (*sentencing circles*).

A mediação entre vítima e ofensor consiste em todo processo no qual a vítima e o autor do crime podem, desde que o consintam livremente, participar ativamente na resolução dos problemas que surgem com a comissão do ilícito penal através do auxílio de um terceiro imparcial (o mediador).

Nas conferências de família (*conferencing*), além da vítima e do ofensor, participam desse programa os familiares e pessoas que lhes dão apoio (amigos, professores, assistentes sociais etc.).<sup>11</sup> O objetivo das conferências é envolver todas essas pessoas referidas a fim de discutirem os fatos importantes ligados à ocorrência do delito e deliberarem sobre o que pode ser feito para solucionar o conflito e reparar as consequências da infração.

Nos círculos restaurativos ou círculos decisórios (*sentencing circles*) há uma participação comunitária ainda mais ampla do que nas conferências familiares, uma vez que, além de reunir as vítimas e os infratores com suas famílias, também outros membros importantes da comunidade são chamados a intervir no processo. Além dos protagonistas e da comunidade também participam do círculo decisório os membros da justiça criminal: juízes, promotores, policiais e etc.<sup>12</sup>

Saliente-se que não existe uma uniformidade quanto aos procedimentos, sendo estes amoldados e adequados à realidade jurídica nacional. Assim, são variados os momentos de encaminhamento dos casos aos programas restaurativos, podendo ocorrer nas seguintes fases:

- (i) pré-acusação, com encaminhamento do caso pela polícia (por exemplo: Inglaterra e Japão);
- (ii) pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da *notitia criminis* e da verificação de requisitos mínimos que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- (iii) pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia;
- (iv) pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação da pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento etc.;
- (v) pós-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução;<sup>13</sup>

Segundo Leonardo Sica, os dois últimos exemplos padecem de um grande problema: ocorre a sobreposição dos dois modelos (punitivo e restaurativo) e isso conduziria necessariamente ao *bis in idem* em relação ao ofensor.<sup>14</sup> Para o referido autor, determinado caso deve ser solucionado ou pelas vias restaurativas ou pela via punitiva. Não sendo possível a utilização das primeiras, deve-se recorrer ao sistema tradicional. Concordamos com o referido autor por entendermos inadequado conciliar a ideia de pena com as práticas restaurativas.

Pois bem, das características delineadas até então, percebe-se que, na justiça restaurativa, as atenções são direcionadas para a reparação das consequências do delito. Saliente-se, contudo, que essa reparação não se confunde com aquela noção de recomposição patrimonial própria do Direito Civil. No âmbito penal, tem um sentido muito mais profundo: extrapola a ideia de reparação material, compreendendo a restauração dos laços sociais entre a vítima e o ofensor, entre a vítima e a comunidade, e entre o ofensor e a comunidade.<sup>15</sup> Persegue-se, enfim, como finalidade última, a reparação do conflito nascido da infração.

Conforme assinalado alhures, não existe uma uniformidade na adoção dessas práticas, dependendo do contexto cultural e social de cada país. No entanto, foi elaborada, pelas Nações Unidas, a Resolução 2002/12, estabelecendo os princípios básicos norteadores da justiça restaurativa e de suas práticas. Estes princípios se tratam de regras flexíveis, a fim de possibilitar a adaptação do novo modelo aos diferentes contextos nacionais.<sup>16</sup>

Importante orientação é trazida no artigo 7º da referida Resolução, o qual estabelece a necessidade de existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para que se envie o caso aos núcleos restaurativos. Estabelece, ainda, a necessidade do consentimento voluntário tanto da vítima quanto do ofensor.

Necessário ressaltar, ainda e por oportuno, que a justiça restaurativa não pretende substituir o sistema de justiça tradicional. Em verdade, eles não se tratam de modelos inconciliáveis. Ambos devem coexistir e complementar-se, “pois que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite”.<sup>17</sup>

E é justamente em razão da existência dessa relação de complementaridade que as práticas restaurativas impõem a todos os seus intervenientes a confidencialidade sobre o conteúdo dos contatos estabelecidos,<sup>18</sup> pois, se o processo restaurativo não for exitoso, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal. Desse modo, a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa, bem como as discussões travadas entre as partes não poderão constituir meios de prova, pois o insucesso da mediação não poderá influir no processo judicial ulterior (arts. 8º, 14 e 16 da Resolução 2002/12 das Nações Unidas).<sup>19</sup>

#### **4. A questão da legitimidade dos intérpretes em sentido amplo no contexto do direito penal**

Ponto extremamente problemático no estudo da justiça restaurativa é a questão da legitimidade da vítima, do infrator e da comunidade para a solução do conflito penal. Enfim, seriam eles legítimos intérpretes do Direito Penal? O tema divide opiniões.

Inicialmente analisaremos as opiniões dos autores que criticam a adoção de formas alternativas de solução dos conflitos penais. Posteriormente, empreenderemos esforços no sentido de superar as referidas críticas.

##### **4.1. O momento das críticas: A justiça restaurativa como um retorno a um modelo pré-moderno de vingança privada**

Os críticos da justiça restaurativa identificam esse modelo consensual como completamente inadequado ao campo do Direito Penal. Segundo Ferrajoli, a separação entre direito penal e civil representa um progresso histórico e científico, pois aquele nasce como negação

da vingança privada, substituindo a relação bilateral entre vítima e ofensor e estabelecendo garantias penais para este último. O direito penal, o processo penal e a pena representam, deste modo, uma garantia contra os castigos injustos, cruéis e desumanos aplicados em uma época onde preponderava a autotutela.<sup>20</sup> Assim, a presença do Estado passa a ser indispensável para instrumentalizar essas garantias.

Por essa concepção, portanto, a busca da reparação do dano por vias penais informais, onde a resolução do conflito seja realizada pelas próprias partes, representaria um retrocesso histórico, pois retomaria um modelo pré-moderno de vingança privada.

Entende-se, ainda, que a adoção da reparação do dano faria o direito penal distanciar-se da sua verdadeira função, pois este, enquanto “âmbito parcial do ordenamento jurídico, ocupa-se das pretensões penais estatais, das penas e das medidas de segurança relacionadas a ela”, enquanto “a indenização concerne à função pacificadora do Direito Civil”.<sup>21</sup> Em outras palavras, o Direito Penal e Processual Penal estão ligados à defesa de interesses públicos enquanto ao Direito Civil caberia a tutela das pretensões privadas, como é o caso da reparação do dano.

Essa concepção está estreitamente ligada ao fato de, historicamente, proceder-se a uma completa cisão entre a noção de delito e ilícito civil, pois se considera que o primeiro “atinge interesses públicos, indisponíveis, e requer um castigo em resposta ao mal realizado, e o segundo diz respeito a interesses particulares, disponíveis, e demanda a reparação do dano causado.”<sup>22</sup> Estabelece-se, portanto, a seguinte dicotomia: delito *versus* dano e pena *versus* reparação.

Salo de Carvalho adverte, inclusive, que o diferencial entre a ilicitude penal e a extra-penal radica na irreparabilidade do dano.<sup>23</sup> Nesse sentido, não se trata de negligenciar o interesse legítimo da vítima em buscar a reparação. No entanto, este interesse não pode ser viabilizado por meio do processo penal, pois o interesse público que advém da prática de um delito se sobrepõe aos interesses privados da vítima. Assim, a reparação do dano seria apenas uma consequência civil que se acrescenta à pena, não podendo ser considerada como uma consequência jurídico-penal autônoma do delito.<sup>24</sup>

Por fim, segundo Aury Lopes Jr., inserir a reparação no processo penal significaria um verdadeiro desvirtuamento do mesmo, com o objetivo de transformá-lo “numa via mais cômoda, econômica e eficiente para obtenção de um ressarcimento financeiro”.<sup>25</sup>

### **4.2. O momento da superação das críticas: a necessidade de adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista**

Inicialmente, é necessário salientar que a dicotomia historicamente estabelecida entre as noções de Direito Público e Direito Privado é amplamente criticada atualmente. Sabe-se que não se tratam de conceitos incomunicáveis, pois as fronteiras são incertas e, muitas vezes, há uma verdadeira sobreposição entre os espaços públicos e privados.<sup>26</sup>

Ademais, essas fronteiras inegavelmente variam de acordo com a conjuntura histórica, política, econômica e social. E, nesse sentido, o advento do Estado Democrático de Direito, contribui sobremaneira para a diluição dessa histórica dicotomia:

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na ideia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum

aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equíprimordiais.<sup>27</sup>

Essa constatação afeta, por óbvio, a distinção entre as noções de interesses públicos e interesses privados, pois estes também não se tratam de esferas estanques e incomunicáveis. Se o Direito é uno, naturalmente vão existir pontos de contato, de sobreposição e até interdependência entre esses conceitos. Em outras palavras: embora determinado fato ou relação social represente um interesse preponderantemente privado, inegavelmente poderão produzir reflexos na esfera do interesse público (e vice-versa).

No campo do Direito Penal, inegavelmente lidamos com interesses preponderantemente públicos. Isso não se questiona. No entanto, também é inquestionável que o delito atinge, de forma imediata, interesses particulares representados na figura da vítima. Ocorre que, a partir de uma construção histórica adotada até o presente momento, a vítima foi retirada do cenário penal e processual penal, sob o argumento de que o delito afeta interesses públicos, bem como para expungir da seara penal os desejos de “vingança privada”. Contudo, essa concepção dominante tem seus fundamentos questionados por alguns autores, a exemplo de Zaffaroni:

A intervenção do poder punitivo a pretexto de impor um talião limitativo se revela como uma construção idealista, que esgota os argumentos a fim de evitar a imoralidade intrínseca do modelo punitivo que classifica as partes do conflito ao rebaixá-las a *sinais*. [grifos no original].<sup>28</sup>

Ademais, há fortes indícios de que a retirada da vítima (bem como da reparação) do âmbito penal foi determinada por razões políticas e econômicas, e não necessariamente significaram um processo de evolução científica e histórica como costuma apregoar a doutrina majoritária.

Segundo Foucault, durante muitos séculos vivemos preponderantemente sobre o modelo de solução de conflitos entre as partes. No entanto, entre o início do século XII e no curso do século XIII, a Sociedade Feudal Europeia vivencia uma grande ameaça: a circulação dos bens, nessa época, é relativamente pouco assegurada pelo comércio. Nas sociedades Feudais passa a existir, então, uma dupla tendência: “Por um lado, há a concentração de armas em mãos dos mais poderosos, que tendem a impedir sua utilização pelos menos poderosos”; por outro lado e “simultaneamente, há as ações e os litígios judiciais, que eram uma maneira de fazer circular os bens”.<sup>29</sup>

Por essa razão, os mais poderosos passaram a controlar, gradativamente, os litígios judiciais, “impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos”.<sup>30</sup> O surgimento do poder judiciário, ao menos com as matizes modernas que conhecemos, está intrinsecamente relacionado, portanto, com a necessidade de concentração de poder como forma de assegurar a circulação de bens e a acumulação de riquezas.

Essa guinada histórica acarretou mudanças radicais no panorama jurídico ocidental até então conhecido: (1) em primeiro lugar, houve uma modificação na noção de Justiça, pois, a

partir de então, os indivíduos passaram a não ter mais o direito de resolver os seus litígios, pois deveriam se submeter “a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e político”; (2) e, além disso, houve uma mudança emblemática, qual seja, ocorreu a *criação* de uma noção absolutamente nova: a infração.<sup>31</sup> Segundo Foucault:

Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem “Também fui lesado pelo dano”, isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo, mas à própria lei do Estado. **Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval.** Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média [grifos nossos]<sup>32</sup>

Percebe-se, portanto, que a neutralização do papel da vítima enquanto ator imediatamente interessado na solução penal é a linha divisória que marca a mudança dos modelos de reação ao conflito: passa-se de um modelo de solução entre as partes para um modelo de decisão vertical (punitivo).<sup>33</sup> Com isso, criou-se um sistema penal paradoxal no qual “ainda que não se possa falar de *delinquente* sem simultaneamente falar de vítima, o confisco da vítima despojou a pena de qualquer conteúdo reparador e limitou a reparação ao direito privado[...].”<sup>34</sup>

Pois bem, traçada essa breve trajetória histórica sobre o confisco do conflito, entendemos por necessário, nesse momento, realizar uma ponderação entre as concepções até então expostas. Embora a análise histórica realizada por Foucault apresente um fenomenal poder de desconstruir certezas e dogmas que nos acompanham durante toda a trajetória acadêmica, algumas observações se mostram necessárias.

Em primeiro lugar, ainda que o surgimento do judiciário e do direito penal esteja ligado, como parece ser verdade, à necessidade de concentração de poder como forma de assegurar a circulação de bens e a acumulação de riquezas, não se pode olvidar que os juristas têm se concentrado, paulatinamente, na busca por explicações racionais que legitimem o sistema penal.

E, nesse sentido, parece-nos adequada e condizente com o estado democrático de Direito, uma concepção orientada a entender que “a função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.”<sup>35</sup> Em outros termos: o Direito Penal é legítimo desde que tenha como função a pacificação social pautada na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Tomando por base esse entendimento, jamais poderíamos desconsiderar a natureza de interesse público que envolve o delito. Se o direito penal protege de forma subsidiária apenas os bens jurídicos mais importantes para determinada sociedade, então não podemos entender esses interesses senão como preponderantemente públicos.

Entretanto, a extraordinária análise histórica realizada por Foucault demonstra também que a retirada da vítima e da reparação do processo penal não está ligada à razões puramente científicas, mas sim à razões políticas e econômicas. Portanto, sob esse aspecto, a concepção da qual é tributária a doutrina dominante nos parece uma construção extremamente artificial, arbitrária e desconectada da realidade. Vale dizer: o fato de lidarmos com interesses preponderantemente públicos no direito penal não significa, por si só, que interesses privados devam ser desconsiderados ou excluídos de plano.

Como, então, conciliar a natureza eminentemente pública do delito com os interesses privados que naturalmente são afetados pelo delito? Entendemos que essa resposta possa ser alcançada a partir da contribuição de Häberle. Ou seja, é possível atribuir um papel ativo à vítima, ofensor e comunidade, sem despojar o Estado de sua função. Enfim, os órgãos Estatais (Juiz, Promotor, etc.) seriam co-intérpretes do Direito Penal, mas não deteriam o monopólio da interpretação, devendo esta ser compartilhada com os personagens antes mencionados.

Ainda seguindo as lições de Peter Häberle, a Teoria da Democracia seria o alicerce teórico da legitimidade que rodeia a vítima, o infrator e a comunidade enquanto co-intérpretes do Direito Penal. A legitimidade desses intérpretes decorreria, sobretudo, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de Direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. A realização de tais direitos perpassaria, portanto e necessariamente, pela assunção de uma postura ativa e participativa no contexto de interpretação da norma penal, tudo isso com o escopo de promover uma construção democrática do sentido da norma penal.

Como a norma não mais se confunde com enunciado normativo, o seu sentido e alcance são delimitados por meio de uma complexa e imbricada tarefa de interpretação que envolve, a partir de então, uma tensão plural e democrática de co-intérpretes, quais sejam, o juiz, o promotor, a vítima, o infrator e a comunidade. Enfim, essa solução se mostra extremamente necessária para adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade que se pretende pluralista e democrática.

Ademais, aplicar as concepções de Peter Häberle ao Direito Penal é uma consequência lógica do Neoconstitucionalismo. Ora, se atualmente a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico irradiando seus efeitos para os demais subsistemas, então, ser intérprete ativo do Direito Penal é, em última análise, ser intérprete ativo da Constituição e vice-versa (sobretudo no Brasil, onde a grande parte das garantias penais está inserida na Constituição Federal de 88).

### **5. Justiça Restaurativa: Violação dos direitos fundamentais ou razoável ponderação entre direitos fundamentais contrapostos?**

A justiça restaurativa prevê um procedimento consensual informal que se realiza, normalmente, em um momento anterior à denúncia e, caso seja exitoso, afasta o processo e, portanto, a pena que dele decorreria em caso de condenação. Esse procedimento, no entanto, tem suscitado algumas críticas, sob o argumento de que o processo penal é o instrumento por meio do qual são garantidos os direitos fundamentais do acusado. Assim, na opinião dos

críticos, substituir o processo penal tradicional por um modelo consensual seria violar os direitos fundamentais decorrentes de princípios constitucionais como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, princípio da inocência, etc.

A superação dessa crítica exige uma breve análise das características gerais dos direitos fundamentais. Pois bem, atualmente é corrente a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, há naturalmente a possibilidade de restrição do seu alcance, segundo a balizada doutrina que trata do tema.<sup>36</sup> Em verdade, há uma restrição recíproca entre os princípios constitucionais e a análise da prevalência de um sempre depende da análise do caso concreto. Isso porque, os princípios não são mandamentos definitivos, mas sim *prima facie*, ou seja, devem ser aplicados na medida do possível.

Diante dessas características peculiares, existindo uma colisão entre princípios, a solução será buscada por meio da técnica de ponderação. A ponderação se dirige à análise do caso concreto, pois é este que vai determinar qual princípio prevalecerá em relação ao outro, ou seja, qual o princípio tem maior peso na situação concreta analisada (dimensão de peso dos princípios).<sup>37</sup> Justamente por isso, não se pode dizer que um direito fundamental tem caráter absoluto, pois, a depender do caso concreto, ora prevalecerá sobre um direito fundamental contraposto, ora irá ceder em favor deste.

Dito isto, cabe assinalar que os direitos fundamentais pautados em princípios constitucionais como o devido processo legal, ampla defesa, princípio da inocência etc., não têm caráter absoluto. A prevalência desses princípios depende de uma ponderação entre valores contrapostos e, a partir da ponderação, constata-se quais dos grupos de princípios contrapostos prevalece.

Pois bem, esses valores têm prevalecido no âmbito do direito penal e processual penal tradicionais porque lidamos com a mais drástica intervenção estatal: a pena. Em outros termos, até então a ponderação que está sendo levada a cabo no direito penal e processo penal tradicionais é no seguinte sentido: permitir que a vítima e o infrator decidam livremente qual a pena que será aplicada a este último *versus* atribuir ao Estado o monopólio do direito de aplicar uma pena limitada por rígidas garantias constitucionais?

Sem dúvida, dentro desse quadro exposto, a segunda opção é a melhor. E é a que vem sendo adotada pela doutrina dominante: ou seja, a aplicação de uma pena necessariamente deve ser antecedida da comprovação da culpa do infrator, desde que essa comprovação tenha sido realizada por meio de um processo legal devido, no qual foi respeitado o princípio da inocência, bem como que tenha sido garantida a ampla defesa ao acusado etc.

No entanto, questão completamente distinta se põe com o advento da justiça restaurativa, pois agora nos perguntamos: E se a pena não fosse uma realidade necessária afinal? Enfim, e se pudéssemos abrir mão da pena? Poderíamos falar então numa relativização dessas garantias constitucionais penais ou, em outros termos, poderíamos considerar que elas passariam a ter uma menor dimensão de peso no contexto da solução de determinados conflitos penais? Acreditamos que sim.

Em certa medida, é isso que a justiça restaurativa propõe. Estamos diante de uma nova ponderação: Garantir a prevalência das garantias penais constitucionais e assumir o risco da imposição de uma pena *versus* afastar a possibilidade da imposição de uma pena, relativizando a dimensão de peso de tais garantias e fazendo com que a autonomia das partes para solucionar o conflito prevaleça sobre aquelas? Esta última, como parece óbvio, é a opção dos adeptos da justiça restaurativa. Aliás, uma opção tributária de uma razoável ponderação entre direitos fundamentais contrapostos.

## 6. Limites do modelo restaurativo

Embora seja inegável a importância desse novo modelo de solução de conflitos, a prudência recomenda que sejam respeitados certos limites. O primeiro deles se refere à gravidade do delito. Na nossa opinião, o modelo consensual deveria ser utilizado apenas para os crimes de pequena ou média gravidade. Apesar das deficiências inegáveis do sistema criminal tradicional, a solução mais adequada para os crimes mais graves continua sendo, de fato, a pena. O modelo consensual ainda não é capaz de substituir a pena em qualquer situação.

O segundo limite se refere à natureza dos bens jurídicos afetados. A justiça restaurativa está manifestamente limitada ao contexto dos crimes que lesam bens jurídicos individuais. Em outros termos, é necessária a afetação de vítima determinada para se falar em modelo consensual de solução de conflitos. Ademais, os crimes que violam bens jurídicos supraindividuais, na nossa opinião, são os delitos mais graves do nosso ordenamento jurídico. Desse modo, esse tipo de delito já resta excluído do âmbito de aplicação da justiça restaurativa em razão do primeiro critério de limitação exposto acima.

Ainda no sentido de impor limites ao modelo consensual, vítima e ofensor não podem ter um poder deliberativo ilimitado. O acordo por eles construído deverá, necessariamente, passar pelo crivo Estatal, representado pelas figuras do Promotor e do Juiz. Estes últimos deverão se certificar se o acordo restaurativo é proporcional e razoável, ou seja, se há uma relação de correspondência entre os encargos assumidos pelo ofensor e a gravidade e consequências do delito.

Promotor e Juiz serão, ainda, os responsáveis por verificar se tais acordos respeitaram, na medida do possível, os princípios penais e constitucionais. E por fim, a solução construída pelas partes jamais poderá comportar uma medida mais severa que a prescrita em lei, o que, aliás, também é uma decorrência lógica do princípio da proporcionalidade.

Enfim, numa alusão à Peter Häberle, a necessidade de controle Estatal dos acordos construídos pelas partes decorre da condição de co-intérpretes do Juiz e do Promotor. Se é verdade que as partes devem exercer um papel ativo na interpretação do Direito Penal, também é verdade que não podem monopolizar o processo hermenêutico.

## 7. Conclusão: A verdade do “homem de toga” e a verdade do “homem do povo”

Estamos vivenciando, um tanto quanto atordoados, uma mudança paradigmática da ciência moderna para a ciência pós-moderna. Essa mudança foi marcada, sobretudo, pela desconstrução das certezas e verdades absolutas que eram próprias do paradigma Newtoniano da Ciência Moderna. Autores como Habermas<sup>38</sup>, Heidegger, Nietzsche, entre outros, questionaram a existência da “verdade” e acabaram por nos conduzir a um período de incertezas e inseguranças que chamamos de Pós-Modernismo.

No entanto, essa insegurança é fruto de uma inegável evolução do ser humano: assumimos o risco de reconhecer que o mundo, a realidade e o homem são complexos e, então, percebemos que, na realidade, a Ciência Moderna nos trazia segurança por meio de um mero engodo: a redução da complexidade do Ser enclausurando-o em um Dever-Ser fictício.

Segundo Boaventura, para lidar com essa insegurança típica do pós-modernismo é necessário uma boa dose de prudência, pois “a prudência é a insegurança assumida e controlada”.<sup>39</sup> E com a devida prudência, a Ciência pós-moderna tem reconhecido que a busca da “verdade” necessita do diálogo com outras formas de conhecimento. E, “a mais importante

de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido à nossa vida”.<sup>40</sup>

Portanto, os “homens da ciência” desistiram de tentar monopolizar o dom de desvelar a “verdade” e decidiram construí-la junto com os “homens do povo”. Atualmente, contentamo-nos com verdades possíveis, verdades razoáveis e verdades aceitáveis. Enfim, com verdades no plural.

No nosso mundo jurídico, no entanto, o direito penal tem se mostrado impenetrável ao fato de que a noção de verdade absoluta não existe. Quando a doutrina dominante apregoa que apenas o processo penal tradicional é um instrumento adequado e apenas o juiz é legítimo intérprete do direito penal, afirma, por vias transversas, que o juiz monopoliza a verdade. A justiça restaurativa propõe uma releitura prudente dessa moldura, na medida em que entende possível um diálogo das verdades no plural: a verdade do homem de toga e a verdade do homem do povo.

### Referências

---

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO FERREIRA, Francisco. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público x Direito Privado*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2.ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 103.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos Sobre A Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 2.ed.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. ZOMER, Ana P., CHOUKR, Fauzi H., TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz F. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adulto: Um novo paradigma de justiça?*. Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 203-204.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PITA, Flávia Almeida. “Acesso à justiça” versus “opacidade do direito”: uma luta inglória?

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. CALLEGARI, André Luis. (trad.). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SHEARING, Clifford, FROESTAD, Jean. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

### Notas

---

1. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12.

2. *Idem*, p. 13.

3. Segundo Habermas: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão

potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.” (*Idem*, p. 13)

4. *Idem*, p. 14-18.

5. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional... Op. Cit.*, p. 30.

6. *Idem.*, p. 33.

7. *Idem.*, p. 37.

8. Essa aproximação da vítima com o ofensor pode favorecer, ainda, a desconstrução do estereótipo de criminoso enquanto um ser “não-humano” pois o diálogo horizontal é capaz de fazer com que a vítima visualize no outro (ofensor) semelhanças com ela mesma e, enfim, possa arrefecer mentalmente a lógica maniqueísta de bem (vítima) e mal (ofensor). Porque, segundo Vera Andrade a construção desse estereótipo também é um processo mental: “os estereótipos (...) são construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade quotidiana (...)”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. p. 269.)

9. PALLAMOLLA, *Op. Cit.*, p. 94.

10. O processo de empoderamento significa que vítima e ofensor assumem um papel ativo (ganham poder) na resolução do conflito, diferente do que ocorre na justiça tradicional em que a posição de ambos é de passividade. (OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 203-204.

11. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 118.

12. SHEARING, Clifford, FROESTAD, Jean. *Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos... Op. Cit.*, p. 84

13. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.29-30.

14. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 30.

15. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 152.

16. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 148-151.

17. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 34.

18. AMADO FERREIRA, Francisco. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 37.

19. LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adulto: Um novo paradigma de justiça?*. Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 120-121.

20. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. ZOMER, Ana P., CHOUKR, Fauzi H., TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz F. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 267-271.

21. SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.182.

22. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, pp. 166-167.

23. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122.

24. “o processo penal, revestido de instrumentalidade garantista, direciona-se à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos desregulados, e não da vítima” (CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). *Crítica à Execução Penal*.

Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 2.ed., p. 15).

25. CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre A Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.101.

26. A distinção entre Direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais. Essa divisão jamais significou quebra da unidade sistemática do Direito, tampouco a criação de dois domínios apartados e incommunicáveis. Formulada há muitos séculos, tem resistido às alterações profundas vividas pelo Estado, pela Sociedade e pelo próprio Direito. Convém revisar brevemente o tema, como antecedente para a discussão teórica que tem mobilizado mais recentemente o pensamento jurídico na quadra atual, referente às superposições entre *espaço* público e *espaço* privado. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

27. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público x Direito Privado*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2010, p. 08/24

28. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 384-385.

29. *Ib. Idem*.

30. *Idem*, p. 64.

31. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, pp.65-66.

32. *Ib. Idem*.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 384. Em outra passagem, Zaffaroni acrescenta, ainda, que: “Quando o conflito deixou de ser uma lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* contra o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não se procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca”(pp. 392-393).

34. *Idem*, p. 102.

35. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. CALLEGARI, André Luis. (trad.). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

36. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 272.

37. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

38. Para Habermas, por exemplo, a validade ou a verdade está baseada num consenso dependente da intersubjetividade inerente à formação do conhecimento. A verdade, nesse sentido, não tem caráter absoluto, mas sim está restrita a um contexto histórico, social, político, econômico e etc, já que parte da base da comunicação e consenso. (HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982. p. 67-73).

39. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª Ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 91.

40. *Idem*, p. 88.

## UMA (RE) LEITURA DO GARANTISMO PENAL À LUZ DA PROTEÇÃO PENAL DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

### José Ferreira Coelho Neto

Advogado. Graduado em Direito, Professor de Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Direito do Estado e Pós-graduando em Ciências Criminais pelo JusPodivm. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo compreender o novo papel dos bens jurídicos supraindividuais no Estado Democrático de Direito e, neste novo contexto, qual o papel do Direito Penal. Para esta tarefa, analisa-se o conteúdo do princípio da igualdade e sua relação com a seletividade do sistema penal. Identificando este problema, parte-se para a definição da criminalidade dos poderes, normalmente isentada dos processos de criminalização, e, considerando que este perfil criminoso tende a afetar mais diretamente os bens jurídicos supraindividuais, defende-se uma política criminal mais voltada para estas condutas. Esta política criminal, por sua vez, sofre com uma acentuada resistência da doutrina, pautada na apropriação indevida do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Este artigo, neste debate, trabalha com uma leitura mais ampla do garantismo, no que vem se convencendo chamar de garantismo penal integral ou garantismo positivo.

**Palavras-chave:** Bens jurídicos supraindividuais. Seletividade do sistema penal. Criminalidade dos poderes. Modernização do sistema penal. Garantismo penal integral.

### 1. Introdução

Primeiramente, será analisado, neste trabalho, o processo de evolução histórica da doutrina do bem jurídico, no seu labor em busca de estabelecer e difundir o conceito, bem como a sua relação com os modelos de Estado vigentes a cada período histórico, de acordo com o conteúdo político-ideológico que cada um deles encerra.

Depois, será o momento de avançar para a diferenciação entre os bens jurídicos individuais e os supraindividuais, com a consequente tentativa de conceituação destes últimos, aos quais se dedica precipuamente esta investigação. Estes figuram, desde já se afirma, entre os bons frutos do Estado Democrático de Direito, que inseriu de forma mais enfática na comunidade jurídica brasileira os direitos difusos e coletivos.

Gradativamente, a proteção destes interesses, que não se identificam com apenas um cidadão individualmente considerado, mas com toda a coletividade ou com um grupo determinado ou determinável de pessoas, vem galgando uma posição de maior relevância.

Na esfera penal, porém, ainda existe um hiato muito grande na regulamentação e tutela de tais direitos. Ademais, mesmo quando a lei penal lhes dispensa alguma atenção o faz de forma deficiente ou mesmo insatisfatória, de um lado, ante a exiguidade das penas e a injustificada quantidade de benesses penais e processuais, e de outro, pela má técnica legislativa e por um sem número de antinomias e aporias.

Feito isto, forçosa a constatação, de que o Direito Penal ainda intervém de forma mais enérgica para proteger bens jurídicos de cunho liberal iluminista, conforme apregoa um movimento doutrinário de resistência a esta tendência. Este movimento, denominado de discurso de resistência, busca seu referencial teórico, em grande medida, no garantismo penal, apontando-o como fundamento impeditivo para a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais.

Contudo, este trabalho pretende demonstrar que há um grande equívoco em colocar o garantismo, enquanto teoria, como fundamento de um discurso de resistência à modernização do Direito Penal. Para esta tarefa será realizada uma nova leitura do garantismo penal, investigado sob o pressuposto da necessidade de uma mudança paradigmática, a fim de que se ampare de forma mais séria, sistemática e efetiva os bens jurídicos supraindividuais.

Também se verificará que esta necessidade de reavaliação do paradigma penal e da interpretação corrente do garantismo penal conta com apoio nos dizeres do próprio Luigi Ferrajoli, principal teórico do garantismo, para quem “a questão penal, que a mudança da questão da criminalidade deveria fazer ser hoje repensada radicalmente, seja do ponto de vista da efetividade seja da técnica de tutela e garantia” (tradução livre)<sup>1</sup>.

Assim, na tarefa de adequar o direito penal à proteção dos bens jurídicos do Estado Democrático de Direito, este trabalho buscará desenvolver uma nova leitura que fará do garantismo penal um importante aliado do processo de modernização, superando a sua indevida apropriação pelo discurso de resistência.

## 2. Dos bens jurídicos penais

Para caminhar na tarefa proposta, de compreender e reconhecer a importância dos bens jurídicos supraindividuais e como se dá sua relação com a criminalidade dos poderes, faz-se necessário perpassar pela relevante teoria do bem jurídico, delimitando seu conceito e suas funções sem perder de vista a sua natural e importante conexão com a evolução histórica dos direitos fundamentais e consequentemente com a Constituição.

### 2.1. Notas sobre histórico, conceito e importância

Imperativo, por questões de otimização do trabalho, deixar de lado a abordagem acerca das concepções formuladas antes do período Iluminista, pois seria despidendo pontuar períodos como o antigo ou o feudal, em que a resposta penal não era mais que uma resposta ao pecado ou a uma direta agressão à divindade, aí incluídos seus diretos representantes, Reis, Rainhas, Príncipes e demais “Soberanos”.

A doutrina do bem jurídico, assume papel de destaque no Século XIX, com Birnbaum, para quem o objeto jurídico do delito era a existência de um bem radicado no mundo do ser que fosse importante para o indivíduo ou para a coletividade, passível de ser lesionado pela ação delitiva.

Numa perspectiva posterior, sob a égide do positivismo, tem destaque a posição de Binding. Como indicava o referencial teórico daquele autor, o prisma para compreender o bem jurídico era o de sua relevância para a ordem jurídica, numa perspectiva eminentemente formal. Elaborando uma síntese deste período preliminar, o professor Cezar Roberto Bittencourt<sup>2</sup>.

*O conceito de bem jurídico* somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como *lesão de direitos subjetivos*, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como *estado valorado* pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito.

A teoria do bem jurídico, a esta altura, vinha se desenvolvendo com expressiva intensidade em terras europeias. Como não poderia deixar de ser, sofreu grandes influxos do período fascista e nazista, que culminou com a Segunda Guerra Mundial.

Em determinados países, como na Alemanha e na Itália, esta perspectiva intervencionista atingiu um patamar que extrapolou as perspectivas do Estado do bem estar social, especialmente porque tinha fundamento político-ideológico numa concepção eugênica e autoritária.

Dentro desta perspectiva, servia mais aos interesses políticos uma teoria do Direito de diminuta concepção crítica, que tivesse em maior conta a forma do que o conteúdo das normas jurídicas e que, de forma reducionista, deixasse a escolha do que era importante ao total arbítrio do legislador.

Assim, no que tange ao bem jurídico, pontuava-se que o delito seria uma mera violação ao dever de obediência. Concepção que por ser ao mesmo tempo abstrata e autoritária, estava plenamente adequada aos interesses estatais dominantes à época. Assim pondera Muñoz Conde<sup>3</sup>, em obra sobre Mezger e os discípulos da Escola de Kiel:

Sua paixão pelas novas propostas jurídicas do nacional-socialismo chega a tanto que, apesar de ter sido dito muitas vezes o contrário, Mezger propõe ideias muito próximas ao Direito Penal da vontade, tão representativo do regime nazista e dos penalistas mais afins a ele, como eram os integrantes da “Escola de Kiel” (Dahm e Schaffstein).

Somente no pós-guerra, superada a pretensão de tutelar apenas o dever jurídico de obediência do cidadão, e com mais vigor especificamente na década de setenta, o conceito de bem jurídico retomou um papel de maior relevância. A evolução das novas teorias constitucionais, retomando a tradição liberal que fundamentou o princípio do constitucionalismo moderno, procurava reformular os critérios capazes de limitar o poder do legislador penal, limites que, com o positivismo, não eram satisfatoriamente impostos no campo material.

É com esta tarefa importante que se buscou promover o desenvolvimento do conceito

de bem jurídico, que resiste a despeito das críticas<sup>4</sup> e da ausência de uma definição conceitual pacífica na doutrina. No entanto, trazendo à baila alguns posicionamentos abalizados, permite-se uma compreensão mais ampla do instituto, tarefa investigativa que foi bem realizada por Luiz Regis Prado. Destacam-se os comentários feitos às posições de Welzel e Roxin<sup>5</sup>.

(...) Welzel considera o bem jurídico como um ‘bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente’. E que a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares. (...) Entende Roxin que bens jurídicos são ‘pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, em sua opinião, o Estado Social deve também proteger penalmente...’

Vislumbra-se, sob esta conceituação, que o bem jurídico tem como pressuposto um conteúdo social anterior, que é elevado pelo legislador, com a proteção jurídica, à condição de bem jurídico. Dá-se aí uma relação interessante, posto que o bem jurídico é importante socialmente e por isso é tutelado penalmente; mas, ao mesmo tempo, é importante socialmente justamente por ser juridicamente tutelado<sup>6</sup>.

O bem jurídico, em outras palavras, é um fato, como interesse socialmente relevante, que recebe a valoração do legislador penal, o que leva à produção da norma penal que tutela exatamente aquele bem considerado valioso para aquela dada comunidade em dado momento histórico.

Feito este panorama geral, deve a abordagem adentrar naquelas que são as principais funções do bem jurídico, campo onde seguramente se tem controvérsia um pouco menor. Regis Prado<sup>7</sup> afirma que serve o bem jurídico para limitar o poder punitivo do Estado, como critério informador na atividade legislativa penal. Claus Roxin<sup>8</sup> afirma ainda que o conceito por ele defendido é “um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador fronteiras de uma punição legítima”

Tem ainda função teleológica ou interpretativa, na medida em que condiciona o sentido da norma à proteção de um determinado bem jurídico. Também relevante a função individualizadora, servindo como parâmetro para a fixação da pena a gravidade e intensidade da lesão ao bem jurídico, bem como a sua importância social. Destaca-se ademais a função sistemática, auxiliando na organização, estruturação e classificação temática dos tipos no Código Penal.

Todas estas funções são, ora em maior, ora em menor medida, limitadoras da atuação do Estado e em especial de seu poder legislativo. Sendo, sob o prisma liberal-iluminista, a regulamentação e limitação do Poder a preocupação central no âmbito da teoria do Estado e do Direito Penal, o bem jurídico assume papel de destaque como parâmetro limitador do poder coercitivo. Nas palavras de Luciano Feldens<sup>9</sup>:

Em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* e conferindo, demais disso, legitimida-

de ao Direito Penal. (...) Sob esta perspectiva, qualifica-se o bem jurídico como um autêntico ponto de referência, um pensamento reitor na formação do tipo penal...

Pode se observar que, à medida que a teoria do bem jurídico impõe os limites para o legislador, ao afirmar que a intervenção penal deve respeitar a necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos lesionados ou em perigo de lesão em razão da conduta criminosa, também considera que a criminalização que se efetiva dentro destes parâmetros será legítima. São duas faces da mesma moeda.

Não há como se falar em legitimação do Direito Penal, na atual fase de evolução dos direitos fundamentais, sem que a Constituição seja o ponto central e superior, de onde emanam (ou deveriam emanar) as diretrizes de Política Criminal. Isto se justifica precisamente porque o conceito de bem jurídico depende fundamentalmente de um substrato fático-social e do respeito aos princípios reitores que limitam formal e materialmente a produção legislativa, ambos contidos na Constituição.

A Constituição, afinal, é o instrumento normativo no qual são positivados os valores fundamentais de determinada sociedade, num pacto social e político produzido em determinado contexto histórico, regulando as estruturas do poder estatal e regendo a vida social. Neste instrumento, segundo Canotilho<sup>10</sup>, “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”

Na Constituição, portanto, figuram os bens, aí compreendidos os interesses, direitos e valores, fundamentais de determinada sociedade em dado momento histórico. São, portanto, os bens jurídicos primordiais daquela comunidade. Dentre estes bens jurídicos constitucionais, haverá uma gradação de maior ou menor relevância, e apenas aos bens jurídicos constitucionais de maior relevância deverá se destinar a proteção penal.

Em suma, viu-se, nesta breve investigação preliminar, o papel central que ostenta a teoria do bem jurídico no campo penal, bem como a sua íntima relação com os valores primordiais insertos no pacto fundamental que é a Constituição. Destarte, necessário tratar de forma mais detida este importante aspecto, compreendendo quais os reflexos impostos, na teoria do bem jurídico, pelas diversas concepções de Estado.

### **2.2. Do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito – dos bens jurídicos individuais aos bens jurídicos supraindividuais**

A definição tradicional de bem jurídico vem sendo atualmente revisitada, a partir da compreensão de que é fruto, como ciência social, de um processo evolutivo ainda em curso. Outrossim, a estreita relação entre bem jurídico e Constituição e as diversas concepções que surgem a partir do constitucionalismo, tornam imperativa a investigação acerca da relação entre bem jurídico e o modelo de Estado vigente.

Por esta razão, parte-se para um pequeno resgate histórico acerca da transição ocorrida entre a consagração do Estado Liberal de Direito e, posteriormente, do Estado Social e Democrático de Direito, pela compreensão necessária da influência que tal evolução tem na (re) definição dos direitos fundamentais e da escala de valores primordiais da sociedade.

Com o Estado Liberal de Direito, primeiro espécime dos Estados constitucionais, decor-

rente da Constituição americana, mas, com maior relevância, dos preceitos da Revolução Francesa, surgiu uma gama enorme de novos direitos e garantias, de nítido caráter individual.

As primeiras Constituições ou Cartas de Direito se destinavam a estabelecer os direitos humanos fundamentais, com o fim de privilegiar o Império da Lei e do Direito, a separação de poderes e o respeito às liberdades individuais do cidadão. Assim sintetiza José Afonso da Silva<sup>11</sup>:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo cidadão, (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuaram a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal. (*grifos no original*).

Ao Estado, assim, era permitida apenas uma atuação não invasiva (negativa) à esfera jurídica pessoal dos indivíduos. Só que o conteúdo deste “não atuar” estatal é muito mais amplo do que se percebe à primeira vista. Isto porque o Estado Liberal de Direito é expressão dos interesses da classe burguesa e a imposição de abstenção do Estado se estende tanto ao campo econômico quanto ao campo político, expressando, durante longo período, o liberalismo econômico e o liberalismo político.

São consagrados, neste período, portanto, aquilo que a doutrina convencionou denominar de direitos fundamentais de Primeira Geração, ou direitos de Liberdade. Porém, estes Direitos de Liberdade não tinham um alcance universal como a ideologia burguesa pretendia *a priori* indicar. Ao contrário, foi o fundamento ideológico para perpetuar o poder político da burguesia, na medida em que as classes proletárias não tinham condições materiais para se inserir no contexto político e nos espaços formais de deliberação política.

Com a imposição jurídico-constitucional (e ideológica) de um Estado inerte, não se transpôs (e nem era essa a pretensão da burguesia) as perspectivas de uma liberdade formal, de uma igualdade formal, de uma fraternidade formal. Nas palavras de Marx e Engels, tinha-se uma mera liberdade filosófica, não uma liberdade real<sup>12</sup>.

Essas críticas provenientes do referencial socialista, ainda no Século XIX, levaram certos países à Revolução Proletária. Em outros, especialmente no mundo burguês ocidental, o Estado Liberal não sucumbiu, mas cedeu em certa medida às pressões sociais e políticas. A Primeira Guerra Mundial e a crise econômica de 1929 foram também estopins importantes que estabeleceram definitivamente a necessidade de o Estado abarcar as necessidades sociais de modo concreto, para além da mera abstração que imperava até ali.

Primeiro com a Constituição mexicana de 1917, mas principalmente com a política do *Welfare State*, a intensa demanda por direitos de cunho social finalmente logrou a ampliação de sua relevância constitucional. O Estado Liberal, assim, foi forçado pelas circunstâncias a modificar alguns de seus parâmetros centrais, abarcando novos direitos, de índole essencialmente coletiva.

Adentra-se a um momento de maior participação do Estado na vida social, abandonando-se um papel meramente abstencionista para a assunção de uma atuação positiva, prestacional. Igualmente se busca a superação de um Estado meramente formal para um Estado material. Lucas Verdú<sup>13</sup>, citado por José Afonso da Silva, trata desta transição:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Essa nova concepção constitucional busca a realização concreta dos chamados Direitos de Segunda Geração, ou dos Direitos de Igualdade, em grande medida já positivados constitucionalmente. Contudo, não é difícil notar que esta realização da igualdade no plano material não logrou efetiva concretização, o que, sem temor, deve ser atribuído à incompatibilidade do sistema capitalista com os progressos sociais, em razão do desvirtuamento liberal que sofreu a concepção preliminar de Estado Social, especialmente nos países do “Terceiro Mundo”. Paulo Bonavides<sup>14</sup> afirma, com propriedade, que:

Tem-se observado, ali, por derradeiro, a ocorrência de um Estado social regressivo, já na esfera teórica, já no patamar programático. Tudo em consequência das formulações neoliberais da globalização. De tal sorte que o Direito Constitucional da segunda geração desfigurou-se e tomou, de último, a feição neoliberal, derivada no Primeiro Mundo da dissolução dos modelos sociais, da perda de expansão de seus valores, do discurso reacionário dos interlocutores do capitalismo, que colocam, acima de tudo, nas perspectivas globais do progresso e da civilização, a dimensão das operações lucrativas, das finanças e dos altos interesses empresariais, criando, ao mesmo passo, nas extremidades da tecnologia avançada, esse sofisma de mercado que é a chamada Nova Economia, a qual empurra, paradoxalmente, o Terceiro Mundo, pela via oblíqua das especulações, para o insondável abismo do neocolonialismo.

Ademais, o Estado Social de Direito servia, em certa medida, a qualquer das representações ideológicas vigentes no período. Citando Bonavides, José Afonso da Silva<sup>15</sup> alerta sobre a ausência de critérios sólidos de adequação ideológica e política na definição de Estado Social:

Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram “Estados sociais”, o que evidencia, conclui, “que o Estado social se com-

padece com regimes políticos antagônicos, como sejam democracia, o fascismo e o nacional socialismo.”

Em razão do peso de tais críticas, um novo esforço hermenêutico compreende a necessidade de um novo modelo de Estado que atenda não só aos ideais liberais e sociais, mas que também conforme um perfil político democrático, amparado em Direitos de participação popular efetivos, na realização democrática da inserção social, cultural, econômica e política dos cidadãos, oriunda de uma participação ativa do Estado na realização dos direitos humanos fundamentais.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, devem ser amparados tanto os Direitos de Liberdade, de Igualdade quanto os chamados Direitos de Terceira Geração, além dos (pós) modernos direitos de Quarta e até Quinta Geração, como a biotecnologia, manipulação genética, a paz e os direitos informáticos.<sup>16</sup>

Constata-se, em suma, que a teoria do bem jurídico relaciona-se de forma íntima com a evolução dos modelos de Estados ora apresentada. Com base nesta lógica, é possível estabelecer o direto contato entre o Estado Liberal de Direito e os bens jurídicos individuais, como liberdade, honra, vida e propriedade. São bens jurídicos umbilicalmente associados ao paradigma liberal e individualista, refletindo de forma considerável os interesses da classe burguesa.

Entretanto, com a crise e superação do paradigma do Estado Liberal, também se tornou imperativa a superação, na teoria do bem jurídico, de um paradigma penal que restringisse o uso de seus instrumentos de tutela apenas para a proteção dos bens jurídicos individuais. Autores, como Roxin<sup>17</sup>, reconhecem esta necessidade:

Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (...), mas também as instituições estatais adequadas para este fim, sempre e quando não se possa alcançar de forma melhor.

(...) Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular.

De outro lado, tarefa complexa é a definição conceitual dos chamados bens jurídicos da generalidade, ou bens jurídicos supraindividuais. O primeiro ponto de conceituação é a verificação de que os bens supraindividuais são de titularidade não individualizada, ora pertencendo ao Estado e à sociedade como um todo, ora a grupos de pessoas determinadas ou determináveis. Esta distinção é feita por Luiz Flávio Gomes<sup>18</sup>, nos seguintes termos:

Os bens jurídicos, segundo o sujeito titular, são *individuais* (os que pertencem às pessoas singulares: vida, saúde, pessoal, liberdade, propriedade, honra, etc.) ou *supra-individuais*, que se subdividem em bens *públicos* ou *gerais* ou *institucionais* (os que pertencem ao Estado ou órgãos ou entida-

## ENTRE ASPAS

des públicas ou à sociedade em seu conjunto: interesses da administração da justiça, segurança do Estado, etc.) e *difusos* (bens de um grupo amplo e determinado ou determinável de pessoas: delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego, dos consumidores, etc.)

Os bens públicos ou gerais ou difusos têm em comum seu caráter supra-individual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, não obstante devem ser distinguidos: os primeiros relacionam-se com a sociedade em seu conjunto ou ao Estado; os segundos, por sua vez, pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determinados ou determináveis.

Outros autores, porém, trabalham com definição diferente e aparentemente mais clara e precisa. Neste sentido, tendo como base a classificação popularizada por Luiz Regis Prado, Sheilla Coutinho das Neves<sup>19</sup>:

Os bens jurídicos metaindividuais são autônomos e têm conteúdo material próprio e são classificados em: bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (Administração Pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos são aqueles que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos, que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (ambiente).

Estes bens jurídicos, por sua vez, estão relacionados aos preceitos do Estado Social e Democrático de Direito, concepção que pretende tutelar e incrementar os direitos de cunho social e coletivo. A doutrina tradicional do bem jurídico, assim, passa a compreender a necessidade de amparar novos direitos fundamentais, direitos insertos na esfera constitucional com igual ou até mesmo maior relevância do que os direitos individuais ditos “clássicos”. Esta tarefa, como já indicado, deve ter como parâmetro primordial aquilo que a Constituição indica a guisa de direitos fundamentais. Neste sentido, Regis Prado<sup>20</sup>

Para selecionar o que ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal. (*grifos no original*).

A Constituição, assim, deve servir inexoravelmente como guia para a definição dos bens jurídicos mais relevantes e para a concretização de uma política criminal do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma de política criminal conduz a uma necessidade premente de modernização do direito penal, com a inclusão e estruturação de uma estrutura punitiva que volte os instrumentos de persecução penal à proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

### 3. Necessidade de uma política criminal adequada ao Estado Democrático de Direito – a modernização do Direito Penal

Diante de um eterno contexto de crise, de perenes questionamentos aos modelos teóricos de Estado Social e Democrático projetados no pós-guerra e de eclosão ou intensificação de novas e desafiadoras formas de criminalidade, pertinente questionar: quais alternativas jurídicas se mostram viáveis?

Entende-se que a modificação desta ordem perpassa necessariamente pela releitura da teoria do bem jurídico e de sua importância como o ponto de contato que pulverizou as antigas barreiras entre a política criminal e o Direito Penal. Diante deste novo contexto, a teoria do bem jurídico, por estar diretamente atrelada à Constituição, onde figuram implícita ou explicitamente os valores principais de determinada sociedade, deve laborar com a necessidade de uma reflexão acerca da eleição de novas prioridades. Não é outro o pensamento de Maria Auxiliadora Minahim.<sup>21</sup>

Hoje, os bens jurídicos, para os quais se reclama a proteção do Direito Penal, têm natureza diferenciada daqueles que, desde o iluminismo, integravam o núcleo de suas preocupações. Pode-se mesmo afirmar que é a própria natureza do bem (difuso, supra-individual) e a forma de proporcionar-lhe proteção eficaz que constituem o cerne de toda a polêmica em torno do papel da intervenção do Direito Penal na chamada sociedade de risco.

Tornou-se, enfim, imperativo reconhecer a necessidade de proteger não só os bens individuais, mas igualmente os bens difusos e coletivos, rompendo com um paradigma nitidamente fundado numa concepção de Estado que não mais se adapta às necessidades práticas e aos riscos sociais atuais, advindos principalmente da globalização.

Tal conclusão parte da compreensão de que a legitimidade para a tutela penal não decorre necessariamente da índole individual ou coletiva do bem, mas sim de sua relevância constitucional. Yuri Carneiro Coelho<sup>22</sup> lembra que:

(...) para que seja legítima a intervenção criminalizadora do Estado, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional (...) dúvidas não restam de que a Constituição, e somente ela, pode fornecer o suporte valorativo para determinação dos bens jurídicos que necessitam de tutela penal.

Há autores que, com razão de ser, creditam uma maior relevância qualitativa ao resguardo da classe de direitos supraindividuais, enquanto parte do instrumental realizador do Estado democrático de Direito. Neste sentido, Luciano Feldens e Lenio Streck<sup>23</sup>:

No campo do direito penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito, estabelecidos expressamente na Constituição (...), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/difícultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático.

Neste particular, partindo do pressuposto de que é necessário um Direito Penal que finalmente se posicione como um instrumento de efetivação da realidade normativa da Constituição, e tendo em mente que o “Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo em que a sociedade está organizada.”<sup>24</sup>, há que se considerar o papel que uma eficaz proteção dos bens jurídicos supra-individuais há de assumir como elemento central no combate, por exemplo, à criminalidade organizada. Assim adverte Renato de Mello Jorge Silveira<sup>25</sup>:

A categoria tradicional de bem jurídico está relacionada com a de Direito subjetivo, sendo que ambas remetam à idéia do indivíduo abstrato e isolado, própria do liberalismo, a qual serviu para legitimar a desigualdade substancial inerente ao sistema burguês. Dessa maneira, pretende-se articular uma vasta demanda política de satisfação de necessidades essenciais, reais e de participação no processo econômico, o que se produz mediante a tutela dos interesses difusos. Estes são definidos, pois, como uma aspiração presente de modo informal e propagada massivamente em certos setores da sociedade, com um controle sobre o conteúdo e desenvolvimento das posições econômico-jurídicas dominantes, todavia, fechadas a uma participação.

Para a consecução deste objetivo é preciso superar a atual incongruência entre a legislação penal e as demandas da criminalidade moderna. Afinal, é inevitável ponderar que existe atualmente uma confortável e desequilibrada relação de custo e benefício para a criminalidade organizada. É possível, de um lado, tentar a conduta criminosas e, tendo êxito, atingir um patamar de lucro considerável; ou, na remota hipótese de ser descoberto, o agente criminoso ainda contará com uma série de benesses legais e procedimentais que o afastam do sistema penal, como representante que é da classe dominante.

Aí, portanto, assenta-se a necessidade de modificação da perspectiva de política criminal, para que se conduza a uma redefinição da escala de valores dos bens jurídicos, pautada efetivamente na Constituição. Deste modo, deve se elevar a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais ao papel de elemento central na atuação do Estado punitivo, destacando-se à sua proteção todo o limitado aparato persecutório estatal.

Para tanto se fazem exigíveis novas incursões hermenêuticas e um processo organizado de reformulação da (complexa) legislação penal que toque a matéria, como no caso da legislação dos crimes contra a ordem tributária, ordem econômica, ou ainda na lei de crimes ambientais.<sup>26</sup>

#### 4. O discurso de resistência e a “apropriação do garantismo penal

Parte significativa da doutrina, contudo, ainda crê que o Direito Penal deve intervir de forma mais enérgica para proteger bens jurídicos de cunho liberal iluminista, a fim de que, e isto não se afirma explicitamente, permaneça como paradigma penal a função de neutralização das condutas criminosas das massas.

É o que afirma, por todos, Raúl Arana<sup>27</sup>, ao apontar que “*La configuración del derecho penal contemporaneo em las sociedades occidentales se caracteriza por uma ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política criminal lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica ha sido objeto de críticas.*”

Esta posição, que vem sendo denominada de discurso de resistência<sup>28</sup>, termina relegando a um segundo plano a tutela de bens jurídicos supraindividuais, aos quais se relaciona, por seu turno, a criminalidade organizada. Esta concepção acerca da atual conjuntura penal, fundada quase exclusivamente no ideal liberal-burguês, representa uma tentativa de resistência à evolução das novas perspectivas de criminalização, que avançam justamente sobre as condutas desviantes das classes dominantes.

Esta organizada trincheira doutrinária compreende o Direito Penal apenas como um Direito Penal Liberal, produtor e reproduzidor das desigualdades de classe, instrumento da gestão diferencial da criminalidade e fundado em uma seleção dos bens jurídicos orientada ideologicamente sob um prisma individualista.

Nesta perspectiva, a modernização do direito penal sofre um processo constante de deslegitimação. O discurso de resistência, como já dito, brada ferozmente contra esta nova perspectiva, intitulando-a, pejorativamente, de processo de expansão do Direito Penal, considerando que aqueles que sustentam a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais estariam em busca de um direito penal máximo, próprio dos regimes autoritários.

Obviamente, esta crítica não procede. Mesmo para aqueles que podem insistentemente preferir o termo expansão, é possível concordar que se trata de uma expansão do Direito Penal apenas na medida em que ele irá atingir grupos sociais (e suas respectivas ações criminosas) nunca antes inseridos no sistema penal, quais sejam as classes hegemônicas tradicionalmente isentadas da criminalização, seja primária seja secundária.

Contudo, reforçando o que já foi dito, trata-se em verdade de um processo de modernização do Direito Penal, fundado em uma nova orientação de política criminal que finalmente pretende adequar este subsistema tão importante às diretrizes políticas e jurídicas do Estado Democrático de Direito.

O discurso de resistência também insiste em outras estratégias para manter o *status quo*. Por exemplo, periodicamente surgem propostas no sentido de “administrativização” do Direito Penal, denominado ainda Direito Penal Secundário ou Direito Penal de duas/três velocidades. São teses que buscam, no caso das condutas que atentem contra os bens jurídicos supraindividuais, a redução da carga punitiva e a retirada de seus agentes violadores da esfera de ação do direito penal e, por consequência, das penas privativas de liberdade.

Alessandra Rapassi<sup>29</sup> refuta elegantemente estas propostas, considerando, corretamente, que não são aptas à efetiva proteção dos bens jurídicos supraindividuais, pois estes são, numa revisão da escala de valores constitucionais, aqueles a quem se deve destacar a maior proteção e o foco do aparato estatal de persecução.

Dada a relevância do bem jurídico a ser protegido, o recurso, não apenas ao Direito Administrativo ou Civil, mas também ao Direito Penal faz-se inevitável para a prevenção e repressão das lesões mais graves causadas ao meio ambiente. O Direito Penal não pode ser paralisado em sua função de proteção de novos bens jurídicos a pretexto de, com isso, violar dogmas do pensamento liberal. Aliás, esse é o grande desafio do Direito Penal contemporâneo, que não pode deixar de assegurar as garantias e liberdades individuais, mas, de outro lado, deve estender-se, quando necessário, para impedir lesões que podem assumir proporções catastróficas.

Poder-se-ia acrescentar, ademais, que este processo de “administrativização” do direito

penal encontra sérios limites no princípio da proibição de infraproteção ou da vedação da proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade, mas este tema é por si só suficiente para um artigo autônomo e não poderá, infelizmente, ser aqui desenvolvido.

O que merece destaque em relação ao discurso de resistência é a utilização sempre presente do termo “garantismo”. Dá-se a entender, constantemente, que todos aqueles que não concordam com um direito penal essencialmente liberal não seriam “garantistas”. O garantismo é apresentado, assim, como o referencial teórico central de qualquer proposta contrária à incriminação de condutas ou à proteção de direitos fundamentais supraindividuais. Esta também é a análise feita por Douglas Fischer<sup>30</sup>:

[...] não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração).  
(grifos no original)

O garantismo, assim, foi erigido à condição de sinônimo de um direito penal exclusivamente liberal, voltado apenas para garantir os direitos do acusado ou para a deslegitimação do direito penal como um todo. O que se pretende demonstrar aqui, todavia, é que esta não passa de uma interpretação míope, uma visão unilateral da teoria do garantismo penal.

Portanto, a seguir, busca-se trabalhar com uma visão distinta do garantismo penal, recuperando sua condição de teoria de proteção e promoção dos direitos fundamentais, recuperando o contexto histórico de sua produção e sua constante atualização no sentido de adequação aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, do qual Luigi Ferrajoli, não se deve esquecer, é destacado expoente na Europa continental.

### **5. Conclusão – a necessidade de uma (re) leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais**

Como já mencionado, na lógica do discurso de resistência se insere a interpretação doutrinária acerca do garantismo penal que ganhou maior projeção no Brasil. Todavia, esta posição, até então majoritária na doutrina, vem perdendo espaço de modo gradativo e consistente, pois não consegue sustentar um discurso que, enquanto nega a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais, a cada dia se torna mais distante do conteúdo de seu próprio referencial teórico.

Em primeiro lugar, enxergar a legitimidade do direito penal apenas na defesa dos direitos fundamentais individuais termina por desconsiderar que a obra Direito e Razão foi produzida em determinado e relevante contexto histórico.

Havia na Itália, primeiro, a herança de uma tradição fascista que, apesar de ter declinado no pós-guerra, deixou seus reflexos jurídicos e políticos<sup>31</sup>. Mais à frente, uma pressão social e política significativa para uma reação violenta e vingativa do Estado contra os movimentos terroristas de esquerda. Por fim e já nas décadas de 80 e 90, também se verificava uma demanda por instrumentos penais e processuais rígidos, quicá autoritários, que pudessem enfrentar a máfia italiana.

Luigi Ferrajoli, principal teórico do garantismo, era parte do grupo Magistratura Democrática, sustentando, entre outras posições, a necessidade de afirmação dos direitos básicos dos acusados, não mais objetos da investigação penal e sim verdadeiros sujeitos de direitos. Era um discurso que pregava o resgate, ainda que tardio, dos princípios do Estado de Direito, em uma época em que os conceitos de Estado Democrático de Direito e neoconstitucionalismo ainda estavam sendo melhor desenvolvidos.

Portanto, naquela conjuntura era natural que o garantismo se dedicasse com maior destaque à explicitação dos direitos individuais dos acusados, voltados, por sua natureza, a uma abstenção do Estado. Porém, uma leitura mais detida dos axiomas e principais premissas do garantismo revelam que ele não se foca apenas na promoção dos direitos individuais dos acusados ou na proteção de bens jurídicos de origem liberal.

O garantismo se destaca pela definição de dez axiomas principais, logicamente encadeados e que são relativos à pena, ao delito e ao processo penal. Estes dez axiomas traduzem os princípios basilares do direito penal: 1) retributividade; 2) legalidade; 3) necessidade; 4) lesividade; 5) materialidade; 6) culpabilidade; 7) jurisdicionariedade; 8) acusatório; 9) ônus da prova; 10) contraditório ou ampla defesa<sup>32</sup>.

A definição de tais axiomas, por sua vez, cumpre uma função também política, definindo o direito penal como uma técnica de tutela que deve conferir à pena objetivos utilitários e parâmetros adequados para defini-los. Enquanto no passado o único objetivo utilitário da pena era a máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas, Ferrajoli propõe um segundo parâmetro utilitário: além do máximo bem-estar dos não-desviantes, o mínimo mal-estar necessário dos desviantes<sup>33</sup>.

Deve-se atentar que os parâmetros não são excludentes, mas devem coexistir de modo harmônico e equilibrado. Com as desculpas pelo uso de alguns clichês, os objetivos, apesar de distintos, são como os dois lados de uma moeda, ou ainda como os pratos em equilíbrio de uma balança.

Destarte, nenhum desses objetivos deve ser esquecido na gestação de um modelo garantista de direito penal. Isto porque, de um lado, caso se busque apenas o máximo bem-estar de todos, ao pesado custo do mal-estar indefinido dos delinquentes, o direito penal se aproximará do arbítrio, de um Estado autoritário e policialesco, afastando-se da Constituição.

Por outro lado, mantendo-se apenas o parâmetro utilitário que visa à obtenção do mínimo mal-estar dos desviantes, haveria uma aproximação indevida do abolicionismo penal. Justamente neste ponto figura uma das maiores distorções provocadas, ao garantismo, pelo discurso de resistência. Mesmo não sendo uma doutrina que se proclame abolicionista, o discurso de resistência assume, ainda que inconscientemente, um objetivo utilitário que apenas cuida de rechaçar e deslegitimar o direito penal, sem cuidar do outro lado da moeda, que é a promoção do bem-estar dos não-criminosos.

Fica evidente, neste ponto, a distorção interpretativa a que o garantismo penal é submetido, posto que o próprio Ferrajoli cuida de se distanciar, de modo consistente e explícito, das alternativas abolicionistas. Nas palavras do autor<sup>34</sup>:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal

## ENTRE ASPAS

– com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Ainda trabalhando nesta mesma linha de raciocínio, o garantismo penal também se preocupa em atribuir ao direito penal uma dupla função de prevenção. Primeiro, reconhecendo que a prevenção geral (negativa) segue sendo um fator importante dentro do direito penal, protegendo a sociedade. Segundo, o direito penal também deve promover a proteção dos imputados através da prevenção das penas arbitrárias, pautadas na vingança, na justiça privada e no exercício das próprias razões. Este trecho merece ser lido *in verbis*<sup>35</sup>:

Isto não significa, naturalmente, que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos essencial do direito penal. Tal objetivo é, ao contrário, a razão de ser primeira, senão diretamente das penas, das proibições penais, as quais são dirigidas para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros associados. Significa, antes, que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas.

O direito penal então tem uma dupla função preventiva e protetiva. Da vítima, contra o ofensor; do ofensor contra a vingança e reações privadas severas e sem parâmetros mínimos de humanidade. O direito penal protege o fraco do mais forte, os direitos fundamentais do mais fraco contra a violência do mais forte. Em suma:

[...] as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com punições<sup>36</sup>

O garantismo, então, é antes de qualquer coisa uma ampla teoria dos direitos fundamentais. Não apenas dos direitos individuais e sim de todos os direitos fundamentais. Não apenas uma teoria de fomento da liberdade do acusado, focada somente na limitação do poder estatal. Também possui esse viés, é óbvio, contudo fica claro que possui atribuições maiores e mais amplas do que a de somente controlar o poder institucionalizado, num cariz estritamente liberal.

O que Ferrajoli desvela e desenvolve é uma teoria que explora a tensão equilibrada entre a defesa dos direitos fundamentais da sociedade e os do ofensor. Qualquer leitor mais atento percebe que o garantismo pensado pelo autor italiano representa uma síntese ao conflito dialético entre duas teses radicais: de um lado, o abolicionismo; de outro, um Estado totalitário.

Portanto, o garantismo, por mais surpreendente que essas palavras possam parecer a princípio, também se presta à justificação/legitimação do direito penal. Todavia, este aspecto em particular é omitido sistematicamente por parcela da doutrina brasileira que se afirma garantista e que, não por coincidência, utiliza-se equivocadamente desta teoria para se posicionar de modo contrário ao processo de modernização do direito penal.

Mais uma vez o próprio Ferrajoli expõe a necessidade de o paradigma garantista se desenvolver sempre de modo convergente com os parâmetros impostos pelo Estado Democrático de Direito e pelas exigências (pós) modernas impostas, por exemplo, pela globalização e internacionalização. É o que se depreende do trecho a seguir<sup>37</sup>:

El paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en el ámbito internacional y no solo estatal.

Há uma evidente tendência de Ferrajoli de focar a evolução do garantismo na sua constante aproximação com os bens jurídicos do Estado Democrático de Direito. A necessidade deste processo de modernização do direito penal é expressa não apenas nas obras já citadas, mas também em outros escritos.

Neste sentido, o multicitado autor, por exemplo, desenvolve um conceito de criminalidade dos poderes, na busca por melhor delimitar as características desta criminalidade organizada e altamente rentável, estabelecendo uma classificação segmentada em três grupos principais: a criminalidade dos poderes públicos; criminalidade dos grandes poderes econômicos e a criminalidade dos poderes abertamente criminosos<sup>38</sup>.

Aspecto relevante a ser destacado é a relação praticamente simbiótica que existe entre estes três tipos de agir criminoso. Todos se relacionam e necessariamente terminam por colaborar para o sucesso dos demais. Pode-se dar como exemplo a contribuição da corrupção para o êxito das grandes operações de lavagem de dinheiro. Além disso, seria impensável que todo o dinheiro movimentado pelo tráfico de drogas, pela corrupção ou pelas grandes fraudes empresariais não circulasse pelo sistema financeiro internacional com espantosa facilidade.

É possível notar ainda que a criminalidade dos poderes revela um perfil ontologicamente voltado para afetar os bens jurídicos de cunho supraindividual. Diante das questões impostas pela maior complexidade desta criminalidade organizada Ferrajoli revela preocupação com a resposta que pode ser dada pelo constitucionalismo, dentro das bases do Estado Democrático de Direito<sup>39</sup>.

Isto é apenas um dos pontos que demonstra a posição de Ferrajoli no sentido de repensar o direito penal e os parâmetros de política criminal. Esta lógica se insere na perspectiva que tem o autor de que o direito e em especial o direito constitucional deve servir sempre à proteção do mais débil, do mais fraco dentro de determinada relação social e jurídica.

Nesta lógica, relembra que a evolução dos direitos fundamentais é uma história da luta contra os absolutismos. Contra o absolutismo dos poderes políticos, do poder judicial, dos poderes administrativos e policiais, e, não menos importante, do que Ferrajoli chama de absolutismo dos poderes econômicos e empresariais<sup>40</sup>.

Este último, por sua vez, ressurgiu com maior força no contexto neoliberal que desregulamenta o mercado, refletindo na crise do Estado de bem-estar, das garantias aos direitos sociais e num modelo denominado pelo autor de anarco-capitalismo globalizado<sup>41</sup>. O direito penal, reitera-se, é um instrumento importante para promoção dos direitos fundamentais da sociedade em face da conduta dos desviantes.

Não que com isso se pretenda afirmar que o direito penal seja sozinho a solução para todos os problemas sociais. Mudanças estruturais em outros campos são necessárias, é ób-

vio, mas o direito penal não pode se furtar a cumprir todos os seus objetivos, sem exceção. E estes objetivos, não é demais lembrar, abrangem tanto a prevenção geral quanto a prevenção da sanção desproporcional.

Isto não significa, ressalte-se, perder de vista o fato de que se deve evitar uma inflação legislativa que extrapole o que aconselham a base principiológica do próprio Estado Democrático e mesmo as garantias liberais e individuais consagradas historicamente, tendo que se buscar a conciliação entre a proteção penal de interesses relevantes e um exercício racional do *jus puniendi*.

Flávio Pereira<sup>42</sup> lembra que “adverte com clareza Mir Puig, aduzindo que o Estado ‘social’ e ‘democrático’, deve ser uma síntese que complementa e aperfeiçoa o Estado ‘clássico’ e ‘liberal’, e não uma alternativa a esse”.

Seguindo esta lógica, o direito penal que pode ser considerado verdadeiramente garantista é aquele que, de fato e com base nas palavras de seu principal teórico e interlocutor, está adequado ao Estado Democrático de Direito, porque pautado na proteção de todos os principais direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Esta compreensão desmistifica a doutrina que distorceu e se apropriou do termo garantismo penal, demonstrando que o direito penal garantista deve, em verdade, proteger tanto os bens jurídicos individuais quanto os bens jurídicos supraindividuais, com equilíbrio. É, em realidade, uma teoria dos direitos fundamentais, de proteção do mais fraco face ao mais forte. Em determinados casos, mais fraco é o criminoso. Em outros, especialmente no que tange aos grandes poderes políticos e econômicos, a sociedade é o mais fraco pólo da relação.

Portanto, em síntese conclusiva, o garantismo penal é, em verdade, um importante aliado do processo de modernização do direito penal, pois busca exatamente um ponto de equilíbrio entre a sanção excessiva e a sanção deficiente; entre o Abolicionismo e o Estado autoritário; entre liberdade e igualdade, buscando, sempre, a real concretização dos direitos fundamentais insitos ao Estado Democrático de Direito.

O modelo garantista, enfim, nada mais é do que a própria representação do paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>43</sup>, com tudo que isto representa para o direito penal no Século XXI. É nisto, em suma, que consiste a proposta de realizar uma (re)leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais.

### Referências

---

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do Direito Penal como instrumento de concretização da Justiça Social*. Disponível em [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/863/718](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/863/718). Acesso em: 29 de novembro de 2011.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, pp. 112-139, set/out, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

## A REVISTA DA UNICORP

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 79-89, jan/mar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Derechos e garantias – La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/dez, 2006.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUANAIS, Oliveiros. Princípio da igualdade e criminalidade de poder. In: SCHMIDT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007.

JACKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12828/12392>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

NEVES, Sheilla Maria Coutinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. *Revista de Ciências Penais*, v. 5, pp. 284-304, 2006.

PEREIRA, Flávio Cardoso. O Direito Penal como *Ultima Ratio*: Repercussão junto à lavagem de capitais e à delinquência organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 13, pp. 14-31, ago/set, 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de Poluição – uma resposta do Direito Penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALGADO, Daniel Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 01, pp. 81-91, ago/set, 2004.

### Notas

---

1. No original, “*la questione penale, che il mutamento della questione criminale dovrebbe far oggi ripensare radicalmente, dal punto di vista sai dell’effettività delle tecniche di tutela e di garanzia*”. (FERRAJOLI, 2003, pp. 81).

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.

3. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. In: ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do Direito Penal como instrumento de concretização da Justiça Social*. Disponível em [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewFile/863/718](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/863/718). Acesso em: 29 de novembro de 2011.

4. JACKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 28.

5. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-40.

6. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

7. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 50-51.

8. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

9. FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49-51.

10. CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

11. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 112-113.

12. ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 35.

13. LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975. In: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115

14. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.

15. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.

16. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35

17. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 18-19.

18. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 140-141.

19. NEVES, Sheilla Maria Coutinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. *Ciências Penais*, v. 5, pp. 284-304, 2006, p. 292.
20. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.
21. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12828/12392>>. Acesso em: 12 de maio de 2010, p. 42.
22. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 105-108.
23. FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio. *Crime e Constituição: a legitimação da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 44-45, *apud* GUANAIS, Oliveiros. Princípio da igualdade e criminalidade de poder. In: SCHMIDT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007.
24. SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 01, ago/set, 2004, p. 82.
25. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 63-64.
26. Aqui, porém, não é ainda o momento para trazer à tona propostas mais incisivas e polêmicas, como, por exemplo: a) a necessidade de codificação dos crimes contra a ordem tributária e econômica, para maior organização, racionalidade e melhor aplicação da legislação; b) a redução das hipóteses de extinção de punibilidade nos crimes tributários, por violação ao princípio da intervenção mínima; c) Ou, ainda no campo dos exemplos, a necessidade de se recorrer aos crimes de perigo abstrato, o que implicaria em um debate mais amplo sobre o princípio da lesividade.
27. ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, set/out, 2007, pp. 112-139.
28. SALGADO, Daniel Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.
29. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de Poluição – uma resposta do Direito Penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.
30. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 27.
31. Ainda hoje, os reflexos do período fascista podem ser encontrados até mesmo na legislação penal brasileira, como nos Códigos Penal e de Processo Penal, além da Lei de Contravenções, apenas para citar os exemplos mais corriqueiros.
32. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-78.
33. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.
34. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 275.
35. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.
36. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.
37. FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 113, In: FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 35.

38. *Qui mi limiterò a distinguere tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di criminalità organizzata: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei pubblici poteri. Da un lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro lato e crimini del potere, sia economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.* (FERRAJOLI, 2003, pp. 81-83.)

39. “y que respuesta puede ofrecer el constitucionalismo al doble desafío del mercado global y de los particularismos?” (FERRAJOLI, 2006, p. 114).

40. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/dez, 2006, p. 134.

41. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/dez, 2006, p. 134-135.

42. PEREIRA, Flávio Cardoso. O Direito Penal como *Ultima Ratio*: Repercussão junto à lavagem de capitais e à delinquência organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 13, ago/set, 2006, p. 15.

43. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías – La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 22.

## **A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE QUANDO DEMONSTRADA CONCRETAMENTE A RESERVA DO POSSÍVEL PELO ESTADO**

### **Suélen Nunes Oliveira**

Técnica Judiciária. Graduada em Administração com ênfase em Análise de Sistemas. Bacharelada em Direito.

### **Marcus Vinícius Aguiar Faria**

Advogado. Professor de Direito Penal e de Direito da Criança e do Adolescente da FASB. Orientador: Especializando em Direito Tributário, pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (Cuiabá/MS). Bacharel em Direito, pela Faculdade São Francisco de Barreiras – FASB (Barreiras/BA).

**Resumo:** O presente artigo visa, de forma despretensiosa, a demonstrar a inaplicabilidade da teoria da co-culpabilidade por força da teoria da reserva do possível, quando demonstrada concretamente, pelo Estado, a impossibilidade da efetivação de direitos fundamentais sociais. Se não há como se exigir do Estado uma obrigação impossível, por corolário lógico não há por que a ele se imputar parcela da culpa pela prática de crimes cometidos por pessoas afetadas pela não efetivação de direitos fundamentais sociais, ainda que demonstrado o nexo de causalidade entre a pobreza e o crime.

**Palavras-chave:** Reserva do Possível. Escassez de Recursos. Direitos Fundamentais. Inaplicabilidade. Co-culpabilidade. Infração Penal.

## **1. Introdução**

O fenômeno jurídico conhecido como “neoconstitucionalismo” arraigou três sensíveis transformações no cenário jurídico-político dos países que experimentaram seus efeitos irradiadores, a saber: i) uma transformação histórica: o sepultamento do vetusto Estado de Direito pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito; ii) uma transformação filosófica: a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo jurídico e; iii) uma transformação teórica: a Constituição deixou de ser um mero pacto político e ganhou força normativa e expansiva sobre toda a legislação infraconstitucional.

Nessa linha de intelecção, o Estado passou a ser devedor de um rol de direitos fundamentais (trans)individuais e sociais, primeiro, a título de limitação do poder público em face ao cidadão e, segundo, a título de diretriz para a promoção da dignidade humana e da solidariedade social, tudo com os olhos alvitrados para a persecução do bem-estar comum.

Os cidadãos passaram, com efeito, a serem credores estatais de um extenso rol de direitos fundamentais, prometidos na Constituição Federal.

Ocorre que o Estado Constitucional e Democrático de Direito não tem condições (financeira, institucional, pessoal, política etc.) de efetivar, até o presente momento, todos os direitos fundamentais (trans)individuais e sociais previstos no tecido constitucional, embora seja sua vontade a de que todos os seus cidadãos tenham a vida mais conseqüente com a dignidade humana.

A despeito desse imbróglio, com esteio na doutrina germânica e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, exsurgiu a teoria da reserva do possível (como prefere chamar o constitucionalista lusitano JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO), pela qual se entende que a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais, depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência etc.).

A par da discussão se a teoria da reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha em um contexto totalmente diverso da realidade histórico-concreta brasileira, o certo é que a discussão afeta à escassez de recursos insere-se no espaço discricionário de escolhas do governo e do parlamento, pela composição dos orçamentos públicos.

A doutrina e a jurisprudência brasileira têm reconhecido um limite à alegação da reserva do possível pelo Estado, qual seja um núcleo duro de direitos fundamentais chamados pelos constitucionalistas de mínimo existencial (e chamado pelos civilistas de *patrimônio mínimo*).

A rigor, a doutrina do *mínimo existencial*, também com espeque na filosofia jurídica alemã (v.g. HANNAH ARENDT, in “*A Condição Humana*”, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007), entende que nesse núcleo duro de direitos fundamentais não se inserem apenas aqueles necessários para o *mínimo vital*, ou seja, para a vida particular (sobrevivência), mas também, aqueles imprescindíveis para o *mínimo sociocultural*, ou seja, para a vida pública (social).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência pátria, mesmo diante do *mínimo existencial* como limite à alegação da *reserva do possível*, têm reconhecido, noutro giro, que quando for demonstrada concretamente, pelo Estado, a ausência de recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais, não será juridicamente possível dele exigir referidas prestações, porquanto momentaneamente tratam-se de obrigações impossíveis.

Nesse contexto, eclodiu, na seara penal, a teoria da co-culpabilidade, com inspiração das ideias do médico francês JEAN PAUL MARAT<sup>1</sup> (1743-1793), o penalista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI<sup>2</sup>, inquieto com a insistência dos ordenamentos penais em reprovar igualmente indivíduos completamente em situações diferentes ante a não efetivação dos direitos sociais pelo Estado, preconizou que se deveria reconhecer sua co-culpabilidade, ou seja, sua parte na culpa, pelo cometimento de infrações penais por pessoas afetadas pela omissão estatal.

No entanto, como bem percebe o penalista brasileiro GUILHERME DE SOUZA NUCCI, esse raciocínio é equivocado ao afirmar que a criminalidade está genuinamente ligada à pobreza.

A propósito a jurisprudência pátria atualmente é uníssona pela inaplicabilidade da teoria da co-culpabilidade, por esta mesma razão, conforme, à guisa de ilustração, nesse intróito, do e. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, em pioneiro julgado sobre o tema, *ad litteris*:

ENTORPECENTES – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL – CO-CULPABILIDADE DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE – PENA EXACERBADA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AUTORIZA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL – AUMENTO DE PENA PELA ASSOCIAÇÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO – DIMINUIÇÃO DA PENA AUTORIZADA DE OFÍCIO – **Cabe ao estado fomentar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos a preservação de seus Direitos individuais. Porém, atribuir-lhe responsabilidade pela prática de crime pela falta de política social é inaceitável, visto que se assim fosse, o estado estaria fomentando a prática delitiva. A reprovação adequada da conduta errada é um dever do estado e tem como objetivo promover a perfeição do homem e o resgate de sua cidadania.** As circunstâncias judiciais que interferem na fixação da pena-base devem ser consistentes, não sendo aceitáveis a presunção de que o transporte de substância entorpecentes em quantidade elevada, por si só, autoriza esta elevação, devendo, pois, ser reduzida a pena-base para o mínimo legal. (TJMT – Acr 2066/2003 – 1ª C. Crim. – Rel. Des. Maria Aparecida Ribeiro – DJ 20.05.2003). (g.n.)

Com efeito, vê-se, com clareza meridiana, que se não há como se exigir do Estado uma obrigação impossível (efetivação de direitos sociais sem recursos financeiros), por corolário lógico não haverá por que a ele se imputar parcela da culpabilidade pela prática de crimes cometidos por pessoas afetadas pela não efetivação de direitos fundamentais, sobretudo, sociais, ainda que demonstrado o nexo de causalidade entre a pobreza e a infração penal.

A problemática do presente artigo cinge-se em averiguar a (im)possibilidade de se reconhecer a co-culpabilidade do Estado pela prática de crimes por pessoas afetadas pela não efetivação dos direitos sociais, de modo a se perquirir se o delinquente, por consequência, merece ter atenuada, ou mesmo extinta (perdão judicial), sua punibilidade.

Justifica-se o presente estudo pela relevância jurídica e social do tema, sem olvidar da importância econômica, já que, caso haja uma mudança na jurisprudência em benefício de acusados e já condenados, poderá retroagir (e ser aplicada doravante), a teor de uma analogia do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, e, via de efeito, desabastecer os superlotados estabelecimentos penais brasileiros.

O principal objetivo do presente artigo, como já se antevê do título da linha de raciocínio desenvolvida neste introito e no título do presente trabalho, é demonstrar a inaplicabilidade da teoria da co-culpabilidade por força da teoria da reserva do possível pelo Estado.

A metodologia empregada fundamentou-se em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e comparada. O presente artigo emergiu de fecundas discussões e estudos realizados no *I Laboratório de Pesquisa Científico-Jurídica* da Faculdade São Francisco de Barreiras – eixo *Direito Penal*, na exploração da linha de pesquisa *(Des)acertos da teoria da co-culpabilidade*, realizado no mês de março de 2011.

### 2. Teoria da reserva do possível

#### 2.1. Os direitos sociais e a aplicação da reserva do possível

Segundo a maioria das doutrinas constitucionalistas, os direitos fundamentais podem ser divididos, de acordo a ordem histórico-cronológica em que passaram a ser reconhecidos, em primeira geração, abrangendo os direitos civis e políticos, tendo à efetivação do princípio da liberdade; segunda geração, abarcando os direitos sociais, econômicos e culturais, com vistas ao princípio da igualdade e terceira geração, reconhecendo os direitos da coletividade agora com realce ao princípio da solidariedade.

Há doutrinadores que reconhecem mais duas gerações, que envolveria a bioética e a tecnologia da informação. Convém dizer que o termo “geração” é o mais comum de ser encontrado, embora, Ingo Sarlet<sup>3</sup> defende o termo “dimensão” por crer que este seria mais adequado ao dar a ideia de continuidade, contrapondo o primeiro que dá ideia de fim.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, de 2ª geração, que foram fundados no princípio da igualdade de alcance positivo, não são contra o Estado, mas ensejam a garantia e a concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.

Constata-se que os direitos fundamentais são elementos estruturais de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, dificilmente podendo concebê-los com a realidade distinta, e que seguem a tradição das Cartas Constitucionais, as quais enumeram um rol de direitos fundamentais que são assim denominados, por causa da importância que possuem como elemento material básico para configurar o sistema jurídico e político.

Todavia, a própria Constituição da República, que inserem os direitos fundamentais como bem material, também possui dispositivos a serem cumpridos pelo poder estatal, como exemplo, a lei orçamentária, que limita a implementação dos direitos sociais prestacionais, ou melhor, sua aplicação se dará dentro do razoável por exigir uma alocação de recursos financeiros previstos e existentes, ressalta-se que desdém da discricionariedade do poder público, em especial ao próprio legislador.

Ainda segundo Gomes Canotilho<sup>4</sup> – ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estando assim diretamente ligada com a maior ou menor disponibilidade de recursos para o atendimento de tais direitos prestacionais consoante já frisado.

O parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, afirma que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata. Contudo, há de se levar em conta, tanto no âmbito das normas constitucionais gerais, como no das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que ambos os sistemas não constituem um sistema homogêneo.

Uma questão relacionada com o tema da eficácia é o da possibilidade de exigência imediata dos direitos fundamentais em face do poder público. Sua falta de homogeneidade remete à ilação de que nem todos os direitos fundamentais, podem ser exigíveis plenamente em face do Estado.

Observada a capacidade limitada do poder público de prover todas as necessidades ilimitadas da sociedade, seja em direitos fundamentais gerais, seja em direitos sociais prestacionais, a teoria da reserva do possível vem justamente resguardar o Estado nesta perspectiva.

Vista que por maior que seja o aparelhamento estatal e por maior estrutura que este disponha, ainda assim, ficará aquém da demanda social, não conseguindo promover um atendimento integral a todos.

## 2.2. Breve esclarecimento acerca da concretização do instituto da reserva do possível em nosso ordenamento jurídico

A sociedade vem evoluindo e crescendo numa vertiginosa velocidade que o poder estatal não consegue acompanhar tamanho desenvolvimento, ficando à luz do que deveria ser de fato o real Estado Social e Democrático de Direito. Apesar das pessoas se abdicarem de parte da própria liberdade, conferindo-a ao ente (Estado), a fim de resguardar direitos fundamentais mínimos para promover uma melhor qualidade de vida, assegurados pelos dispositivos expressos em nossa Carta Magna como item primordial à Pátria, contrariando ao colocar como a teoria da reserva do possível, instituto exportado, um aparato legal.

Sobretudo faz-se extremamente necessário a reserva do possível, vez que o suprimento de direitos sociais tem que haver alocação de dispêndio financeiro, pois possuem “custos” dependendo de recursos materiais existentes.

Esta teoria da reserva do possível teve sua origem na Nação Germânica, com intuito à época de solucionar a restrição do número de vagas (*numerus clausus*) disponibilizada a um curso numa Universidade Federal (BVerfGE 33, 303), embasado na garantia prevista pela Lei Federal Alemã, onde há a livre escolha de trabalho, ofício e profissão. No entanto, a Corte Constitucional da Alemanha decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável<sup>5</sup>, podendo exigir do estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado desde que sejam observados estes limites.

Isto posto, não bastaria a legislação pátria expressar direitos à sociedade, necessitaria substancialmente da existência de recursos materiais capazes de viabilizar a concretização destes direitos, tendo no primado da reserva do possível limitações pragmáticas.

Sendo assim, ainda que haja uma norma jurídica dentro da própria Carta Magna, ela somente poderá alcançar sua efetividade se houver condições fáticas, a fim de conferir esta eficácia, ou seja, sem reservas, sem dispêndio financeiro não há aplicação plena aos direitos fundamentais.

Nas palavras do Min. Celso de Mello, no julgamento da ADPF n. 45, “(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. (*in apud LISBOA*).

De forma que a completa realização dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser examinada segundo os parâmetros desta “reserva do possível” na visão de Canotilho, vez que estão interligados aos recursos econômicos necessários para sua efetivação. Logo sua implementação estaria sempre vinculada ao montante de aportes financeiros, capazes de serem mobilizados para o cumprimento desta finalidade. E não somente na razoabilidade como se referencia no início da defesa da reserva do possível, claro que este princípio dá parâmetros para se exigir o possível, pois do impossível não há o que fazer, nem o que se cobrar.

O Estado não pode de modo pleno e instantâneo, atender a todas as demandas de direitos sociais prestacionais, refletindo-se este fato na questão da efetividade e eficácia desses direitos, pois a prestação depende de recursos e da conjuntura econômica da época e até da disponibilidade de seu objeto, como enfatizado anteriormente.

De forma mais ampla, a reserva do possível abrange tanto a disponibilidade quanto o

poder de disposição por parte do destinatário da norma, significando que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Dentro desta perspectiva o poder público se reserva à prerrogativa de prestar somente o direito social que for materialmente possível de ser prestado, o que é bastante defensável, mormente se comprovado efetivamente que não havia uma maneira lícita de realizar a respectiva prestação.

Conquanto o penalista argentino ZAFFARONI, preconiza na esfera penal, que havendo omissão do Estado na efetivação dos direitos sociais prestacionais, deverá o Judiciário, ao ser invocado pela prática delituosa do agente, atenuar ou até extinguir a pena do criminoso em face à responsabilidade do poder estatal na aplicação dos direitos fundamentais.

No entanto, como se percebe é impossível o Estado ser penalizado e/ou cobrado por condutas reprovadoras, cuja competência, como já elucidada alhures, fica no patamar da razoabilidade.

### 3. A teoria da co-culpabilidade e seus desafios

#### 3.1. (In)aplicabilidade da co-culpabilidade

Com intuito de se entender o que venha a ser co-culpabilidade, necessário se faz uma breve elucidação da própria culpabilidade. Esta nada mais seria um juízo de censura à conduta do agente, podendo considerá-la como elemento de determinação ou medição da pena, devendo recair exclusivamente sobre este indivíduo a responsabilidade penal, conforme artigo 29 do Código Penal Brasileiro.

A co-culpabilidade seria então a punição do Estado e sociedade juntamente com o agente infrator das normas penais, vez que esta teoria defende que, se o Estado for omissor ao suprir os direitos fundamentais sociais, então deverá ser co-responsável pela conduta delituosa.

Dessa maneira a co-culpabilidade (co-responsabilidade) seria aplicada aos agentes que não tiveram sua autodeterminação respaldada na moralidade e sim na possível falta da aplicação dos direitos sociais.

E ainda que, se o Estado que possui legitimidade para suprir os direitos sociais for omissor, então será o causador pelo o agente optar à marginalidade, logo o poder estatal deverá ser “caridoso” e compensá-lo, diminuindo a sanção penal ou quiçá excluindo-a. Dessa forma o Estado entraria num papel patriarca inconsequente, que ao invés de reeducar aplicando-lhe a punição por ir contra as regras, passaria a mão à cabeça do meliante tornando-o cada vez mais impetuoso, destemido às normas sociais.

Posta esta questão, a aceitação e aplicação da co-culpabilidade traria consequências sérias como a deslegitimação do direito penal brasileiro que já é muito falho, quanto à aplicação das penas.

Sobretudo, a sociedade e o Estado já estão sendo punidos pela própria conduta delitiva, cuja aplicação da co-culpabilidade converteria na punição ao conjunto social por duas vezes. Já que é um grande equívoco por parte desta teoria elencar a pobreza, a miserabilidade, como motivos para sua aceitação e aplicação pelo Poder Judiciário.

Acertadamente se faz o raciocínio do jurista brasileiro, GUILHERME DE SOUZA NUCCI<sup>6</sup>, que elucida quão grande se é equivocados ao afirmar que a criminalidade está genuinamente ligada à pobreza.

Ademais o Poder Judiciário, em especial os tribunais brasileiros são resistentes à aplicação e aceitação desta teoria como atenuante às práticas delituosas, conforme alguns julga-

mentos do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo seus julgados expõem a inaplicabilidade da co-culpabilidade:

APELAÇÃO CRIME. FURTO SIMPLES. 1. MÉRITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 3. TENTATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO CONSUMADO. **4. ATENUANTE INOMINADA. CO-CULPABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO.** Inexistência de previsão legal. Atenuante genérica do art. 66 do CP, que não serve a tanto. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a “criminalidade é democrática”, atinge a todos os níveis sociais, indistintamente. 5. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. 6. PRIVILÉGIO. RECONHECIMENTO. 7. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. SEARA INADEQUADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70036561249, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 10/11/2010).

Observa-se que a sentença é clara ao afirmar que a culpabilidade não é uma consequência da pobreza, não devendo assim ser utilizada como atenuante para diminuição da sanção penal.

Dentro deste raciocínio se faz outros julgados, como:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. 1. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS CONFIGURADO EM RELAÇÃO À CO-ACUSADA R.M.C. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE, EM REGRA, COMO PROVA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. 2.1. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **2.2. CO-CULPABILIDADE DO ESTADO OU SOCIEDADE.** Inadmissibilidade da co-culpabilidade do Estado ou da sociedade como circunstância hábil para reduzir a pena. A tese da culpabilidade da sociedade é insuficiente em diversos aspectos: (a) inviabilidade da evocação da pobreza como causa do crime, porquanto notório que o delito permeia todos os segmentos sociais; (b) impossibilidade de delimitar um menor poder punitivo para os pobres e um maior para os ricos, gerando um direito penal a duas velocidades; (c) ignora o problema da seletividade criminalizadora do poder punitivo sobre a população. PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DEFENSIVO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70035463421, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/10/2010).

Por ora, o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda relata no julgado subsequente que não há que se invocar o baixo grau de escolaridade como justificativa, vez que o delito permeia todos os segmentos sociais, sejam cidadãos mais ou menos instruídos. E que se assim fosse reconhecida a co-culpabilidade, estaria gerando um direito penal a duas velocidades.

## ENTRE ASPAS

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. 1. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS CONFIGURADO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE, EM REGRA, COMO PROVA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. 2.1. PENABASE MANTIDA.CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **2.3. CO-CULPABILIDADE DO ESTADO OU SOCIEDADE.** Inadmissibilidade da co-culpabilidade do Estado ou da sociedade como circunstância hábil para reduzir a pena. A tese da co-culpabilidade da sociedade é insuficiente em diversos aspectos: (a) inviabilidade da evocação da baixa instrução como causa do crime, porquanto notório que o delito permeia todos os segmentos sociais; (b) impossibilidade de delimitar um menor poder punitivo para os menos letrados e um maior para aqueles com o mais alto grau acadêmico, gerando um direito penal a duas velocidades; (c) ignora o problema da seletividade criminalizadora do poder punitivo sobre a população.NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70037247806, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Odone Sanguiné, Julgado em 24/02/2011).

Os doutrinadores que defendem a co-culpabilidade expõem que nosso ordenamento jurídico já possui dispositivos legais para serem aplicados junto a esta teoria, sendo os artigos 66 e 59 do CPB.

Observemos, então, o posicionamento do TJ/RS em suas sentenças, quanto ao artigo 66 do Código Penal Brasileiro.

APELAÇÃO-CRIME. ESTELIONATO SIMPLES. 1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 3. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO COGENTE DECORRENTE DE IMPOSIÇÃO LEGAL. 4. **ATENUANTE INOMINADA. CO-CULPABILIDADE. NÃO-RECONHECIMENTO.** Inexistência de previsão legal. Atenuante genérica do art. 66 do CP, que não serve a tanto. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a “criminalidade é democrática”, atinge a todos os níveis sociais, indistintamente. 5. DOSIMETRIA DA PENA. 6. BASILAR FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO POR INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. 8. PENA PECUNIÁRIA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA PECUNIÁRIA REDUZIDA. (Apelação Crime Nº 70032013195, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 23/06/2010).

Vale ressaltar, que não só aduziu que o art. 66, do Código Penal, como uma atenuante genérica, porquanto sua aplicação teria uma total discricionariedade por parte do aplicador,

como também, elencou novamente que a criminalidade não é produto apenas da pobreza.

Entretanto, o artigo 59, expressa diversos fatores a serem analisados, e não somente a pobreza, percebe-se que há controvérsias, desta forma, a culpabilidade deveria ser analisada na instância cuja vulnerabilidade seja maior ou menor, ou seja, o quanto o agente da conduta delituosa está vulnerável ao sistema social.

Para tanto, a teoria da coculpabilidade sofre uma releitura acerca de suas justificativas e do prisma de análise, como defendida por Zaffaroni – a culpabilidade como (juízo de reprovação), está atrelada ao grau de vulnerabilidade do acusado em relação ao sistema penal – seria então a culpabilidade pela vulnerabilidade. Deixando de ser a pobreza o motivo ímpar para marginalização do indivíduo, abordando vários outros fatores.

### 3. Considerações finais

Inegavelmente, os direitos fundamentais sociais são garantidos por nossa Constituição Federal de 1988, devendo o Poder Público promovê-los, de forma substancial e à proporção que lhe cabe.

Insensato, porém, dizer que o Estado poderá brindar toda a sociedade com a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma plena, mas sim dentro do alcance estrutural, recursal, aplicando a proporcionalidade e a razoabilidade pela reserva do possível como já elucidado no presente trabalho.

A dificuldade prática é que a previsão dos direitos fundamentais é bem superior aos recursos do poder estatal para sua plena satisfação, sobretudo em países em constante crescimento e desenvolvimento econômico como é o caso da Pátria brasileira. Não há como atender simultaneamente todas as demandas sociais, dependendo diretamente de recursos financeiros.

Outrossim, ao concretizar a reserva do possível não há em que se falar na aplicação da co-culpabilidade, que faz da pobreza sinônimo da criminalidade, a fim de reduzir ou excluir a sanção penal dos agentes praticantes de condutas criminosas.

Visto que não é possível exigir uma obrigação do Estado impossível de ser realizada e sequer puni-lo por isso.

Além do mais a intervenção penal muitas vezes já se faz de mínima presença à sociedade, não podendo deixá-la mais ineficaz e desvantajosa às condutas de reprovação por pessoas que se utilizam de uma posição social menos favorecida (pobreza) para justificar suas atitudes delituosas e imorais.

Em suma, o Estado faz o que é possível para efetivar todos os direitos fundamentais, dentro, é claro, do permitido, das limitações impostas a ele, não podendo ser co-responsável por condutas criminosas que vão contra a moral e as regras sociais, principalmente no que tange a pobreza como atenuante para prática de delitos.

### Referências

---

BEZERRA, Paulo César Santos. *Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional*. Editora Renovar-2ª Edição/2009. Rio de Janeiro.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Métodos de Proteção de direitos, liberdades e garantias*. Ed Coimbra-2003.

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. *A teoria da co-culpabilidade na perspectiva do Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9206>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. Direitos Fundamentais e Justiça n.º Out e Dez/2007. Acessado no site [www.dfj.inf.br](http://www.dfj.inf.br) em 20 de abril de 2011.

LISBOA, Guilherme Simão. *A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO* publicado 19/10/2010. Acessado no site <http://www.webartigos.com> em 23 de abril de 2011.

MATTE, Natalia Allet. *O princípio da co-culpabilidade e sua (in)aplicabilidade no direito penal brasileiro*. Biguaçu, 2008.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 17 de abril de 2011.

### Notas

---

1. MARAT foi um médico, filósofo, teorista político e cientista mais conhecido como jornalista radical e político da Revolução Francesa. Seu trabalho era conhecido e respeitado por seu caráter impetuoso e sua postura descompromissada diante do novo governo, Inimigos do Povo e reformas básicas para os mais pobres membros da sociedade.

2. Zaffaroni é ministro da Suprema Corte Argentina. Ainda, é professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal. Suas teorias são amplamente difundidas no Brasil, tendo publicado livros em co-autoria com Pierangeli e com Nilo Batista em português.

3. Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e na PUC/RS, na qual também leciona a disciplina “Direitos Fundamentais” no Mestrado em Direito.

4. José Joaquim Gomes Canotilho é um jurista português, licenciado e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É considerado por muitos como um dos nomes mais relevantes do direito constitucional da atualidade.

5. Conceito jurídico, ligado à ideia de bom senso e proporcionalidade. Segundo a maioria dos doutrinadores jurídicos, baseia-se na construção jurisprudencial desenvolvida nos Estados Unidos, onde os juízes possuíam uma maior liberdade para interpretar a lei de acordo com os princípios da Constituição. Tal conceito inspirou o chamado Princípio da Razoabilidade, presente na Constituição brasileira de 1988.

6. No meio jurídico, é atualmente um dos mais conceituados doutrinadores na área do Direito Penal brasileiro. Tem em seu currículo diversas obras publicadas nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e respectivas leis extravagantes.

## A QUEBRA POSITIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PROCESSO PENAL

### Marcos Bandeira

Juiz de Direito. Professor da UESC. Coordenador Estadual da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude (ABRAMINJ). Membro da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família. Membro da Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização de Presídios e Unidades Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Bacharel em Direito pela UESC. Especialista em Direito Processual Civil pela UESC. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas. Doutorando em Direito pela Universidad Nacional Lomas de Zamorra, Argentina.

**Resumo.** O presente trabalho procura demonstrar a concretização do princípio constitucional da presunção da inocência com o advento da nova Lei das Prisões e Medidas Cautelares – Lei nº 12.403/2011 –, vislumbrando tecnicamente a possibilidade da quebra do princípio da igualdade jurídica entre acusação e defesa, desde que seja para beneficiar o acusado, parte mais frágil da relação processual, principalmente quando se trata de proteger direitos fundamentais, como o direito de ir e vir, que só deve ser atingido em situações excepcionais ditadas por necessidade de ordem cautelar. *Contrario sensu*, quando se trata de assegurar a liberdade, admite-se que o juiz, mesmo sem ouvir o Ministério Público, conceda liberdade provisória sob o fundamento da quebra positiva do princípio da igualdade.

**Palavras-Chave:** Prisão. Medidas cautelares. Igualdade. Quebra positiva. Liberdade provisória. Princípio. Presunção da inocência.

### 1. Introdução

A entrada em vigor no Brasil da Lei nº 12.403/2011 trouxe inúmeros questionamentos alardeados pela mídia sensacionalista que distorciam a sua essência, (des)informando a sociedade sobre os verdadeiros propósitos dela. Logo após o advento da Lei das Medidas Cautelares, as reportagens veiculadas em jornais e canais de televisão transmitiam uma sensação de insegurança à população sob o discurso falacioso de que a nova lei colocaria nas ruas milhares de bandidos e que a mesma trazia consigo a pecha da impunidade. É verdade que tais comentários se ressentiam de uma abordagem técnica mais elaborada ou aprofundada, ou como se verificou em alguns casos, sem qualquer análise técnica da nova lei.

O presente trabalho, sem qualquer objetivo mais ambicioso, buscará delinear o verdadeiro espírito da lei das medidas cautelares estribado no princípio constitucional da presunção

da inocência – art. 5º LVII da CF –, delimitando, entretanto, a temática aos poderes de iniciativa do juiz na concessão da liberdade provisória ou na decretação da prisão preventiva na fase investigatória da apuração do fato delituoso, sob a perspectiva do sistema acusatório e do princípio da igualdade jurídica das partes no processo penal materializado na paridade de armas.

### 2. O contexto da nova lei

O advento da Lei nº 12.403/2011 contrastou com o cenário de violência experimentado em todo o Brasil, no qual o discurso da lei e da ordem grassava de norte a sul pugnando pelo endurecimento das penas e a valorização da pena privativa de liberdade. No Brasil, segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do CNJ<sup>1</sup>, havia cerca de 500.000 pessoas encarceradas, sendo que 44% (220.886) eram de presos provisórios, havendo um aumento de 1.252% de presos provisórios no período de 1990 a 2010, enquanto o aumento de presos definitivamente condenados aumentou apenas 278% no mesmo período. As cadeias e os presídios espalhados pelo país são normalmente superlotados, fétidos e sem condições mínimas de desenvolver um projeto de socialização dos presos. Contaminados com esse discurso da lei e da ordem, alguns juízes criminais de primeiro grau passaram a transformar a prisão preventiva em instrumento de políticas públicas<sup>2</sup>, praticamente desfigurando-a no afã de resuscitar a prisão preventiva obrigatória do Código de Processo Penal de 1941, e assim conter simbolicamente a insegurança na comunidade<sup>3</sup>. A aplicação da prisão preventiva como antecipação indevida da pena fere frontalmente várias garantias e princípios constitucionais, principalmente o princípio reitor, que é da inocência ou da não culpabilidade. Nesse particular, alguns magistrados utilizam conceitos abertos e genéricos como “Ordem Pública” para justificar prisões que nada têm a ver com a instrumentalidade do processo. Discorrendo sobre a prisão preventiva e o princípio da inocência, o jurista Santiago Vegezzi<sup>4</sup>, valendo-se da lição de Vélez Mariconde, de forma categórica, preleciona:

ES por ello, que entiende que “La coerción personal Del imputado ES legítima cuando tiende a hacer posible Y a asegurar el ejercicio regular de La función judicial que La norma constitucional prevé, así como será ilícita La conducta de aquél toda vez que impida o ponga em peligro tal ejercicio” y concluye: “La libertad personal Del imputado solo puede ser restringida a título preventivo, cautelar y provisional, em la medida indispensable paa hacer posible El ejercicio regular de la función judicial Del Estado”. Por lo tanto, según esta postura, la prisión preventiva, cuando não persigue fines procesales, vulnera El principio de inocência.

Como é curial, a prisão preventiva no âmbito de um Estado Democrático de Direito somente se justifica se houver exigências processuais de natureza acautelatória, pois assim estaria respeitando o princípio constitucional da presunção da inocência, em face de uma necessidade instrumental do processo. Nesse sentido, é lapidar a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>5</sup>, com apoio da doutrina de José Castro de Souza, senão vejamos:

É verdade – e não se pode olvidar – que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro, estão os demais valores constitui-

onais que representam direitos, liberdades, garantias, enfim, a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse binômio “interesse social” versus “presunção de inocência”, chegou-se à conclusão de que somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas.

Todavia, o que se verificava na realidade forense brasileira era precisamente o oposto dessa construção teórica de inspiração constitucional, pois os juízes criminais, de uma forma geral, ao receberem a Denúncia pela prática de crimes graves, como homicídio, roubos, estupro, dentre outros, já despachavam o processo conjuntamente com a decisão aformulária de decretar a prisão preventiva, seja a requerimento do Ministério Público, seja por representação da autoridade policial, seja *ex-officio*. Essa era a orientação dada aos estagiários e aos assessores de plantão, restabelecendo assim sutilmente o princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, com a transformação da prisão preventiva em prisão obrigatória para determinados crimes graves<sup>6</sup>, como ocorria entre nós sob o jugo de um regime totalitário. Com efeito, o que se constatou na prática foi uma profusão de prisões provisórias no Brasil, superlotando ainda mais o nosso combalido sistema penitenciário que em dezembro de 2010 já atingia o extraordinário número de 500 mil presos, dos quais 44% eram de presos provisórios<sup>7</sup>. Banalizava-se o instituto da prisão preventiva, principalmente, quando a decretação se apoiava na necessidade de garantir a ordem pública. O conceito aberto e genérico de “ordem pública”, a exemplo do remédio salsa parrilha, servia para tudo, mormente quando o juiz não encontrava elementos concretos e idôneos para decretar uma prisão preventiva e necessitava de dar uma “satisfação à mídia ou a sociedade” para prender algum indivíduo que cometeu um crime grave. Na vala larga da “ordem pública” cabia tudo para justificar a prisão preventiva, como motivação de “comoção social”, “credibilidade da Justiça”, “perigosidade do réu”, “os espalhafatos da mídia”<sup>8</sup>, banalizando o instituto e transformando-o num verdadeiro instrumento de opressão e de política pública nas mãos de um juiz criminal, violando assim, frontalmente, o princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII da CF de 1988. Nesse sentido, é lapidar a lição de Tourinho Filho<sup>9</sup>, senão vejamos:

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É, datíssima maxima vênica, um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem Pública” diz tudo e não diz nada... A ordem pública nada tem que ver com o processo. Há cem léguas de distância entre ela e a garantia de um processo justo. Admitia-se a prisão preventiva, como garantia da ordem pública, numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétrea de nossa Lei Fundamental. Sem embargo, já se decretou prisão preventiva para não afetar a credibilidade da Justiça (RT, 768/573), para assegurar a integridade da vítima (JSTJ, 2/263), para cessar constrangimento contra a vítima (RT, 774/683), pela repulsa gerada no meio social (JSTJ, 73/84), pela periculosidade evidenciada no crime (RT, 648/347) etc. Trata-se, a nosso Juízo, de decisões que afrontam a Lei Maior. Simples pretextos para exibição de força e poder.

Como se depreende, esse era o cenário brasileiro quando entrou em vigor a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, denominada Lei da Prisão e das Medidas Cautelares. Na verdade, como se pode observar, a realidade forense entoava o Hino da Lei e da Ordem, inspirada na tolerância zero e sustentada na ressuscitação do princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, de triste memória. Destarte, a consequência dessa prática cotidiana brasileira nos fóruns criminais não poderia ser outra senão a banalização da prisão preventiva com o aumento extraordinário e assustador dos presos provisórios e o “inchaço” dos presídios no Brasil, com a violação sistemática do princípio da presunção de inocência e outros direitos fundamentais do cidadão. O legado deixado por essa prática é estarrecedor: rebeliões sucessivas deflagradas em vários presídios brasileiros, mistura de presos provisórios e aqueles definitivamente condenados, tratamento cruel e desumano, inexistência de qualquer projeto educativo ou de ressocialização dos presos, violação sistemática dos direitos dos presos previstos na Lei de Execução Penal, na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais, enfim a prática autoritária concretizada por alguns juízes criminais brasileiros transformaram os cárceres brasileiros em “depósito de seres humanos” ou “fábrica de bandidos”, já que no seu interior predomina a lei do mais forte ou do código penal não escrito, pelo qual as facções criminosas estabelecem e executam as próprias regras, arregimentando verdadeiros exércitos para engrossar as suas fileiras, principalmente entre os presos provisórios. O preso provisório, segregado por força de uma prisão preventiva, ainda não foi julgado, podendo, inclusive, como já ocorreu em várias situações<sup>10</sup>, ser considerado inocente e absolvido da imputação que lhe irrogaram. Todavia, o preso condenado definitivamente pela prática de crimes hediondos, eventual integrante de alguma facção criminosa e já familiarizado com a criminalidade há algum tempo, acaba cooptando o preso provisório para suas fileiras, aproveitando do exercício de poder que exerce no interior do presídio e da fragilidade e vulnerabilidade do preso provisório. Essa situação anômala com relação ao tratamento dos presos provisórios já chamou a atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme nos informa o jurista Geraldo Prado, aduzindo que o informe 35/07 da referida comissão estipulou regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incluindo o Brasil, estabelecendo regras acerca dos critérios desenvolvidos para a validade jurídica das prisões preventivas. Prado finalmente argumenta:<sup>11</sup> **“São sinais expressivos, que não se pode ignorar: a angústia penalista, os números de presos provisórios em expansão permanente e geométrica e a decisão no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos”**. Destarte, esse cenário sombrio verificado em todo o Brasil, com a expansão geométrica da prisão preventiva e a superlotação dos presídios brasileiros, pavimentou o terreno para a modificação desse cenário normativo, com o advento da Lei nº 12.403/2011, também conhecida como a nova lei das prisões e medidas cautelares.

### 3. A Lei nº 12.403/2011

Diante do cenário sombrio de nossa realidade forense, no qual as pessoas cumpriam penas antes mesmo de serem julgadas definitivamente com as garantias do contraditório e da ampla defesa, por força da banalização da prisão preventiva utilizada como instrumento de antecipação de pena, sem dúvida, que a nova Lei – 12.403/2011 – trouxe perplexidade, inquietude e insegurança a parte significativa de nossa sociedade. Ressalte-se, entretanto, que a nova lei veio precisamente concretizar o princípio reitor do processo penal brasileiro insculpido no art.

5º, LVII da CF, que é o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, ajustando-se assim a legislação infraconstitucional aos cânones constitucionais. O jurista Geraldo Prado, de forma engenhosa e didática, discorre sobre a simetria da Lei nº 12.403/2011 e o princípio da presunção da inocência estabelecido em nossa Constituição Federal, como se pode observar:

Proponho que vejamos a Constituição como um grande plano arquitetônico, algo como o projeto de Brasília, obra de Oscar Niemeyer e Lúcio Costa. Mesmo o gênio de ambos não demitiu os responsáveis pela execução do projeto da (árdua) tarefa de transportar para o real aquilo que fora imaginado. E no traslado da idéia ao concreto outros microprojetos são demandados.

Os arquitetos responsáveis pelo “detalhamento” do projeto funcionam como legislador ordinário. Estes arquitetos foram importantes como o Congresso é relevante na mediação Constituição/leis, pois articularam “imagem” e “real” tomando por base o macroprojeto (na metáfora, a Constituição), mas com evidente liberdade de conformação que, respeitados os traços mais abrangentes, ajustam a obra concreta às condições de vida planejada, tal seja orientada ao futuro.

[...] Em outras palavras, o congresso (pela Lei nº 12.403/11) minuncia o projeto geral inscrito na Constituição e oferece aos profissionais (Delegados, MP, Juízes, Defensores, etc.) a indicação precisa dos materiais, ferramentas e itinerários a serem empregados e seguidos quando o tema consiste em intervenção provisória sobre liberdade e os bens de pessoas titulares do princípio da presunção de inocência( art. 5º, LVII da CF).<sup>12</sup>

Como se depreende, o sistema processual brasileiro que sempre se caracterizou pela bipolaridade<sup>13</sup> – prisão ou liberdade – agora com o advento da nova lei se ajusta ao princípio constitucional da presunção de inocência e oferece ao juiz várias alternativas descarcerizadoras, de natureza cautelar, capazes de assegurar a efetividade do processo, ficando a prisão preventiva como a “ultima ratio”. Luiz Flávio Gomes,<sup>14</sup> na obra citada, explicita:

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade assim como para a efetivação do direito de punir do Estado.

No plano doutrinário, grassa sérias divergências com relação à unicidade processual, fenômeno que precisa ser descortinado para a efetiva acomodação das medidas cautelares. Boa parte da doutrina, máxime apoiada no pensamento de Jacinto Coutinho e Aury Lopes<sup>15</sup>, nega a existência de uma teoria unitária do processo, sob o fundamento de que a forma é a garantia do processo penal e o princípio da legalidade é o reitor de todas as atividades desenvolvidas pelo juiz criminal. Todavia, com a devida vênia do pensamento esposado pelos ilustres doutrinadores, entendo que a ciência processual é simbolizada como uma grande árvore,

cujos ramos diversos – penal e não penal – não infirmam à sua origem e essência, ensejando assim que se elabore cientificamente uma teoria geral do processo, já que vários princípios e institutos são comuns ao direito processual cível e penal, com algumas variáveis que não chegam a infirmar o seu caráter unitário. Nesse sentido, é lapidar a lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>16</sup>, senão vejamos:

Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O Direito Processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substancial a atuar... A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrentes) refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (Arts. 22, Inc. I e, 24 inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo.

Assim, embora concebendo como ponto de partida uma teoria unitária do processo, entendemos que o processo cautelar nos moldes preconizados pelo direito processual cível não se aplica ao direito processual penal. Nesse ponto, concordamos com o jurista Aury Lopes<sup>17</sup>, quando assevera que, no processo penal, em razão da forma e do princípio da legalidade, não existem medidas cautelares inominadas e o juiz criminal não possui o poder geral de cautela. Na verdade, não existe processo penal cautelar deflagrado com uma petição inicial, seguida de uma contestação e instrução, finalizando-se com uma sentença cautelar, conforme ocorre no âmbito do processo cível. O jurista José Frederico Marques<sup>18</sup> preleciona categoricamente:

É preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se poder falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos exerça, refogem do conceito de ação.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do jurista Rogério Lauria Tucci<sup>19</sup>, senão vejamos:

As medidas cautelares no processo penal são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor.

Desta forma, podemos afirmar que existe, no processo penal, uma tutela de natureza

cautelar que não se confunde com processo cautelar, e que se consubstancia nas medidas cautelares, que devem ser aplicadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, com estrita observância do princípio da legalidade e da necessidade de efetividade instrumental do processo. Segundo a classificação doutrinária bem aceita<sup>20</sup>, as medidas cautelares no processo penal podem ser divididas em: a) medidas cautelares pessoais (relacionadas com o suspeito, acusado); b) medidas cautelares de natureza civil ou reais (relacionadas a reparação do dano); c) medidas cautelares relativas às provas. Como é cediço, já existia o arresto, sequestro e especialização do registro da hipoteca legal como medidas cautelares de natureza patrimonial, bem como a prisão preventiva e outras medidas relacionadas à prova, como a antecipação da inquirição da prova testemunhas e as interceptações telefônicas, todavia, agora com o advento da nova lei, foram criadas medidas cautelares pessoais diversas da prisão carcerária, oferecendo assim um leque de opções ao juiz criminal. Vejamos o que estabelece o art. 319 do CPP, “in verbis”:

**Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:**

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

**II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;**

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

**IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;**

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

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

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

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

**IX – monitoração eletrônica**

**§ 1º revogado**

**§ 2º revogado**

### § 3º revogado

### § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Como se inferem as medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP, aliadas às outras que já existiam, incluindo a prisão preventiva e a temporária, constitui o conjunto da tutela cautelar de que dispõe o juiz criminal para a garantia e regular desenvolvimento do processo penal e a efetividade do “jus puniendi”<sup>21</sup>, valendo ressaltar que a prisão preventiva, em face de ser uma medida cautelar extrema que priva o investigado ou acusado do direito de ir e vir sem a formação de culpa concluída, deve ser a “ultima ratio”, ou consoante expressão do jurista Luiz Flávio Gomes, “extrema ratio da ultima ratio”<sup>22</sup>. Seguindo esse mesmo posicionamento com relação à natureza instrumental da prisão preventiva, Santiago Vegezzi<sup>23</sup> argumenta que

El mérito sustantivo no tiene peso próprio para El dictado de la prisión provisional, porque siempre se deben presentar, además, la existência de otros requisitos que habilitarían su procedência, entre los que se destacan la comprobación efectiva de los peligros processales – peligro de fuga o entorpecimiento de la acción de la justicia – como requisito ineludible. Sin la verificación de la existência de algún peligro procesal, la prisión preventiva no tendría ningún viso de legitimidad – exista o no mérito sustantivo.

Com efeito, o juiz criminal, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, aferirá em cada caso concreto qual a medida cautelar mais adequada para preservar a higidez e os fins alvitados pelo processo principal. É verdade que, em alguns casos, em face da gravidade do fato delituoso e do perfil do investigado ou acusado, a prisão preventiva será a medida mais adequada, bem como nos casos de descumprimento injustificável de uma medida cautelar diversa da prisão decretada anteriormente, todavia, com o advento da nova lei, não se deve mais banalizar o instituto da prisão preventiva, de sorte que o juiz, ao verificar que ao final do processo não haverá qualquer possibilidade de decretar a pena de prisão, não deverá, em hipótese alguma, decretar prisão preventiva. A gravidade do fato delituoso por si só não é suficiente para justificar a decretação de prisão preventiva. Além do pressuposto do “*fumus commissi delicti*”, exige-se a necessidade apurada com base em fatos concretos extraídos dos autos que ditem razões de ordem cautelar de segregar o indicado ou acusado preventivamente - “*periculum libertatis*”. A nova lei, de uma forma bastante clara, veio para se ajustar aos cânones do princípio constitucional da presunção da inocência – art. 5º, LVII da CF –, evitando a decretação de prisão provisória como antecipação de pena, sem qualquer sinal de cautelaridade.

Diante dessas premissas que cristalizam o espírito da nova lei, indaga-se: O juiz criminal pode decretar de ofício a prisão preventiva na fase investigatória mesmo tendo elementos que justifiquem a sua necessidade? A resposta negativa se impõe, pois a atuação do juiz na fase investigatória sem a provocação das partes viola o sistema acusatório consagrado em nossa Constituição Federal (art. 129, I) atingindo direitos fundamentais do investigado. O jurista Aury Lopes assevera: “é inegável que o juiz que decreta uma prisão preventiva de ofício viola os limites impostos pelo sistema acusatório, sendo, portanto, substanci-

almente inconstitucional a decisão. Mais do que isso, fulmina estética de imparcialidade, tornando-o impedido de continuar no processo”<sup>24</sup>. O pensamento do insigne jurista, apoiado nos ensinamentos de Jacinto Coutinho, se nos afigura exagerado quando transportado para o campo do processo, pois entendemos que o juiz no processo penal não é um mero espectador do processo, mas protagonista, e como corregedor permanente do processo, deve expurgar todos os vícios ou irregularidades que possam comprometer a sua higidez, bem como adotar medidas cautelares para resguardar a sua efetividade e os próprios objetivos do processo penal, mesmo de ofício. Todavia, na fase pré-processual, no âmbito da investigação criminal, existem outros atores que se encontram legitimados para tal mister, e o juiz só deve exercer a sua reserva de jurisdição para determinar providências cautelares, quando provocado pela autoridade policial, pelo querelante ou Ministério Público, ou pelo próprio acusado quando a sua intervenção for necessária para proteger direitos fundamentais. O jurista Geraldo Prado,<sup>25</sup> discorrendo sobre o sistema acusatório, assinala de forma mais coerente a participação do juiz na fase investigatória, senão vejamos:

Portando, a coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um devido processo penal cautelar, em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até que o juiz deverá permanecer inerte, sob pena de quebra da imparcialidade... portanto é estranho ao sistema acusatório, porque incompatível com o princípio acusatório, o poder do juiz, por exemplo, de ofício decretar a prisão preventiva do indiciado (art. 311 do Código de Processo Penal).

Como se depreende, o sistema acusatório se caracteriza fundamentalmente pela separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como pela gestão das provas nas mãos das partes. Pelo referido sistema, a persecução penal se realiza sob o império da oralidade, publicidade e do princípio da paridade de armas, constituindo-se o processo num verdadeiro instrumento de defesa dos direitos fundamentais do acusado diante do arbítrio do Estado. Giovanni Leone apud de Geraldo Prado, na obra já citada<sup>26</sup>, acrescenta que, “deduzida a acusação, o magistrado se libera da vinculação às iniciativas do autor, impulsionando oficialmente a persecução penal, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade”. Evidentemente que o nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema acusatório em toda a sua pureza teórica, como já tivemos oportunidade de discorrer sustentando a figura do juiz protagonista-não inquisidor<sup>27</sup>, que pode produzir provas suplementar às partes, como autoriza o art. 156 e 497, XI do CPP. Todavia algumas linhas mestras do sistema acusatório devem ser respeitadas, como, por exemplo, o afastamento do juiz da fase investigatória ou pré-processual, só exercendo a sua reserva jurisdicional quando provocado para aplicar uma medida cautelar ou preventiva, ou para resguardar direitos fundamentais do indiciado ou investigado.

#### 4. Quebra positiva do princípio da igualdade

Urge, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, discorrermos algumas linhas sobre a prisão em flagrante, no sentido de desvelar a sua verdadeira natureza jurídica. No

Brasil, a prisão em flagrante ficou consagrada como espécie de prisão cautelar, já que uma vez verificada à sua regularidade e acomodação aos imperativos legais do art. 302 do CPP, o sujeito permanecia custodiado provisoriamente até o final do processo. O juiz criminal normalmente ao ser comunicado da prisão em flagrante de alguém despachava simplesmente dando ciência do ato e mandando aguardar a denúncia para que se procedesse a juntada posterior do auto de prisão em flagrante ao respectivo processo. Nada mais, nenhuma linha de fundamentação. Na verdade, a prisão em flagrante valia por si mesmo, e o sujeito permanecia detido por ser provavelmente culpado. Como se infere nada havia de cautelar, e a prisão em flagrante foi tolerada muito tempo no Brasil como antecipação de pena e com base no princípio da presunção da culpabilidade de 1941.

O jurista italiano Francesco Carnelutti, citado por Aury Lopes,<sup>28</sup> explicita que concepção de *Flagrância* está diretamente relacionada a “la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se vê la llama es indudable que alguna cosa arde”. Com efeito, essa certeza visual do delito – “*fumus commissi delicti*” obriga a administração pública a agir para evitar a consumação do fato delituoso ou atenuar as suas consequências podendo inclusive fazer a detenção do autor do fato. O que é obrigação para os órgãos do Estado, principalmente para a polícia, é faculdade para o particular. Logo, a prisão em flagrante, sem embargo da “visibilidade do delito” de que nos fala Francesco Carnelutti<sup>29</sup>, é um ato precário e que não dirigida a assegurar a eficacidade do processo, razão pela qual, necessitada da chancela judicial para ser transformado em prisão preventiva (caráter cautelar) ou liberdade provisória. Trata-se, na verdade, de uma mera medida pré-cautelar e que não sobrevive por si só, pois destina-se precipuamente a deixar o flagranteado à disposição da autoridade judicial para que o mesmo converta em prisão preventiva ou conceda ao indiciado liberdade provisória. Nesse sentido, é lapidar a lição de Aury Lopes:

A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Nesse mesmo sentido, Ferraioli e Dalia citados por Aury,<sup>30</sup> na mesma obra, explicitam categoricamente: “*T’arresto in flagranza é una misura pre-cautelari personali*”. Por isso, a nova lei das prisões e cautelares – Lei nº 12.403/2011 – veio colocar a prisão em flagrante em seu devido lugar, como medida de caráter pré-cautelar e que deve passar pelo crivo do judiciário para sua conversão em prisão cautelar, ou substituição por alguma das medidas cautelares diversa de prisão.

Nessa mesma perspectiva, no âmbito do sistema acusatório, indaga-se: pode o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante conceder liberdade provisória sem a ouvida do Ministério Público? A resposta positiva se impõe, pois o indiciado ou acusado por ser a parte mais vulnerável na relação processual e na esteira dos princípios da presunção da inocência e do favor rei, justifica-se a quebra do princípio da igualdade simbolizado na “*par conditio*” – paridade de armas – para tutelar o *jus libertatis*, que é a regra em nosso ordenamento jurídico. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Geraldo Prado<sup>31</sup>, prelecionando que “a exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade provisória, em consideração ao princípio do favor rei, à presunção da inocência e ao papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios”. Reforçando essa assertiva, Aury Lopes, discorrendo sobre o apenado, mas cujas fundamentações teóricas têm plena atividade em todo o processo penal, assim preleciona:

Ademais, a eventual quebra de igualdade que se estabelece entre as partes é explicada pela teoria da quebra positiva da igualdade jurídica. O sistema admite que o juiz atue, mas deverá fazê-lo necessariamente em benefício do hipossuficiente, logo, do apenado. Jamais atuar de ofício no sentido de auxiliar o Ministério Público ou suprir sua inércia.

**Se for para quebrar a igualdade, que seja uma quebra positiva, em benefício do hipossuficiente, que será sempre o apenado.**

**É a quebra positiva da igualdade quando um ato aparentemente desigual gera, na verdade, uma igualdade. Em definitivo, a única quebra da igualdade que o sistema admite é a quebra positiva, em favor do hipossuficiente, como forma de gerar uma igualdade jurídica.**

O princípio da igualdade previsto no art. 5º da CF é transporte para o processo penal pela garantia de paridade de armas – *par conditio* –, no sentido de igualar as armas da defesa e da acusação. A verdade processualmente possível deve ser buscada na esteira do sistema acusatório, respeitando-se o devido processo legal com todos os seus consectários, como juiz natural, ampla defesa, contraditório, dispensando às partes tratamento igualitário. Todavia, o sistema admite exceções, que deve sempre beneficiar a parte mais frágil dessa relação processual. Nesse sentido, é lapidar a lição de Antonio Scarance Fernandes<sup>32</sup>:

Mas quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento igualitário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.

O tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo*; favor rei.

Sem embargo da igualdade formal de todos perante a lei, o sistema engendra pela profundidade da igualdade material como forma de realização de justiça humana, na medida que procura igualar ou diminuir as diferenças dos desiguais na medida de suas desigualdades. O jurista José Afonso da Silva assim se posiciona: “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”<sup>33</sup>. Essa desigualdade se manifesta no processo penal, no qual o órgão acusador, com base nas provas produzidas em regra pela polícia judiciária, sustenta uma tese acusatória. O acusado, na maior parte dos processos penais, não dispõe de condições suficientes para constituir um advogado particular, ensejando assim que a defesa técnica seja patrocinada pela defensoria pública, cuja estrutura se mostra deficiente em vários estados da federação. O juiz, como sujeito equidistante às partes, deve conduzir o processo com imparcialidade, assegurando-se ao acusado a ampla defesa e o contraditório, objetivando alcançar-se a verdade processualmente possível. Na seara das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, o juiz deve procurar a medida menos gravosa para o acusado e que seja adequada para atingir os escopos do processo penal. Essa é a regra da quebra positiva do princípio

da igualdade jurídica, pela qual o juiz, em determinado caso concreto, poderá aplicar quaisquer das medidas cautelares, de ofício, desde que seja a mais adequada para resguardar a eficácia do processo penal. Em outras palavras, o juiz, valendo-se do princípio da proporcionalidade, deve, em cada caso, aplicar a medida menos gravosa ao indiciado ou acusado, desde que seja suficiente para resguardar os escopos instrumentais e acautelatórios do processo.

Desta forma, no âmbito do processo penal brasileiro, a quebra do princípio da igualdade é justificada para compensar a condição de hipossuficiente ou de fragilidade do acusado diante da acusação que lhe é imputada pelo aparato do Estado-acusação, e também como forma de assegurar direitos fundamentais, principalmente, a liberdade de ir e vir, que é o mais valioso bem que desfrutamos depois do direito à vida e que deve ser a regra a imperar num verdadeiro Estado Democrático de Direito. Assim, podemos afirmar que o juiz não só pode como deve quebrar a regra da igualdade para conceder liberdade provisória ao acusado, de ofício, toda vez que se convencer de que inexistem os motivos para a decretação da prisão preventiva e que o acusado reúne, portanto, os requisitos para responder o processo em liberdade, aplicando-se no que couber, e de conformidade com o princípio da proporcionalidade, outras medidas cautelares diversas da prisão. O *discrimen* se justifica pela proteção dos direitos fundamentais da parte mais frágil da relação processual e também pela própria reafirmação do princípio constitucional da presunção da inocência.

### 5. Considerações finais

Como restou claro, a nova Lei – 12.403/2011 – veio para concretizar o princípio constitucional da presunção de inocência estabelecido no art. 5º, LVII da CF, oferecendo ao juiz um leque de variadas medidas cautelares voltadas para a efetividade do processo e para assegurar a máxima tutela dos direitos fundamentais, principalmente, da liberdade individual do indiciado ou acusado, considerando que a prisão preventiva só deve ser decretada como “ultima ratio”. É natural que a nova lei atinja em cheio a cultura consolidada da banalização da prisão preventiva, fazendo exsurgir o discurso falacioso da impunidade, todavia, o que se infere, na verdade, é que o princípio basilar do processo penal, isto é, o princípio da presunção de inocência está não somente preservado, mas fortalecido, pois o constituinte de 1988 elegeu o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado, no qual o normal é a liberdade do ser humano nas suas várias manifestações, inclusive no direito de ir e vir, que só deve ser cerceada em situações excepcionálíssimas, devidamente comprovadas e justificadas por motivos de ordem instrumental/processual.

A rigor, ninguém deve cumprir pena, antes do devido processo legal, através do qual o Estado eticamente possa submeter um acusado a cumprir uma sentença condenatória transitada em julgado. A liberdade de ir e vir deve não apenas ser preservada, mas prestigiada, de sorte que o princípio da igualdade só deve ser quebrado para beneficiar o lado mais fraco da relação processual, que é o indiciado ou acusado, assegurando-lhe direitos fundamentais.

O juiz criminal, como garantidor das promessas do constituinte, deve conceder liberdade provisória, de ofício, assim que receber o auto de prisão em flagrante encaminhado pela autoridade policial, toda vez que se convencer que é a medida mais adequada. Deve também assim proceder com as demais medidas cautelares. O juiz criminal, assim procedendo, estará concretizando o princípio da presunção de inocência e quebrando positivamente o princípio da igualdade jurídica para beneficiar a parte mais fraca da relação processual e assim home-nagear a liberdade humana, que é, de fato, um dos mais caros direitos do ser humano.

### Referências

---

- BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Revista do Magistrado. Ano IV. n. 4, 2007.
- BIANCHINI, Alice. et al. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*; Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a Política contemporânea. In: *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- PRADO, Geraldo. Apresentação do tema e “do preso”! Disponível em: <<http://espacodefensor.blogspot.com.br/2011/10/texto-do-desembargador-geraldo-prado.html>>. Acesso em: jul. 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, Flávio et al. *Prisão e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Ed. Tribunais, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade Constitucional*. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- MACIEL, Silvio et al. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1980.
- PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários aos artigos 311 – 318 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/11. In: FERNANDES, Org. *Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas Alternativas* – Comentários à Lei nº 12.403 de 04.05.2011. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- TÁVORA, Nestor Távora; ANTONINI, Rosmar. Antonini. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Sequestro Prévio e Sequestro no CPC: distinção*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 5, 2005.

VEGEZI, Santiago. *Los Fines Processales de la prisión Preventiva*.

### Notas

---

1. BIANCHINI, Alice et al. Prisão e Medidas Cautelares: comentários a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011; Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.
2. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a Política contemporânea. p. 127/128: “É deste sentimento de impotência diante de expectativas frustradas que surge – consciente ou inconscientemente – a estratégia de alguns magistrados de antecipar os efeitos das decisões judiciais definitivas pela aplicação de medidas cautelares. Na ânsia de responder às demandas por efeitos concretos da prestação jurisdicional, e diante da incapacidade de torná-la efetiva em curto espaço de tempo, passam alguns magistrados a usar de expedientes tipicamente processuais para satisfazer tais expectativas, como prisões temporárias, preventivas e medidas de execução provisória...”
3. Idem. p. 127: “A caracterização do Judiciário como agente de política criminal faz que as expectativas sociais de promoção e efetivação da segurança pública se voltem para a atuação jurisdicional”.
4. VEGEZI, Santiago. *Los Fines Processales de la prisión Preventiva*. p. 528.
5. TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de Processo Penal Comentado: v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 843.
6. Segundo Nestor Távora e Rosmar Antonini, “Não mais existe hipótese de segregação preventiva obrigatória, onde o criminoso, por imposição legal, desmerecendo-se a aferição da necessidade, responderia a persecução penal preso, em razão da gravidade do delito, quando a pena de reclusão cominada fosse igual ou superior a dez anos (era a antiga previsão do art. 312, CPP)”. In: Curso de Direito Processual Penal. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009. p. 479.
7. BIANCHINI, Alice et al Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.
8. Segundo Tourinho Filho, Op. Cit. p. 847 “Comoção Social”, “perigosidade do réu”, “Crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente, se ajusta àquela expressão genérica “ordem pública”. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública” sem nenhum, absolutamente nenhum elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade daqueles operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária”.
9. Op. cit. p. 849/850.
10. Pernambucano foi preso duas vezes sem ser julgado e morreu pouco tempo depois de receber a notícia de que receberia o restante da indenização no valor de R\$2 milhões. O pernambucano Marcus Mariano da Silva, 63 anos, que passou 19 anos preso injustamente, morreu nessa terça-feira, logo após ser dada a notícia de que receberia do governo de Pernambuco o restante da indenização de R\$ 2 milhões, referente a ação que movia contra o Estado (CABRAL, 2011).
11. PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. p. 102/103.
12. Disponível em: <http://espacodefensor.blogspot.com.br/2011/10/texto-do-desembargador-geral-do-prado.html>
13. Luiz Flávio Gomes e outros. Prisão e Medidas Cautelares. 2. ed. São Paulo: Ed. Tribunais, 2011. p. 27.

14. Op. cit. p. 33.
15. JUNIOR LOPES, Aury. Direito Processual e sua conformidade Constitucional. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 58. Argumenta o insigne jurista: “A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo de processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileira, pois não existe conceito similar no processo civil”.
16. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et Grinover, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.
17. Op. Cit. p. 58.
18. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processo Penal. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 115.
19. TUCCI, Rogério Lauria. Sequestro Prévio e Sequestro no CPC: distinção. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 5, 2005. p. 142.
20. Segundo Antonio Scarance Fernandes apud de Silvio Maciel e outros. Op. cit. p. 171.
21. GOMES, p. 33.
22. GOMES, p. 177.
23. VEGEZZI, p. 533.
24. LOPES JUNIOR, p. 104.
25. PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 181/182.
26. Op. cit. (sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais) p. 102.
27. BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista? Revista do Magistrado. Ano IV. Nº 4, 2007. Sustentávamos no referido artigo “que juiz é este que se conforma tão-somente com as provas trazidas aos autos pelas partes? Que juiz é este que é indiferente ao resultado justo do processo? Que juiz é este que, diante das fragilidades das provas trazidas pelas partes, não se interessa em produzir outras para fortalecer ou construir o seu juízo de convencimento?... com efeito, não há mais lugar, no processo penal, para juiz neutro e desinteressado, ou, como já afirmado pela maioria da doutrina pátria, de juiz-espectador do processo. O papel ativo de co-gestor na produção da prova não atinge a imparcialidade do julgador no sistema processual acusatório. É necessário que o juiz moderno seja juiz-julgador, ou juiz-protagonista, que conhecendo a sua realidade sociocultural, analise o fato delituoso que lhe é submetido, aprecie as provas carreadas para os autos, e construa o seu juízo de certeza, com seu sentimento e sua carga de valores, buscando, com a colaboração ética das partes, a verdade processualmente possível, assegurando-se ao acusado, como sujeito de direito, o contraditório e a ampla defesa”.
28. LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. p. 70.
29. CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre El proceso penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950. p. 78.
30. Op. Cit. p. 71.
31. Op. Cit. p. 182.
32. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 49.
33. <http://jus.com.br/revista/texto/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade#ixzz20Q11WMRa>.

## **REDUÇÃO DA MENORIDADE PENAL: UM PROBLEMA MAIOR DE SEGURANÇA PÚBLICA**

**Natália Maria Freitas Coelho**

Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia.

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo a análise da imputabilidade penal, através de estudo histórico e comparado das diversas legislações mundiais, bem como acerca das propostas legislativas para sua redução no novo Código Penal, com incursões dogmáticas da sua (in)aplicabilidade no sistema constitucional brasileiro e sua inadequação como medida de segurança pública.

**Palavras-Chave:** Menoridade penal. Redução. Impossibilidade. Simbolismo. Segurança pública.

### **1. Introdução**

A sensação de impunidade reflete no Brasil um clamor público pelo recrudescimento do sistema penal diante, sobretudo, dos equivocados modelos de segurança pública instalados por muitos anos no país. Acredita-se, ingenuamente, que segurança pública implica unicamente em repressão, polícia e construção de mais prisões, criando-se a falsa sensação de tranquilidade social pela suposta imposição de um sistema penal mais rígido.

Como resultado desse descontentamento geral decorrente do próprio desvio do Estado no combate às fontes primárias do problema da (in)segurança pública, podem ser ressaltadas as centenas de sugestões populares encaminhadas à Comissão de Elaboração do Novo Código Penal, segundo fonte do próprio site do Senado, tais como: elevação do tempo máximo da pena para 50 anos, prisão perpétua para corruptos, castração química de estupradores e, em especial, a diminuição da faixa etária da maioridade penal, tema este campeão de sugestões, inclusive com propostas de redução da imputabilidade penal para 10 anos de idade.

### **2. Breve passeio histórico**

Não se pode olvidar que o Brasil já adotara em suas legislações outros parâmetros de menoridade penal. Assim, o Código Criminal do Império, seguindo o modelo de um critério de discernimento apregoado pela Escola Clássica, estabelecia o limite de 14 anos para a responsabilidade penal.

Atribuía-se, entretanto, ao magistrado, a aferição do discernimento do menor, critério este impreciso. Segundo Cury e outros (2002, p.55):

Era facultado ao Juiz atribuir aos menores infratores com idade de 14 a 17 anos a pena de cumplicidade, que equivalia a 2/3 da pena que caberia a um adulto, e os maiores de 17 anos e menores de 21, eram beneficiados com a atenuante pela maioridade.

E, ainda, o Código Penal de 1890, determinava a inimputabilidade absoluta até os 09 anos de idade completos, sendo que os maiores de 09 e menores de 14 anos estariam submetidos também à análise do discernimento.

Tal situação somente foi alterada em 1940, quando se estabeleceu o limite de 18 anos com adoção do critério biológico no Código Penal.

Não se pode olvidar que este patamar foi reafirmado inclusive pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, sendo adotado pela maioria dos países.

Em 1969, foi promulgado um novo Código Penal, Decreto-Lei nº 1004, que não chegou a entrar em vigor e, após sucessivas prorrogações, foi finalmente revogado em 1978. Tal diploma legislativo fixou, em seu art. 33, como limite a idade de dezesseis anos, se este manifestasse um discernimento razoável.

Por mais cíclico e imediatista que pareça, tais reflexões retornam ao cenário nacional, sempre que se cogita a elaboração de um projeto de reforma do Código Penal. E sob os mais variados argumentos: o menor de 16 anos tem discernimento para entender o caráter ilícito do fato, uma vez que pode inclusive exercer direitos políticos e que são levados a delinquência em virtude de leis brandas.

Nesse elástico, impõem-se algumas reflexões: o adolescente é levado à criminalidade por não existirem leis mais rígidas? A redução da menoridade penal seria medida eficaz de segurança pública para se combater a violência menoril?

Essa medida descontextualizada, trazendo para o âmbito do Direito questões sobretudo sociológicas, ressoa como expediente político-criminal que visa tão somente aplacar “os efeitos” criminógenos, desprezando-se o combate “as causas” da violência, perdendo-se de vista, portanto, as medidas efetivas de prevenção, como a educação ou mesmo o investimento no próprio cidadão a ser considerado em um contexto valorativo humanista que priorize elementos estruturais para o convívio social, tais como a vida, a família e o trabalho.

### 3. A imputabilidade penal no mundo

A Noruega fixou a inimputabilidade em 14 anos, embora na prática não se punam criminalmente os menores de 16 anos e, antes de 18 anos, se recorram a medidas educativas. Na Finlândia, a idade limite é de 15 anos.

Em Portugal, a idade penal ocorre aos 16 anos, sendo os jovens a partir desta idade penalmente imputáveis. Mas até 21 anos estão sujeitos a um Regime Penal Especial, conforme previsto no artigo 9º do Código Penal Português, e detalhado pelo Decreto-Lei nº 401/82, de 23 setembro de 1982.

Apesar de já possuir uma faixa de 16 anos, deputados democratas-cristãos do partido CDS-PP (Centro Democrático Social/ Partido Popular), em junho 2006, propuseram a redução para 14 anos, levando em conta as estatísticas da criminalidade juvenil e o comparativo com países que adotam patamar ainda mais baixo, a exemplo da Inglaterra (10 anos).

A China adota o limite de 14 anos. O Japão também fixou a idade da inimputabilidade em 14 anos (art. 41 do Código Penal) mas, posteriormente, elevou-a para 20 anos.

A Espanha adotou, inicialmente, no seu novo Código Penal, a idade de 16 anos (art. 8º), mas retornou aos 18 anos, conforme *Ley Orgánica* n. 10, de 23.11.1995, *del Código Penal*, que determina:

**Artículo 19** – Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

O estudo comparado demonstra que não existe um traço uniforme adotado por todos os países, apesar da recomendação das Nações Unidas para idade de 18 anos como marco inicial para responsabilidade penal.

Outrossim, a idade é um conceito jurídico em elaboração, passível, portanto, de alterações no tempo e no espaço. No Brasil, atualmente, há limites etários diversos, acerca da idade mínima que é uma para o Direito Penal, outra para ser testemunha, assim como para votar (16 anos) ou para o alistamento voluntário no serviço militar (17 anos), para aquisição de arma de fogo (25 anos), e, ainda, para ocupar certos cargos políticos (vereador 18 anos, deputado 21, governador 30, senador e presidente 35 anos).

#### 4. Um olhar constitucional

No Brasil, com o advento da reforma penal de 1984, a imputabilidade penal começa a partir dos 18 anos de idade, nos termos do art. 27 do Código Penal.

Ocorre que, a despeito da legislação já existente, o constituinte de 1988 reforçou tal dispositivo erigindo o tema da menoridade penal ao degrau constitucional, ao ratificar:

**Art. 228** – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

A doutrina, inicialmente, não atribuiu o devido destaque àquilo que parecia apenas uma simples reprodução despercebida do quanto já previsto no art. 27 do Código Penal. Pode-se ressaltar que houve, em 1988, a constitucionalização de uma regra que pontifica verdadeira garantia para aquele que tem menos de 18 anos, em não se ver processado criminalmente.

A questão que se discute, atualmente, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça e de Redação é se o aludido art. 228 da CF constitui garantia fundamental e, consequentemente, seria ou não cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF), para fins de redução da maioridade penal no Brasil.

Nesse ponto, há intenso debate doutrinário, a evidenciar a marcante complexidade do tema que implica inclusive no reconhecimento da impossibilidade jurídica de redução da maioridade penal no atual modelo constitucional rígido vigente no Brasil. Ou seja, existe um núcleo imodificável na Constituição, reservado pelo próprio poder constituinte originário que impede qualquer proposta restritiva, a teor do § 4º, do art. 60, CF que estabelece as denominadas “cláusulas pétreas”. Para outros juristas, o óbice estaria na parte final do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal que estabelece:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sendo o Brasil signatário de acordos internacionais, inclusive recomendações da ONU, não haveria possibilidade de redução da maioridade - no plano constitucional, por integrarem os tratados a garantia fundamental para os adolescentes não serem submetidos ao sistema criminal comum.

Por outro lado, Guilherme Souza Nucci (NUCCI, 2007) diz que não é possível defender a impossibilidade de redução da maioridade penal, aduzindo que, se esta fosse a vontade do legislador constituinte, a inimputabilidade teria sido inserida expressamente no próprio bojo do artigo 5º da Constituição Federal.

Na mesma linha de raciocínio, Rogério Greco (GRECO, 2008, p. 400) acrescenta que:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4º, do art. 60 da Carta Maga.

Estes renomados autores esquecem, entretanto, que a enumeração contida nos 78 incisos do art. 5º não é exaustiva e, por vezes, tem decidido o Supremo Tribunal Federal reconhecendo diversas garantias fundamentais esparsas no texto constitucional, sufragando o entendimento de um elenco meramente exemplificativo neste dispositivo.

Nesse sentido, é a opinião de René Ariel Dotti (DOTTI, 2005, p. 412):

A inimputabilidade assim declarada constitui umas das garantias fundamentais da pessoa humana embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim uma cláusula pétrea. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional, visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado.

Na esteira dessas reflexões, torna-se inaplicável qualquer proposta tendente a reduzir a maioridade penal no Brasil, por se tratar de garantia fundamental desgarrada do elenco do art. 5º, da CF.

Por fim, há quem sustente que a maioridade penal começa, aparentemente, aos 18 anos. Na prática, entretanto, por serem as medidas socioeducativas aplicadas aos menores (adolescentes de 12 a 18 anos de idade) verdadeiras penas, iguais as que são aplicadas aos adultos, seria possível se concluir que a maioridade penal, no Brasil, já começa aos 12 anos de idade (SANTOS, 2012).

## 5. Conclusão

O presente estudo demonstra que o Código Penal mais moderno da Europa, o espanhol, em vigor a partir de 1996, tornou a elevar a idade de imputabilidade para 18 anos, sinalizando que

a medida de redução – também pleiteada recentemente em Portugal - não combate a criminalidade juvenil, somente contemplando a inútil segregação de jovens de cada vez mais tenra idade.

Assim, não pode a sociedade continuar acreditando em fórmulas únicas e extremas como resposta à criminalidade. Deve-se desestimular a criação do *Direito Penal Simbólico* (ZAFFARONI, 2002) que forja na sociedade uma suposta sensação de segurança pela promulgação de leis criminais mais severas.

O Estado deve, portanto, antecipar-se ao enfrentamento de políticas públicas concretas e necessárias para o harmônico convívio social, ampliando o debate da segurança pública desde a prevenção do crime e suas causas até a ressocialização do infrator.

Por tais razões, andou bem a Comissão de Juristas ao rechaçar as propostas de diminuição da maioria penal no Projeto do Novo Código Penal, redução esta que contemplaria, unicamente, a exclusão de pessoas de idade cada vez menor, sem a devida atenção à maior causa da violência no Brasil que é a crise de valores reforçada pelo abismo da desigualdade social.

### Referências

---

- CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 1997.
- CURY, Munir e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10ª. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. I.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora de A. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24ª ed. Revista e Atualizada por Renato Nascimento Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7ª. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2001.
- SANTOS, José Heitor dos. Redução da maioria penal. Disponível em: <[www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id102.htm](http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id102.htm)> Acessado em 06 de julho de 2012.
- SARAIVA, *Vade Mecum*, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2002.

## A EVOLUÇÃO E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PODER INVESTIGATIVO DO BRASIL

### Abelardo Paulo da Matta Neto

Juiz de Direito. Juiz-Corregedor das Comarcas do Interior biênio 2012 a 2014. Especialista em Processo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela EMAB/BAIANA, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.

**Resumo:** Verifica-se no Brasil um crescente aumento na taxa de criminalidade. Sabemos que nossa polícia judiciária não dotada de treinamento, verba e principalmente equipamento adequado para conter o vertiginoso crescimento dos índices de marginalidade, o que vem alarmando não apenas as autoridades públicas, mas também a população que reside nas grandes metrópoles brasileiras. Com a ineficiência verificada no seio da polícia brasileira gerada pelo descaso qual é tratada a segurança pública, surge uma discussão acerca da introdução de um novo sistema de investigação criminal que seria impulsionado pelo Ministério Público. Embora a Constituição Federal assegure caber às polícias judiciárias a investigação das infrações penais (art. 144), bem visível que tal tarefa não foi cometida exclusivamente às autoridades policiais, cuidando o próprio constituinte de atribuir funções investigatórias ao Ministério Público. A legitimação do *Parquet* para a apuração de infrações penais tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII da Constituição Federal, regulamentado no âmbito do Ministério Público Federal (MPF) pela Lei Complementar (LC) nº 75/93, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar nº 75/93 confere ao *Parquet* a atribuição para requisitar inquéritos e investigações. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei nº 8625/93 reserva tais poderes ao Ministério Público dos Estados. Assim, o objetivo do presente trabalho é de atestar a legitimidade dos trabalhos de investigação realizados pelo *Parquet*, bem como a validade das provas colhidas no decorrer do processo.

**Palavras-chaves:** Inquérito. Ministério Público. Poder de investigação.

### 1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988, o Ministério Público (MP) passou a desempenhar função de grande relevância para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito.

Essa Instituição ficou responsável, não só pelo exercício da acusação no processo criminal, como também pela tutela de interesses difusos e coletivos na defesa dos interesses da sociedade brasileira.

Obviamente, todas as funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição de

1988 se relacionam e não restam dúvidas de que é de interesse social que o Ministério Público possua o poder investigatório criminal, justamente para que a classe economicamente dominante também seja atingida pelo interesse social de punir os criminosos.

Assim, o MP tem se revelado um dos agentes mais importantes na defesa de direitos coletivos pela via judicial, possibilitando que situações que não eram defendidas anteriormente pudessem ser vistas sobre uma nova ótica, ofertando oportunidades para os cidadãos.

Nesse diapasão, pode-se relatar que o MP impulsionou um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e na contramão na politização do sistema judicial.

Vislumbra-se que a partir dos anos de 1980, foi permitido ao MP ter uma participação mais efetiva aos conflitos de natureza difusa e coletiva. No campo do patrimônio histórico, meio ambiente, cultural e consumerista, prestando relevantes serviços à comunidade brasileira.

Acredita-se que com o processo de redemocratização do país, o Poder Judiciário teve uma parcela valiosa para a expansão da Instituição Ministério Público. Atualmente, há quem diga que o MP, inclusive, trata-se de um quarto poder, pois não integra o Poder Judiciário, cabendo a ele, MP, inclusive, a questão de fiscal da aplicação da lei e, como tal, fiscalizar a atuação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Mas o MP não atua tão-somente como “Fiscal da lei”, o que já lhe seria de grande importância e destaque. Ao MP cabe defender o cidadão e o acesso à cidadania ingressando com ações contra quem quer que seja que fira o direito do cidadão, seja através de Ação Civil Pública, por exemplo, onde o respeito à liberdade, à igualdade e à fraternidade tão preconizados saíam da teoria e se faça na prática.

Isto posto, refletir-se-á sobre a atuação do MP na condição de fiscal da lei, mostrando que ele pode também promover a investigação preliminar, coletando todas as provas necessárias para deflagrar a ação penal, sem ferir o preceito constitucional do devido processo legal, bem como, mantendo *in totum* a imparcialidade na fase pré-processual e processual, buscando inserir na sistematização da doutrina existente a necessidade de interferência do MP no sistema investigativo brasileiro, conferindo maior presteza, transparência, aplicação dos direitos e deveres individuais dos cidadãos, como também propiciando ao Estado-juiz uma melhor prestação jurisdicional.

## 2. Origem do Ministério Público

### 2.1. Breves comentários sobre o surgimento do Ministério Público

A Revolução Francesa, conhecida entre as maiores revoluções da história da humanidade, é tida como o conjunto de acontecimentos delineados entre a data de 05 de maio do ano de 1789 e 09 de novembro do ano de 1799, tendo, sem sombra de dúvidas, alterado o quadro político e social da França, inserindo as modificações desse contexto em outros países da Europa.

É considerada como um acontecimento que deu início à Idade Contemporânea, abolindo a servidão e os direitos feudais e em seguida, proclamando os princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade. Na busca desses princípios, torna-se de bom alvitre ressaltar a famosa frase proferida pelo rutilante Jean-Jacques Rousseau: “Liberté, Egalité e Fraternité”.

Para muitos, como Garraud, o Ministério Público, surgiu após a Revolução Francesa, pois com os ideais do Iluminismo foram moldadas as atribuições do Ministério Público, que na

época passou a ser chamado de *Parquet* e ainda o é atualmente, significando, na França, “magistrado de pé”, distinguindo-se, assim, da figura do magistrado com assento. Denota-se que o *Parquet* naquela época foi denominado como “magistrado de pé”, pois a instituição Ministério Público tem a função precípua de mover-se em busca dos fatos, enquanto que o Juiz aguarda que as partes tragam as causas e os fatos até si.

A origem, assim, mais aceita e bem delimitada do Ministério Público se dá no Direito francês que, com o advento da Revolução Francesa, em 1789, de uma estrutura mais adequada instituição, tanto que a expressão até usada por nós para significar o Ministério Público frances: *parquet*, que significa assoalho.

Entretanto, há autores que acreditam estar na antiguidade clássica as principais características da instituição, como, por exemplo, os éforos de Esparta, os Tismótetas gregos, ou nos personagens romanos dos *advocati fisci*, ou do censor, que era o magistrado a quem competia ainda os *procuratores caesaris* (RANGEL, 2005, p. 123-124).

Modernamente, entende-se por Ministério Público o órgão que promove e fiscaliza a aplicação e execução das leis, no interesse do Estado, da ordem jurídica, dos incapazes e da sociedade. Com esse conceito, vislumbra-se que não é das tarefas mais fáceis em se indicar a verdadeira origem do MP.

O MP, para uma corrente, surgiu com o Direito Canônico, pois nesse Direito havia o *vindex religionis*, encarregado de fiscalizar o andamento do processo.

Preleciona Hélio Tornaghi (1959, p. 135): “[...] Por outro lado, os bispos delegavam seu poder temporal, desde o século V, aos advogados da Igreja, que os representavam nos tribunais leigos”.

Para outros estudiosos, essa origem se encontraria no Direito Romano, na época do Imperador Adriano e no Baixo Império, pois já se fazia uma distinção entre os *Procuratores Caesaris* e os *Defensores Civitatis*. Os primeiros eram advogados do Estado em questões fiscais, ao passo que os segundos tinham dupla função, ou seja, de polícia judiciária e de denunciadores de crimes. Essa informação entra em choque com outra informação de que o MP se origina do Direito Romano mais antigo, pois havia o cargo de acusador no processo criminal, exercido por dois *quaestores parricidii*. Posteriormente, esse cargo passou a ser desempenhado por *edis* ou *tribunos*, assim procedendo autoridade que primeiro tomasse conhecimento do fato.

Para outros, ainda, a origem do MP estaria no Tribunal de Éforos da Grécia espartana, como declina Fernando Tourinho Filho (1975, p. 199): “Embora juízes, os Éforos tinham a função de contrabalançar o poder real e o poder senatorial, ao mesmo tempo em que exerciam também o *ius accusationis*”.

Por fim, existem doutrinadores que se inclinam para demonstrar que a origem do Ministério Público remonta a uma época bem mais distante, ou seja, ter-se-ia manifestado no velho Egito, através dos Magiaí. Estes eram funcionários do Estado encarregados de denunciar os crimes dos quais tomassem conhecimento.

Diante das inúmeras dúvidas e dificuldades permeadas quanto à origem do MP, os autores de uma forma genérica, buscam focalizar o surgimento do MP a partir do direito fran-

cês. De qualquer modo, porém, o certo é que os membros dessa Instituição na França, na dupla função de representante do rei e de acusadores públicos, só começam a ser referidos em texto legal a partir da Constituição Francesa de 1791.

### 3. A evolução do Ministério Público nas constituições brasileiras

A Constituição Federal de 1824 não fazia qualquer alusão ao Ministério Público, contudo, em seu artigo 48 inseria taxativamente que no Juízo dos crimes cuja acusação não pertencesse a Câmara dos Deputados, seria acusado pelo Procurador da Coroa e Soberania Nacional, indicando a possibilidade de interpretação de que na Constituição do Império, dois órgãos possuíam atribuição para persecução criminal: de um lado o Procurador da Coroa e do outro lado a Câmara de Deputados.

Nesta Constituição foi editado o Código de Processo Criminal do Império, em 1832, onde existia uma seção reservada aos promotores, indicando os requisitos para nomeação destes e suas respectivas atribuições.

Em seguida, foi editada em 1841, a Lei nº 261, regulada pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, estabelecendo que os Promotores seriam nomeados pelo Imperador do Município, devendo servir por tempo indeterminado, enquanto conviesse ao serviço público, livremente demissível pelas autoridades que o nomearam. Torna-se de bom alvitre ressaltar que nesse período a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871), outorgou aos Promotores de Justiça a função de “protetor dos fracos e indefesos”, que hodiernamente são considerados de “hipossuficientes”.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, foi instituído o Governo Provisório de Campos Sales, onde foram editados os Decretos de nº 848 e 1.030 no mês de novembro de 1890, deliberando sobre a Justiça Federal e Justiça do Distrito Federal, reservando capítulos próprios para o Ministério Público.

A exposição de motivos continha o seguinte:

O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representada nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República, vêm os procuradores seccionais, isso é, um em cada Estado. Compete-lhe, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada (TOURINHO FILHO, 2001, p. 337).

Por outro lado, o artigo 164 do Decreto nº 1.030 assim dispunha: “O Ministério Público perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra as violações do direito”.

Isto posto, os decretos citados reconheciam o MP como instituição democrática e lhe davam acentuada importância na organização do Estado, sendo a primeira feição institucional do MP na legislação infraconstitucional.

Apesar da Constituição Federal de 1891 não ter mencionado no seu texto legal a instituição MP, entendemos que sua promulgação começou a dar um enfoque maior a instituição

MP, visto que fez nascer à figura do Procurador Geral da República, que seria nomeado pelo Presidente da República entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), com atribuições a serem definidas em lei.

Já a Constituição da República de 16 de julho de 1934 foi a primeira a constitucionalizar o Ministério Público, inovando o tratamento institucional, reservando ao *Parquet* capítulo próprio, absolutamente independente dos demais poderes do Estado, situando-o entre os órgãos de Cooperação nas atividades governamentais.

O artigo 95 da Constituição supracitada estabeleceu as garantias e prerrogativas aos membros do *Parquet*, entre as quais a estabilidade funcional e a investidura, mediante concurso público, cabendo a perda do cargo por intermédio de sentença criminal ou processo administrativo, ficando assegurada a ampla defesa.

O artigo 98 dispõe sobre a criação do MP frente às Justiças Militar e Eleitoral, como ainda legitimando-o para revisão criminal. Nota-se que a Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição Alem de Weimar (1919), que instituiu o *Welfare State*, fortalecendo de sobremaneira a importância do Ministério Público junto a um Estado preocupado com a questão social.

Quanto a Constituição Federal de 1937 é cediço que a mesma foi editada sob a ditadura do Presidente Getúlio Vargas, criando um retrocesso na Instituição Ministério Público, visto que foram inseridos alguns artigos esparsos, entre eles o artigo 99 que dispunha sobre a figura do Procurador Geral da República, que era nomeado e demitido pelo Presidente da República. Algumas atribuições foram declinadas ao MP, como a de oficiar junto ao STF. O artigo 105 da Constituição mencionada permitiu ao MP fazer parte do “Quinto constitucional”, ou seja, poder ingressar na magistratura.

Apesar da inexistência de grandes inovações ou melhorias quanto à Instituição Ministério Público na era Vargas, conhecida como “Estado Novo”, verifica-se que nesse período foi editado o Código de Processo Penal de 1941, até hoje em vigência, e, que teve uma influência italiana conferindo ao Ministério Público o poder de requisitar a instauração de inquérito policial e diligências, bem como a titularidade da ação penal pública.

No campo processual civil, foi editado o Código de 1939, estabelecendo uma série de normas quanto a participação do MP, ou seja, na qualidade de *custos legis*, a participação do MP se tornava imperiosa, distinta de outras épocas. Torna-se transparente e límpido que as demandas que não tinham uma participação efetiva do MP passaram a ter uma participação mais diligente e criteriosa, assegurando os direitos dos cidadãos hipossuficientes.

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Ministério Público retornou ao texto constitucional em título próprio, após a organização das Justiças dos Estados (arts. 125 e 128), prevendo a Instituição tanto na esfera federal como estadual, como ainda atuação nas Justiças comum, militar, eleitoral e do trabalho.

Assegurou-se aos seus membros a estabilidade e inamovibilidade, além de ser entregue a representação da União aos Procuradores da República. As funções dos Procuradores da República poderiam ser delegadas aos Promotores de Justiça das Comarcas do Interior, com o escopo de descentralização, como ainda, em razão da extensão territorial do Brasil.

Entre as inúmeras funções estabelecidas para o MP na CF de 1946 foi a de atuação fazendária que somente foi extirpada com a Constituição de 1988.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 dispôs sobre o Ministério Público na seção IX do Capítulo VIII do Título I, inserido dentro do âmbito desse poder.

Denota-se que neste momento foi dado um grande passo para Instituição Ministério Público, pois obteve sua independência e autonomia, desgarrando-se do Poder Executivo e

vindo a integrar o Poder Judiciário, conquistando garantias e prerrogativas para o pleno exercício de suas funções institucionais.

Com a Constituição de 1967, foi assegurada a estabilidade e inamovibilidade, bem como a existência de dois ramos da Instituição, o MP da União e o MP dos Estados.

Ato contínuo, a Emenda Constitucional nº 1/69 não foi bem vista pelo MP, visto que o fez retornar ao âmbito do Poder Executivo, contudo manteve a autonomia de organização e carreira conforme estabelecido na Constituição de 1967.

Foi implantado no país um regime de exceção, com cunho autoritário e de forma alguma poderia permitir o MP próximo ao Poder Judiciário e distante do Poder Executivo.

Nesse período foi editado o Código de Processo Civil de 1973, que consolidou a posição institucional do MP no Processo Civil, como autor e como fiscal da lei.

Com o advento da Emenda Constitucional de nº 07/77, que aditou o parágrafo único ao artigo 96, preconizou previsão de lei complementar de iniciativa do Presidente da República estabelecendo normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, o que terminou ocorrendo com a edição da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, primeira legislação que organizou em nível nacional os Ministérios Públicos Estaduais.

Com a Lei Complementar citada foi fixado o Ministério Público em todo o país, criando órgãos colegiados dentro da instituição e estabelecendo tratamento orgânico para todo o Ministério Público Estadual. Foi traçado um novo perfil à Instituição, que foi delineada como “permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e responsável, perante o Judiciário pela defesa da ordem jurídica e dos interessados indisponíveis da sociedade, pela observância da Constituição e das Leis”.

Outro ponto de suma importância foi à promulgação em 1985, da Lei nº 7.347, que disciplina sobre a ação civil pública, outorgando ao MP a legitimidade para tutela de interesses transindividuais.

Cinge-se que esse diploma abriu a oportunidade de maiores discussões judiciais sobre as grandes questões de direito de massas, dos conflitos sociais coletivos de caráter urbano, possibilitando ao Ministério Público investigar e instaurar procedimentos com escopo de resguardar danos ambientais, paisagísticos e consumerista, ou seja, transformou o Ministério Público em um advogado que visa a proteção dos interesses transindividuais.

Por último, a Constituição de 1988 mudou a fisionomia do Ministério Público, conferindo-lhe uma avançada definição institucional; estabelecendo critérios formais para a escolha e destituição dos Procuradores Gerais; assegurando autonomia funcional e administrativa à Instituição; outorgando garantias aos seus membros; e impondo-lhes vedações, com o fito do bom desempenho da vocação social.

Com efeito, reza o art. 127 da atual CF ser o *Parquet*: “*Instituição permanente, essencial função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais*” (BRASIL, 1988) [destaque nosso].

No tocante ao artigo 127 da Constituição de 1988, verifica-se que o legislador ao inserir o texto acima se reportou que o Ministério Público é uma instituição, pois, tem uma estrutura organizada para realização de fins sociais do Estado, tornando-se permanente, pois suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado e sem sombra de dúvidas é essencial à função jurisdicional do Estado, pois sua atuação é voltada aos valores fundamentais da sociedade.

No Brasil, a instituição de um modelo essencialmente acusatório somente veio a lume com a Constituição da República de 1988, com uma completa redefinição do papel do Ministério

Público na ordem jurídica, contemplando, além da titularidade privativa da ação penal pública, com inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, previstos nos artigos 127 e 129, CF, como se verá a seguir.

Reza o art. 129 da atual CF que são funções do MP, dentre outras:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

[...]

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

[...]

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

[...]

IX – exercer outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988) [Grifo nosso].

Como bem se pronuncia Eugênio Pacelli de Oliveira:

Para o exercício de tais funções, o constituinte não poderia agir de outra maneira: instituiu um organismo construído sob os princípios institucionais, da *independência funcional, da unidade e da indivisibilidade*, reservando aos seus membros, para o adequado desenvolvimento de suas tarefas, importantes prerrogativas junto aos Poderes Públicos e mesmo aos particulares (OLIVEIRA, 2009, p. 435-436).

Isto posto, está sobejamente demonstrado que a Constituição de 1988 elegeu princípios e valores fundamentais para que o Estado Democrático de Direito fosse consolidado.

É nesse sentido a lição de Garrido de Paula:

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis caracteriza a Instituição como verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício de suas atribuições, judiciais ou extrajudiciais, visa, em essência, ao respeito aos fundamentos de modelo social pretendido e procura dos objetivos fundamentais do País (construção de uma sociedade livre justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação-Constituição, art.3º) (PAULA, 2001, p. 313).

O Estado Democrático de Direito instaura, desta forma, perspectiva de realização social profunda pela prática dos direitos sociais e pelos instrumentos que oferece à cidadania para concretizar as exigências de um estado de justiça social, fundado prioritariamente na dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira de pensamento coaduna-se os ensinamentos de Eros Roberto Grau:

Concebida como referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais (GRAU, 1990, p. 217).

Como referido alhures, a Constituição de 1988, consagrou inúmeras conquistas para o MP, pois se obteve no texto constitucional a inserção de valores, princípios e prerrogativas, como também o legitimou perante a sociedade para ingressar com ação civil pública, dando uma nova feição ao MP, como ainda com a função de “ombudsman”, ou seja, controlar os diversos controles, pois impõe que os Poderes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos.

#### **4. O Ministério Público como instituição constitucional**

O Ministério Público, cuja origem, ao menos em sua configuração mais atual, remonta ao século XVIII, na França, cumpre papel relevantíssimo no modelo processual acusatório, podendo-se visualizar, em suas raízes, quase a mesma base teórica da construção da jurisdição.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

Do mesmo modo que a instituição de uma Justiça foi consequência do crescimento e da expansão do Estado, embora sob justificativas as mais diversas, também o Ministério Público revelou-se como o resultado da ampliação dos poderes de intervenção estatal, a partir de uma justificação comum, sobretudo no campo penal: a necessidade de se impedir a vingança privada, com a jurisdicionalização da solução dos conflitos sociais, em critérios pautados pela e na racionalização do poder. Era o tempo do apogeu do Iluminismo, e sua (paradoxal) profissão de fé na razão como único caminho possível para a verdade das ciências (OLIVEIRA, 2009, p. 435).

E continua Almeida Júnior:

Demonstrada a inconveniência do modelo acusatório privado anterior que se desenvolveu na Antiguidade, e já a partir do século XVIII, após

longo e tenebroso período de inquisição eclesiástica, evoluiu-se (em tese) para a elaboração de uma Justiça Penal Pública, sem distinção entre a natureza privada e pública de delitos, a cargo do Poder Público, tanto no que diz respeito à função de jurisdição, ou seja, de dizer o direito, quanto na formulação da acusação. No sistema acusatório privado, a realização da Justiça Penal era deixada ao livre interesse das partes envolvidas (nos delitos privados) e do particular (quaisquer dos chamados delitos públicos) (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 23-33).

É nesse momento que surge a figura do Ministério Público, como órgão do Estado responsável pela promoção da persecução penal, retirando do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou investigatórias), desde que atinentes à apuração dos fatos e à formulação da acusação, como a depurar e preservar o quanto possível a sua imparcialidade.

Assim sendo, o Ministério Público é um órgão constitucional com previsão legal na Constituição Federal, que lhe destina o Capítulo IV, do Título IV. O artigo 127 da Carta Magna traduz que o MP é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Atualmente a instituição MP está estruturada através da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), que estabelece normas gerais relativas à sua organização nos Estados. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. Outorga-se aos Estados-Membros elaborarem as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos locais.

Segundo o texto legal, as funções do MP só podem ser exercidas por integrantes de carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, sendo vedada qualquer possibilidade de nomeação de Promotor *ad hoc*.

O MP está estruturado em órgãos, sendo inerentes a estes os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência.

O Órgão do Ministério Público é uno e indivisível, ou seja, um Procurador ou Promotor ausente a determinado ato não irá trazer óbice às suas funções, podendo ser substituído por outro, visto que não representa um contexto pessoal, mas institucional, podendo um substituir o outro, reservando-se o princípio do promotor natural.

Como ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado, que o parquet deve necessariamente oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem pública, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal (OLIVEIRA, 2009, p. 436).

## ENTRE ASPAS

Ato contínuo, dispõe o Código de Processo Penal (BRASIL, 2001) que cabe ao MP promover privativamente a ação penal pública, cumprindo o desiderato de pretensão punitiva estatal.

São funções institucionais do MP, previstos no artigo 129 da CF:

- a) promover, privativamente, a ação penal pública e fiscalizar a execução da pena, inclusive com representantes no Conselho Penitenciário do Estado;
- b) instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;
- c) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- d) promover o inquérito civil público e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- e) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição;
- f) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- g) exercer o controle externo da atividade policial, em especial na polícia federal;
- h) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, podendo acompanhá-los e apresentar provas;
- i) exercer outras funções que lhe forem compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas;
- j) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (BRASIL, 1988).

Com efeito, é claro o propósito do legislador constituinte e, ademais podendo o Ministério Público o mais, ou seja, requisitar a instauração de inquérito e diligências investigatórias, previstos no art. 129, VIII, obviamente poderá o menos, ou seja, dispensá-lo, colhendo diretamente a prova.

E o inciso IX assegura de maneira incontestável ao *Parquet* o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

É importante a análise deste dispositivo, pois demonstra que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo artigo 129 da Constituição não são taxativas, uma vez que aqui se elenca uma “cláusula de abertura”, permitindo-se a previsão por lei ordinária do exercício de “outras funções”, bastando que inseridas no contexto de sua finalidade.

E como bem indaga Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 78): “Alguém duvida que uma instituição que tem por finalidade a magnitude da defesa da ordem jurídica, e a privatividade da promoção da ação penal pública, não possa investigar para o alcance desta finalidade?”

É o que se verá a seguir.

## 5. Poderes de investigação do Ministério Público

### 5.1. Investigações administrativas

O inquérito policial surgiu em nossa legislação, em 20 de setembro de 1871, pela Lei nº 2.033, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 2.824, de 28 de novembro de 1871. Está previsto no Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 4º, onde é claramente manifestado que o Órgão encarregado de sua realização é a polícia judiciária que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais, bem como da sua autoria.

A Lei Adjetiva Penal define, no artigo 4º:

A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (BRASIL, 2001).

No momento em que ocorre uma infração penal surge para o Estado o *jus puniendi*. O rutilante Beccaria (2001, p. 28) preleciona que: “Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”. Com efeito, o Estado somente poder punir com o *due process of law*, consecutado em Juízo, ou seja, com o devido processo legal, representado pela deflagração da ação penal.

Na lição de Aury Lopes Jr:

[...] o inquérito policial deveria ter a adequação de instrução preliminar, tendo em vista que o primeiro vocábulo originário do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e natureza da atividade levada a cabo, isto é, a aportação de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou não processo. Reflete, ainda, a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados, formando um procedimento (LOPES JR., 2006, p. 38).

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

Embora a Constituição Federal assegure caber às polícias judiciárias a investigação das infrações penais (art. 144), bem de ver que tal tarefa não foi cometida exclusivamente às autoridades policiais, cuidando o próprio constituinte de atribuir funções investigatórias ao Ministério Público. A legitimação do *Parquet* para a apuração de infrações penais tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, da CF, regulamentado no âmbito do Ministério Público Federal pela Lei Complementar nº 75/93, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Tam-

bém o art. 38 da mesma Lei Complementar confere ao *Parquet* a atribuição para requisitar inquéritos e investigações. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei nº 8.625/93 reserva tais poderes ao Ministério Público dos Estados (OLIVEIRA, 2009, p. 80-81).

Isto posto, sabendo-se que a Constituição Federal não prevê nenhuma privatividade da polícia para as investigações criminais e que prevê poder para o Ministério Público requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, conforme previsto em lei complementar (art. 129, VI, CF), ela está autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal. Por que aquele a quem se atribui o fim não poderia se valer dos meios adequados? A quem interessa o afastamento do Ministério Público da direção das investigações?

### 5.2. Legitimidade de investigação do Ministério Público

Não sendo a Polícia Judiciária detentora de exclusividade na apuração de infrações penais, deflui que nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos.

Segundo Damásio E. de Jesus<sup>1</sup>, há três posições a respeito do assunto:

1ª) O MP não pode realizar investigações na esfera criminal, por existir óbice constitucional: cuida-se de função exclusivamente atribuída pela Constituição Federal à Polícia. Essa corrente funda-se em uma interpretação gramatical do art. 144 da CF, segundo o qual somente às Polícias cumpriria tal missão. Em outras palavras, quando a Constituição enumerou os diversos ramos da Polícia (Federal, Civil, Militar etc.), teria atribuído exclusivamente a elas a tarefa de proceder às investigações criminais. Já houve decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, em acórdão relatado pelo ex-Min. Nelson Jobim (RHC n. 81.326, j. em 6.5.2003).

2ª) O MP não pode efetuar investigações criminais, por ausência de previsão legal: para essa posição, não existiria impedimento constitucional para que o MP realizasse investigações visando à colheita de provas para o ajuizamento da ação penal. Ocorre, contudo, que não há regulamentação legal a respeito da forma e do procedimento a serem observados, o que tornaria inválidas as investigações realizadas por membros do MP.

3ª) O MP pode realizar investigações criminais (orientação dominante): para essa corrente, em primeiro lugar, o art. 144 da CF, ao cuidar da segurança pública e dos órgãos policiais brasileiros, teve como finalidade apenas delimitar as atribuições investigatórias das Polícias, de modo que não houvesse superposição entre as atividades próprias de cada uma delas (JESUS, 2008, p. 1).

Assim, sendo, segundo o autor, compete à Polícia Federal, em caráter exclusivo, atuar

como Polícia Judiciária da União; à Polícia Militar, tão-somente, investigar os crimes militares de competência estadual e, à Polícia Civil, confere-se atribuição investigatória residual. Em momento algum pretendeu o constituinte excluir a possibilidade de que outros órgãos investigassem infrações penais.

Enxergar o art. 144 da Constituição Federal por ótica diversa parece soar uma leitura do dispositivo de baixo para cima, parando no seu § 4º. A sequência de sua leitura mesmo que invertida, chegaria ao inciso IV do § 1º, onde encontraria a menção exclusividade da atribuição investigatória da Polícia Federal no que concerne às infrações penais de competência da Justiça Federal exclusividade esta que também não suprime do Ministério Público Federal a atribuição para investigar crimes incluídos sob a sua órbita de persecução (de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal), posto que tal legitimidade também por parte de outro dispositivo da mesma Constituição (BASTOS, 2004, p. 155).

Para compreender o alcance do art. 144 da CF, é necessário interpretá-lo sistematicamente, em vez de isolar e ater-se naquele parágrafo que aparentemente abriga uma tese que, de antemão, por razões não científicas, se quer sustentar.

Segundo o próprio Damásio, quanto mais forem os órgãos a se dedicarem ao combate à criminalidade, mais próximos estaremos do ideal constitucional.

Seguindo a orientação interpretativa acima traçada e considerando o art. 144 em seu todo, atento em especial a seus §§ e 1º, inciso IV, e 4º, tem-se, com clareza mediana, que o dispositivo constitucional tão-somente repartiu atribuições investigatórias entre as Polícias, excluindo da Polícia Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal, por reservar-lhes investigação da Polícia Federal. Nenhum reflexo tal dispositivo acarreta quando à legitimidade investigatória do Ministério Público, quer Federal, quer Estadual, posto que esta decorre dos dispositivos que a atual Constituição dedica à sua orientação, mais precisamente o art. 129, a seguir destacado (BASTOS, 2004, p. 156).

Extrai-se ainda do artigo supramencionado que:

De ver-se, ainda, que o art. 129 da CF, além de conferir ao MP o exercício da ação penal pública, concede-lhe a prerrogativa de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (interpretação sistemática). A Lei Complementar a que alude é a LC n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), a qual regulamenta o dispositivo constitucional citado no art. 8º, II e IV, e § 2º, e as Leis Complementares estaduais (como a LC n. 734/93, Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), as quais seguiram o modelo da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional dos MP’s estaduais) (JESUS, 2008, p. 1).

## ENTRE ASPAS

Faz-se necessário registrar ainda o entendimento de Marcelo Lessa Bastos, no sentido de que:

A legitimidade investigatória do *Parquet* é decorrente, em primeiro lugar, da finalidade única da investigação, que é formar sua *opinio delicti*, sendo esta a razão ontológica pela qual, antes mesmo de qualquer base jurídica, se tem por assentada sua base filosófica.

Situada a discussão no plano constitucional, já que se expôs que o art. 144 da Magna Carta, com a devida *venia*, não afasta do Ministério Público a legitimidade para proceder diretamente às investigações criminais, posto que seu papel se esgota em repartir, *exclusivamente* entre as Polícias, as atribuições investigatórias. Nem mesmo o Ministério Público Federal se vê impedido de realizar as investigações diretas diante da *exclusividade* conferida Polícia Federal no art. 144, § 1º, IV, já que este, nunca é demais repetir, regula, apenas, as atribuições policiais, advindo a atuação do *Parquet* de outro dispositivo da Constituição, a cuja análise agora se passe (BASTOS, 2004, p. 165).

E continua:

Partindo da premissa de que entre dispositivos constitucionais não pode haver hierarquia, só resta concluir que têm de conviverem, harmonicamente, os art. 129 e 144 da Constituição: o primeiro legitimando o *Parquet* como titular da ação penal de iniciativa pública, com as consequências disto decorrentes; o segundo organizando, dentre as Polícias, as atribuições para as investigações que porventura lhe forem acometidas.

Se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal de iniciativa pública e se este exercício lhe é obrigatório a partir do momento em que se reúnem no procedimento preparatório as condições da ação e os pressupostos processuais, por conseguinte, tem que poder colher os meios de que necessita para o desempenho de seu *múnus* constitucional que, antes de um direito, é um dever que decorre das normas infraconstitucionais que regulam o exercício da ação de iniciativa pública (BASTOS, 2004, p. 166-167).

Durante vários anos, embates jurídicos foram criados em torno do tema, de um lado Polícia Judiciária e do outro o MP, resultando em inúmeras ações, porém não existe até a presente data uma uniformidade ou um posicionamento pacífico sobre a questão. Vários pretórios já se manifestaram sobre a possibilidade ou não do MP em realizar investigações criminais, tendo o assunto sido levado a Corte Suprema para um posicionamento final.

Conforme noticiado pelo STF foi impetrado um Habeas Corpus nº 91.661-STF, onde consta no bojo do remédio jurídico que policiais ingressaram com o remédio constitucional, com escopo de obter o trancamento da ação penal, uma vez que os depoimentos foram colhidos exclusivamente pelo MP (NOTÍCIAS, 2009).

Segundo a relatora do Habeas Corpus, ministra Ellen Gracie, é perfeitamente possível que o órgão do MP promova a coleta de determinados elementos de prova que demonstrem

a existência da autoria e materialidade de determinado delito. “Essa conclusão não significa retirar da polícia judiciária as atribuições previstas constitucionalmente”, ponderou Ellen Gracie (NOTÍCIAS, 2009).

Ela destacou que a questão de fundo do HC dizia respeito a possibilidade de o MP promover procedimento administrativo de cunho investigatório e depois ser a parte que propõe a ação penal. “Não há óbice [empecilho] a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, explicou a ministra (NOTÍCIAS, 2009).

Transcreve-se a seguir trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no HC nº 91.661:

[...] A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal [...]. (BRASIL, 2009, p. 2).

Releva notar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do HC nº 777770/SC, tendo como Relator o Ministro Néri da Silveira, assim também o STJ Resp. 223.395/RJ, a natureza constitucional de investigar do Ministério Público.

Ademais, os principais fóruns de representação política do Ministério Público, como o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios dos Estados e da União (CNPGE), a Associação Nacional dos Ministérios Públicos (CONAMP) e o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC) têm reiterada e publicamente, declarado que os Ministérios Públicos não desejam presidir inquérito policial, o qual é atribuição específica das autoridades policiais, e tampouco dirigir as Polícias, mas desenvolverem, em caráter excepcional, seus procedimentos administrativos investigatórios criminais, nos termos da Constituição Federal.

Para reforçar o posicionamento de que o MP pode realizar investigações criminais, trago à colação o julgamento do Habeas Corpus nº 89.837/DF, tendo como relator o Ministro Celso de Melo da 2ª Turma do STF, nos termos a seguir:

E M E N T A: *HABEAS CORPUS* – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO

## ENTRE ASPAS

PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO *POLICIAL TORTURADOR* – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO *PARQUET* – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS CASO *McCULLOCH* v. *MARYLAND* (1819) MAGISTÉRIO DADOUTRINA (*RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO*, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI *UM* DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

– O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes.

– A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

– A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

– Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

### A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

– A cláusula de *exclusividade* inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (*polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal*), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

– Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

– Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

### É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

– O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de

## ENTRE ASPAS

investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO *PARQUET*, O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

– O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v. g.).

– O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público dever conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

– O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório (BRASIL, 2009, p. 2)

Ato contínuo, embora já haja posicionamentos neste sentido, é cediço que existem divergências no campo doutrinário, jurisprudencial e legislativo sobre a possibilidade do Ór-

ção acusador poder promover atos de investigação sem a necessidade do auxílio por parte da polícia judiciária. Nesta esteira de pensamento, juristas de notório saber se inclinam para possibilidade do MP poder promover atos de investigação para deflagração da ação penal, entre eles: como Paulo Rangel (2005), Hugo Mazzill (1997), Lênio Luiz Streck (2003), Ren Ariel Dotti (1986), Julio Fabbrini Mirabete (1997), José Frederico Marques (1961).

Em contrapartida, a participação do MP é rechaçada por alguns renomados juristas, como Antônio Evaristo de Moraes (1997), Aury Lopes Jr (2006), Luigi Ferrajoli (1997), José Afonso da Silva (1998), Francesco Carrara (1994).

Temos o objetivo, assim, de evidenciar que a investigação promovida pelo MP se tornará salutar e imperativa, na medida em que irá propiciar uma investigação mais célere. Serão observados os direitos individuais daqueles supostos infratores, preceitos constitucionais, bem como fornecendo suporte aos juízes para uma melhor prestação jurisdicional.

Assim, o poder de investigação dado ao MP para promover a investigação é fruto da “interpretação lógica” do art. 129, VI, da CF/88 e do art. 80 da Lei nº 8.625/93, bem como da análise do § 4º, do art. 144 da Carta Maior, que segundo atesta “[...] não confere a polícia o monopólio da investigação [...]”. Portanto, soa absurdo o Ministério Público poder requisitar diligências a autoridade policial e não poder fazê-lo por conta própria.

Afinal, qual o impeditivo para o MP poder promover investigação preliminar, sem a necessidade de acompanhamento da polícia judiciária? Por que a polícia judiciária busca impedir a atuação do MP, seja conjuntamente ou sozinho? Qual o interesse em se manter o atual sistema investigativo, já em plena falência? Haver otimização nos procedimentos investigativos? Haver uma maior transparência e eficácia na consecução da investigação preliminar?

Vislumbra-se, desta forma, a possibilidade sim do MP, no exercício de fiscalizador da Lei, em promover coletânea de elementos para deflagração da ação penal, se tornando prescindível a atuação da polícia judiciária. Ocorre que, devem existir limites para que o MP cumpra seu mister constitucional, com o fito de que não haja abusos, exageros, como em alguns casos têm-se verificado.

Ao se fazer uma interpretação meramente literal do artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal, verifica-se que este dispositivo legal apenas garante, de forma expressa, ao Ministério Público o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.

Contudo, já se encontra consolidada a tese de que a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática, levando-se em conta os propósitos e os princípios constitucionais, além de outros diplomas legais. Desse modo, podemos afirmar que ao Ministério Público é garantido o poder de investigação criminal de maneira indireta e direta.

Merece registro, nesse ponto, a lição emanada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão da relatoria do Desembargador Federal Fábio Rosa: “[...] A Constituição da República não pode ser interpretada às tiras, completamente descontextualizada do seu conjunto. Como se pode observar dos fundamentos exarados no parecer do MPF, a Carta Magna não alijou o *Parquet* da atividade investigativa; ao contrário, conferiu-lhe amplos poderes para realização de diligências (art. 129, incisos VI e VIII) que poderão auxiliá-lo na formação da *opinio delicti* [...]” (TRF 4ª Região, 7ª Turma. Recurso em Sentido Estrito 2002.04.01.052347-6/RS).

Os membros do Ministério Público podem buscar provas para o embasamento de uma possível denúncia criminal, tanto através da polícia, como por meios próprios, conforme indica o artigo 7º, incisos II e III, “in fine”, da Lei Complementar nº 75/93 e outros dispositivos legais.

De todo modo, em recente decisão publicada em novembro de 2008, a Segunda Turma

do Supremo Tribunal Federal reconheceu os poderes investigatórios do Ministério Público, a seguir transcrito:

Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisi-te esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves, como o presente, que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias (STF, RE 535478, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 21/11/2008).

Ademais, o princípio da independência funcional garante aos membros do Ministério Público atuação livre, vinculada tão somente à sua convicção e aos princípios democráticos estabelecidos na Constituição. A essa Instituição também é assegurada autonomia funcional e administrativa, o que a tornou independente de qualquer um dos três poderes da República. O compromisso do Ministério Público é com a defesa dos interesses da sociedade.

Há possibilidade de uma equidade ao trabalho investigativo promovido pela polícia judiciária e do MP, coexistindo, assim, um trabalho conjunto, de ajuda mútua, criando-se um núcleo integrado de investigações. É possível uma coerência entre os poderes, paridade de armas, onde as vaidades são deixadas de lado, com o firme propósito de uma estrutura consentânea para os trabalhos desejados, conforme se verifica pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, por unanimidade, a competência do Ministério Público para investigar em circunstâncias especiais, como em casos que envolvam a atividade policial.

É mais uma decisão do STF reiterando o entendimento de que o MP tem poder investigativo. Em outubro passado, a Corte Suprema julgou pelo menos três *habeas corpus* neste sentido.

No caso apreciado no Recurso Extraordinário 468.523, os integrantes da Segunda Turma acompanharam o voto da relatora, ministra Ellen Gracie, pela competência do MP para investigar.

Por outro lado, há decisões que não agasalham a interferência ministerial, sob a justificativa de que aquele que busca a prova preliminar não possui a imparcialidade necessária para deflagrar e acompanhar o desfecho processual, surgindo, assim, a figura do MP como acusador sistemático. O caminho trilhado por esta corrente fomenta que a investigação preliminar desenvolvida pela polícia judiciária e de deflagração da ação penal por meio do MP, parecem trabalhos estanques. É como se os órgãos estivessem tão distantes que um não pudesse socorrer-se do outro. É como se os órgãos trabalhassem por razões diversas, para obtenção de resultados diferenciados.

É consabido que, a CF em vigor, em seu art. 127, dispõe que o MP é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esse mesmo texto conferiu ao MP uma série de atribuições, como instrumentos para o fiel desempenho de sua missão constitucional. Dentre tais atribuições constam as de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informa-

ções e documentos para instruí-los e de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, nos termos do art. 129, VI e VIII, da Carta Política.

### 5.3. Art. 129 da Constituição Federal

Com efeito, reza o art. 129 da atual CF que são funções do MP, dentre outras:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.
- [...]
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.
- [...]
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- [...]
- IX – exercer outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. [Grifos nossos] (BRASIL, 1988).

Como se nota pelo inciso I acima transcrito, a Carta Magna deu ao MP, com exclusividade, a titularidade da ação penal pública e, como lembra Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho com muita propriedade:

*Não seria razoável que a Constituição concedesse o direito de ação com uma mão e retirasse os meios de ajuizá-la adequadamente com a outra. Por isso, deve-se admitir que o Ministério Público possa colher os elementos de convicção necessários para que sua denúncia não seja rejeitada* (CARVALHO, 2003, p. 91) [Destaque nosso].

Comentando o inciso VI, afirma Marcellus Polastri Lima:

Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da Polícia Judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal. Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa ter o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando provas necessárias para formar sua *opinio delicti* (LIMA, 1997, p. 88).

Além das competências trazidas no texto constitucional, as Leis nº 75/93 (Lei Complementar nº 75/93) e 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), legitimam ao MP à realização de um amplo conjunto de medidas de natureza investigatória, a exemplo da inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos públicos ou privados.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a Lei nº 8.429/1992, em consonância com o art. 129, III, da CF, autorizou o MP a conduzir inquéritos civis para apurar atos de improbidade administrativa. Como apregoa o ditado popular “Quem pode o mais, pode o menos”.

Essa tese veio a ser finalmente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que adotou, em 13 de dezembro de 1999, a Súmula nº 234: A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. Nada mais fez a Corte do que aplicar entendimento pacífico na doutrina, de que o MP parte no processo penal. É o juiz quem deve ocupar o ponto equidistante entre a acusação e a defesa, entre o acusado e o MP. A imparcialidade que se exige do membro do MP é aquela de cunho pessoal (impessoalidade), proibindo que o acusador seja parente do juiz ou das partes, seu amigo íntimo ou inimigo capital etc, do ponto de vista funcional, a imparcialidade é incompatível com a função do acusador público.

É nesse sentido a lição de José Frederico Marques:

Não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, a, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estar a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado (MARQUES, 1961, p. 40).

Em que pese os argumentos elencados em favor do MP para promover a investigação preliminar, vislumbra-se que existem restrições quanto às atribuições insertas ao Órgão acusador.

A corrente pela restrição dos poderes investigatórios do MP reverberou de modo máximo em decisão da 2ª Turma do STF, na qual se declara que a realização de diligências investigatórias é atribuição exclusiva da polícia judiciária, conforme noticiado no informativo nº 307 do STF. Essa decisão do Pretório Excelso demarcou um posicionamento extremo que se contrapõe, inclusive, a inúmeros julgados anteriores do próprio STF e de outros Tribunais.

A doutrina e as decisões reiteradas predominantes rechaçam a possibilidade do MP em coligir provas para dar início à ação penal (processo).

Renomados juristas como Antônio Evaristo de Moraes (1997), Aury Lopes Jr (2006), Luigi Ferrajoli (1997), José Afonso da Silva (1996), Francesco Carrara (1994), posicionam-se no sentido de que o ordenamento jurídico processual brasileiro está fincado na concepção de que a investigação preliminar, que constitui a fase preparatória da *persecutio criminis*, deve ser realizada pelas autoridades policiais, ainda que sob o controle do MP. Esta concepção tem em conta a necessidade de garantir-se a equitatividade do processo penal, em cujo curso se deve às partes a igualdade de armas. Se estes papéis não forem respeitados, tem-se clara violação do preceito constitucional referente ao devido processo legal. A CF em vigor e a Lei Complementar não conferiram ao MP um poder tão amplo, tão incontrastável.

De forma divergente, doutrinadores como Paulo Rangel (2005), Hugo Nigro Mazzili (1997), Lênio Luiz Streck (2003), René Ariel Dotti (1986), Julio Fabbrini Mirabete (1997) e José

Frederico Marques (1961) entendem que o MP é apenas parte processual, formal ou instrumental no processo. Quando inicia a ação, produz prova, debate a causa ou recorre, é parte, no sentido técnico e processual. Sua imparcialidade somente poderia ser compreendida no sentido atécnico, no sentido moral, portanto (de objetividade, serenidade e fiscalização da Lei, pois não tem um interesse material fora do processo, contraposto ao interesse do réu).

No sentido das idéias aqui sustentadas, colhe-se a lição de Afrânio Silva Jardim:

Ora, se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF), e se a atividade de Polícia Judiciária, concretizada no inquérito policial, que ir aparelhar o Parquet para oferecer sua denúncia, é até mesmo intuitivo que o promotor de Justiça deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, instaurar a *persecutio criminis in judicio*, não estivesse expresso na Constituição e na legislação ordinária, de qualquer sorte tratar-se-ia dos chamados ‘poderes implícitos (JARDIM, 1997, p. 339).

Como titular da ação penal pública tem o MP o direito de melhor informar-se quanto a ação que pretende intentar. Como referido anteriormente, é ele, acima de tudo, um fiscal da lei e, analisado como parte, o é apenas formalmente, sendo óbvio que, apesar de “autor” da ação penal, utiliza de suas atribuições para benefício da sociedade. O *Parquet* é uma Instituição que atua em nome da sociedade e serve a um Estado Democrático de Direito.

Conforme afirma o Eugênio Pacelli de Oliveira:

[...] quando a Constituição prevê poder do Ministério Público requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, conforme previsto em lei complementar (art. 129, VI da CF), ela está, a todas as luzes, autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal. Por que aquele quem se atribui o *fim* não poderia se valer dos meios adequados? A quem interessa o afastamento do Ministério Público da direção das investigações? (OLIVEIRA, 2009, 84-85).

Por fim, corroborando com o posicionamento acima esposado Hugo Nigro Mazzilli afirma que:

Inexiste impedimento para que o promotor que investigou os fatos ou oficiou no inquérito policial possa ajuizar a conseqüente ação penal ou nela officiar: ‘é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia (MAZZILLI, 1997, p. 152).

Ademais, a Lei nº 8.625/93, no seu art. 26, dispõe caber ao Ministério Público:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (omissis);

## ENTRE ASPAS

II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

V – praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório (BRASIL, 1993).

Ver-se, destarte, que não há dificuldades em se admitir a instauração de procedimentos administrativos investigatórios de natureza criminal no âmbito do próprio Ministério Público, desde que haja a necessidade da apuração de determinado fato que, por sua vez, enquadre-se no leque institucional das atribuições ministeriais.

Como se não bastassem tais dispositivos legais, que remontam à década de 40, ao lado dos dispositivos constitucionais já analisados – os quais, por si só, já bastam à assertiva de que o Ministério Público detém legitimidade para realizar diretamente investigações criminais –, somam-se a eles os dispositivos das Leis Orgânicas do Ministério Público (BASTOS, 2004, p. 174).

Está claro pelo diploma que rege o Ministério Público nacionalmente que possível serem instaurados procedimentos administrativos diversos dos inquéritos civis, que são exatamente aqueles destinados à apuração das infrações penais, no bojo dos quais se podem expedir notificações pela colheita de depoimentos, sob pena de condução coercitiva, bem como se requisitarem documentos a entidades públicas ou privadas etc. Não se pode olvidar, aliás, que desses procedimentos já cuidava o art. 28 do Código de Processo Penal, ao estabelecer o mecanismo de arquivamento do inquérito policial e ‘quaisquer peças de informação’. Como se v, o procedimento ministerial destinado investigação criminal uma ‘peça de informação *lato sensu*, da mesma forma que o o inquérito policial, estando sujeito, por conseguinte, quando da hipótese de arquivamento, ao mesmo mecanismo estabelecido no citado art. 28 do Código de Processo Penal (BASTOS, 2004, p. 174).

Desta forma, por tudo o quanto exposto, concluo o presente trabalho apresentando as principais vantagens da investigação preliminar a cargo do Ministério Público, segundo a ótica de Aury Lopes Jr (2006), a qual coaduna em todos os seus termos:

a) Representa uma aproximação à estrutura dialética do processo, apesar de algumas naturais limitações da publicidade e do contraditório (que seriam inerentes à própria natureza da investigação preliminar);

b) Essa investigação preliminar do acusador é uma imposição do sistema acusatório, pois mantém o juiz longe da investigação e garante a sua imparcialidade (ao juiz cabe julgar e não investigar). Com isso, cumpre-se com os postulados garantistas do *nullum iudicium sine accusatione ene procedat iudex ex officio*. Em última análise, o sistema fortalece a figura do juiz, cuja atividade na investigação fica reservada a julgar (decidin-

do sobre as medidas restritivas e a admissão da própria acusação);

c) A imparcialidade do MP leva à crença de que a investigação buscará aclarar o fato a partir de critérios de justiça, de modo que o promotor agirá para esclarecer a notícia-crime resolvendo justa e legalmente se deve acusar ou não. Inclusive deverá diligenciar para obter também eventuais elementos de descargo, que favoreçam a defesa. Na síntese de Guarnieri (1952, p. 43), “o Ministério Público *constituye una figura que si bien tiene el cuerpo de parte, ofrece el alma de juez*”;

d) A própria natureza da investigação preliminar, como atividade preparatória ao exercício da ação penal, deve necessariamente estar a cargo do titular da ação penal. Por isso, deve ser uma atividade administrativa dirigida por e para o Ministério Público, sendo ilógico que a polícia ande em descompasso com o MP, investigue para o promotor acusar. Em resumo, melhor investiga quem vai acusar, e melhor acusa quem por si mesmo investigou ou comandou a investigação;

e) Como atividade destinada a formar um juízo sobre o processo ou o não processo, a investigação preliminar a cargo do MP tende a ser, verdadeiramente, uma cognição sumária. Com isso, também se evita que os atos de investigação sejam considerados como atos de prova e, por consequência, valorados na sentença.

E arremata afirmando que:

Analizando os diversos incisos do art. 129 da CF, em conjunto com as Leis nº75/93 e nº 8625/93, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º da primeira e 26 da segunda, constata-se que, no plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual. Resulta óbvio que se o legislador atribuiu ao MP titularidade da ação penal pública atividade fim – dever conceder-lhe também os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva este fim, de modo que, a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, dever estar sob seu comando (LOPES JR., 2006).

Será este o caminho.

## 6. Conclusão

Examinando o tema, pode-se concluir que se trata de importantíssimo questionamento em nossa doutrina, e que a investigação criminal no Brasil carece essencialmente de recursos humanos e financeiros, padecendo da corrupção, um mal que afeta não só a nossa política, mas boa parte da máquina estatal.

Assim, a concessão do poder investigatório ao Ministério Público teria por consequência justamente eliminar essa rede de corrupção que assola os agentes de polícia, possibilitando a realização de investigações criminais mais eficientes, o que permitiria um maior controle da criminalidade no Brasil.

## ENTRE ASPAS

Com isto, pode-se perceber que o Ministério Público é uma instituição estatal que se encontra, cada vez mais, na esfera da sociedade civil, lutando pela implementação dos direitos fundamentais.

Na busca da defesa dos interesses sociais que nas sociedades capitalistas chocam-se, frequentemente, com os interesses do poder político e do poder econômico, deve-se garantir ao Ministério Público amplos poderes de investigação, justamente para que essa Instituição se fortaleça e, ao lado das forças democráticas da sociedade civil lute pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

### Referências

---

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Curitiba: Juru, 2006.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1998.

\_\_\_\_\_. *Código de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lei 2.033*, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 234*. A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/9999/STJ234.htm>>. Acesso em: 10 out. 2008.

### Notas

---

1. Artigo publicado em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

## A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O CASO DE VIOLAÇÃO AO DEFICIENTE MENTAL DAMIÃO XIMENES LOPES

*“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. (art. 4º, §1º da Convenção Americana de 1969).*

### Bartira Pereira Dantas

Analista. Assessora Jurídica. Professora universitária. Especialista em Direito pela Escola de Magistrados da Bahia EMAB/UCSAL. Pós-graduada em Direito do Estado pela EMAB/Faculdade Baiana de Direito. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), em Buenos Aires.

**Resumo:** Trata-se de breve análise em derredor dos direitos humanos, tendo como ponto de partida o caso Damião Ximenes Lopes, vítima de tortura e maus tratos, que culminaram com o seu falecimento, na Casa de Repouso Guararapes, no município de Sobral, Estado do Ceará, Brasil. Após a identificação dos direitos inerentes à condição humana, passou-se a tratar da submissão do Estado Brasileiro às Instâncias Interamericanas de Proteção aos Direitos Humanos até a responsabilização pela violação de direitos e garantias universais da vítima falecida e de seus familiares, impondo-se uma atitude positiva do Estado para implementação de novos paradigmas no tratamento da saúde mental.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Deficiência mental. Ausência de adequada tutela pelo Estado. Violação de cláusulas da Convenção Americana de Direitos Humanos. Responsabilidade do Estado Brasileiro.

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Sinopse fática do caso Damião Ximenes Lopes; 3 – Do procedimento perante a Comissão Americana de Direitos Humanos; 4 – Do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5 – Da tutela dos direitos humanos; 6 – Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos; 7 – Considerações Finais; 8 – Referências.

### 1. Introdução

A abordagem técnico-jurídica em derredor dos direitos humanos, por vezes, permite um afastamento dos casos concretos com vistas à melhor aferição da tutela jurídica, independentemente dos sentimentos que se põem à prova.

O presente estudo, no entanto, perpassa uma situação de violência e tortura a um deficiente mental, internado na Casa de Repouso Guararapes que, antes de chamarmos de Damião Ximenes Lopes, ou vítima, deveríamos considerá-lo simplesmente CIDADÃO BRASILEIRO.

A tutela de seus direitos, além de constitucional – Constituição Federal do Brasil/1988, art. 5º, encontra abrigo no Direito Internacional, pela ampla proteção conferida aos direitos humanos e em razão dos quais se permitiu o processamento e posterior submissão do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não se tem a pretensão de esgotar os aspectos concernentes aos direitos humanos, nem mesmo quanto aos aspectos procedimentais de sua tutela internacional, mas simplesmente analisar o caso concreto, à luz das disposições aplicáveis, na esperança de se conseguir, de alguma forma, ampliar a crença na melhor razão para a existência do Direito: a proteção do próprio SER HUMANO.

## 2. Sinopse fática do caso Damião Ximenes Lopes

A história narrada através da denúncia nº 12.237 perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos envolve a descrição sumária de graves violações dos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos contra a pessoa do Sr. Damião Ximenes Lopes, portador de doença psiquiátrica, para a qual buscava tratamento na Casa de Repouso Guararapes, localizada no Município de Sobral, Estado do Ceará.

Segundo narrativa encontrada na sentença proferida pela Corte Americana de Direitos Humanos, o Sr. Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental, fora internado por sua genitora Albertina Ximenes, na referida Casa de Repouso no dia 01 de outubro de 1999, vindo a falecer após três dias de internação, tendo o laudo emitido pela Clínica e assinado pelo Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos, atestado a *causa mortis* como “parada cardiorrespiratória”.

A irresignação da família, contudo, estava consolidada pela visita da Sra. Albertina ao filho, no dia do falecimento, quando o encontrou em estado deplorável, sangrando bastante, com diversas escoriações, hematomas e com as mãos amarradas. Insatisfeitos com o laudo emitido, os familiares da vítima resolveram submeter o corpo à necropsia pelo Instituto Médico Legal de Fortaleza, Capital do Estado do Ceará, obtendo atestado de óbito com identificação de “morte real de causa indeterminada”.

Em depoimento perante a Corte Americana, a Sra. Irene Ximenes Lopes, irmã da vítima, trouxe os seguintes esclarecimentos:

No dia 04 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes, ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como “morte natural, parada cardiorrespiratória” e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse

determinada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”. A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão de verdade. A raiz do seu envolvimento com o caso do seu irmão encontrou muitas pessoas que sofreram maus-tratos ou que tiveram parentes espancados dentro da Casa de Repouso Guararapes, mas as famílias e as vítimas não tinham interesse em denunciar, porque tinham medo de enfrentar a polícia e o hospital.<sup>1</sup>

Diante das flagrantes atrocidades do caso, com suspeita de morte por tortura, a família inicia uma busca incessante por justiça, denunciando o caso à Polícia Civil, Ministério Público Federal, à Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e também à Comissão Americana de Direitos Humanos, cuja análise aqui denotou maior interesse, dado o objeto de estudo do presente artigo.

Cumpre apontar que, em 01 de outubro de 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos resolveu submeter à Corte uma demanda contra o Estado Brasileiro, iniciada através da denúncia nº 12.237, recebida na Secretaria da Comissão em 22 de novembro de 1999. Após análise preliminar, a Comissão houvera decidido levar à Corte o caso de supostas violações de direitos humanos “consagrados nos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no art. 1.1. (obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes”<sup>2</sup>.

A relevância deste caso não se restringe à gravidade das violações de direitos ou à proteção humanitária internacional, mas significou o início de uma mudança de paradigma no tratamento da saúde mental no Brasil.

### 3. Do procedimento perante a Comissão Americana de Direitos Humanos

O desenvolvimento do presente estudo tomará por base a redação da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no referido caso, sem olvidar da abordagem da proteção internacional dos direitos humanos e de seu respectivo procedimento perante as Instâncias Internacionais.

Consoante menção introdutória na sentença da Corte, o senhor Damião Ximenes Lopes fora internado “em 01 de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, (doravante denominado “Sistema Único de Saúde ou SUS), no município de Sobral, Estado do Ceará”<sup>33</sup>

Assim, pretende-se certa análise em derredor da submissão do Estado Brasileiro à Comissão e à Corte Americana de Direitos Humanos, pela suposta violação de direitos humanos no caso de Damião Ximenes Lopes, falecido em 04 de outubro de 1999, na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação. Observe-se, portanto, o desencadeamento cronológico do caso perante as Instâncias Americana de proteção aos direitos humanos:

Em 22 de novembro de 1999, Irene Ximenes Lopes Moreira, também denominada peticionária, apresentou denúncia perante a Comissão Americana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, em decorrência dos fatos ocorridos com seu irmão, Sr. Damião Ximenes Lopes.

## ENTRE ASPAS

Tratando-se, o Brasil, de Estado Signatário da Convenção Americana desde 25/09/92, admite-se a competência da Corte para análise da demanda, inclusive a competência contenciosa, reconhecida em 10/12/98.

Estabelecida a demanda perante a Comissão, foram adotadas as medidas regulares de notificação do Estado Brasileiro, a fim de que informasse se foram esgotados os recursos de jurisdição interna.

Transcorrido o prazo *in albis*, aprovou-se o Relatório de Admissibilidade nº 38/02, encaminhado à peticionária e ao Estado em 25/10/02, havendo tentativa de solução amigável entre as partes em 08/05/03, a qual restou frustrada.

Em 08/10/03, a Comissão aprovou relatório de mérito nº 43/03,

...mediante o qual concluiu ‘inter alia’ que o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos arts. 5º (direito à integridade pessoal), 4º (direito à vida), 25 (proteção judicial) e 8º (garantias judiciais) da Convenção Americana, em conexão com o art. 11 do mesmo instrumento no que se refere à hospitalização do senhor Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, às violações de sua integridade pessoal e ao seu assassinato, bem como às violações da obrigação de investigar, do direito a um recurso efetivo e das garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos<sup>4</sup>.

Nessa oportunidade, a Comissão recomendou ao Estado uma série de medidas reparadoras de tais violações, assinalando-lhe um prazo de dois meses, a partir de dezembro de 2003, para cumprimento das recomendações, as quais, segundo comunicação dos peticionários – Sra. Irene Ximenes e o Centro de Justiça Global em 08/03/04, não foram cumpridas. Por oportuno, cumpre ressaltar que o Centro de Justiça Global fora incluído como co-peticionário em razão de comunicação encaminhada pela Sra. Irene Ximenes Lopes à Comissão na data de 17 de outubro de 2003.

Em 31/12/03, a Comissão Interamericana encaminhou Relatório de Mérito nº 43/03 ao Estado, fixando-lhe o prazo de dois meses para que

...informasse sobre as medidas adotadas com vistas ao cumprimento das recomendações nele formuladas. Nesse mesmo dia, a Comissão deu ciência aos peticionários da aprovação do relatório e seu encaminhamento ao Estado e solicitou-lhes que informassem sua posição quanto a que fosse o caso submetido à Corte Interamericana<sup>5</sup>.

Informada pelos peticionários em 08/03/04, quanto ao descumprimento das recomendações encaminhadas no relatório 43/03, a Comissão concedeu prorrogações de prazo requeridas pelo Estado Brasileiro em 17 de março e 18 de junho de 2004.

Contudo,

...em 23 de setembro de 2004, o Estado apresentou um relatório parcial sobre a implementação das recomendações da Comissão e, no dia 29 de setembro seguinte, doze dias depois de vencido o prazo concedido, o Estado apresentou outra comunicação de que constava a contestação ao Relatório de Mérito expedido pela Comissão<sup>6</sup>.

Diante do quadro apresentado, a Comissão, em 30 de setembro de 2004, decide submeter o caso à Corte.

#### 4. Do procedimento perante à Corte Americana de Direitos Humanos

Nesse passo, a análise do caso erige de importância, não só por se tratar da primeira vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) decide uma demanda envolvendo o Brasil, mas também pela relevância histórica de ser o primeiro pronunciamento da Corte sobre violações de direitos humanos de portadores de transtornos mentais.

O procedimento perante à Corte tem início em 01 de outubro de 2004, com a apresentação da demanda pela Comissão Americana de Direitos Humanos, anexando documentos e oferecendo provas testemunhais e documentais.

Assim, após análise preliminar da demanda pelo Presidente da Corte, em 03/11/04, determinou-se a notificação do Estado, com a indicação do prazo para contestação e designação de sua representação no processo<sup>77</sup>

Durante o curso do processo, tanto os peticionários quanto o Estado Brasileiro realizaram modificações em sua representação perante à Corte Americana. Como tais informações não se apresentam como relevantes para a análise que ora se pretende, a discriminação dos mandatórios e as datas de suas designações serão omitidas.

“Em 14 de janeiro de 2005, os representantes apresentaram seu escrito de solicitações e argumentos, ao qual anexaram prova documental e ofereceram prova testemunhal e pericial. Os representantes salientaram que o Estado não cumprira as obrigações relativas à garantia dos direitos tutelados nos artigos 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade e pessoal), com relação ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes. Salientaram também que o Estado havia violado os direitos consagrados nos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção e a obrigação disposta no artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Solicitaram ademais à Corte que ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, que ordenasse medidas de não-repetição e reembolso das custas e gastos.

Em 08 de março de 2005, o Estado apresentou o escrito mediante o qual interpôs uma exceção preliminar, a contestação da demanda e suas observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), ao qual anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial.

Durante a instrução, foram colhidos depoimentos por meio de declarações escritas encaminhadas à Corte, bem como pela designação de audiência pública a partir de 30/11/05, oportunidade em que foram apresentadas as alegações finais orais sobre a exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas, bem como colhidos os depoimentos da

senhora Irene Ximenes Lopes Miranda e do senhor Francisco das Chagas Melo, propostos pela Comissão, do senhor João Alfredo Teles, propostos

## ENTRE ASPAS

to pelos representantes, e dos senhores Luiz Odorico Monteiro de Andrade e Emílio de Medeiros Viana, propostos pelo Estado, bem como o laudo da perita Lídia Dias Costa, proposta pelos representantes. Por último, a Corte informou às partes que dispunham de prazo improrrogável até 9 de janeiro de 2006 para apresentar suas alegações finais escritas com relação à exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas.<sup>8</sup>

No dia designado para a audiência pública, a Corte proferiu sentença sobre a exceção preliminar, resolvendo por desconsiderar a preliminar de não esgotamento dos recursos internos oposta pelo Estado, dando prosseguimento à instrução. Nesse sentido,

O Estado manifestou inicialmente seu reconhecimento de responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana neste caso (par. 63 e 66 infra). A este respeito, tanto a Comissão quanto os representantes se referiram ao reconhecimento do Estado (par. 64 e 65 infra). A Corte decidiu em seguida dar continuidade à audiência pública, a fim de ouvir os depoimentos e laudos periciais das pessoas que haviam sido convocadas a comparecer perante o Tribunal e as alegações finais relacionadas com o mérito e eventuais reparações e custas, levando em conta o reconhecimento de responsabilidade declarado pelo Estado<sup>9</sup>.

Após o oferecimento de razões finais escritas por parte da Comissão, dos representantes e do Estado, em 13/06/06, a Secretaria da Corte solicitou-lhes, nos termos do artigo 45 do Regulamento, “diversos documentos como prova para melhor resolver”, o que foi atendido em 22, 26 e 28 de junho, respectivamente.

No final da noite do dia 17 de agosto de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o tribunal máximo da Organização dos Estados Americanos (OEA), por unanimidade, condenou o Estado Brasileiro pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará.

Ao entendimento da Corte, o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, especialmente o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família, bem como as garantias judiciais e o direito à proteção judicial a que têm direito seus familiares, concluindo pela imposição de indenização à família como medida de reparação.

Em sua sentença, a Corte reconhece que o Brasil “tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde”, concluindo também “que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, (...), a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial”.

### 5. Da tutela dos direitos humanos

A tutela dos direitos humanos se confunde com o desenvolvimento da própria humanidade, já que foi sendo construída ao longo dos séculos por influência da religião, da filosofia

e da ciência. A fé monoteísta emanada da Bíblia fez crer na criação do homem à semelhança do próprio Deus<sup>10</sup>, de modo a se justificar a predileção divina e o domínio da terra pelo Homem.

De outro modo, enquanto a Filosofia buscava justificar o predomínio da raça humana sobre os demais seres vivos, Comparato esclarece que:

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana<sup>11</sup>.

O ideal de igualdade entre os homens inicia-se com o surgimento dos grupos sociais e vai evoluindo de modo a abarcar toda classe de pessoas independente de cor, credo, raça, religião, etc, chegando até a proteção conferida à pessoa humana e ao seu direito a uma vida digna. Nesse sentido, escreve Comparato:

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado em si mesmo, com um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que próprio edita<sup>12</sup>.

Por tudo quanto exposto, é de se reconhecer que os direitos humanos surgem como decorrência lógica da existência do ser humano, mas, na esteira do entendimento doutrinário, remanesce a necessidade de distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Em derredor da questão terminológica apontada, convém trazer a nota distintiva extraída do livro “A eficácia dos direitos fundamentais” de Ingo Wolfgang Sarlet:

a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Assim também, Fábio Konder Comparato, in “Afirmção Histórica dos Direitos Humanos<sup>13</sup>:

a doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas.

No âmbito desse estudo, malgrado os direitos humanos, muitas vezes, encontrem-se positivados no âmbito do ordenamento jurídico dos países, tem-se por fundamental o emprego da expressão “direitos humanos” e a universalização de sua proteção.

Nesse sentido, é de ver-se que, genericamente, a tutela dos direitos humanos fica ao encargo do ordenamento jurídico de cada País, a quem incumbe a apuração dos fatos lesivos e a responsabilização dos agentes causadores de tais violações.

No ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, uma inovação foi trazida pela inserção do §3º do artigo 5º, ao dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Acerca dessa inovação normativa, expõe Sarlet que:

o novo dispositivo, em princípio, veio para complementar o §2º do mesmo artigo, que consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional, agasalhando norma geral inclusiva, que – notadamente no que concerne aos tratados de direitos humanos e seu regime jurídico interno – tem sido objeto de farta produção doutrinária e acirrado debate, o qual, todavia, dadas as limitações do presente ensaio<sup>14</sup>.

Neste aspecto, interessante é observar que, a partir dessa inovação do Constituinte, desaparece, ainda que em tese e no limite do ordenamento jurídico brasileiro, a distinção entre as terminologias “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, haja vista que estes são potencialmente considerados fundamentais, bastando a observância dos requisitos consignados no §3º do artigo 5º.

Assim, em linha de princípio, os Estados devem solucionar internamente as violações de direitos humanos, sem a interferência do sistema internacional de tutela, de modo que a declaração de esgotabilidade dos recursos internos configura requisito de admissibilidade da tutela internacional de direitos humanos.

Contudo, constatada situação de violação aos direitos humanos e a impossibilidade de tutela ou a esgotabilidade dos recursos internos, tem-se a viabilidade da tutela internacional de direitos humanos, consubstanciada, em sua maior expressão, pelos tratados internacionais protetivos, que possuem aplicabilidade no âmbito dos países signatários.

Virgínia Leary, sobre os tratados internacionais de proteção de direitos humanos:

Embora estes tratados sejam elaborados com o fim de importar em obrigações aos Estados que os ratificam, os seus verdadeiros beneficiários são os indivíduos que estão sob a jurisdição do Estado. A incorporação efetiva das normas destes tratados no plano nacional é de crucial importância para que os seus propósitos sejam alcançados. A comunidade internacional tenta, atualmente, através do uso de tratados, o maior instrumento em seu aparato legal – obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e garantir a eles direitos fundamentais<sup>15</sup>.

No âmbito internacional, portanto, podem-se mencionar importantes instrumentos de

proteção dos direitos humanos, a partir da Declaração de 1948, valendo mencionar ainda a existência de relevantes tratados e convenções de proteção aos direitos das pessoas portadoras de deficiência, iniciando com a Declaração dos Direitos do Impedido, de 1975, incluindo Cartas e Programas de proteção e inclusão, até a assinatura da Convenção Interamericana de eliminação de todas as formas de discriminação, cognominada Convenção da Guatemala, do ano de 1999.<sup>16</sup>

Atualmente, o tratado internacional dos direitos das pessoas portadoras de deficiência se encontra no patamar de aprovação por *quorum* qualificado, podendo ser o primeiro tratado internacional de direitos humanos a ser incorporado pelo ordenamento brasileiro, com força de emenda constitucional<sup>17</sup>.

Nos termos do artigo 1º da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência<sup>18</sup>, entende-se que:

1) Deficiência: o termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Por meio dessa Convenção, os Estados Signatários se obrigaram a “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação e propiciar a sua plena integração à sociedade”<sup>19</sup>. Nesse contexto, o tratamento e a adequada prestação de serviços surgem como atividade prioritária do Estado a fim de garantir maior independência e qualidade de vida às pessoas portadoras de deficiência.

Além da Convenção da Guatemala de 1999, pode-se mencionar, na tutela das deficiências, a Declaração do Panamá de 2007, como marco da “Conferência Interamericana sobre o Decênio das Américas pela Dignidade e dos Direitos das Pessoas com Deficiência 2006-2007”.

Retomando a análise genérica da proteção universal dos direitos humanos, ressalta-se a relevância, no âmbito das Américas, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto à reafirmação dos direitos dos indivíduos enquanto seres humanos, a serem protegidos de forma isonômica pelo Estado. Aliás, tratando-se de norma imperativa aos Estados Signatários, é de ver-se que o descumprimento das obrigações ali consignadas importa em violação de obrigação internacional, de modo a importar em sujeição perante as instâncias protetivas internacionais.

## 6. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos

Identificada a raiz de proteção dos direitos humanos, no âmbito do direito material, cabe agora, à vista do caso de violação de direitos do Sr. Damião Ximenes Lopes, narrado alhures, tecer algumas considerações sobre o processo de universalização dos direitos humanos, culminando com a instituição de uma sistemática internacional protetiva, através da qual as violações de tais direitos são analisadas e julgadas.

Nesse sentido, como pondera Norberto Bobbio, a problemática em derredor dos direitos humanos “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”<sup>20</sup>. Nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos exsurge como sustentáculo da dignidade humana, fundamento primordial dos direitos do Homem.

Na esteira das lições de Flávia Piovesan, “o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos”<sup>21</sup>, a partir da redefinição de extensão do conceito de soberania estatal e a inserção dos direitos do Homem como “questão de legítimo interesse internacional”.

No âmbito das Américas, o instrumento de maior relevância é a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – assinada em 1969, com vigência a partir de 1978. Nesse sentido, Thomas Buergenthal:

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada em 1969 em uma Conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). O encontro ocorreu em San José, Costa Rica, o que explica o porquê da Convenção Americana ser também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”. A Convenção Americana entrou em vigor em julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado<sup>22</sup>.

Atualmente, conforme dados da Organização dos Estados Americanos, dos trinta e cinco países membros da Organização, vinte e cinco aderiram à Convenção Americana, dentre os quais se encontra o Brasil, que aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.<sup>23</sup>

Embora não enuncie especificamente qualquer direito, a Convenção busca estabelecer diretrizes para a plena satisfação dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados Signatários, de modo que,

Substancialmente, ela [a Convenção Americana] reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos, similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.<sup>24</sup>

Contudo, no âmbito dos Estados Signatários, para além do dever negativo em não violar os direitos humanos dos indivíduos, Piovesan esclarece a obrigação do Estado quanto à “adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana”.<sup>25</sup>

Na busca de uma sistematização do conteúdo da Convenção Americana, Hector Gross Espiell esclarece que:

A parte I, relativa às obrigações dos Estados e aos direitos protegidos,

consiste em um primeiro capítulo que define tais obrigações, um segundo capítulo que elenca direitos civis e políticos protegidos, um terceiro capítulo referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, um quarto capítulo que trata da suspensão de garantias, interpretação e aplicação, e um capítulo final que disciplina a relação entre direitos e deveres. Desse modo, um único instrumento consagra tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais. A parte II trata dos meios de proteção. O capítulo VI elenca os órgãos competentes, o capítulo VII disciplina a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o capítulo VIII regula a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o IX capítulo prevê dispositivos comuns aos dois órgãos. A parte III consiste em dois capítulos que estabelecem previsões gerais e transitórias<sup>26</sup>.

Considerando-se as instâncias procedimentais nas Américas, tem-se, inicialmente, a Comissão Americana de Direitos Humanos, constituída por sete membros, “de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos”, nascidos em qualquer dos Estados-Membros da OEA. A Comissão Interamericana possui competência ampla no âmbito dos Estados Signatários, buscando respeito e proteção dos direitos humanos nas Américas.

Nesse sentido, através de seus membros, eleitos pela Assembleia Geral para um mandato de quatro anos (admitindo-se uma reeleição), a Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem o poder de:

“a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;

b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considerar conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;

c) Realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral.

d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas.

e) Realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc... para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos.

f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.

g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte.

h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.

i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.”<sup>27</sup>

Interessante observar, dentre as atribuições da Comissão, aquela consignada na alínea “a”, pertinente à análise e investigação de denúncias de violações a direitos humanos. Isso porque as graves lesões sofridas por Damião Ximenes Lopes, p. ex., só tomaram projeção internacional pelo procedimento instaurado pela Comissão.

Observe explanação de Hector Fix-Zamudio:

O primeiro organismo efetivo de proteção dos direitos humanos é a Comissão Interamericana criada em 1959. Esta Comissão, no entanto, começou a funcionar no ano seguinte, em conformidade com o seu primeiro estatuto, segundo o qual teria por objetivo primordial a simples promoção dos direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, como na declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, elaborada em Bogotá, em maio de 1948. Embora com atribuições restritas, a aludida Comissão realizou uma frutífera e notável atividade de proteção dos direitos humanos, incluindo a admissão e investigação de reclamações de indivíduos e de organizações não governamentais, inspeções nos territórios dos Estados-membros e solicitação de informes, com o que logrou em paulatino reconhecimento<sup>28</sup>.

Como se pode perceber no presente estudo, cuidou-se de violação de direitos humanos levados à Corte Americana de Direitos Humanos por relatório encaminhado pela Comissão, em razão da procedência da denúncia e da inobservância das recomendações pelo Estado Brasileiro, diante dos relatórios que lhe foram encaminhados.

Como se mencionou na sinopse fática do caso “sub examine”, o encaminhamento de petição à Comissão à Instância Internacional deflagrou o procedimento após a observância aos requisitos de admissibilidade, dentre os quais se destaca a necessidade de esgotabilidade dos recursos internos, uma vez que se concede ao Estado a oportunidade de solucionar, no âmbito nacional, o conflito com a reparação de dano à vítima.

Diante das considerações expostas, vislumbra-se que, esgotados os recursos internos, admite-se o oferecimento de denúncia por qualquer pessoa que tenha sofrido ou saiba de situação de violação de direitos humanos, mediante observância ao procedimento simplificado

disposto a partir do artigo 41 da aludida Convenção Americana. A partir de então, se entender pela procedência da denúncia, a Comissão elaborará relatório que será enviado ao Estado denunciado a fim de que sejam cumpridas determinadas recomendações.

Constatado o descumprimento pelas recomendações, a Comissão emitirá novo relatório para cumprimento imediato, podendo culminar com a submissão do caso à Corte Americana de Direitos Humanos, cuja sentença possui caráter de definitividade, inclusive com a possibilidade de imposição do dever de reparação pelas consequências das situações de violação dos direitos, bem como a garantia de exercício ao prejudicado, se for a hipótese. Havendo condenação do Estado em justa indenização, o artigo 69 da Convenção determina o seu pagamento, mediante observância do processo interno de execução de sentenças contra a Fazenda Pública.

### 7. Considerações finais

Passados mais de dez anos do falecimento do Sr. Damião Ximenes Lopes, pode-se afirmar que houve uma modificação substancial no paradigma do tratamento médico-clínico das deficiências no Brasil.

A Casa de Repouso Guararapes, palco de inúmeras violações de direitos humanos, foi descredenciada da rede do Sistema Único de Saúde em 10 de julho de 2000. Aliás, conforme depoimento do Dr. Luís Fernando Farah de Tófoli, médico psiquiatra da Secretaria de Desenvolvimento Social de Saúde de Sobral, o caso Damião Ximenes Lopes representou, inegavelmente, forte influência na reorganização da atenção da saúde mental naquele município, com o início de funcionamento da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral. Segundo ele,

Essa rede está composta por um Centro de Atenção Psico-social Geral, uma residência terapêutica, uma unidade de internação psiquiátrica em hospital geral e por ações de supervisão e educação sobre programa de saúde familiar. Esse modelo de atenção recebeu diversos prêmios nacionais de experiência exitosa em saúde mental<sup>29</sup>.

No âmbito da reparação pelos danos do caso Damião Ximenes Lopes, identificou-se a ação indenizatória proposta pelos familiares contra a Casa de Repouso Guararapes e o médico Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos, em 06 de julho de 2000, com sentença prolatada em 04 de julho de 2008, mas ainda pendente de recurso.<sup>30</sup>

No âmbito interno brasileiro, pode-se assegurar, indubitavelmente, uma nova era na tutela dos direitos humanos e da cidadania. Isso porque, após a alteração constitucional trazida pela Emenda nº 45/2004, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência foi o primeiro a ser aprovado – e em tempo recorde no ano de 2007, por votações nas duas Casas Legislativas Federais, com *quorum* qualificado de 3/5, podendo assumir o *status* de norma constitucional.

A aprovação significa muito mais que a ampliação dos direitos humanos no Brasil, mas também e principalmente, a força e a determinação desta parcela da população brasileira que se mobilizou para obter um instrumento normativo como elemento de luta no combate à discriminação.

A sentença de procedência da denúncia exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou alguns pontos relevantes, como o reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato de particular, quando este atue sob a fiscalização e supervisão do Poder Público, a situação de vulnerabilidade das pessoas portadoras de deficiência, demandando uma atuação mais efetiva quanto às ações afirmativas de seus direitos. Outro ponto importante desta decisão internacional foi o reconhecimento de que a Convenção da Guatemala constitui um vetor interpretativo da Convenção Americana dos Direitos Humanos, de modo que o desrespeito àquela pode significar o desencadeamento dos mecanismos internacionais de controle.

Ademais, foram reiteradas as condições de livre arbítrio, inclusive quanto ao tratamento das pessoas portadoras de deficiência mental, e as violações de direitos humanos no caso Ximenes Lopes, reconhecidos pelo próprio Estado Brasileiro, culminando, infelizmente, com o resultado morte.

Identificada a demora na resolução dos processos judiciais instaurados no Brasil, a Corte Interamericana decidiu pelo prosseguimento da demanda internacional, considerando que a postergação da decisão deveu-se às próprias autoridades judiciais (parágrafo 119 da sentença), reiterando a cláusula da razoável duração do processo como imperativa no âmbito dos direitos humanos.

Assim, como resultado, a Corte Interamericana fixou o pagamento de indenização por danos materiais no valor de U\$11,5 mil aos familiares da vítima, e de U\$125 mil por danos morais a diversos parentes, quantificados desigualmente. Quanto às custas processuais e demais despesas, a Corte determinou ao Estado Brasileiro o pagamento de U\$10 mil à família demandante como justo valor pelos gastos decorrentes do acesso ao sistema internacional. Declarou ainda a obrigação do Estado de investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos do caso, bem como de “desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta sentença”<sup>31</sup>.

Como medida de satisfação, constou também a obrigação do Estado Brasileiro em publicar, no prazo de seis meses contados da notificação da sentença internacional, o seu inteiro teor, excluídas as notas de rodapé, em Diário Oficial e outro jornal de grande circulação nacional.

Enfim, da análise do caso de violação dos direitos humanos em face do deficiente mental Damião Ximenes Lopes, pôde-se aferir a real submissão do Estado Brasileiro perante as instâncias internacionais protetivas, bem como a reafirmação da obrigação do Poder Público de atuar de forma preventiva e repressiva a condutas que possam importar em lesões aos direitos conferidos a todos os seres humanos.

Vista dessa forma, a condenação do Brasil por sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos representou uma oportunidade de reavaliar antigos métodos e adotar o princípio máximo no tratamento de saúde: a preservação da vida do paciente. Que seja sempre essa a perspectiva do presente e do futuro!

### Referências

---

ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.) *“Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência”*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. *“Era dos Direitos”*. São Paulo: Editora Campus, 2004.

CANZIANI, Maria de Lourdes. *“Direitos Humanos e novos paradigmas das pessoas com deficiência”*, in. ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.) *“Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência”*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder, in *“Afirmção Histórica dos Direitos Humanos”*, 3ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *“Direitos Humanos e o direito constitucional internacional”*, 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *“A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de Direitos Humanos: observações sobre o §3º do art. 5º da Constituição”*, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org) *“Direito Constitucional: Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos fundamentais”*. Salvador: Jus Podium, 2006.

Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

Convencion Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto De San Jose De Costa Rica, disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html> Acesso em 29 de abril de 2009.

“O que é a CIDH?”, disponível em <http://www.cidh.oas.org/que.port.htm>, Acesso em 29 de abril de 2009.

Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, disponível em [www.oas.org/treaties](http://www.oas.org/treaties) Acesso em 07 de maio de 2009.

### Notas

---

1. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 13.
2. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009.
3. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 02.
4. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009.
5. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 03.

6. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 03.
7. Durante o curso do processo, tanto os peticionários quanto o Estado Brasileiro realizaram modificações em sua representação perante a Corte Americana. Como tais informações não se apresentam como relevantes para a análise que ora se pretende, a discriminação dos mandatários e as datas de suas designações serão omitidas.
8. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 05.
9. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 7.
10. Livro do Gênesis, 1, 26-27.
11. COMPARATO, Fábio Konder, in “Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, 3ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 04.
12. COMPARATO, ob. Cit, p. 21.
13. Ob cit, p. 224:
14. SARLET, Ingo Wolfgang. “A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de Direitos Humanos: observações sobre o §3º do art. 5º da Constituição”, in CAMARGO, Marcelo NOvelino (org) “Direito Constitucional: Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos fundamentais”. Salvador: Jus Podium, 2006.
15. LEARY, Virgínia. “International labor conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems”, apud PIOVESAN, ob cit, p. 04.
16. Segundo Maria de Lourdes Canziani, tratando especificamente da proteção às pessoas portadoras de deficiência, “todos esses documentos e normas internacionais mencionadas têm sua base filosófica inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardamento Mental (1971), nas Resoluções da Organização Mundial de Saúde para prevenção de deficiências e reabilitação (1976), na Declaração dos direitos da criança (1979), na Declaração dos Direitos da Pessoa Surda e Cega (1971), na Carta dos Anos 80, nas Recomendações dos Congressos e Seminários sobre retardamento mental organizado pelo Instituto Americano del Niño (1965-1975 e 1986), na Declaração Mundial Sobre Educação para todos, no Programa de Ação Mundial de Saúde, no Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e outras organizações que lutam pela proteção e defesa das pessoas”, ob. Cit., p. 252-253.
17. A inserção dos novos paradigmas constitucionais a partir dos tratados internacionais, no entanto, está longe de ser considerada pacífica pela doutrina e jurisprudência, havendo entendimento no sentido de que, pelo §3º do art. 5º CF, haveria restrição ao próprio regime da fundamentalidade dos direitos oriundos de tratados internacionais. A este respeito, colham-se as lições de SARLET, ob. Cit., p. 244.
18. Convenção da Guatemala, datada de 28 de maio de 1999, e já ratificada por 51 países até abril de 2009, dentre eles o Brasil.
19. Art. II.
20. BOBBIO, Norberto. “Era dos Direitos”, p. 25
21. PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e o direito constitucional internacional”, 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.
22. BUERGENTHAL, Thomas. “The inter-american system for the protection of human rights”, apud PIOVESAN, ob. Cit., p. 248.
23. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA, disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html> Acesso em 29 de abril de 2009
24. PIOVESAN, Flávia, ob. Cit., p. 248.
25. Idem, p. 250.
26. ESPIELL, Hector Gross. “The organization of American States (OAS), p. 557, apud PIOVESAN, ob.cit. p. 250

27. “O que é a CIDH?”, disponível em <http://www.cidh.oas.org/que.port.htm>, Acesso em 29 de abril de 2009
28. ZAMUDIO, Hector Fix, “Protección jurídica de los derechos humanos”, p. 164.
29. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 10.
30. Processo nº 2000.0173.0797-0/0, disponível no sítio [www.tjce.jus.br](http://www.tjce.jus.br). Acesso em 07 de maio de 2009.
31. Trecho extraído da sentença proferida pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponível em <http://www.global.org.br/portuguese/damiaoximenes.html>, Acesso em 19 de abril de 2009, p. 84.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA



**AEP II**  
ASSESSORIA ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA  
- INSTITUCIONAL -

**ASCOM**  
ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO