

Edição especial

Revista Judiciária do Paraná

Edição especial

Coordenação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO PARANÁ

Revista Judiciária do Paraná

Edição especial



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO PARANÁ

Revista Judiciária do Paraná
Ano - 02 - Número ESPECIAL
Novembro - 2007
Curitiba - Paraná

Revista Judiciária do Paraná

Praça Nossa Senhora da Salete
Palácio da Justiça - 9º Andar
Centro Cívico - Curitiba - Paraná
CEP 80530-912 - Fone: 41 3017-1620

Conselho Editorial

Joatan Marcos de Carvalho
Jorge de Oliveira Vargas
José Sebastião Fagundes Cunha
Jurandir Souza Júnior
Paulo Habith

Conselho Executivo

Presidente

Paulo Roberto Vasconcelos

Diretor da Revista

Jorge de Oliveira Vargas

Capa

Adriana Alegria
Marcos Medeiros
Bruna Zonatto

Site e Versão Eletrônica

Caetano de Souza Lima

Revisão Final

Jorge de Oliveira Vargas
Joatan Marcos de Carvalho

Diagramação e Montagem

Celso Valério Szymanski

Distribuição dos CD's

AMAPAR - Associação dos Magistrados do Paraná

Revista Judiciária do Paraná /
Associação dos Magistrados do Paraná
AMAPAR. Ano 1, n.1, jan. 2006
Curitiba: AMAPAR, 2006-Semestral.

v. Especial, nov. 2007

1 Direito 2 Paraná | Associação dos Magistrados do Paraná

Doutrina

1 - Breve Introdução às Regras Científicas da Hermenêutica Alberto Marques dos Santos.....	08
2 - A Recusa ao Pagamento de Indenização por Invalidez Total em Contrato de Seguro e o Abuso de Direito. Álvaro Rodrigues Junior.....	43
3 - Do Dispositivo da Sentença e Acórdão Lauro Laertes de Oliveira.....	50
4 - Proteção Jurídico-Penal de Biossegurança: Algumas Reflexões Denise Hammerschmidt.....	56
5 - A Lei Maria da Pena Eliana Calmon.....	69
6 - Uma Visita ao Código de Processo Penal, art. 385 Fábio Bergamin Capela.....	76
7 - O Processo Mínimo: Tendência Para o Futuro - Procedimento Sincrético, Universalizante, de <i>Actio Duplex</i> Gamaliel Scaff.....	83
8 - Determinação ao Poder Público Para Custeio de Tratamento do Viciado em Drogas e Empregos de Meios Coercitivos Pelo Poder Judiciário na Nova Lei de Tóxicos: Possibilidade de Bloqueio de Valores em Contas Públicas Geraldo Dutra de Andrade Neto.....	102
9 - A Legitimidade Democrática do Poder Judiciário e a Politização Partidária do Juiz Guilherme Frederico Hernandes Denz.....	112
10 - A Revisão Contratual <i>Ex Officio</i> : Questões Atuais Humberto Martins.....	126
11 - Neoliberalismo, Globalização, Economia e Comunicação Joatan Marcos de Carvalho.....	136
12 - A Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Súmula 231 do STJ Jorge de Oliveira Vargas Felipe Heringer Roxo da Motta.....	168
13 - Juiz Substituto Natural José Maurício Pinto de Almeida.....	185
14 - A Qualificação Dos Juízes Para a Formação de Convencimento Motivado Diante da Súmula Vinculante José Laurindo de Souza Netto.....	193
15 - Quando o Tribunal Caiu... Josué Corrêa Fernades.....	202
16 - O Mandado de Segurança e a Aplicação do Art. 557 do Código de Processo Civil J. S. Fagundes Cunha.....	219

17 - O Princípio da Oralidade Deve se Subsumir ao Processo Eletrônico J. S. Fagundes Cunha.....	229
18 - A Ação de Revisão Dos Contratos de Crédito Imobiliário à Luz do Art. 50 da Lei nº 10.931/04 Jurandyr Souza Junior.....	244
19 - A Publicidade do Medicamento na Europa e Seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Português Mário Frota.....	269
20 - Aplicação da Pena: Erros de Atividade e de Julgamento e Suas Conseqüências Mário Helton Jorge.....	301
21 - Instalação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Nilson Naves.....	330
22 - Meio Ambiente e Repartição de Competências Paulo Affonso Leme Machado.....	335
23 - Do Julgamento Liminar de Improcedência Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso.....	343
24 - As Cláusulas Gerais e Seus Reflexos Processuais Ruy Alves Henriques Filho.....	359
25 - O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação Sergio Alves Gomes.....	395
26 - Anotações Sobre o Julgamento de Processos Repetitivos Teresa Arruda Alvim Wambier Luiz Rodrigues Wambier.....	447

DOUTRINA

BREVE INTRODUÇÃO ÀS REGRAS CIENTÍFICAS DA HERMENÊUTICA

ALBERTO MARQUES DOS SANTOS

Juiz de direito no Paraná

I – A hermenêutica, sua função e natureza das suas normas.

A interpretação do direito é a operação que tem por fim solucionar uma dada questão jurídica, mediante a compreensão clara, exata e completa da norma estabelecida pelo legislador. Consiste em determinar o *sentido* e o *alcance* da expressão jurídica (MAXIMILIANO), porque se interpreta o direito em dois momentos ou níveis diferentes, correspondentes cada um a uma das “partes”, componentes ou fragmentos da norma: a *hipótese de incidência* e a *disposição*. Primeiro é preciso interpretar a hipótese de incidência da norma, para saber se o caso em exame nela se enquadra – isto é, definir o *alcance* da regra. Confirmando-se que a norma trata do caso em exame, interpreta-se-a de novo, na sua parte dispositiva, para entender qual a solução que manda aplicar ao caso (qual é o *sentido* da norma).

A interpretação do direito não é tarefa das mais simples e está sujeita à constante controvérsia. O direito, objeto da interpretação, é um edifício construído com tijolos fluidos e maleáveis, que são as palavras, suscetíveis de interpretações as mais diversas. A comprovação da dificuldade que cerca a interpretação do direito está na própria complexidade do sistema montado para executar essa função: o duplo grau de jurisdição, a exigência do juiz natural, a garantia do contraditório, e o titânico emaranhado de correntes, doutrinas, teorias, teses, súmulas, incidentes de uniformização de jurisprudência, etc., atestam quão escorregadio e movediço é o chão que se pisa ao interpretar o direito ¹.

¹ Na data em que escrevemos este texto o Supremo Tribunal Federal já editou 736 enunciados da sua Súmula de Jurisprudência Dominante, cujo início data de 1963. O STJ, com 16 anos de existência somente, já editou 320 enunciados. Vê-se que cada um dos Tribunais mais altos do país edita, em média, 18 enunciados por ano. Ora, os

Para tornar mais previsível e realizável a arte de interpretar os textos jurídicos criou-se uma ciência, a hermenêutica. Hermenêutica significa, genericamente, a arte de interpretar o sentido das palavras: é uma arte de interpretação de textos. Já a hermenêutica jurídica é a ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que tornam a interpretação do Direito mais fácil e eficiente. É, portanto, uma ciência, e seu objeto de estudo são os métodos e técnicas de interpretação do Direito. A hermenêutica é o setor das ciências que investiga a interpretação do Direito, à busca de instrumentos e técnicas que a tornem mais fácil e eficiente.

Como ciência que é, a hermenêutica não traça *regras*, no sentido em que usualmente utilizamos esse termo – *regra* como norma imperativa e garantida por sanção. A Hermenêutica estuda o fenômeno interpretativo e *sugere* procedimentos que o tornam mais eficaz. Esses *procedimentos sugeridos* constituem as chamadas regras da hermenêutica, que não são regras jurídicas, mas regras técnicas como as que indicam os métodos de trabalho mais aceitos em cada profissão ou ofício. As leis da hermenêutica não são “leis de fim”, como as normas jurídicas, mas “leis de causa”, ou “leis indicativas ou causais” (na terminologia de GENY), tal como a lei da oferta e da procura na economia, ou a lei das partidas dobradas na contabilidade. As regras de hermenêutica não são ‘chaves mágicas’ que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam o trabalho de interpretação.

É sabido que um argumento convincente é aquele que utiliza, como premissa maior, uma tese que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor. A utilidade das regras de hermenêutica decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. Premissas úteis, portanto, como pontos de partida para argumentações consistentes.

As regras da hermenêutica são, portanto, fruto de elaboração científica. São conclusões doutrinárias, conclusões dos estudiosos. Algumas delas datam de milhares de anos. Muitas, porque tradicionais e respeitadas, ecoaram no trabalho pretoriano e se converteram naquilo que, adiante, será chamado de “regras da jurisprudência”, mas não são, na verdade, criação dos Tribunais: são fragmentos de doutrina consagrados pelo uso pretoriano, que lhes acrescenta prestígio e autoridade. Algumas das regras doutrinárias acabaram, em outros tempos,

enunciados da Súmula de Jurisprudência dominante contém, cada um, a solução pacificada de uma polêmica doutrinária e jurisprudencial que se arrastou por anos. Cada polêmica dessas é uma questão controvertida sobre a interpretação do direito. A superabundância das Súmulas confirma a complexidade da tarefa interpretativa.

convertidas em texto de lei, quando se pensou que conviria redigir normas cogentes que disciplinassem a interpretação do Direito. Essa idéia – regulamentar a interpretação – não vingou entre nós, e as antigas regras legais de hermenêutica hoje são reminiscências. Há mesmo quem defenda, como SICHES, que o legislador carece essencialmente de competência para ordenar como deva ser feita a interpretação, porque se trata de matéria afeta à competência do órgão julgador. De outro lado, a lei é o *objeto* da interpretação. Uma lei que viesse explicar *como se interpretam as leis* teria também de ser interpretada. Haveria um círculo vicioso. Mas as antigas regras legais de hermenêutica têm grande valor como fontes de doutrina, porque consolidam a experiência jurídica de muitos séculos.

No presente, as regras legais de hermenêutica são raras, mas há pelo menos duas delas² de alta relevância. Estão no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) e no preâmbulo e nos arts. 1º e 3º da Constituição³.

II – Os fins sociais da lei.

O art. 5º da LICC dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como a aplicação consiste em transformar a norma abstrata, contida na lei, em norma concreta, para o caso particular, ela exige a prévia

² Estamos nos referindo, aqui e adiante, apenas às normas legais de hermenêutica aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, e não às normas legais relativas à interpretação de apenas certos segmentos ou ramos do direito. Excepcionalmente aparecem, em normas específicas, regras particulares de interpretação, relativas ao micro-sistema ali versado. Assim acontece no art. 6º do ECA (Lei nº 8069/90) (“na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”). São também normas de conteúdo ou utilidade hermenêutica as que introduzem certos micro-sistemas, e que têm função principiológica, indicando os princípios regentes da matéria relativa a um sub-sistema legal. Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. As normas principiológicas, no mínimo, fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sub-sistema a que se referem. Vide, p.ex., os princípios do art. 4º do Código do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9.099/95), do art. 1º da Lei de Execução Penal (se a “execução penal tem por objetivo ... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, todas as normas a ela referentes têm como “fim social” proporcionar essa mesma integração), do art. 1º e §§ do Estatuto da Terra (Lei Federal nº 4504/64, cujo artigo 1º expressa o fim da norma: “para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola”, conceituando, nos parágrafos, esses dois institutos), do art. 6º da Lei nº 9.472/97, dos arts. 1º, 2º e 4º do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

³ A regra do art. 4º da LICC, freqüentemente lembrada pela doutrina, não é, realmente, uma regra de Hermenêutica. Dispõe, na verdade, sobre integração do ordenamento, e integração é uma operação específica da aplicação do Direito.

interpretação: impossível aplicar a lei sem primeiro interpretá-la. Logo, a regra do art. 5º incide sobre a interpretação: é preciso interpretar a lei à luz dos seus fins sociais, para poder aplicá-la atendendo a tais fins. Essa primeira parte do dispositivo em exame consagra o método teleológico de interpretação.

A expressão *teleologia* refere-se ao estudo dos fins, dos objetivos, das metas. Diz-se que a interpretação é teleológica quando ela busca o sentido de uma expressão jurídica analisando quais os objetivos, os fins, a que se destina a referida expressão. A interpretação teleológica parte de uma premissa: toda norma visa proteger um interesse, um valor. Se identifico qual o valor que a norma visa a proteger, qual o interesse que ela quis fazer valer, posso compreender melhor o comando contido na norma. Toda a doutrina admite que existe, por trás do texto legal, um algo mais: uma intenção, um fim, uma meta, um valor que a norma quer tutelar. Esgota-se aí o consenso. Há controvérsia sobre o que exatamente vem a ser esse algo mais, e, principalmente, sobre como identificá-lo nos casos concretos. Esse algo mais que a interpretação teleológica quer identificar é, para uns, a *mens legislatoris*: a vontade do legislador⁴. Mas atualmente predomina o entendimento, a que nos filiamos, pelo qual o elemento teleológico não busca a vontade do legislador, mas sim a vontade da lei, a *voluntas legis* ou *ratio legis*. Enxerga-se, aí, uma vontade da lei *independente* da vontade de seu criador. A lei, uma vez promulgada, projeta vida autônoma, liberta-se do seu criador, e passa a valer por si só⁵. A lei é uma “coisa viva”, que pode, assim, evoluir, para atender, no futuro, finalidades não imaginadas no tempo da sua feitura. A vontade da lei é identificada de acordo com o texto, com o sistema de que o texto faz parte, com a idéia que transparece do conjunto, do micro-sistema em que o fragmento está inserido. Mas é uma “vontade atualizável”, para que a lei não fique ancorada em seu tempo. Assim, a lei antiga pode solucionar problemas inimagináveis no tempo do seu advento, porque sua *ratio* pode ser pesquisada à luz do

⁴ Para essa corrente, a norma é a expressão da vontade do legislador, e quando se a interpreta se está buscando identificar que vontade era aquela. Esse é um modo de pensar muito adequado ao “segundo momento” da evolução do pensamento jurídico, que sucedeu a Revolução Francesa, e que representou uma resposta à idéia do poder divino do soberano. No núcleo dessa tese está a idéia de que somente o Legislativo pode expressar a vontade do povo, e que qualquer vontade que não seja a do legislador não é a do povo. Buscar, na lei, uma outra vontade, que não seja essa, é usurpar o poder emanado do povo. Contra esse modo de pensar pode-se dizer que a vontade do legislador é uma abstração, porque centenas votam uma lei, e cada um deles pode querer aprová-la visando a um resultado diferente, a proteção de um interesse diferente. Pode-se também objetar que se a vontade do legislador fosse o fator predominante, ficariam as gerações futuras presas a soluções que eram adequadas no passado, mas restaram superadas nos dias de hoje.

⁵ Já era nesse sentido, nos primeiros anos do século XX, a lição de CLÓVIS (BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980, p.48-50).

contexto atual. Esse entendimento é amplamente dominante atualmente⁶.

Logo, pelo argumento teleológico, busca-se entender o significado da norma identificando qual o valor que ela quer proteger, ou o resultado que quer produzir. O sentido, o significado, que encontro na norma, tem que estar de acordo com a razão de ser dessa norma. Se a leitura do texto leva a uma interpretação que aniquila, ou prejudica, o interesse ou valor que a norma visa proteger, então essa leitura – *i.e.*, essa interpretação – é incorreta. Do ponto de vista teleológico só é correta a interpretação que proteja o interesse que a norma visa proteger, que resguarde o valor que ela pretende resguardar, que faça prevalecer o objetivo que a norma traz ínsito em seu texto.

Identificar o valor que a norma quer proteger, e qual o seu objetivo, não é tarefa simples, e contém sempre um componente ideológico. É justamente a esse respeito – a identificação do valor protegido, do fim da norma, da *mens* – que se controverte com mais freqüência. É que por ser um elemento fluido, subjetivo, a tal *mens* serve de ponto de partida para as interpretações mais díspares. Funciona como um “espelho mágico” onde cada um enxerga exatamente o que quer enxergar. É justamente aí que os paradigmas pessoais mais interferem. O “liberal” enxerga no “espírito” da norma um conteúdo liberal, enquanto o “conservador” enxerga ali uma mensagem conservadora.

De qualquer sorte, a norma do art. 5º da LICC, embora de conteúdo um tanto “metafísico”, como assinalou MARIA HELENA DINIZ, tem duas conseqüências relevantes para a hermenêutica: primeiro, condena a exegese puramente literal, afirmando a primazia de outros métodos interpretativos; segundo, consagra o argumento teleológico como o prioritário dentre os métodos de interpretação. De todos os métodos ou técnicas de interpretação que a hermenêutica sugere, apenas um, o teleológico, tem sua aplicação ordenada *expressamente* na lei. Isso pode representar pouco, hoje, mas é preciso considerar que há poucas décadas ainda era forte a corrente exegética literal. Ao menos a LICC tem o mérito de condenar, no nosso sistema, os postulados daquela doutrina.

Do texto do art. 5º da LICC extraem-se, pois, dois postulados que interferem na aplicação de todas as normas jurídicas:

⁶ Uma interessante exemplificação de como a vontade da lei pode ser atualizada para enfrentar uma realidade social nova aparece num acórdão do TRF da 3ª Região, que discute o significado atual da expressão “vadiagem”, contida no art. 323, IV, do CPP, afirmando que, nos tempos atuais onde o desemprego campeia, a expressão não pode ter o mesmo significado que tinha nos tempos de emprego farto dos anos 40, época da confecção da norma (Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 127). Outro exemplo de atualização da *mens legis* aparece na nota de rodapé nº 39, *infra*.

a) a aplicação de todas as normas jurídicas pressupõe e requer, em todos os casos, a interpretação teleológica;

b) num eventual conflito entre os resultados interpretativos apurados pela interpretação teleológica e qualquer outro método interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático), a primeira é que prevalece, porque, dentre todos os métodos, foi o único consagrado expressamente pela lei.

III – Os vetores constitucionais para interpretação das leis.

O preâmbulo da CF é também parte da Lei Maior. Ou seja: o preâmbulo também é norma, e, no caso, norma constitucional⁷. Não é, a rigor, uma norma a respeito da interpretação dos textos jurídicos, mas é uma declaração de princípios.

Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. Os princípios “são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias” (CLÓVIS BEVILÁQUA), “os pressupostos lógicos e necessários das diversas normas legislativas” (COVIELLO), “a manifestação do próprio espírito de uma legislação” (BOULANGER), ou a “cristalização, em termos abstratos, do conjunto de preceitos normativos do ordenamento legal” (ORLANDO GOMES). No dizer de BANDEIRA DE MELLO o princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Os princípios revelam-se como normas de valor genérico, não ditadas explicitamente pelo legislador, mas contidas de forma imanente no ordenamento jurídico, que orientam a compreensão do sistema jurídico, sua aplicação e integração (MARIA HELENA DINIZ), porque são núcleos de condensações nos quais confluem

⁷ Referindo-se não ao preâmbulo constitucional, mas aos preâmbulos legais em geral, SERPA LOPES no início dos anos 50 já lembrava o antigo aforismo *rubrica legi est lex* (SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132).

valores e bens constitucionais, e constituem a síntese ou a matriz de todas as demais normas do subsistema, que aos princípios podem ser direta ou indiretamente reconduzidas (CANOTILHO). Como ensinou GERALDO ATALIBA (citando AGOSTINHO GORDILLO): “o princípio é muito mais importante do que uma norma [...]. O princípio é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele deve se curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema”.

Assim, as normas principiológicas fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sistema a que se referem. Será, portanto, incorreta (inconstitucional) a interpretação cujo resultado for contrário aos valores enunciados no preâmbulo constitucional. O mesmo se diga dos arts. 1º e 3º da Carta Magna, que enunciam, respectivamente, os fundamentos do Estado brasileiro e os objetivos da República. Será inconstitucional a interpretação de lei que contrariar esses fundamentos e objetivos. Dizem tais textos:

“Preâmbulo: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. [...]

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político; [...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O preâmbulo constitucional e o art. 3º da CF enunciam os objetivos fundamentais da República. Ora, todas as leis são apenas instrumentos do Estado para realizar seus objetivos. E todas as leis (consoante o art. 5º da LICC) devem ser interpretadas/aplicadas de forma a

atender aos seus fins. Não se imagina, nem se pode conceber, que os fins de uma determinada lei, ou de um dado artigo de lei, sejam contrários aos “fins maiores”, que são os da própria República. Se a lei é um instrumento para realizar os fins do Estado, os fins da lei não podem ser diferentes dos fins do Estado, nem contrariá-los. E estes são os contemplados no preâmbulo constitucional e no art. 3º da Carta Magna. Qualquer interpretação de lei que leve a um resultado contrário à *igualdade* e à *justiça*, declaradas pelo constituinte como valores supremos do Estado brasileiro, será uma interpretação que contraria os fins do Estado, e, por conseqüência, os fins da lei; portanto, uma interpretação equivocada e inconstitucional. Será também inconstitucional, e vedada pelo art. 5º da LICC, qualquer solução interpretativa que estimule preconceitos (é objetivo do Estado e da lei fundar uma sociedade sem preconceitos, diz o Preâmbulo), ou que atente contra a cidadania, a dignidade da pessoa humana, ou os valores sociais do trabalho (fundamentos da República brasileira, segundo os incisos II, III e IV do art. 1º da CF). É inconstitucional e viola o art. 5º da LICC a interpretação de lei que não busque fazer dela instrumento para realizar os grandes objetivos do Estado, que incluem, segundo o art. 3º da Lei Maior, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

O sumário que se extrai, do confronto dos dispositivos constitucionais citados com o art. 5º da LICC, é este: o intérprete está obrigado a aplicar a norma de maneira a realizar os seus fins. E os fins de toda norma jurídica terão de ser sempre aqueles previstos nos arts. 1º e 3º e no Preâmbulo da Carta Magna, ou outros que deles descendam e com eles sejam compatíveis, e jamais um fim que os contradiga. É inconstitucional uma norma jurídica cujo fim conflite com os fins da República, de que todas as normas são meros instrumentos. É equivocada, portanto, a interpretação que enxergar, numa norma jurídica qualquer, um fim incompatível com o preâmbulo constitucional e os arts. 1º e 3º da Constituição⁸.

⁸ O STJ invocou o preâmbulo constitucional que prevê a proscrição das desigualdades e a proteção à dignidade humana contidas para afirmar a legitimidade do Ministério Público para mover ação civil pública em caso relacionado com a saúde infantil (STJ, REsp nº 577836/SC, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux. j. 21.10.2004, unânime, DJ 28.02.2005), e para dar provimento a outra ação civil pública que visava garantir o direito de acesso a creches (STJ, REsp nº 575280/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. j. 02.09.2004, maioria, DJ 25.10.2004), e a uma outra que visava obrigar município a prestar contínua e eficientemente o serviço de coleta de lixo (STJ, REsp nº 575998/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux. j. 07.10.2004, unânime, DJ 16.11.2004). E o TJSC aplicou a idéia supra defendida para decidir pela inaplicabilidade, em certos casos concretos, da Súmula nº 648 do Supremo Tribunal Federal (Ap.Cív. nº 2001.021164-5, 2ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 22.02.2005; Ap.Cív. nº 2003.018988-2, 2ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 22.02.2005; Ap.Cív. nº 2004.015828-9, 2ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 01.03.2005; Ap.Cív. nº 2002.004049-5, 2ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des.

IV – As regras científicas da hermenêutica

Passamos a enfocar, agora, quinze das mais tradicionais regras de hermenêutica de origem científica ou doutrinal. Dentre elas são sempre lembradas as normas que constavam da Consolidação das Leis Civis, de 1890⁹. São regras que, entre nós, já foram lei vigente, e deixaram de sê-lo com a entrada em vigor do Código Civil de 1917. Prevalecem, todavia, como regras científicas, principalmente porque representaram, a seu tempo, a consolidação da tradição hermenêutica que vinha do império, do Direito português e da tradição do Direito medieval e romano. Algumas das regras citadas provêm dessa fonte. Outras regras doutrinárias são herança romana. No ano de 530 d.C. o Imperador JUSTINIANO constituiu uma comissão de juristas para compilarem numa só obra todo o Direito romano. A obra que resultou, o *Corpus Juris Civilis*, consolidou 1.400 anos de experiência jurídica dos romanos, e tornou JUSTINIANO célebre para sempre. LIMONGI FRANÇA encontrou, no *Corpus Juris Civilis*, várias regras relativas à interpretação do Direito. Citamos algumas delas, de maior aplicabilidade atual. Por fim, na jurisprudência nacional repercutem as lições da doutrina a respeito da interpretação do Direito. Algumas das regras que aparecem na jurisprudência foram selecionadas por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, e também são lembradas abaixo.

1. *É incorreta a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo.*

Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz. Essa regra tem relação com uma passagem do jurista PAULO, no Digesto: nas proposições obscuras se costuma investigar aquilo que é verossímil, ou o que é de uso ser feito o mais das

Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 05.01.2005; Ap.Cív. nº 2002.012230-6, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 03.12.2004).

⁹ Citadas por LIMONGI FRANÇA (FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva). Contudo, antes mesmo do advento dessa Consolidação, em 1880 o CONSELHEIRO RIBAS já listava quase todas as regras da hermenêutica aqui examinadas (vide RIBAS, JOAQUIM. *Direito civil brasileiro*. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977, p.188/189). Quase todas essas regras, com sua formulação latina, são também lembradas por SERPA LOPES (*Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.134 e s.).

vezes. BARROS MONTEIRO a atualiza dizendo que “deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo”. E SAN TIAGO DANTAS lembrava que o brocardo *o legislador não pode ter querido o absurdo* é quase sempre verdadeiro¹⁰.

Na interpretação de uma norma freqüentemente o operador deve optar entre mais de um possível sentido para o texto. Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por *absurda*, aqui, se entende a interpretação que:

a) leva a ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto, no item nº 2, *infra*, a lei não tem palavras nem disposições inúteis);

b) conduz a uma iniquidade: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) *construir uma sociedade justa*;

c) infringe a finalidade da norma ou do sistema;

d) conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica;

e) conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema;

f) conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia (vide o item nº 3, *infra*);

g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática.

O art. 44 do CPP diz que “a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso”. O texto, interpretado literalmente, exige o óbvio: não pode haver instrumento de mandato sem o nome do outorgante, do mandante, e no caso de que trata o artigo o mandante é o querelante. Logo, o nome do querelante teria que constar do mandato, ainda que a norma não o dissesse, porque sem essa informação o instrumento não teria valor jurídico. Logo, interpretar literalmente a norma em questão leva a um resultado absurdo, contraditório, porque infringe uma das regras da hermenêutica (a que é tratada no item 2, *infra*). Essa interpretação literal, portanto, não faz sentido, e está incorreta. Outra técnica interpretativa – no caso, a interpretação lógica – terá de ser empregada, para concluir que é o nome do

¹⁰ DANTAS, SAN TIAGO. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I, p.139.

querelado que deve constar do mandato.

Diante de uma possível solução absurda, e outra que não incide nesse vício, a segunda é a adequada. E na análise das possíveis soluções, a fim de averiguar qual delas “faz sentido”, há de se ter em vista, como adverte BARROS MONTEIRO, *aquilo que ordinariamente sucede no meio social*.

2. *A lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.*

Um dos expedientes de que se pode valer o mau intérprete para alterar, na interpretação, o sentido da norma, é o de “fechar os olhos” para uma palavra ou um trecho do texto. Nas questões onde a redação da norma é deficiente, em especial, acode a tentação de “esquecer” a palavra ou expressão que cria uma dificuldade interpretativa (ou conduz a um resultado indesejado pelo intérprete). Por isso é que a experiência jurídica mult centenária consagrou a regra em exame. Todas as palavras contidas na lei são lei, e todas têm força obrigatória. Nenhum conteúdo da norma legal pode ser esquecido, ignorado ou tido como sem efeito, sem importância ou supérfluo. A lei não contém palavras inúteis. Só é adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma.

Um exemplo de violação da regra hermenêutica em exame aparece na questão relativa à redução da pena abaixo do mínimo abstrato do tipo, por força de atenuantes genéricas. A interpretação dominante, resumida na Súmula 231 do STJ, toma por inúteis, supérfluas ou sem efeitos a palavra “sempre” que aparece no art. 65 do Código Penal (“são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”), e a palavra “base” no *caput* do art. 68 do mesmo código (“a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código”). A interpretação consagrada na Súmula preconiza que as circunstâncias do art. 65 *nem sempre* atenuam a pena, e que os critérios do art. 59 valem para todas as duas primeiras etapas da fixação da pena, e não somente para a primeira etapa (a fixação da pena-base)¹¹.

No exemplo citado para ilustrar o item nº 1, *supra*, a respeito do art. 44 do CPP, a interpretação literal incide no defeito de concluir que a lei contém uma palavra supérflua ou sem efeito (a palavra *querelante*), e por isso tal interpretação está equivocada.

¹¹ Sobre o tema vide nosso artigo *Atenuantes e pena mínima*, in: Revista Jurídica, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..

Outro exemplo: a norma do art. 5º, § 1º, do Código Penal, diz que “para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional [...] as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, *no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar*”. A expressão *no espaço aéreo correspondente* não faz sentido, porque não há menção a nenhum dado, no texto precedente do dispositivo, que possa *corresponder* ao espaço aéreo. A interpretação literal levaria a crer que o espaço aéreo ali mencionado seria o que se situa sobre o território nacional. Mas, se assim fosse, a frase seria supérflua ou sem efeito, porque o referido parágrafo tem o escopo de criar uma extensão ficta do território nacional, e o espaço aéreo que sobrejuz ao território em sentido estrito já é considerado automaticamente sujeito à soberania nacional, sem necessidade de criação de uma regra de extensão ou presunção como a do cânone em exame. Logo, a interpretação literal, aqui, não pode prevalecer, porque violaria a regra hermenêutica ora em exame. A análise lógica do texto revela que o espaço aéreo a que se refere é aquele sobrejacente ao alto-mar, de forma que o texto significa “em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente”¹².

3. *Prevalece a interpretação que compatibiliza normas aparentemente antinômicas.*

Na expressão da antiga Consolidação das Leis Civis, “devem concordar os textos das leis, de modo a torná-los conformes e não contraditórios, não sendo admissível a contradição ou incompatibilidade neles”. A regra acima indica que não se presumem, nem se admitem sem melhor exame, antinomias entre normas jurídicas. O direito é um sistema, e as normas que o compõem devem idealmente se complementar, e não se contradizer. Não se admite, em princípio, que duas normas jurídicas se contrariem. Antes de concluir pela contradição, pela antinomia, pela inconciliabilidade entre as disposições de duas normas, o intérprete deve realizar todo esforço hermenêutico possível para buscar uma interpretação, um sentido, um significado para ambas que permita a sua convivência, que as torne conciliáveis e compatíveis.

É certo que o sistema prevê princípios que solucionam as antinomias normativas, determinando, em cada caso, a norma que prevalece: trata-se dos princípios *hierárquico* (entre normas de categoria diversa, prevalece a de mais alta hierarquia), *cronológico* (a lei mais

¹² Nesse sentido: MIRABETE, *Manual de direito penal*, v.1, p.78.

nova revoga a lei mais antiga, tacitamente, quando for com ela incompatível) e *da especialidade* (a norma especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a norma geral em sentido contrário). Mas a aplicação dessas três vias de solução pressupõe que haja incompatibilidade real, e não aparente, entre as normas. Somente depois de esgotados os recursos da hermenêutica, na busca infrutífera de um modo de interpretar que compatibilize as duas regras, é que se confirma a antinomia, e se declara a prevalência de uma das regras, segundo aqueles critérios¹³.

Por outro lado, não pode existir jamais antinomia entre duas normas que constem do mesmo diploma¹⁴. Os artigos de uma mesma lei são todos contemporâneos, e, portanto, não podem revogar uns aos outros. Normas contemporâneas, e da mesma hierarquia, têm que ser compatíveis. Cabe ao intérprete buscar, com os instrumentos hermenêuticos, uma interpretação que concilie as normas concomitantes e aparentemente antinômicas. Um exemplo dessa situação se dá na aparente antinomia entre o art. 8, § 1º, e o art. 3º, II, da lei 9099/95. O art. 8º, § 1º, previu a regra geral segundo a qual somente as pessoas físicas estão admitidas a figurar no pólo ativo, nas demandas perante o Juizado Especial Cível. Todavia, o art. 3º, II, afirma a competência (absoluta, segundo uma corrente) do Juizado Especial Cível para conhecer das causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, onde aparece, dentre outras, a ação para cobrança de débito condominial. Note-se que em todas as demais hipóteses do citado art. 275, II, figuram demandas em que o autor pode ser pessoa física ou jurídica. De forma que para todas as outras situações do art. 275, II, do CPC é fácil conciliar a regra do art. 3º, II, com a do art. 8º, § 1º, da Lei 9099: é da competência do Juizado a causa enumerada no art. 275, II, do CPC, quando o autor for pessoa física capaz. Mas na situação da cobrança de dívida condominial parece haver um paradoxo, porque o credor sempre será o condomínio, e o condomínio nunca será pessoa física. Sua qualificação como pessoa jurídica é discutível mas, com certeza, pessoa física não é. Logo, parece estar excluído da competência do Juizado Especial Cível.

¹³ Sobre a distinção entre antinomia real e antinomia aparente, e sobre os critérios *supra* mencionados para solução de antinomias, consulte-se DINIZ, MARIA HELENA, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994, p.67 e s..

¹⁴ Na verdade, dos três métodos de solução de antinomias antes vistos (cronológico, hierárquico e da especialidade), os dois primeiros são inúteis – porque inaplicáveis – às antinomias entre normas contidas no mesmo diploma legal. Apenas o terceiro método, o da especialidade, é que pode ser de utilidade nesse caso, mediante a apuração, no caso concreto, de que uma das regras contemporâneas antinômicas representa exceção à outra, que é regra geral. Tal se dá, p.ex., quando a norma contida no parágrafo contraria a contida no seu *caput*: a organização topológica das disposições revela que o parágrafo excepciona a norma geral do *caput*.

Duas alternativas hermenêuticas aparecem, então: a primeira, entender que as normas já mencionadas são antinômicas, e interpretar a regra do artigo 3º, II, da lei 9099 como querendo dizer que o Juizado é competente para as hipóteses do art. 275, II, do CPC, menos na hipótese do seu inciso *b*; a segunda, conciliar as regras em conflito, enxergando na hipótese do art. 275, II, *b*, do CPC uma exceção à regra do art. 8º, § 1º, da Lei dos Juizados. A primeira das soluções é inadequada, porque viola a regra de hermenêutica ora em estudo¹⁵: admite uma antinomia, que leva à ineficácia de uma das normas, quando há outra interpretação cabível e razoável que compatibiliza as regras em choque. Para adotá-la, seria preciso considerar não escrita uma parte da lei, e revogar interpretando, ou interpretar revogando, o que não é admissível. Já a segunda alternativa encontra conforto na interpretação sistemática dos textos legais. A regra da hermenêutica que vamos estudando ensina que no sistema não devem existir incongruências. Essas incongruências aparentes devem ser harmonizadas pela interpretação sistemática. Ademais, a lei que criou a regra pode criar a exceção. A lei 9099 estatuiu a regra geral, pela qual somente as pessoas físicas capazes podem demandar perante o Juizado cível. Ao prever, no art. 3º, a competência do mesmo Juizado para as causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, entre as quais figura uma em que o reclamante tem que ser pessoa jurídica (ou ente despersonalizado, ou, enfim, pessoa “não física”), estatuiu uma exceção à sua própria regra geral. E, pela interpretação sistemática, chega-se à seguinte interpretação da regra: somente as pessoas físicas capazes, e o condomínio, na hipótese do art. 275, II, *b*, podem postular perante o Juizado Especial Cível. Uma conclusão que não viola a vontade da lei, porque opta por dar aplicação harmônica a todas as suas disposições, ao invés de preferir uma regra em detrimento da outra.

Um outro exemplo de normas contemporâneas e aparente antinômicas aparece nos §§ 1º e 2º do Código Penal, que tratam da revogação e da prorrogação do prazo do *sursis*. Dizem os citados dispositivos:

§ 1º. A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecoavelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

§ 2º. Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

¹⁵ E ainda cria uma distinção que a lei não criou, incidindo em infração a outra regra hermenêutica a ser estudada adiante, no nº 4.

A regra do § 2º tem que ser interpretada restritivamente: a prorrogação do período de prova, em virtude de processo por contravenção, só ocorre se a pena cominada *in abstracto* for de prisão simples. É que a prorrogação no caso de processo por contravenção sujeita somente a pena de multa criaria uma antinomia do § 2º com o § 1º. Este último prevê a facultatividade da suspensão quando houver condenação por contravenção, mas só se for imposta pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Se a condenação a pena de multa por contravenção não justifica a revogação do *sursis*, seria anti-lógico que levasse à prorrogação do prazo do benefício. Logo, a interpretação que cabe é a restritiva, acima sugerida¹⁶, que preserva a compatibilidade entre os dispositivos aparentemente antinômicos.

Outra questão onde a regra em exame nos parece aplicável é a polêmica sobre se o art. 309 do CTB (Lei nº 9503/97) revogou o art. 32 da LCP (Decreto-lei nº 3688/41). A melhor solução, entendemos, é a que vê compatibilidade plena entre os dois dispositivos (32 da LCP e 309 do CTB), já que o segundo cobre os casos de direção não habilitada geradora de perigo concreto, e o primeiro os casos onde falta esse perigo concreto. Tal solução dá plena aplicação à regra hermenêutica de que não se reconhece antinomia quando podem as normas ser aplicada concomitantemente sem contradições. No caso, há uma norma subsidiária mais abrangente, a do art. 32, tipificando o dirigir sem habilitação como infração de mera conduta; e uma norma menos abrangente, a do CTB, incriminando uma conduta mais estrita, que é a de produzir perigo concreto ao dirigir sem habilitação. São hipóteses diferentes, porque têm âmbitos diferentes, e, assim, as normas podem conviver sem conflitar¹⁷.

Enfim, outro exemplo de antinomia aparente surge no novo Estatuto do Desarmamento (Lei Federal nº 10826/03). O art. 12 da dita lei, sob a epígrafe “posse irregular de arma de fogo de uso permitido”, incrimina, entre outras condutas típicas, a de “manter sob sua guarda

¹⁶ Lição de TOMAZ SHINTATI, *Curso de direito penal*, p.3.

¹⁷ Nesse sentido há dezenas de precedentes, inclusive no STJ: STJ, ERESP 227564, SP, 2ª S., Rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2000, p. 284; Recurso de Habeas Corpus nº 8.316/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, STJ, 5ª Turma, j. 17.08.1999, DJU 13.09.1999; STJ, HC 12470, SP, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 26.03.2001, p.475; STJ, HC 12516, SP, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 04.12.2000, p.080; STJ, ERESP 230140, SP, 2ª S., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 11.12.2000, p.171; STJ, ERESP 221589, SP, 2ª S., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.2000, p. 106; STJ, HC 11183, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 01.08.2000, p.284; STJ, RESP 247505, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 07.08.2000, p.144; STJ, RESP 221610, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 19.06.2000, p.178; STJ, RESP 234345, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.06.2000, p.187; STJ, RESP 221608, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.05.2000, p.129; STJ, RHC 9464, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.05.2000, p.123; TJSP, EI 045.494-0, C.Esp., Rel. Des. Nigro Conceição, J. 04.05.2000. No mesmo sentido é também a lição da doutrina: CARLOS ERNANI CONSTANTINO, *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, Revista Jurídica, nº 252, out./1998, pág. 35; MÁRCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA BRESSAN, *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, Juris Síntese nº 24, jul.-ago./2000.

arma de fogo [...] de uso permitido [...] no interior de residência [...] ou local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”. Já o art. 14, com a epígrafe “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido”, incrimina a conduta de “manter sob guarda [...] arma de fogo [...] de uso permitido”. A conduta de manter sob guarda a arma de fogo de uso permitido aparece descrita, como comportamento típico, em dois tipos diferentes, e com penas abstratas bem díspares. Parece haver um “cochilo” do legislador, ou uma antinomia, com o mesmo fato tipificado em duas normas contemporâneas e da mesma hierarquia. A questão, contudo, deve ser resolvida como caso de antinomia aparente, aplicando-se a regra hermenêutica ora em estudo. Basta interpretar as duas situações como regras de abrangências diferentes, como o texto permite entrever. O primeiro tipo, do art. 12, abrange o manter sob guarda em dois lugares determinados somente: casa e local de trabalho (se o possuidor da arma for o “titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”). Logo, para o tipo do art. 14 sobra a incriminação da conduta de manter sob guarda a arma de fogo em qualquer outro local não previsto no art. 12, ou seja, guardá-la em local que não seja a casa ou o local de trabalho, ou no local de trabalho se o possuidor da arma não for o titular ou responsável pelo estabelecimento. A aparente antinomia se resolve, assim, com a identificação de amplitudes diferentes para as normas conflitantes, atribuindo-se a uma delas (o art. 14) o caráter de norma geral e à outra (o art. 12) o caráter de norma especial ou específica.

4. Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la.

A mesma regra foi assim expressa por BARROS MONTEIRO: onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir. Não deve o intérprete criar, na interpretação, distinções que não figuram na lei. Se o legislador não distinguiu, não deve o operador do direito fazê-lo. Essa regra adverte para a aplicação geral, sem exceções, da regra cujo sentido é geral, e para a qual o legislador não previu exceções. Distinguir, nesse tema, quer dizer excepcionar, tratar de forma dessemelhante, tratar como exceção. E a regra indica que não se presumem exceções¹⁸. As exceções a uma regra geral devem estar previstas na lei – embora não se ignore que *a)* não precisam estar previstas na mesma lei, *b)* podem estar previstas de

¹⁸ Nesse sentido a lição de LAURENT (*apud* SERPA LOPES, Curso de direito civil, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.135).

forma implícita, e c) podem decorrer da interpretação sistemática de outras normas.

A regra é freqüentemente invocada em precedentes jurisprudenciais¹⁹. Por tal regra se conclui que o título executivo extrajudicial pode servir de base à execução de alimentos, como preleciona IWAO SUZUKI:

“Não distinguiu o legislador de 1973 entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais, servindo-se apenas da expressão genérica (‘título executivo’) para indicar o primeiro requisito necessário para realizar qualquer execução. Assim, devem ser descartadas interpretações que busquem excluir o título executivo extrajudicial como título hábil a embasar a executiva de alimentos, tendo em vista o supramencionado parágrafo único do art. 580 do CPC, que apenas menciona o gênero (‘título executivo’), sem distinguir as espécies (judicial ou extrajudicial). Atente-se para o fato de que o comando normativo transcrito disciplina a questão do interesse processual, impondo a regra geral para a validade da execução o inadimplemento, sem estabelecer exceções acerca da natureza do título, que deveriam ser expressas, por tratar-se de Direito Público.

A lei não distinguiu entre as duas espécies de título executivo, e sim proibiu o credor de iniciar ou de prosseguir a execução antes do inadimplemento, a teor dos arts. 581 e 582 do CPC, cabendo, nesse caso, a aplicação da regra de hermenêutica segundo a qual ‘onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções’: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”²⁰.

GUILHERME FELICIANO invoca também o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* para afirmar que o art. 307 do CPP, ao prever que o juiz deverá lavrar auto de prisão em flagrante quando o crime for praticado em sua presença, ou contra ele, não distinguiu entre juízes criminais e juízes sem jurisdição penal, razão porque o juiz do trabalho também detém o poder-dever contemplado nesse dispositivo²¹.

Aplicando a mesma regra hermenêutica aqui estudada, e invocando o mesmo brocardo, decidiu o STJ que “nos termos do art. 665 IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo,

¹⁹ P.ex.: Juris Síntese, ementas n.ºs. 189087162, 116009543, 132019346, 132019349, 93024647, 93021960, 172318, 41002844.

²⁰ SUZUKI, Iwao Celso Tadakyio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: *Jornal Síntese*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 61, março/2002, pág. 5.

²¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho*. In: *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 159, set./2002, pág. 23.

independentemente da natureza do bem penhorado”, seja este corpóreo ou incorpóreo, porque a lei não fez distinção a respeito²².

5. *A norma especial prevalece sobre a norma geral.*

Interpretar a norma, como foi dito no princípio, inclui determinar o seu alcance, ou seja, seu âmbito de incidência. Implica, em suma, determinar a que casos se aplica a norma. Há, como é sabido, normas gerais e normas especiais, as primeiras feitas para cobrir um universo amplo de situações, e as segundas para tratar de situações particulares, específicas, desmembradas daquele universo. Se temos uma lei geral (o Código Civil) tratando de contratos, e várias leis especiais (a Lei do Inquilinato, o Código do Consumidor, p.ex.) tratando também de contratos, devemos observar que *situações especiais* resolvem-se segundo as regras especiais, e as *situações* gerais resolvem-se pela regra geral. A regra geral só incide quando não houver regra especial cobrindo uma determinada hipótese. Num conflito entre regra geral e regra especial (entre regra e exceção, na prática), a exceção prevalece, a regra especial é a preferente²³. A regra geral se aplica no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

Há, p.ex., uma norma geral (o Código de Processo Penal) prevendo um rito para o procedimento de apuração judicial de crimes. Mas se o crime a ser julgado for, p.ex., o de abuso de autoridade, não se aplicam as normas procedimentais do CPP, porque a Lei 4.898 tem regras especiais aplicáveis para essa situação específica. O mesmo se pode dizer de todas as leis que disciplinam procedimentos especiais (tóxicos, falência, juizado especial, crimes contra a honra), que prevalecem, nos casos específicos de que tratam essas normas, sobre as disposições do CPP. Os limites e valores da pena de multa nos crimes de entorpecentes têm regra própria, especial, não se aplicando ao caso as disposições gerais do Código Penal. O homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor não se submete à regra do art. 121, § 3º, do Código Penal, porque há para a hipótese regra especial, no art. 302 do Código de

²² STJ, Juris Síntese, ementa nº 116009543.

²³ Aplicando a regra em exame, aresto do STJ: “O art. 1º do Decreto-Lei nº 4.240/41, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 125 do CPP e não foi por este revogado eis que a legislação especial não versa sobre a mera apreensão do produto do crime, mas, sim, configura específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, de crimes contra ela praticados. Os tipos penais em questão regulam assuntos diversos e têm existência compatível”. (STJ, Juris Síntese, ementa nº 116005487)

Trânsito. Em suma, a norma geral, nesses casos como em todos os casos semelhantes, só prevalece no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

Aplicando o princípio em comento encontram-se numerosos precedentes, como, p.ex.: a) do TJPR, afirmando a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre pensão, porque a regra do art. 195, II, da CF, é especial a respeito do tema²⁴; b) “no caso dos eletricitários, por haver norma especial disciplinando a matéria, o adicional de periculosidade deve ter como base de cálculo a remuneração e não o salário-base, não incidindo na espécie as disposições do art. 193 da CLT, porquanto prevalece o princípio da especialidade”²⁵; c) “A competência para a ação que exige reparação de danos por quebra contratual segue a regra do art. 100, inciso IV, alínea *d*, do CPC, que por ser norma especial, prevalece sobre a da alínea *a*, de caráter geral”²⁶; d) “nas ações de reparação do dano sofrido em razão de acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato (par. único, art. 100, CPC). O autor pode optar pelo domicílio do réu. Mas este, inversamente, não pode pretender que a ação seja proposta no foro do seu domicílio, porque a norma especial prevalece sobre a geral do art. 94 do CPC”²⁷.

Também por aplicação do princípio em estudo sabe-se que a inicial da execução fiscal não precisa ser instruída com a memória do cálculo, porque a exigência do art. 614, II, do CPC, aplica-se às execuções regidas pelo CPC (norma geral), e não às regidas pela LEF (Lei Federal nº 6830, de 1980), que é lei especial²⁸.

6. *No todo se contém a parte.*

Essa regra se baseia no argumento *a majori ad minus*, que parte da premissa de que a

²⁴ Juris Síntese, ementa nº 153009013.

²⁵ Juris Síntese, ementa nº 24011893.

²⁶ Juris Síntese, ementa nº 86027462.

²⁷ Juris Síntese, ementa nº 11001658

²⁸ Nesse sentido é a jurisprudência: STJ, RESP 290.141/RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 31.03.2003; TRF 4ª R., AC 2003.04.01.003827-0, PR, 5ª T., Rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 10.03.2004, p. 505; TRF 4ª R., AC 2001.71.08.007911-5, RS, 2ª T., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 04.02.2004, p. 525; TRF 3ª R., AC 909308, (2000.61.13.006416-7), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 18.03.2004, p. 516; TRF 3ª R., AC 812729, (2002.03.99.026871-3), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 03.03.2004, p. 211; TRF 3ª R., AC 638.794, (2000.03.99.063384-4), 3ª T., Rel. Juiz Carlos Muta, DJU 04.04.2001, p. 291; TRF 4ª R., AC 2001.72.03.001073, SC, T.Esp., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 30.07.2003, p. 433.

solução ou regra aplicável ao todo é também aplicável às suas partes. A norma que incide sobre um determinado contrato incide sobre cada cláusula daquele contrato. Buscar afastar da incidência da norma uma parte do “todo” de que ela trata, significa realizar uma distinção, criar uma exceção. As exceções não se presumem, devem estar previstas – ainda que implícita ou sistematicamente – no ordenamento jurídico (como visto anteriormente, *supra*, nº 4). Sob um outro aspecto, a norma em exame também implica que a regra que impõe ou exige o mais também exige ou impõe o menos, a regra que conduz à consequência “toda” também conduz às partes ou derivações necessárias dela. P.ex.: a norma que impõe o despejo do inquilino necessariamente implica o despejo dos seus familiares, dos seus móveis, dos seus animais domésticos, etc.; a norma que impõe o segredo de justiça em relação a um processo também implica o segredo da audiência, que é parte do processo; a norma que decreta a nulidade de um certo contrato afeta também a validade da cláusula penal inserida nesse contrato; a cláusula que confere o poder de receber inclui o poder de dar quitação ao pagante.

Cumprido lembrar, como exemplo, a possibilidade de mudança do pedido, antes da citação do réu, para conversão do requerimento de falência em ação ordinária de cobrança, como sustenta FREDIE DIDIER JR. lembrando a regra hermenêutica aqui estudada:

“[...] não há qualquer óbice para —depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido— se adotar um outro procedimento. Em outras palavras: na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, afinal, repita-se, nessa fase vige expressa permissão legal à transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir). Logo, por esse prisma, é perfeitamente possível a alteração procedimental na demanda deduzida em juízo. Com efeito, incide, aqui, o velho argumento *a maiori ad minus*: se pode o autor transpor processo de execução em processo de conhecimento, ainda com maior tranqüilidade poderá ele postular a troca de requerimento de falência por pedido de cobrança, haja vista se tratar ambos de ação de conhecimento — pelo menos, quanto à primeira fase daquela”²⁹.

²⁹ FREDIE DIDIER JR.. *Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual*. Publicada no Juris Síntese nº 36, jul/ago de 2002.

7. *O que é conforme o espírito e letra da lei se compreende na sua disposição.*

A regra em exame convoca à interpretação extensiva, pela qual se conclui que determinada hipótese, não prevista literalmente no texto da lei, enquadra-se na sua disposição, por ser semelhante às hipóteses explicitamente mencionadas no texto. Essa regra aparecia, na extinta Consolidação das Leis Civis, expressa em outros enunciados que têm o mesmo sentido: os casos compreendidos na lei estão sujeitos à sua disposição, ainda que não os especifique, devendo proceder-se de semelhante a semelhante, e dar igual inteligência às disposições conexas; o caso omissis na letra da lei se compreende na disposição quando há razão mais forte; à identidade de razão corresponde a mesma disposição de direito. A última frase é, talvez, a que melhor expressa o princípio embutido na regra: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* (onde vigora a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição, a mesma solução). As hipóteses, mesmo as não previstas literalmente, que se assemelharem àquela de que trata a norma, devem ser atendidas pela mesma norma³⁰.

A regra hermenêutica em exame serve de esteio para o chamado argumento *a simile* ou *a pari ratione*, que é fundado na analogia e defende que dois casos merecem a mesma solução porque são similares. É recurso largamente utilizado na retórica forense nos casos em que se sustenta que dois casos devem ser assimilados porque a ambos se aplica a mesma *ratio legis*. Tem esteio forte na regra constitucional da isonomia (duas situações iguais devem receber tratamentos iguais) e também na interpretação lógica do Direito.

Um exemplo da aplicação dessa regra encontra-se no art. 6º do Código Penal: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. O artigo diz que basta parte da ação ocorrer no Brasil para o crime ser considerado sujeito às leis nacionais. Quanto ao resultado, a lei não se refere ao resultado parcial. Contudo, se a execução parcial do crime no Brasil leva à aplicação do efeito previsto na norma (considerar-se-á o crime praticado aqui), por identidade de razão a realização de parte do resultado no país também produz o mesmo

³⁰ Questão das mais controvertidas, e relacionada com a aplicabilidade da regra em exame, diz respeito a haver ou não analogia entre as penas criminais e a medida sócio-educativa do ECA, para fins de aplicação do instituto da prescrição a estas últimas. Pronunciando-se pela similaridade das hipóteses, e reconhecendo a prescrição: Juris Síntese, ementas n.ºs. 116033061 (STJ), 116021830 (STJ), 16154676 (STJ), 80063701, 80063703, 17027813. Contra, afirmando não haver analogia entre as duas respostas estatais, e negando a prescrição: Juris Síntese, ementas n.ºs 116000012 (STJ), 139037145, 139033039, 39074052. Fundamentando o cabimento da prescrição: PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. Revista Jurídica. Porto Alegre : Editora Síntese, nº 211, mai./1995, pág. 22.

efeito jurídico.

Outros exemplos: a) se o casamento entre vítima e agressor extingue a punibilidade do estupro, *a pari ratiõne* a união estável entre ambos deve produzir o mesmo efeito³¹; b) se a instauração de novo processo-crime contra o réu prorroga o prazo do *sursis*, *a simile* deve também prorrogar o prazo da suspensão condicional do processo³²; c) se o aborto é lícito na gravidez resultante de estupro, *a pari* é também lícito na resultante de atentado violento ao pudor.

8. *Quando a lei é obscura, interpreta-se-a restritivamente.*

A fórmula tradicional dessa norma, no direito romano, era “nas coisas obscuras sempre seguimos o mínimo”. Por incontáveis razões, eventualmente a redação do texto legal é falha, ou contém erros que lhe prejudicam a compreensão, ou é redigida em termos extremamente dúbios ou subjetivos, que dificultam uma interpretação objetiva. Ainda assim, uma lei imperfeitamente redigida é lei, e obriga. Cabe ao operador do direito buscar uma interpretação que torne a regra aplicável, efetiva. Mas, adverte a regra cunhada por Ulpiano, nas situações onde a redação for truncada, visivelmente defeituosa, impossível de ser compreendida logicamente, “seguimos o mínimo”. Ou seja, a norma defeituosa na sua construção textual deve ser interpretada restritivamente, para englobar apenas os casos indiscutivelmente nela previstos, e produzir apenas os efeitos e conseqüências literalmente contempladas no texto. Garante-se, assim, que uma norma imperfeita na redação produza o menor malefício possível.

³¹ Vide, a respeito: FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 05, dez.-jan./2001, pág. 38. O STJ já decidiu no sentido defendido no texto: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 89. Decidiu também no mesmo sentido no HC 17.299/RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJU 1/4/02. E o STF já se pronunciou no mesmo sentido, no Recurso Extraordinário no HC 79.788-1/MG, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 17/8/01.

³² Vide, a respeito: PIVA, PAULO CESAR. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Síntese, nº 10, out.-nov./2001, pág. 42.

9. *Não deve, àquele a quem o mais é lícito, deixar de ser lícito o menos.*

A regra, vulgarmente expressa na frase “quem pode o mais pode o menos”, indica que onde a lei confere a alguém determinado poder, direito ou prerrogativa, essa atribuição inclui também os aspectos acessórios, e necessariamente decorrentes, desse poder, direito ou prerrogativa. Reprisando um exemplo já citado, quem pode despejar o inquilino pode “despejar-lhe” os móveis e animais domésticos. A norma que dá a alguém direito sobre o imóvel, salvo exceção expressa também dá direito às benfeitorias. Quem tem direito ao recebimento do principal também tem direito aos juros.

A regra em exame é lembrada em muitos precedentes pretorianos, como nestes exemplos:

“Se a orientação majoritária no STJ, em relação a questão da concessão da assistência judiciária gratuita, é a de que a simples afirmação da necessidade da justiça gratuita é suficiente para o deferimento do benefício, então, – corolário lógico do adágio popular de que ‘quem pode o mais, pode o menos’ –, o deferimento do pagamento de custas a final, partindo-se da afirmação da parte de que não pode arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, mostra-se perfeitamente correto, uma vez que negar esse direito constitucionalmente previsto obstará seu acesso a jurisdição”³³.

“Sendo competente a Justiça Comum Estadual para decidir sobre concessão de benefício acidentário, por óbvio resta também competente, futuramente, para o reajuste do mesmo benefício, pois quem pode o mais pode o menos [...]”³⁴.

“Se os poderes [do mandatário] para administrar abrangem até os necessários para alienar, neles se compreende os de apresentar defesa em juízo, porquanto, quem pode o mais pode o menos”³⁵.

“A previsão constitucional do § 7º do artigo 150, reproduzida no artigo 10 da LC 87/96, admite a restituição do imposto recolhido em regime de substituição tributária quando o fato gerador presumido não se realizar. Se assim previu a Lei Maior, com muito mais razão deve ser deferida a restituição ou a compensação nas hipóteses em que a operação ocorre a menor, pois quem pode o mais, pode o menos”³⁶.

³³ Juris Síntese, ementa nº 27198439.

³⁴ Juris Síntese, ementa nº 86026725.

³⁵ Juris Síntese, ementa nº 11011463.

³⁶ STJ, Juris Síntese, ementa nº 116009678.

10. Leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente.

Já se disse, em mais de uma passagem, que não se presumem exceções, e que estas devem estar previstas na lei de forma clara. *Clara* não quer dizer *explícita*. Uma exceção pode ser evidente, embora esteja implícita num texto que não a menciona *literalmente*. De qualquer sorte as leis excepcionais são as que se prendem a eventos ou situações anormais e transitórias para as quais cunham-se regras “de ocasião”, que se prendem à efeméride que as motivou. Essas regras excepcionais (como as criadas em situação de calamidade pública, guerras, revoluções, inundações, epidemias, etc.) devem ser interpretadas de forma estrita, para abrangerem somente os casos nelas literalmente contemplados, e produzir somente as conseqüências expressamente previstas. Já as leis especiais são aquelas que, ao contrário das normas ditas *gerais*, não tratam da universalidade de casos e situações, mas de um setor ou fragmento dessa universalidade, para o qual se criam regras próprias. Assim, as regras do Código Civil sobre os contratos são gerais, e as regras do Código do Consumidor são especiais, porque tratam somente de determinados contratos. As disposições da LCH são especiais porque se aplicam apenas a um determinado contingente de crimes e criminosos, e não a todos os crimes e criminosos, como o Código Penal, que é norma geral. Dentre as normas especiais, para as quais a doutrina sempre preconizou a interpretação restritiva, estão as leis fiscais ou tributárias e as normas penais incriminadoras.

Para as normas excepcionais e especiais, antes exemplificadas, a hermenêutica sempre preconizou a regra pela qual tais normas só admitem a interpretação restritiva, isto é, aquela que retira do conteúdo da norma o mais estreito significado possível, quer quanto ao âmbito de incidência da norma, quer quanto à extensão das suas conseqüências. Assim, p.ex., entendeu o STJ que a norma que prevê aposentadoria especial para o professor “é de caráter excepcional e de privilégio, com interpretação restritiva”³⁷. Também já se decidiu que a anistia tributária tem seus efeitos limitados ao texto da norma que a concede, merecendo interpretação estrita, por ser de natureza excepcional³⁸.

³⁷ Juris Síntese, ementa nº 116005736.

³⁸ Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.02.808591-8/001, 4ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Almeida Melo. j. 22.04.2004, unânime, Publ. 18.05.2004.

11. *Prevalece a interpretação que melhor atenda à tradição do direito.*

Essa norma complementa a do item nº 1: nas questões duvidosas, ao invés da interpretação que conduza ao absurdo, prefere-se a que está conforme a tradição do direito. A norma convoca ao atendimento do método histórico de interpretação. Na frase de MAXIMILIANO, só quem não conhece o Direito acredita na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas. O Direito presente é uma reprodução, ora integral, ora modificada, ora melhorada, ora piorada, de um sistema pré-existente, e que vem evoluindo ao longo dos séculos. O direito contemporâneo tem raiz no Direito do Império, que tem raiz no Direito português, que tem raiz no Direito comum medieval, que tem raiz no Direito romano. Na Babilônia de 3 mil anos atrás o contrato de compra e venda entre pais e filhos já era passível de anulação. Quando falamos em fiança, arras, arrendamento rural, estamos falando de mais de 25 séculos de história, de institutos jurídicos que remontam à Grécia de 600 anos antes de Cristo. Assim, o passado explica o presente. Quando interpretamos um fragmento da lei de hoje, temos de compreendê-lo não só como um ramo numa grande árvore que é o Direito positivo vigente: temos que compreender esse fragmento como um fruto de uma árvore cujas raízes estão fincadas no passado. O método histórico é a técnica interpretativa que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, e das causas pretéritas da solução dada pelo legislador. Parte da premissa de que estudando o passado se compreende o presente. Desdobra-se na busca da *origo legis* (entender o significado da norma que regula o tema, hoje, estudando sua evolução na história do direito) e da *occasio legis* (visa compreender, analisando o momento histórico da confecção da norma, as razões que inspiraram o legislador àquela solução legislativa).

É preciso frisar, contudo, que a lei não representa a vontade do legislador, um “testamento” de uma geração para outra. Uma vez promulgada, a lei torna-se independente de seus autores. A vontade da lei desprende-se da vontade do legislador, e esta última deixa de importar. A lei passa a valer pelo seu conteúdo, não é “um pensamento morto” (MAXIMILIANO). Por isso, a interpretação histórica é principalmente uma interpretação histórico-evolutiva, que busca adaptar os conceitos da lei antiga ao momento atual e às

exigências da sociedade atual³⁹.

O texto da Lei Federal nº 1.060/50 diz que gozam do benefício da assistência judiciária gratuita os nacionais e estrangeiros residentes no país, mas não afirma expressamente que o dito benefício é exclusivo da pessoa física. Aplicando a regra aqui enfocada – prevalece a exegese que melhor atende à tradição do direito – decidiu o TRT da 2ª Região:

“A garantia constitucional da assistência judiciária (na qual se compreende a justiça gratuita) foi sempre instituída apenas em favor das pessoas físicas. Historicamente, as Constituições que cuidaram do tema (1934, 1946 e a de 1967, com a Emenda 1/69), restringiram o benefício aos ‘necessitados’, cujo conceito, firmado pela Lei nº 1.060/50, abrange aqueles ‘cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família’ (art. 2º, parágrafo único). A concepção da garantia, portanto, pela interpretação lógica e histórica, não alcança as pessoas jurídicas”⁴⁰.

Já se decidiu, também, atendendo à regra aqui estudada, que a declaração de inconstitucionalidade de norma tributária opera efeitos *ex tunc*, uma vez que, segundo a

³⁹ Um excelente exemplo de como a vontade da lei deve ser atualizada para atender às exigências da realidade presente, que é diversa da realidade do tempo em que foi criada a lei, está na questão da relativização da presunção de violência por menoridade da vítima, nos crimes sexuais. São lapidares, a respeito, as lições deste aresto: “O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. [...] E agora, passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para efeito de autodeterminação sexual? Transformações sexuais, alteração dos padrões sócio-culturais do mundo atual não poderiam determinar um nova leitura daquele preceito legal? É mais do que claro que no dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à pré-adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser o tema preconceituoso e até ‘imoral’ de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque na família, onde é discutido livremente, até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento de uma moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema ‘sexo’ flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a ‘rechaçar’ as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Sob pena de conflitarem lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética. A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. [...] a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto-determinar-se no terreno da sexualidade. [...] O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais um vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido” (TJSP, AC 93.117-3, Rel. Des. MÁRCIO BÁRTOLI, *apud*: SILVA FRANCO ET ALLII, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p.2531-32).

⁴⁰ Juris Síntese, ementa nº 193003951.

tradição do direito brasileiro, “norma jurídica inconstitucional é nula”⁴¹. Também se entendeu que “pela tradição do direito do trabalho (CLT, 59, § 2º), o acordo de compensação [de horas de trabalho] deve ser escrito e pode ser individual”⁴². O STF, por seu turno, entendeu que “na tradição do direito brasileiro”, somente as infrações político-administrativas dos prefeitos, previstas no art. 4º, do Dec.-Lei nº 201/67, é que podem ser denominadas de crimes de responsabilidade⁴³. Também se decidiu que “é de tradição do direito processual brasileiro que o julgamento dos tribunais seja feito através de órgão colegiado”, razão porque não caberia o indeferimento, de plano, de ações rescisórias por ausência de condições da ação⁴⁴. Há precedente afirmando que basta a prova da posse para que se admitam os embargos de terceiro, porque “desde as Ordenações Filipinas, é tradição do direito luso-brasileiro, antiga e aceita, que os embargos de terceiro são remédio processual à disposição do possuidor”⁴⁵. E é da jurisprudência que consoante “a tradição do direito processual civil brasileiro, a avaliação não se repetirá salvo quando provados erro ou dolo do avaliador, diminuição por qualquer motivo do valor do bem após a realização da penhora, ou fundada dúvida sobre o valor a ele atribuído”⁴⁶.

12. A ementa da lei facilita sua compreensão.

Já foi dito que determinar o fim visado pela norma é questão das mais complicadas e sujeitas a controvérsia. Dentre os instrumentos que podem auxiliar na tarefa de descobrir o fim da norma está a sua ementa, onde a lei anuncia, em breves palavras, qual o seu objetivo e âmbito de incidência. SERPA LOPES já lembrava o antigo aforismo: *rubrica legi est lex*⁴⁷. De uma ementa que reza “dispõe sobre a proteção do consumidor” (Lei 8.078/90) compreende-se que as normas ali tratadas têm por fim social proteger, nas questões jurídicas relacionadas ao consumo, um dos pólos da relação, que é o consumidor. Interpretar as disposições da dita lei

⁴¹ TJRJ, Juris Síntese, ementa nº 17026055.

⁴² Juris Síntese, ementa nº 24014774.

⁴³ Juris Síntese, ementa nº 5007964.

⁴⁴ Juris Síntese, ementa nº 2022764.

⁴⁵ Apelação Cível nº 000.299.736-9/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Uberlândia, Rel. Francisco Figueiredo. j. 03.04.2003, unânime, Publ. 06.05.2003.

⁴⁶ Agravo de Instrumento nº 2002.017677-5, 1ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Florianópolis, Rel. Des. Túlio Pinheiro. j. 18.12.2003, maioria, DJ 12.01.2004.

⁴⁷ SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132.

de forma a proteger o fornecedor em detrimento do consumidor implica infringir a teleologia indicada pela ementa.

Um outro exemplo de ementa que ilustra a questão é a da LCH (Lei dos Crimes Hediondos, Lei Federal nº 8.072/90), que reza: “dispõe sobre os crimes hediondos, *nos termos do artigo 5º, XLIII, da CF*”. Ao advertir que a lei trata da matéria dos crimes hediondos atendendo ao comando do art. 5º, XLII da CF, a ementa está indicando que o conteúdo da lei deve ater-se aos limites da norma constitucional que regulamenta. A ementa, assim, auxilia a compreender o âmbito da lei: ela disciplina a matéria, atendendo ao comando constitucional, devendo estar, portanto, limitada por aquele comando. Pois o citado dispositivo constitucional determinou a elaboração de lei definindo os crimes hediondos, para torná-los “inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. Quando a LCH, pretendendo atender ao comando constitucional, vedou a progressão de regime nos crimes de que trata, na verdade infringiu os limites daquele comando, que não previa essa consequência para os crimes hediondos. A ementa, além de outros argumentos, ajuda a revelar a inconstitucionalidade da dita vedação da progressão de regime.

Um artigo de lei que preconiza que “é proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei” parece ter um âmbito de incidência (um “alcance”, na terminologia de MAXIMILIANO) muito grande, que a ementa da lei revela ser, na realidade, muito mais restrito. Trata-se, aqui, do art. 4º da Lei 8112/90, cuja ementa esclarece que a lei “dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, limitando, assim, a vedação dos serviços gratuitos à esfera abrangida pelo tema da lei.

A regra hermenêutica em exame foi lembrada pelo STJ como um dos argumentos para concluir que as cooperativas de crédito fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, porque “A ementa da Lei nº 7.102/83 é clara quando estende a aplicação do diploma legal a todas as instituições financeiras e não somente aos estabelecimentos bancários”⁴⁸. O TRF da 1ª Região, usando como um dos argumentos a leitura da ementa da norma aplicável, decidiu pela inexistência de direito dos servidores públicos federais ao reajuste de vencimentos previstos no art. 9º da Medida Provisória nº 1053⁴⁹.

⁴⁸ STJ, REsp nº 714286/PR (2005/0001808-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira. j. 03.03.2005, unânime, DJ 13.06.2005.

⁴⁹ Apelação Cível nº 200334000074599/DF, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães. j. 24.03.2004, unânime, DJU 18.04.2005.

Embora sem fazer referência expressa à regra hermenêutica em estudo, o STJ a aplicou, ao concluir que a Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, e de vigência perenizada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 12 de setembro de 2001), que admitiu a capitalização mensal de juros, não é aplicável aos contratos de abertura de crédito, porque a referida Medida “destinou-se a fixar regras sobre a administração dos recursos do Tesouro Nacional, não sendo razoável, portanto, a interpretação de que o artigo 5.º tem aplicação em qualquer operação financeira”⁵⁰. A interpretação que o STJ fez da regra restringiu seu âmbito de aplicabilidade com base no enunciado da ementa.

13. A posição do dispositivo no texto esclarece seu alcance.

A regra conclama à interpretação sistemática, que, em certa medida, inclui uma interpretação “topológica”. O lugar em que determinada disposição é inserida, dentro do texto legal, pode indicar algo a respeito da sua abrangência e alcance. O texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em sub-partes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: *a)* uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou *b)* uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese⁵¹.

A posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. O texto legal é articulado e sub-articulado, *i.e.*, dividido em fragmentos de mensagem, cada qual devendo tratar de uma idéia específica. Esses fragmentos não são todos da mesma hierarquia e abrangência. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento

⁵⁰ AgRg no REsp nº 609379, Pádua Ribeiro, j. 15/4/2004. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 598155, Gomes de Barros, j. 3/6/2004; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 14/9/2004.

⁵¹ O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal”, consolida regras de boa técnica na elaboração de textos legais, e esclarece o sentido e a função da ementa legal, da articulação do texto normativo, e as funções e subordinações de cada segmento do texto.

subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante. Assim, p.ex., dois parágrafos do art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4717/65), dispõem:

§ 3º. A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

§ 4º. Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

É evidente que, interpretados fora do seu contexto, as disposições desses fragmentos normativos aparentam ter abrangência muito maior do que realmente têm. É a sua condição de regras inseridas em parágrafos – fragmentos subordinados – que revela seu verdadeiro âmbito de aplicação. O título eleitoral prova a cidadania em juízo para os fins do *caput*, que se refere somente à ação popular, e não a outro gênero de litígio. O cidadão não poderá requerer as certidões e informações para instruir a inicial de qualquer processo, mas somente para instrução da inicial da ação popular: é dessa ação, e não de outra, que fala o *caput*.

O *caput* do art. 544 disciplina o recurso de agravo, dirigido ao STF ou ao STJ, contra a decisão que inadmite o recurso especial ou o extraordinário. Essa norma subordinante refere-se, pois, somente a essa pequena partícula dos atos existentes no universo processual. Ofende a já citada regra tradicional da hermenêutica pretender que a autorização, referida na parte final do § 1º do art. 544 do CPC, tenha âmbito de incidência maior que o da sua regra subordinante. Logo, o parágrafo autoriza o advogado a autenticar fotocópias apenas e tão somente na hipótese aventada no *caput* (para instruir o agravo, dirigido ao STF ou ao STJ, contra a decisão que inadmite o recurso especial ou o extraordinário). Nada mais que isso. Não concedeu ao advogado, portanto, poderes para autenticar, como se tabelião fosse, cópias de peças processuais para qualquer outra finalidade que não seja a contemplada no art. 544, *caput*. Da mesma forma as normas *infra*-legais que atribuem ao advogado o direito de autenticar cópias (como o art. 246, § 5º, do Regimento Interno do TJPR, o art. 255 do Regimento Interno do STJ) referem-se somente às necessárias para instruir recursos.

O argumento topológico tem sido — incorretamente ao nosso ver — utilizado por parte da jurisprudência para negar a possibilidade do furto simultaneamente qualificado e privilegiado. Diz essa corrente que as disposições do § 2º do art. 155 não podem ser aplicadas às hipóteses do § 4º do mesmo artigo, porque os termos de um parágrafo se aplicam aos dispositivos que o

precedem, mas não aos que o sucedem. Semelhante modo de pensar não tem apoio nas regras tradicionais da hermenêutica. Em verdade, segundo pensamos, é tradicional que o conteúdo do parágrafo tenha incidência limitada apenas pelo âmbito do *caput* respectivo, e não pela ordem dos diversos parágrafos. Diga-se, a propósito, que a construção do texto do art. 155, em relação à posição topológica das privilegiadoras e das qualificadoras, segue o mesmo modelo empregado no art. 121. E, em relação ao homicídio, é pacífico que a precedência do parágrafo privilegiador em relação ao que lista as qualificadoras não impede a compatibilidade entre a figura privilegiada e a qualificada, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva. Parece-nos, portanto, perfeitamente admissível a figura do furto simultaneamente qualificado e privilegiado⁵².

14. A equidade não permite o enriquecimento sem causa.

Essa norma indica, simplesmente, que se deve interpretar o direito de maneira a não permitir o enriquecimento sem causa. O locupletamento imotivado, sem justa causa, consiste em iniquidade. Embora se possa controverter, como se controverte, durante séculos e sem conclusão, sobre o significado e o conteúdo da expressão *justiça*, é pacífico que o objetivo maior do sistema jurídico é produzir justiça e conduzir à justiça. Logo, a interpretação que conduz à iniquidade é incorreta.

Diz o artigo 30 do CDC que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. O artigo 35 da mesma lei dá ao consumidor o

⁵² No sentido que defendemos há vários precedentes, como, p.ex.: Juris Síntese, ementas nºs 116033363 e 16155445 (ambas do STJ); também: STJ, RESP 125934, RS, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.02.2002, p. 00519; STJ, Res nº 25.980-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ, julg. em 5.6.1966, 14.478); TJRJ, ACr 62067/97, Reg. 160498, Cód. 97.050.62067, Trajano de Moraes, 6ª C.Crim., Rel. Des. Eduardo Mayr, J. 04.12.1997; TACRIMSP, Ap 1222015/2, 15ª C., Rel. Juiz Paulo Vitor, DOESP 19.02.2001; TJRJ, ACr 4220/2000, 3ª C.Crim., Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, J. 12.06.2001; TJRS, ACR 70001837459, 7ª C.Crim., Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi, J. 04.10.2001; TJRS, ACR 70001494061, 6ª C.Crim., Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, J. 28.06.2001; TACRIMSP, Ap 1232003/1, 12ª C., Rel. Juiz Junqueira Sangirardi, DOESP 15.02.2001; TACRIMSP, Ap 1209783/4, 2ª C., Rel. Juiz Érix Ferreira, DOESP 20.09.2000. No mesmo sentido as decisões de RT 603/344, 550/331, 588/351, 594/338. O STJ também já decidiu no sentido oposto: Juris Síntese, ementas nºs 116031685, 116026904. Note-se que, a prevalecer o entendimento defendido pela tese oposta, não existiria furto de energia qualificado: a equiparação do § 3º também aparece antes do § 4º, e, para aplicar a mesma regra topológica, não poderia ser combinada com a regra do § 4º, que vem depois.

direito de exigir o cumprimento forçado do contrato, nos termos da publicidade ou oferta. Suponhamos que uma pequena loja de eletrodomésticos distribua panfletos anunciando uma liquidação, e por erro da gráfica uma das ofertas, que era um TV colorido por R\$ 1.000,00, saia anunciando o televisor por R\$ 1,00. Uma interpretação literal dos artigos já citados do CDC levaria à conclusão de que o comerciante é obrigado a vender os televisores por um real aos consumidores que exigirem o cumprimento do anunciado. Mas essa mesma interpretação incide em ofensa à regra da hermenêutica ora em estudo, porque propicia o enriquecimento sem causa de tais consumidores⁵³.

Com base na mesma regra hermenêutica a jurisprudência tem dispensado a prova do erro, reclamada pelos arts. 877 do Código Civil em vigor e 965 do Código Civil revogado, como condição para repetição do que o consumidor pagou indevidamente, nos casos de ação revisional julgada procedente, com declaração de nulidade de cláusula contratual⁵⁴.

15. Nas causas penais a interpretação deve ser a mais benigna para o réu.

A regra já aparecia no Digesto, com esta formulação: “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento”. É postulado pacífico que nas questões que envolvem o direito à liberdade, especialmente afetas ao direito criminal, a interpretação é restritiva, e as questões duvidosas devem ser interpretadas *pro reo*. Mas advirta-se que as questões duvidosas, de que fala a regra, são somente aquelas que, enfrentadas tenazmente com todas as ferramentas hermenêuticas, continuam indecifráveis. E tais situações são raras. Onde o esforço hermenêutico conduzir a uma interpretação segura da norma, é essa interpretação que se aplica, ainda que seja gravosa para o réu. O *in dubio pro reo* na interpretação do direito criminal é remédio extremo, e não uma panacéia. Não justifica o abandono ou a postergação das técnicas interpretativas usualmente empregadas em todos os setores do direito, nem se sobrepõe a elas. Somente quando o esforço interpretativo honesto e diligente conduzir a duas soluções igualmente amparadas pelos argumentos hermenêuticos, é que se prefere, dentre elas, a favorável ao acusado.

⁵³ A vedação do enriquecimento sem causa e a equidade têm sido lembrados nos julgamentos de casos afetos ao direito do consumo, como se vê de Juris Síntese, ementas nº 134000263 e 2020699.

⁵⁴ STJ, REsp nº 453782; REsp nº 205990, 4ª T., Rosado, 2000. No mesmo sentido STJ, REsp nº 537113; REsp nº 88160, Ribeiro, 1998; REsp nº 187717, Direito, 1999; REsp nº 187281, Direito, 2000; REsp nº 176459, Rosado, 1999; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 2004.

Um exemplo é o artigo 240 do Código Penal, que define um crime com apenas duas palavras: “cometer adultério”. O tipo não informa se podem ser enquadradas como adúlteras a relação homossexual, ou o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Por isso é prevalente o entendimento restritivo, que extrai dessa norma o mínimo conteúdo proibitivo possível, para entender como típica somente a conjunção carnal, e nenhum outro ato libidinoso.

V – Conclusão.

Como visto, as regras da hermenêutica não são “chaves mágicas” que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam no trabalho de interpretação. Mas sua principal utilidade decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. É sabido, conforme a lição de PERELMAN, que a argumentação jurídica eficiente é somente aquela que utiliza, como ponto de partida, uma premissa que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor cuja adesão se busca conquistar. As regras estudadas, portanto, como postulados herdados da experiência multimilenar dos juristas, são premissas úteis como pontos de partida para argumentações consistentes.

Referência bibliográfica

BASTOS, Cleverson L. & Keller, Vicente. *Aprendendo Lógica*, Ed. Vozes.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980

BRESSAN, Márcio Rogério de Oliveira. *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, *Juris Síntese* nº 24, jul.-ago./2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Ed. Renovar.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*, Ed. Max Limonad.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, Revista Jurídica, nº 252, out./1998, pág. 35;
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I.
- DIDIER JR., Fredie. *Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, descon sideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual*. Juris Síntese, edição nº 36, jul/ago de 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, Ed. Malheiros.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 05, dez.-jan./2001, pág. 38.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho*. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 159, set./2002, pág. 23.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Argumento*, verbete, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.461-468.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I.
- MARQUES, Alberto. *Atenuantes e pena mínima*, in: Revista Jurídica, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..
- MARQUES, Alberto. *Roteiro de Hermenêutica*. Curitiba : Editora Juruá, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Ed. Renovar.
- PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. Revista Jurídica. Porto Alegre : Editora Síntese, nº 211, mai./1995, pág. 22.
- PIVA, Paulo Cesar. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Síntese, nº 10, out.-nov./2001, pág. 42.

RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977.

SUZUKI, Iwao Celso Tadayio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: *Jornal Síntese*, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 61, março/2002, pág. 5.

“A recusa ao pagamento de indenização por invalidez total em contrato de seguro e o abuso de direito”.

Álvaro Rodrigues Junior. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz de Direito em Londrina/PR.

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Identificação do objeto de estudo e sua seqüência - 2. Abuso de direito: 2.1 Conceito de abuso de direito; 2.2 Bons costumes; 2.3 Boa-fé; 2.4 Fim econômico ou social do direito; 2.5 Conseqüências sancionatórias que derivam do abuso de direito – 3. Conclusão

Resumo: Trata-se de uma contribuição ao estudo do abuso de direito (art. 187 do Código Civil) e sobre a sua aplicação em caso de indevida recusa ao pagamento de indenização por invalidez total em contrato de seguro.

Palavras-chave: abuso de direito – boa-fé - bons costumes - fim social ou econômico do direito - indenização – invalidez – contrato - seguro

1. Introdução

1.1. Identificação do objeto de estudo e sua seqüência

O presente trabalho pretende ser uma contribuição ao estudo do conceito de abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, e sobre a sua aplicação em caso de indevida recusa ao pagamento de indenização por invalidez total em contrato de seguro.

Definido o objeto da presente investigação, cumpre dizer que a metodologia adotada levou em consideração, primordialmente, o fato de que a Ciência do Direito é uma ciência prática cujo objetivo é a solução de casos concretos. Daí porque o método deve ser visto, antes de tudo, como o caminho percorrido pelo jurista para chegar à solução do caso concreto¹.

Em vista disso, procuramos delimitar o âmbito deste trabalho aos seguintes pontos: a) estabelecer o conceito de abuso de direito; b) concretizar os conteúdos que fornecem o critério de determinação de legitimidade ou ilegitimidade do exercício do direito, quais sejam, a boa-

¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 375.

fé, os bons costumes e o fim social ou econômico do direito, especificamente no que concerne à indevida recusa de pagamento de indenização por invalidez total em contrato de seguro; c) estabelecer as conseqüências sancionatórias que derivam do abuso de direito na hipótese examinada; d) expor as nossas conclusões sobre o tema.

2. Abuso de direito

2.1. Conceito de abuso de direito

Além dos casos de violação do direito subjetivo ou das disposições legais que protegem interesses de outrem, o novo Código Civil, em seu art. 187, copiando literalmente o art. 334 do Código Civil Português, estabelece que “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Trata-se de cláusula geral, de aplicação muito mais vasta do que apenas à responsabilidade civil, “através do qual se procura estabelecer limites ao exercício das posições jurídicas que, embora formalmente permitido, se apresenta como disfuncional ao sistema jurídico, quando contraria manifestamente vectores fundamentais do seu funcionamento”².

Na verdade, o princípio do abuso do direito “constitui um dos expedientes técnicos ditados pela consciência jurídica para obtemperar, em algumas dessas situações particularmente clamorosas, aos efeitos da rígida estrutura das normas legais. Ocorrerá tal figura de abuso quando um determinado direito – em si mesmo válido – seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade”³.

Verifica-se, portanto, que não é o caso da violação de um direito de outrem ou da ofensa a uma norma tuteladora de um interesse alheio, **mas do exercício anormal do direito próprio**. Cumpre salientar, porém, que no ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, **sem se aferir a ocorrência de dolo ou culpa**. Basta que objetivamente se excedam tais limites, independentemente da consciência, por parte do agente, de se excederem tais limites⁴. De modo que não há que se perquirir acerca do

² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. vol. I., Coimbra: Almedina, 2000, p. 265.

³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 71.

⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 545.

interesse de prejudicar alguém, já que a "responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico"⁵.

Revela-se, assim, como categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Isto porque, diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo⁶.

Exige-se, todavia, um abuso nítido: "o titular do direito deve ter excedido **manifestamente** esses limites impostos ao seu exercício"⁷.

Cabe-nos, agora, concretizar os conteúdos que fornecem o critério de determinação de legitimidade ou ilegitimidade do exercício do direito, quais sejam, a boa-fé, os bons costumes e o fim social ou econômico do direito, a fim de estabelecer eventuais conseqüências sancionatórias que dele derivam em caso de indevida recusa ao pagamento de indenização por invalidez total em contrato de seguro.

2.2 Bons costumes

3. Por *bons costumes* "há-de entender-se um conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social"⁸.

⁵ Cf. Enunciado 37 da *Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal.

⁶ NERY JR. Nelson. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 282. Adota-se, assim, a teoria do abuso do direito como contrariedade entre a conduta daquele que exerce um direito subjetivo e o fundamento axiológico-normativo existente. Daí por que não se deve "... analisar a existência de intenção, ou culpa, na conduta do titular do direito subjetivo. Pois o abuso de direito restará configurado pelo simples descompasso entre o exercício de um direito subjetivo, aparentemente regular, mas que, em verdade, descumpra o fundamento axiológico inscrito na norma jurídica" (CALCINI, Fábio Pallaretti. "Abuso do direito e o novo código civil". *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez/04, p. 37).

⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações ...*, p. 75. Há quem critique a utilização do advérbio "manifestamente", por considerar que gera dúvida sobre seu alcance, isto é, se diz respeito ao grau ou à quantidade: "... somente será abusivo o ato que excede exageradamente os limites ou basta que tal excesso seja ostensivo, facilmente notado? A negativa se impõe em ambas as hipóteses, eis que tal circunstância não é elemento do ato abusivo e portanto, basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência" (CARPENA, Heloísa. "Abuso do Direito no Código de 2002. Relativação de direitos na ótica civil-constitucional". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 382).

⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações ...*, p. 76.

Age em absoluta contrariedade ao conceito de bons costumes, a seguradora que se nega a efetuar o pagamento da indenização sob alegação de ausência de comprovação da invalidez total do segurado, se qualquer pessoa pode constatar a fragilidade do estado de saúde do segurado. Com efeito, em casos de extrema gravidade, em que é perfeitamente cabível a qualquer pessoa constatar que o segurado não tem a mínima possibilidade de exercer atividade laborativa, independentemente da realização de perícia, a negativa geral e desprovida de maior fundamentação viola não apenas uma norma básica de decoro social, mas, também, agride violentamente o princípio supraconstitucional da dignidade da pessoa humana⁹.

2.3. Boa-fé

Por *boa-fé* deve-se entender não apenas o cumprimento das prestações principais do contrato (dar, fazer, não fazer), mas, também, os deveres de conduta necessários para preservar o verdadeiro objetivo do negócio celebrado, permitindo que cada parte alcance, com eficiência, aquilo que a levou a contratar. Trata-se de “verdadeiro componente ético que ingressa no Direito e o vivifica”, pois “implica um certo dever de cooperação, de solidariedade na busca da perfeita realização do fim do contrato”¹⁰.

No sistema revogado do Código Civil de 1916, a boa-fé era tratada como princípio geral de direito. Sob a égide do novo Código Civil, tornou-se cláusula geral, expressamente incluída pelo art. 422¹¹, ao mesmo tempo em que se consubstanciou em “fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes”¹².

A boa-fé impõe ao contratante um padrão de conduta proba, honesta e leal. Daí por que se mostra necessário averiguar se o contratante agiu com retidão, nos padrões que se espera do “homem comum”, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

⁹ Mesmo entendendo que a conceituação de dignidade da pessoa humana não se mostra imprescindível, é impossível desconsiderar a conhecida formulação de KANT, ao distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário ou estimativo, do que é dotado de dignidade, isto é, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (*Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1992, p. 77).

¹⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 83.

¹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹² NERY JR. Nelson. *Código Civil Comentado ...*, p. 381.

Age com má-fé a seguradora que se recusa a pagar a indenização sem ao menos realizar exame médico para averiguar o estado de saúde do segurado. Ora, é (ou deveria ser) prática comum a todas as seguradoras a realização de exame por uma junta médica de sua confiança, para embasar sua negativa de pagamento do valor do seguro. A simples negativa de efetuar o pagamento, sem nenhum documento apto a comprovar a tese de que a sua recusa é justificada, importa dizer que deixou de agir com a retidão que se espera de uma empresa seguradora. Afinal de contas, as pessoas fazem seguro de vida justamente para tais situações e têm a legítima expectativa de que ao sofrerem algum acidente serão assistidas pela seguradora. Em razão disso, a recusa injustificada ao pagamento de seguro por invalidez, sem qualquer embasamento em exame médico, desatende ao princípio da boa-fé que deve nortear todas as relações contratuais.

2.4. Fim econômico ou social do direito

No que se refere ao limite imposto pelo fim econômico ou social do direito a ser exercido pelo contratante, há que se considerar que o contrato tem de ser entendido “não apenas como as pretensões individuais dos contraentes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade”¹³.

Em casos de invalidez total passível de constatação por qualquer leigo ou de recusa genérica ao dever de indenizar, desacompanhada de realização de exame médico, é manifesta a atitude individualista, não pautada pelo valor da solidariedade (CF, 3º, I) e do respeito à dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III). Trata-se, no caso, de tentativa maliciosa de se livrar do cumprimento de obrigação contratual, motivada, muitas vezes, pelo risco calculado de que poucos segurados irão perseguir seus direitos na Justiça, aliado, ainda, às deficiências do Poder Judiciário em julgar celeremente os processos. Nos moldes atuais e, diga-se de passagem, sem esperanças de alteração a curto prazo, o Poder Judiciário ainda é grande alternativa para quem pretende postergar o cumprimento de deveres contratuais.

2.5 Conseqüências sancionatórias que derivam do abuso de direito

¹³ NERY JR. Nelson. *Código Civil Comentado* ..., p. 379.

Verificado e declarado um ato como havendo sido cometido com abuso de direito, esse fato gera os efeitos de todo ato ilícito, a saber: a) obrigação de reparar os danos por ele causados, sejam eles morais ou patrimoniais (art. 186 do Código Civil); e, b) nulidade do ato ou negócio jurídico (art. 166, inc. VI, do Código Civil).

Cumprе salientar que a reparação por danos morais em caso de abuso de direito não se confunde com a indenização por danos morais decorrente do descumprimento de um contrato, bastante controvertida na jurisprudência. Decorre, na verdade, da desobediência ao dever legal de observância das cláusulas gerais de boa-fé, bons costumes e exercício do direito de acordo com seus fins econômicos e sociais. Neste caso, contudo, não há que se falar em aplicação de cláusulas gerais, mas, sim, da figura do conceito legal indeterminado, pois “uma vez reconhecido o abuso de direito, o sistema legal já tem a solução predeterminada para o caso, qual seja, a ilicitude objetiva do ato, independentemente de dolo ou culpa”¹⁴.

3. Conclusão

Comete abuso de direito, nos termos previstos no art. 187 do Código Civil, a seguradora que se recusa a efetuar pagamento de indenização por invalidez total prevista em contrato de seguro em casos de invalidez passível de constatação por qualquer leigo ou de recusa genérica ao dever de indenizar, desacompanhada de realização de exame médico. Neste caso, deve o Juiz, de ofício, por se tratar de norma de ordem pública, aplicar a solução legal predeterminada: obrigar a reparar os danos causados (CC, 186) e declarar a nulidade do ato ou negócio jurídico (CC, 160, VI).

Bibliografia

CALCINI, Fábio Pallaretti. “Abuso do direito e o novo código civil”. *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez/04, p. 27-45.

CARPENA, Heloísa. “Abuso do direito no código de 2002. Relativação de direitos na ótica civil-constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-415.

¹⁴ NERY JR. Nelson. *Código Civil Comentado ...*, p. 282.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

KANT, Emanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1992.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. vol. I., Coimbra: Almedina, 2000.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

Do dispositivo da sentença e acórdão

*Lauro Laertes de Oliveira*¹

1. O dispositivo da sentença ou acórdão é a conclusão, a decisão ou parte final; enfim, o desfecho da demanda, onde, aplicando a lei ao caso concreto, o julgador acolhe ou rejeita o pedido formulado pela parte.

2. De suma importância é o dispositivo da sentença ou do acórdão, porque contém a prestação da tutela jurisdicional buscada e que propiciará ao vencedor, principalmente no caso de acolhida de pedido condenatório, a liquidação ou o cumprimento da sentença. Os pedidos declaratórios e constitutivos não comportam liquidação de sentença.

3. Daí a necessidade de que a decisão seja clara, possibilitando o fácil entendimento da conclusão a que se chegou, bem como abrangente, ou seja, incluindo todos os pedidos formulados e acessórios conseqüentes.

4. Na casuística observamos casos comuns de inobservância dos preceitos mencionados. Vejamos:

4.1. Juros. Muito comum a confusão na incidência de juros quanto ao índice e início de sua incidência. No Código Civil de 1916 como preceito geral aplicam-se os juros legais de 6% ao ano e contam-se a partir da citação (art. 1.062). No Código Civil de 2002, o art. 406 estabelece: *“Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”* Predomina na jurisprudência a aplicação de juros moratórios de 1% ao mês, conforme art. 406 do CC/2002 e art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Contam-se os juros moratórios, também na culpa contratual, a partir da citação pelo novo Código Civil (art. 405).

Exceções. Nos atos ilícitos por culpa extracontratual os juros incidem a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ) e art. 398 do Código Civil de 2002, por exemplo, responsabilidade civil decorrente de acidente de veículos; no dano moral adota-se o mesmo critério a partir do evento danoso (EDResp 327.382-RJ); na culpa contratual, aplica-se a regra geral (da citação), porém, nas obrigações líquidas a partir do vencimento da obrigação, se houver (Código Civil de 1916, art. 960 e Código Civil de 2002, art. 397); observe-se, também,

¹ Desembargador do TJPR

que os juros compostos (capitalizados), previstos no art. 1.544 do Código Civil de 1916 só se aplicam contra aquele que praticou o crime (Súmula 186/STJ) e não existe disposição análoga no Código Civil de 2002.

Em termos de matéria tributária os juros moratórios são de 1% ao mês ou 12% ao ano, conforme art. 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional. Na repetição de indébito tributário, aplica-se por analogia a mesma regra, contudo, recaem a partir do trânsito em julgado (Art. 167, § único, do CTN e Súmula 188/STJ).

Na desapropriação direta e indireta os juros moratórios de 6% ao ano e os compensatórios de 12% ao ano, encontram-se sumulados (Verbetes 12, 56, 69, 70, 102, 113 e 114/ STJ). Agora pela Medida Provisória nº 2.183 os juros compensatórios passaram a ser de 6% ao ano. A aludida MP alterou vários dispositivos do Decreto-Lei 3365, de 21-6-1941 (Lei de Desapropriação).

Outrossim, “*os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano*”. (Art. 1º-F da Lei 9.494, de 10-9-1997, com a redação dada pela MP 2.180-35, de 24-8-2001). Vide decisões do STJ a respeito: REsp 577241/CE; AGA 400.145/SP e AGResp 690.392/RS.

Quanto aos benefícios previdenciários, os juros de mora de 6% ao ano contam-se da citação (S. 204/STJ).

4.2. Correção Monetária. Outro aspecto importante para a fase de execução de sentença é a definição da correção monetária quanto ao seu início e o respectivo indexador.

Hoje via de regra incide a atualização monetária a partir do efetivo prejuízo no ilícito contratual ou extracontratual (Súmula 43/STJ). Na repetição de indébito tributário incide a partir do pagamento indevido (Súmula 162/STJ).

4.3. Indexador. Quanto ao indexador a ser utilizado necessário estar atento ao período da obrigação. Nas obrigações atuais, aplica-se, via de regra, o INPC do IBGE e nas antigas, devido aos sucessivos Planos Econômicos, índices diversos. A Súmula 41 do TRF da 1ª Região, resume bem a matéria: “*Os índices integrais de correção monetária, incluídos os expurgos inflacionários, a serem aplicados na execução de sentença, ainda que nela não haja previsão expressa, são de 42,72% em janeiro de 1989, 10,14% em fevereiro de 1989, 84,32% em março de 1990, 44,80 em abril de 1990, 7,87% em maio de 1990 e 21,87% em fevereiro de 1991.*” Nos créditos rurais por exceção aplica-se no mês de março/90 o BTN com índice de 41,28% no lugar do IPC.

A TR - Taxa Referencial de Juros apenas pode ser utilizada como indexador quando convencionada pelas partes.

Por sua vez a Taxa Selic pode incidir nas obrigações tributárias, desde que prevista em lei e não cumulada com qualquer outro índice de correção monetária ou juros, uma vez que engloba ambos.

4.4. Pensão. Nas ações de indenização por ato ilícito que envolve questão de pensão à vítima ou beneficiários, necessário definir o termo inicial e final. Como princípio geral devida desde o evento danoso até a idade provável da vítima (65 anos de idade); se a vítima sobreviveu e ficou incapacitada parcial ou totalmente, a pensão deve ser paga enquanto viver, vale dizer, a pensão é vitalícia.

No caso de vítima menor de família não abastada, de acordo com nova orientação do STJ (REsp's 147.075-MG; 220.234-SP e 160.970-SP), a pensão arbitrada deve ser integral desde os 14 anos (Constituição Federal, art. 7º, XXXIII) até os 25 anos (idade provável do casamento), reduzindo-se então pela metade (há julgados entendendo que se reduzem a 1/3, como Resp 172.335-SP) e até os 65 anos de idade da vítima, desde que sobrevivam os beneficiários.

Na ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, existe dissídio sobre o início da pensão alimentícia, se da citação ou da sentença. Prevalece no STJ o entendimento da primeira corrente (RSTJ, 26:306).

4.5. Dano Moral. Não se pode esquecer que inadmissível a fixação do dano moral em salários mínimos, como decidiu o Supremo Tribunal Federal (*RE nº 225.488-PR, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 16-6-2000, p. 39*). Deve ser fixado em quantia certa, com atualização monetária a partir de data da sentença ou acórdão e acrescida de juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ e art. 398 do CC/2002).

4.6. Honorários advocatícios. Tema a que o julgador deve estar atento na parte dispositiva, inclusive quanto à sucumbência recíproca e ao conceito de perda mínima do pedido (CPC, art. 21). O conceito de perda mínima quer dizer parte irrelevante ou insignificante do ponto de vista econômico. Arruda Alvim fornece bom conceito (Código de Processo Civil Comentado, RT, 1975, vol. 2, p. 195). Na maioria dos casos de perdas de até 5%, consideram-se-as mínimas. Nas sentenças condenatórias os honorários advocatícios incidem sobre o valor da condenação e nunca sobre o valor da causa. Nas declaratórias e constitutivas arbitram-se em quantia certa, com apreciação equitativa do juiz (CPC, art. 20, §

4º). Outrossim, deve-se observar o princípio da causalidade, ou seja, de quem deu causa ao ajuizamento da demanda responde pelas verbas de sucumbência. Nas ações previdenciárias não recaem sobre prestações vincendas (Súmula 111/STJ) e nas desapropriações observar Súmulas 131 e 141/STJ. Não podem ser fixados em salários mínimos (Súmula 201/STJ). Impõe-se a condenação do beneficiário da justiça gratuita nas verbas de sucumbência, mas que só poderão ser executadas se comprovado que ele perdeu a condição de necessitado (arts. 11 e 12 da Lei 1.060/50), antes de consumada a prescrição, conforme entendimento majoritário do STJ. Firmou a Corte Especial do STJ entendimento de que não é computável, para efeito de cálculo de honorários advocatícios de sucumbência, a verba necessária à constituição de capital para assegurar o pagamento de prestações futuras de pensão, conforme art. 20, § 5º, do CPC (Resp 249.728/RJ).

4.7. Honorários nos embargos à execução. Recomenda-se a fixação de honorários advocatícios para ambos os feitos (embargos e execução), evitando-se reabertura de discussão no eventual prosseguimento da execução.

4.8. Não cabem juros sobre honorários advocatícios. Não pode o juiz determinar a incidência de juros moratórios sobre os honorários advocatícios objetos da sucumbência. Evidente que só após a constituição em mora do devedor que poderão incidir juros moratórios, ou seja, na execução do julgado (CPC, art. 475-J).

5. Reconvenção. Indispensável a condenação do vencido nas verbas de sucumbência da reconvenção. A melhor técnica recomenda a condenação em separado das verbas de sucumbência da ação principal e da reconvenção (CPC, art. 34).

6. Da intervenção de terceiros. O juiz deve se encontrar atento também aos casos de intervenção de terceiros, quando deverá decidir de modo simultâneo a ação principal e a lide secundária, se for o caso, bem como definir verbas de sucumbência (Oposição, arts. 59 a 61; denunciação da lide, art. 76; chamamento ao processo, arts. 78 e 80). As verbas de sucumbência deverão ser definidas em separado para a ação principal e a lide secundária (CPC, art. 34).

6. Não cabe sentença ilíquida. Nos processos sob procedimento comum sumário referidos no art. 275, inciso II, alíneas “d” e “e” (ressarcimento de danos por acidente de veículos e cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículos), é proibido ao juiz proferir sentença ilíquida (CPC, art. 475-A, § 3º).

6. Forma de liquidação. Enunciar a forma de liquidação da sentença: por memória discriminada do credor (arts. 475-B e 475-J), por arbitramento (art. 475-C) ou por artigos (art.

475-E, todos do CPC).

7. Cumprimento da sentença. Inovação importante é a regra do art. 475-J do CPC, que trata do cumprimento da sentença e dispõe: “*Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.*” Dessa maneira, incumbe ao juiz quando for o caso, inserir na sentença ou na decisão da liquidação, a partir de quando incidirá a multa de 10%. Evita-se futura discussão a respeito. Não se pode olvidar que existem na doutrina diversas correntes sobre o tema, a saber: a) a partir do momento em que a sentença se torna exequível; b) do trânsito em julgado, ainda que pendente recurso que não tenha efeito suspensivo; c) com a baixa dos autos e intimação da parte, na pessoa do procurador judicial ou para outros com intimação pessoal do devedor (**Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina**, Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC – BIJ – Boletim Informativo Juruá – nº 419 – pp. 18-20).

8. Duplo grau de jurisdição. Cabe ao juiz observar a regra do art. 475 do Código de Processo Civil, determinando a remessa dos autos ao tribunal competente, haja ou não recurso voluntário, nas hipóteses ali previstas, bem como observar que, após o advento da Lei 9.469, de 10-7-97, aplica-se o referido dispositivo às autarquias e fundações públicas. No mandado de segurança, quando concedida a ordem, também se impõe o reexame necessário (art. 12, § único, da Lei 1.533/51). A Lei nº 10.352, de 26-12-2001 restringiu o cabimento do reexame necessário (condenação de valor não excedente a 60 SM e jurisprudência do Pleno do STF ou Súmula de Tribunais Superiores), conforme §§ 2º e 3º, do art. 475.

9. No segundo grau de jurisdição, principalmente quando julgado improcedente o pedido inicial e o tribunal dá provimento ao recurso julgando procedente, muitos relatores deixam de fazer a parte dispositiva completa no acórdão, o que causa evidente prejuízo às partes na liquidação de sentença. Não se pode apenas dizer que se dá provimento ao recurso, com inversão do ônus da sucumbência. Imprescindível, pois, a conclusão do dispositivo com todos os seus requisitos, como se sentença fosse. Aliás, se o juiz fixou, no caso de improcedência do pedido inicial, honorários advocatícios sobre o valor da causa e o tribunal dando provimento julga procedente o pedido inicial, de cunho condenatório, impõe-se observar que a verba honorária incide sobre o valor da condenação.

10. Não se pode esquecer também a importância do dispositivo da sentença ou acórdão para a formação da coisa julgada (*Humberto Theodoro Junior, Revista de Processo, RT, vol. 81:82*). Outrossim, evita-se também embargos declaratórios devido a omissões.

11. **Conclusão.** Do exposto, vê-se a relevância da especificação na parte dispositiva do julgado dos acessórios (juros, correção monetária, indexador, termo inicial e final das verbas, como pensões, honorários advocatícios). Incumbe ao julgador na parte dispositiva da sentença ou acórdão realizar, uma conclusão lógica, clara e abrangente para a formação da coisa julgada, evitando incidentes processuais, embargos declaratórios, nova decisão em fase de liquidação de sentença e conseqüente desafio de outro recurso, contribuindo assim para uma melhor prestação da tutela jurisdicional e velando pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II). Ao advogado, por sua vez, incumbe formular pedidos completos, claros e objetivos, bem como fiscalizar os julgados, para garantia plena dos direitos e interesses de seus clientes.

PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DA BIOSSEGURANÇA: ALGUMAS REFLEXÕES

“El problema no está por consiguiente tanto en aquella diferencia entre el descubrimiento científico (siempre neutral) y su aplicación (buena o mala), está en la propia dimensión del descubrimiento que puede establecer una lógica de proyecto de alteración del destino humano”

Francesco D’Agostino
Gli interventi sulla genética umana
nella prospettiva della Filosofia del Diritto

DENISE HAMMERSCHMIDT

Mestra em Direito Penal-Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá - UEM
Professora de Direito Penal e Biodireito da PUC – *Campus* Londrina
Juíza de Direito no Estado do Paraná

ABSTRACT: Biosafety appears as a result of the need to evaluate, prevent and control the associated risks of biotechnology development. It represents a recent political objective in post-modern society, the so-called risk society. The factors that determine that valuation change are, on one hand, the advances in Genetics and Molecular Biology and, on the other hand, the development of precision instruments as in Genetic Engineering. Genetically modified organisms (OGM) is a definition of an organism that has been modified by Genetic Engineering biotechnologies, through the introduction and integration of one or more exogenous or transgenous genes. So, under these circumstances, biosafety within the activities that involve genetically modified organisms, was slowly beginning to appear in some international standards, reaching its top with the Biosafety Protocol. At the same time, the Brazilian constitutional legislator was not indifferent to this new value biosafety, a value that involves the control, evaluation, prevention and management of the risks derived from Genetic Engineering techniques for the safety of live species. In this way, the juridical penal asset biosafety, is constitutionally and explicitly protected by the chapters 225 : I, II, IV and V of the Federal Constitution. Furthermore, these constitutional dispositions were regulated, in the first instance, by the Law 8.974 95 that contemplated crimes against biosafety with certain gaps, having been revoked by the Biosafety Law 11.105 05, that considers crimes against biosafety in a full context consolidating all the risk activities related to OGMs at the present time, according to the present stage of science.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. Intervenção do Direito Penal na biossegurança; 3. Bem jurídico-penal tutelado: biossegurança; 4. Considerações finais.

Palavras-chave: Organismos geneticamente modificados (OGMs). Transgênico; Biossegurança. Biotecnologia. Meio ambiente. Saúde pública. Bem jurídico-penal. Tutela do direito penal. Delitos de biossegurança.

1. Considerações preliminares

Os avanços científicos e tecnológicos no campo do conhecimento da engenharia genética apresentam ao homem problemas éticos, sociais, científicos e jurídicos difíceis de resolver. É forçoso reconhecer, como em outros muitos âmbitos, que o Direito não surge somente para declarar a licitude ou ilicitude das condutas referentes aos organismos geneticamente modificados, mas sim, pretende regular detidamente a matéria e encontrar soluções intermediárias, conciliadoras entre a multitude de direitos e interesses que se contrapõem e que têm a “engenharia genética como seu ponto de encontro”¹. Com efeito, além dos indiscutíveis benefícios que os avanços das técnicas da engenharia genética podem trazer nos campos da biologia, agricultura, medicina e meio ambiente, essa ciência apresenta inúmeros riscos para a vida, a saúde pública, o meio ambiente, inclusive riscos socioeconômicos.

Nessa perspectiva, a sociedade de risco apresentada por Ulrich Beck possui em suma as seguintes características: resulta do desenvolvimento tecnológico, é imperceptível aos sentidos e afeta a sociedade em seu conjunto, sem distinção de classes². Essa descrição da sociedade refletiu-se no Direito Penal pela introdução de novos delitos³ e novas técnicas de imputação objetiva. Tal tendência aparece

¹ LÓPEZ PEREGRÍN, Maria del Carmem. Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud. In: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Ed.) *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública del medio ambiente*. Sevilla:Universida de Sevilla, 1997, p.43.

² BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

³ Entre os setores que têm experimentado um aumento significativo da regulação penal destacamos três. O *primeiro setor* se refere às hipóteses derivadas do progresso técnico e científico, como a informática ou a tecnologia genética, a que se poderiam acrescentar as hipóteses de fabricação, distribuição e utilização de produtos potencialmente perigosos, ou a biotecnologia aplicada direta ou indiretamente a elementos que podem chegar a influir na saúde ou manutenção das condições de existência atual do gênero humano. O *segundo setor* tem por objeto formas de comportamento que já estavam, ao menos parcialmente, castigadas no direito administrativo sancionador ou no direito penal acessório, porém, por uma mudança de valorização, incorporaram-se ao direito penal, experimentando assim não somente um endurecimento

denominada pela doutrina como Direito Penal moderno⁴, afetando o modelo clássico do Direito Penal, segundo consta, na discussão sobre o papel do Direito Penal na “sociedade pós-moderna”, “sociedade pós-industrial”, “sociedade de risco”, em face da ameaça global representada por novos e grandes riscos, por riscos globais que pesam sobre a humanidade. A crítica se centra principalmente no adiantamento da intervenção do Direito Penal por meio dos delitos de *perigo abstrato*, proteção de bens jurídicos de *caráter supra-individual*, flexibilização das garantias do direito penal e processual e em seu caráter *simbólico*⁵.

De início, no Direito Penal moderno aparecem novos bens jurídicos supra-individuais. Emergem relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, frutos em grande parte da sociedade pós-industrial, na qual “novos riscos são criados ou incrementados pelos processos de alta tecnologia”⁶. Além disso, estes setores tendem a proteger bens jurídicos universais considerados como vagos e imprecisos⁷. Os bens metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal, situam-se além do indivíduo, afetando um grupo de pessoas ou toda uma coletividade⁸. Diante dessas características, saliente-se que os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais devem ser definidos com a maior precisão possível, e inclusive se argumenta que não “é possível dotar os bens jurídicos supra-individuais de um caráter

em sua regulação, mas também, freqüentemente, uma expansão da mesma que tem lugar, ademais, antecipando as barreiras da punibilidade. Aqui se incluem, sobretudo, o direito penal ambiental e o direito penal econômico. Por último, no *terceiro setor* se poderiam incluir os setores não estritamente “novos”, nem ligados aos novos riscos tecnológicos, porém aqueles nos quais incidem outras características da sociedade atual, como a globalização e o caráter transnacional de certas formas de delinquência (MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p.41).

⁴ VALLS PRIETO, Javier. La utilización comercial de organismos modificados genéticamente (OMG) y el derecho penal. In: HERRERA CAMPOS, Ramón; CAZORLA GONZÁLEZ, María José (Ed.). *Aspectos legales de la agricultura transgênica*. Almería: Universidad de Almería, 2004, p.112. Essa nova criminalidade nas lições de Winfried Hassemer possui características marcantes como a ausência de vítimas individuais, a pouca visibilidade dos danos causados, que resulta da acessoriedade do Direito Administrativo em relação ao Direito penal na esfera da criminalidade, e um novo *modus operandi*, consistente na utilização de formas negociais, tais como contratos, pagamentos e negociações para a prática de delitos (HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v.2, n.8, p.43-45, out/dez. 1994,p.43-45).

⁵ MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p.68; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1999, p.47 e ss; VALLS PRIETO, op. cit., p.112-116.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.106.

⁷ MENDONZA BUERGO, op. cit., p.68. “A essa categoria de bens jurídicos, chamados metaindividuais, a doutrina tem apresentado as mais diversas denominações, conceitos e classificações. São eles uma realidade inegável, ainda que de difícil identificação e com conteúdo muitas vezes ambíguo, e que bem por isso escapam a uma definição mais exata” (PRADO. *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p.106).

⁸ *Ibidem*, p.107.

autônomo, de modo que possam ser objeto de proteção penal sem referência aos bens jurídicos individuais”⁹.

Por conseguinte, o problema desses bens jurídicos de caráter universal é que, em decorrência da dificuldade de concreção, eles são geralmente protegidos pelo Direito Penal, mediante o recurso à técnica dos *delitos de perigo abstrato*¹⁰, com todas as dúvidas acerca de sua legitimidade no plano do injusto material, por faltar, no caso concreto, perigo ao bem jurídico penal.¹¹ A esse respeito, registre-se que o conteúdo material do injusto nos delitos de perigo abstrato se cifra no desvalor da ação, e na configuração desses tipos se mantém uma *referência* indireta (*desvalor do resultado referido*) aos bens jurídicos penais protegidos¹². Deriva daí que há uma conexão de “menor entidade com o *princípio da lesividade*”¹³. Nesse raciocínio, fala-se que a utilização de delitos de perigo abstrato se deveria limitar àquelas condutas cuja realização resulte em um risco elevado de alcançar um resultado irreversível. Nesse contexto, observa-se que os delitos contra a biossegurança são em geral crimes de perigo¹⁴. Não obstante isso, em outros delitos esse risco não é tão elevado (v.g, delitos de trânsito), e por isso é acertada a crítica à utilização indiscriminada dos delitos de perigo abstrato.

⁹ CERESO MIR, José. Los delitos de perigo abstrato en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n.10, p.61-62, jul. 2002.

¹⁰ MENDONZA BUERGO, op. cit., p.78; SILVA SÁNCHEZ, op. cit.,p.101; VALLS PRIETO, op. cit., p. p.113.

¹¹ José Cerezo Mir observa que os delitos de perigo abstrato não apresentam nenhum obstáculo do ponto de vista do princípio da legalidade, desde que o legislador descreva a ação proibida de modo preciso. Além disso, desde o ponto de vista do princípio da legalidade, os delitos de perigo abstrato são mais satisfatórios que os delitos culposos, em que a conduta proibida não está descrita no tipo e o juiz geralmente tem de fixá-la *a posteriori*, ao determinar qual era o cuidado objetivamente devido. Segundo essa órbita, também não ocorre uma infração ao princípio da culpabilidade nos delitos de perigo abstrato, como estima Roxin e um setor da moderna ciência do direito penal alemão. Inclusive argumenta o mestre: “Ao ser a culpabilidade a reprovação pessoal da conduta antijurídica, somente se daria uma infração indireta ao princípio da culpabilidade por falta de objeto de reprovação, se na conduta realizada não se pudesse apreciar um conteúdo material do injusto”. Conclui o mestre espanhol aduzindo que o problema da legitimidade dos delitos de perigo abstrato, isto é, do reforço do conteúdo do injusto material, somente pode ser resolvido pelo legislador, transformando os delitos de perigo abstrato puro em delitos de aptidão para produção de um dano ou de perigo abstrato-concreto, inclusive, substituindo-os por delitos de perigo concreto (CERESO MIR, op. cit., p.62-65).

¹² PRADO, Luiz Regis. *Teoria geral do delito supra-individual*. Maringá: UEM, 2004. (Anotações em Aula aberta do Curso de Mestrado em Direito).

¹³ CERESO MIR, op. cit., p.63.

¹⁴ Isso de forma consentânea com o “panorama das sociedades de risco, nas quais certas ações têm potencial para causar riscos globais e o medo aparece como tema freqüente” (MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v.8), p. 213).

Por seu turno, a doutrina que se aprofundou no tema se decanta por descartar a função exclusivamente simbólica do Direito Penal¹⁵. Por esse raciocínio, o Direito Penal cumpre sempre uma função simbólica ao expressar a rejeição e desaprovação social que merecem das condutas incluídas na lei como delitos, porém não deve ser esta sua única e principal função. É certo que o aspecto simbólico do Direito Penal aumenta consideravelmente com a introdução desses delitos supra-individuais, e a novidade do Direito Penal se radica precisamente no fato de que se trata de condutas ainda não realizáveis, que o legislador identificou como especialmente graves no futuro¹⁶. Disso se conclui que o Direito Penal não se *limita* a irradiar esse efeito, tampouco parece estar desprovido de um importante significado preventivo. Assim, resulta que a pena cumpre uma *função preventiva*, especialmente em relação àquelas pessoas que por sua preparação técnica poderiam sentir-se tentadas a realizar as condutas incriminadoras (v.g, cientistas na área da engenharia genética)¹⁷.

2. Intervenção do Direito Penal na Biossegurança

Os avanços biotecnológicos na área da engenharia genética exigem a intervenção do Direito Penal. A intervenção do Direito Penal nessa seara respeita o princípio da intervenção mínima, em suas vertentes da subsidiariedade ou carência penal e fragmentariedade ou dignidade penal¹⁸. Observa-se que o princípio da intervenção mínima assenta-se no fato de que “a tipificação e a punição não exigem apenas a existência formal do delito, mas especialmente a material ou substancial, sendo relevante nesse contexto analisar a presença da dignidade da incriminação, bem como a carência de proteção criminal”¹⁹. Há dignidade ou merecimento penal na aparição dessa

¹⁵DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v.1, n.00, p.24-50, 2004; MARTÍN URANGA. *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*. Granada: Comares, 2003, p.73.

¹⁶ ROMEO CASABONA. Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: derecho penal simbólico? In: _____. *Genética y derecho: estudios de derecho judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, v.36, p.337-338.

¹⁷ MARTÍN URANGA, Amelia. A Biotecnologia no direito penal moderno: luzes e sombras. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v.1, n.1, p.51, jul./ dez. 2004.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1, p.149.

¹⁹ “Dignidade criminal implica o princípio do consenso, reduzindo-se a interferência do direito penal às condutas que protejam valores ou interesses efetivamente relevantes socialmente, respeitando-se sempre a dignidade da pessoa humana [...] Carência de proteção penal significa correspondência ao princípio da

nova classe de valores sociais. Pergunta-se se as técnicas biogenéticas referentes aos OGMs provocam elevado *dano social*, circunstância que justifica a intervenção do Direito Penal para prevenir e, quando for o caso, sancionar essa classe de abusos com um forte potencial nocivo. Sobre essa questão, há quem argumente não haver a informação necessária para justificar a criminalização das condutas relacionadas aos OGMs, pois “não houve a consolidação necessária no corpo social entre a conduta (plantar/comercializar transgênico sem autorização) e o valor (meio ambiente/saúde)”²⁰.

A esse respeito, registre-se ser evidente que é irretorquível a conexão entre as ciências empíricas - em concreto a biotecnologia - e o direito penal²¹. Como lembra Patrícia Laurenzo Copello, “o Direito penal não estaria completo se prescindisse do risco que para o próprio equilíbrio biológico da espécie humana encerram os avanços da engenharia genética no caso de serem mal utilizados”²². Além disso, evidencia a preocupação da sociedade atual com o desenvolvimento de novas técnicas de engenharia genética, já que “há uma paralela e crescente preocupação sobre os (bio)

subsidiariedade do direito penal, da *ultima ratio*; do controle social, impondo-se sanção penal apenas quando impossível a eficácia da proteção social por intermédio de outros ramos do direito” (FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.108-109).

²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. A criminalização da liberação ou descarte de ogms: análise crítica. In: DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005, p.87.

²¹ VALLS PRIETO, Javier. La utilización comercial de organismos modificados genéticamente (OMG) y el derecho penal. In: HERRERA CAMPOS, Ramón; CAZORLA GONZÁLEZ, María José (Ed.). *Aspectos legales de la agricultura transgênica*. Almería: Universidad de Almería, 2004. p.111-123; CAZORLA GONZÁLEZ, María José (Ed.). *Aspectos legales de la agricultura transgênica*. Almería: Universidad de Almería, 2004; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente patrimônio cultural ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente patrimônio cultural ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.566-567; RUIZ VADILLO, Enrique. Investigación genética y derecho penal: actualidad jurídica. *Revista General de Derecho*, Madrid, n.528, p.57-92, set. 1988; MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p.87-99; PERIS RIERA, Jaime Migue. *La regulación penal de la manipulación genética en España*. Madrid: Civitas, 1995. p.53; HIGUERÁ GUIMERA, Juan-Felipe. El derecho penal y la genética. Madrid: Trivium, 2005. p.47-61; ROCHA, Fernando A. N. Galvão.; VARELLA, Marcelo Dias. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.741, p.463-483, jul. 1997; BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: Edersa, 1997. p.244-255; GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*. Madrid: Edersa, 2001. p.185-228; SANT'ANNA, Aline Albuquerque. *A nova genética e a tutela penal da integridade física*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.110; COSTA, Helena Regina Lobo da. A criminalização da liberação ou descarte de ogms: análise crítica. In: DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005. p.53-92; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.69, entre outros.

²² LAURENZO COPELLO, Patricia. Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo. *Revista Penal*, Madrid, v.13, p.125-137, 2004, p.129.

riscos que tais procedimentos podem desenvolver se tais (bio) tecnologias forem usadas não para o homem, mas contra ele”²³. Cumpre notar que “condutas tradicionalmente consideradas como próprias do trabalho científico e afastadas do âmbito do Direito penal, são agora visualizadas como uma ameaça a bens jurídicos tão importantes como pode ser o futuro da espécie humana”²⁴. Não resta dúvida que no perfil assumido pela sociedade atual, em que “o risco é visto como algo que lhe é imanente, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade da intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas e complexas situações de perigo”²⁵. Dessa maneira, o Direito Penal, por um lado, deve intervir para equilibrar de forma protetora os avanços técnicos e os pesquisadores e investigadores; e por outro lado, controlar as possíveis disfunções e abusos que se podem produzir²⁶.

Nessa ordem de idéias, indagam-se quais seriam as possíveis necessidades de proteção jurídico-penal que podem requerer determinadas regulações no campo da engenharia genética. Daí resulta que não se pode dar uma resposta global a essa indagação, porque, de acordo com a modalidade e objetivos de uma técnica da engenharia genética e com as conseqüências desta técnica, apresentar-se-á uma valoração jurídica diferente²⁷. Nesse particular aspecto, é mister mencionar que a intervenção do Direito Penal pode se realizar dentro de quatro perspectivas diferentes²⁸: 1) promover a investigação científica; 2) controlar os riscos na produção e aplicação das inovações biotecnológicas; 3) limitar ou proibir determinadas atividades relacionadas com a investigação biotecnológica; e 4) proteger juridicamente as inovações biotecnológicas. Dessa maneira, evidencia-se o enorme lastro de intervenção do Direito Penal na área das biotecnologias.

²³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168-169.

²⁴ SESMA, Ingrid Brena. Procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética en el código penal del Distrito Federal, México. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.20, p.98, jan./jun., 2004, p.98.

²⁵ PRADO. *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p.106.

²⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Delitos relativos a manipulação genética. In: COBO DEL ROSAL, Manuel. *Compendio de derecho penal español: parte especial*. Madrid: Barcelona: Marcial Pons, 2000, p.109-110.

²⁷ ESER, Albin. Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v.38, n.2, p.347-364, may/ago. 1985, p.348.

²⁸ MARTÍN URANGA, Amélia *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas*: Especial consideración de su protección penal. Granada: Comares, 2003b, p.34.

Ao se discutir se um bem jurídico-penal apresenta dignidade ou merecimento penal para que seja protegido penalmente, é mister que o referido bem esteja protegido constitucionalmente, ao menos de forma implícita²⁹. É justamente o que ocorre no bem jurídico supra-individual dos delitos de biossegurança; ou seja, a biossegurança se encontra tutelada de forma expressa nos artigos 225 § 1º, II, IV, V. da Constituição Federal, apresentando dessa forma danosidade social suficiente para que seja objeto de proteção penal. Com efeito, a Lei de Biossegurança se articula segundo um complexo sistema, que inclui, entre outras, as obrigações de comunicar à CTNBio e aos órgãos de fiscalização as atividades que envolvem OGMs, a realização de avaliações prévias de riscos para a saúde pública e o meio ambiente, a proposição de medidas alternativas de gestão de resíduos, entres outras. A administração poderá, além disso, exigir modificação das condições de utilização dos OGMs e a suspensão ou cessação destas em determinadas hipóteses de alto risco. No entanto, nem todas as atividades com OGMs estão sujeitas às mesmas obrigações. A regulação que se examina é tanto *mais estrita* quanto maior seja o risco para a saúde humana e o meio ambiente. Dessa maneira, o legislador, em consonância com o princípio da *intervenção mínima*, reserva a sanção penal para as hipóteses mais graves de manipulação de OGMs: aquelas que possam lesionar mais seriamente a vida, a saúde humana ou o meio-ambiente.

3. Bem jurídico-penal tutelado

Nesse contexto, Luiz Regis Prado observa que o bem jurídico-penal, como valor social e reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem na sociedade, deve estar “sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito”³⁰. Além disso, a ordem de valores constitucionais relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui “o paradigma do legislador penal infraconstitucional, e desse modo a idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo

²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Sanção penal e criminalidade econômica e ambiental*. Maringá: UEM, 2004. (Anotações em Aula aberta do Curso de Mestrado em Direito)

³⁰ PRADO. *Bem jurídico-penal e Constituição*, op. cit., p.53.

em que legítima a intervenção penal legalizada”³¹. Nesse contexto, agregue-se o pensar de Yuri Carneiro Coelho, ao destacar que a tutela penal de um bem jurídico deve repousar sempre em sua fonte de legitimidade: “no texto constitucional, fonte formal e material do sistema penal”³².

À luz dessa diretriz de valores constitucionais relevantes e com o escopo de fundamentar a ilicitude material e justificar a intervenção penal legalizada nos delitos de biossegurança, preconiza a Carta Política brasileira que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público a obrigação de: preservar a *diversidade* e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de *material genético* (art. 225, §1º, II); exigir, na *forma da lei*, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (art. 225, § 1º, IV)³³; e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem *risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente* (art. 225, § 1, V); e, com o objetivo regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, surge a Lei de Biossegurança (11.105/2005), revogando a Lei n. 8.974/95.

A necessidade de avaliar, prevenir e administrar os riscos associados ao desenvolvimento das biotecnologias criou um novo neologismo, a “Biossegurança”³⁴. Deriva daí que a Biossegurança (*Biosafety*) ou Segurança na Biotecnologia representa um objetivo político relativamente recente na sociedade³⁵. Os fatores que determinaram esta mudança de valorização são, “de uma parte, os avanços da genética e biologia molecular e, de outra parte, o desenvolvimento de instrumentos

³¹ Ibidem, p.53.

³² Ibidem, p. 136

³³ Afirma-se, que o referido inciso, trata da adoção ainda que não textualmente de uma postura de precaução, consistente em se levantar e avaliar, individualmente, os riscos da atividade que potencialmente, possa ser causadora de danos ambientais (AMORIN, João Alberto Alves. O protocolo de cartagena e a bio(in)segurança brasileira. In: DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005, p.113).

³⁴ MAL-JEAN-DUBOIS, Sandrini. Biodiversité, biotechnologies, biosécurité: le droit international désarticulé. *Journal du Droit International*, Paris, n. 4, p.950, 2000, p.950.

³⁵ “A novidade da *biossegurança* não é tanto a atividade a que se refere mas sua própria formulação como objetivo político, isto é, a formulação de um objetivo político em um âmbito – a biotecnologia – consubstancial as civilizações humanas. Sua aparição deve situar-se em um processo iniciado nos anos 70, em que a aparição de uma série de fatores determinou uma mudança radical de valoração tradicional da técnicas de gestão da biodiversidade”(SAN EPIFANIO, Leire Escajedo. Derecho penal y bioseguridad: los riesgos derivados de organismos modificados genéticamente. In: ROMEU CASABONA, Carlos Maria (Ed.). *Genética y derecho penal: previsiones em el código penal español de 1995*. Granada: Comares, 2001, p.269).

de precisão, como a engenharia genética”³⁶. Por esse raciocínio, é precisamente em torno das *novas possibilidades* da biotecnologia que se apresenta a necessidade de preservar um certo nível de segurança, e que surge a biossegurança como objetivo a perseguir³⁷. Vê-se que a biossegurança tem por “escopo diminuir ou evitar estes riscos inerentes à manipulação genética”³⁸. A *biossegurança* é uma matéria extremamente importante e complexa, na qual se faz referência “às ações de prevenção, eliminação ou diminuição dos riscos para a vida e a saúde humana e dos animais; bem como à manutenção dos seres vivos em seu estado de equilíbrio natural, que se encontram vinculados com atividades de investigação e ensinamento, produção e distribuição, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços. O conceito de biossegurança inclui o meio ambiente, mas também o ser humano”³⁹.

Destarte, identifica-se o bem jurídico-penal supra-individual nos delitos de biossegurança a *Biossegurança*⁴⁰. Nesse particular aspecto, para alguns o bem jurídico tutelado seria a preservação do meio ambiente⁴¹, ou a biodiversidade biológica⁴², ou a integridade do patrimônio genético⁴³, e não a biossegurança, o que não parece o mais convincente. Ora, em face do surgimento de inúmeros riscos desconhecidos e incontroláveis, típicos da sociedade de risco, os quais atingem um número indeterminado de pessoas, e da necessidade de avaliar, prevenir e administrar os riscos associados ao desenvolvimento das biotecnologias, com enfoque especial nas atividades vinculadas aos OGMs, por envolverem a “nova genética”, surge um novo bem jurídico supra-individual, a “biossegurança”. Esse bem se encontra no momento em máxima plenitude, em razão de que visa garantir as possibilidades de sobrevivência sobre o planeta Terra⁴⁴. Para cumprir tal desiderato, é preciso oferecer uma “chance

³⁶ SAN EPIFANIO, p.269.

³⁷ SAN EPIFANIO, p. 270.

³⁸ SIRVINKAS, Luís Paulo. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.90, n.790, p.478, ago. 2001.

³⁹ FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIÊNCIA Y LA TECNOLOGIA – FECYT. Comitê Asesor de Ética en la Investigación Científica y Técnica. Informe/ Organismos modificados genéticamente en la agricultura y la alimentación. Madrid: FECYT, 2004, p.40-50.

⁴⁰ SAN EPIFANIO, op. cit., p.269-270; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Alimentos transgênicos, ética e direito penal. *Revista da Faculdade de Direito USP*, São Paulo, v.95, p.350, 2000, p.350.

⁴¹ PRADO. *Direito penal do ambiente: meio ambiente patrimônio cultural ordenação do território, biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005), op. cit., p.587; SIRVINSKAS, op. cit., p.492;.

⁴² “Por fim, insta registrar que a conduta incriminada no inciso V do art.13 (liberação ou descarte no meio ambiente de OGM) atenta contra a *manutenção do equilíbrio ecológico e contra a diversidade das espécies ou biodiversidade*, que se vê fortemente abalada pela introdução de organismos estranhos geneticamente idênticos e alterados, podendo atingir ainda, de forma subsidiária, a vida e a saúde dos seres humanos e dos animais” (CARVALHO, Gisele Mendes de. *Tutela penal do patrimônio genético*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, p.443).

⁴³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão.; VARELLA, Marcelo Dias. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.741, p.463-483, jul. 1997, p.470.

⁴⁴ SAN EPIFANIO, op. cit., p.270.

razoável às gerações vindouras”. Torna-se imprescindível que a própria humanidade se torne o *sujeito comum da responsabilidade pela vida*⁴⁵. Ressalve-se que é indiscutível a possibilidade de destruição das espécies vivas por meio de armas biológicas⁴⁶ ou da disseminação de doenças desconhecidas (Marbug, Vírus do Nilo Ocidental, *Bartonella Baciliformis*, HIV, SARS, H5N1, Ebola)⁴⁷, por meio de microorganismos transgênicos⁴⁸. Mas não é só: pode-se dizer que através da proteção da biodiversidade se visa à preservação do meio ambiente, ou que o objetivo da segurança alimentar é a saúde pública. Pois está bem, são tutelados de forma subsidiária, mas o bem jurídico *categorial* será sempre a biossegurança, como objeto jurídico genérico de proteção⁴⁹. Agregue-se a este raciocínio, que como objeto jurídico específico protegido em cada figura delitiva dos delitos de biossegurança⁵⁰, tem-se, igualmente, como bem jurídico supra-individual em *sentido técnico*, a biossegurança.

Por esse raciocínio, observa-se que a incidência de tais práticas sobre os seres humanos *não é aqui direta*: “o homem ou a vida humana em formação não são objeto de terapia, investigação ou experimentação”. Não obstante isso, à medida que estes organismos modificados geneticamente possam passar a fazer parte do ar que respiramos ou dos alimentos ou medicamentos que consumimos, ou produzir desequilíbrios ecológicos, afetam também o ser humano⁵¹, portanto, sua incidência na vida humana se perfaz de forma indireta.

⁴⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão.; VARELLA, Marcelo Dias. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.741, p.463-483, jul. 1997, p.66.

⁴⁶ A engenharia genética é a técnica que permite combinar com precisão as qualidades de microorganismos, plantas e animais, permitindo introduzir mutações e inclusive, modificar o comportamento dos genes. Entre as mais negativas, está a possibilidade de empregar a modificação genética de organismos na produção de *armas biológicas exterminadoras da raça humana* (SAN EPIFANIO, op. cit. p.309).

⁴⁷ O H5N1 é causador da gripe do frango, o vírus e a grande ameaça atual. Ele pode matar seis em cada dez infectados. Surgiu em 1997, em Hong Kong. O H5N1 é o único vírus circulante que salta diretamente das aves para os humanos. O grande medo é que o H5N1 se combine com o vírus humano da gripe e passe a ser transmitido de pessoa a pessoa. Há indícios que o vírus já saiu da Ásia e avança em direção à Europa (BUCHALLA, Anna Paula; BERGAMO, Giuliana. A terra é o paraíso. *Veja*, São Paulo, v.41, n.1926, p.98-99, out. 2005, p.98-99).

⁴⁸ “Os mecanismos de depuração de eventuais responsabilidades, tantos civis como administrativas ou penais, que a nova Biotecnologia pode gerar, se se comparam com a magnitude dos riscos prováveis resultam insignificantes. Apesar disso, estes mecanismos contribuem politicamente para criar uma suficiente sensação de seguridade” (SAN EPIFANIO, op. cit., p.271).

⁴⁹ PRADO. *Direito penal do ambiente: meio ambiente patrimônio cultural ordenação do território, biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005.) op. cit., p.128.

⁵⁰ Ibid. Ibidem.

⁵¹ LÓPEZ PEREGRÍN, Maria del Carmen. Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud: In: MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Ed.). *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p.43.

A noção de biossegurança não “admite assimilação divorciada das próprias condutas increpadas em sua homenagem”⁵². A esse respeito, atesta-se que sua diferença em relação à conduta do homicida (art. 121, do CP), que coloca em risco a vida de uma ou mais pessoas determinadas, é que os delitos relativos à biossegurança (art. 27, 28, e 29, da LB) ameaçam *todo o entorno ecossistêmico* (incluindo vida humana, vegetal, animal e respectivas interações). Além disso, esses delitos diferem dos de perigo comum, dispostos nos artigos 250 *usque* 259 do Código Penal, ou do próprio delito de poluição (art. 54 da Lei n. 6.938/81)⁵³, porque as figuras penais dispostas nos delitos de biossegurança, embora apresentem perigo para um número indeterminado de pessoas, - e mais que isso, para os animais e vegetais, como no art. 54 da Lei n. 6.938/81, além do próprio meio ambiente -, são “*particularmente censuradas por encerrarem procedimentos biotecnológicos cujos desdobramentos não estão sob o integral domínio da ciência oficial*”⁵⁴. Nem poderia ser outro o modo de pensar, porque o bem jurídico-penal tutelado na figura típica do homicídio é a vida humana, ao passo que nos delitos de perigo comum é a incolumidade pública, no delito de poluição de qualquer natureza o ambiente e a saúde pública⁵⁵ e nos delitos dispostos na Lei 11.105/05, o bem jurídico-penal protegido é a biossegurança.

4. Considerações finais

No percuciente dizer de José Cerezo Mir, não é possível “a volta ao Direito Penal do século XIX, reduzindo basicamente o Direito Penal à proteção de bens jurídicos individuais. O Direito Penal não pode ignorar a evolução do Estado liberal ao Estado do bem-estar, sob pena de desconectar-se do fim de conseguir uma *maior justiça social*”⁵⁶. Por outro lado, também não parece aceitável a divisão do Direito Penal em dois setores independentes⁵⁷, delimitados por critérios de imputação distintos, e que a

⁵² FELICIANO, op. cit., p.350.

⁵³ “Registre-se que o artigo 54, *caput*, revogou tacitamente o artigo 270, 1º parte, do Código Penal, assim como os artigos 252 (salvo quando o uso de gás tóxico ou asfixiante expõe a perigo o patrimônio de outrem) e o art.271 do mesmo estatuto, o artigo 38 das Contravenções Penais e o art.15 da Lei 6.938/81” (PRADO. *Direito penal do ambiente: meio ambiente. patrimônio cultural. ordenação do território, biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005), op. cit., p.420).

⁵⁴ FELICIANO, op. cit., p.350.

⁵⁵ PRADO. *Direito penal do ambiente: meio ambiente patrimônio cultural ordenação do território, biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005), op. cit., p.417.

⁵⁶ CEREZO MIR, op. cit., p.56.

⁵⁷ Nessa proposta, Jesús-María Silva Sánchez sustenta a proposta de um “modelo dual” do sistema do direito penal, um sistema de duas velocidades, que possua regras de imputação e princípios de garantia diferentes para cada um dos dois níveis. No primeiro bloco de ilícitos se incluiriam os delitos cominados

imposição de penas privativas de liberdade iria acompanhada de todas as garantias penais e processuais, enquanto que “o resto do Direito Penal essas garantias experimentariam certa flexibilização”⁵⁸. A esse respeito, observa-se que apesar da vantagem que pode representar preservar incólume certo núcleo do Direito Penal é importante registrar, contudo, que o decisivo é o recurso à previsão e imposição de uma sanção de caráter penal⁵⁹. Não se pode perder de vista que é a qualidade da sanção penal que determina o estabelecimento e o respeito às regras, categorias e princípios, “seja qual for a gravidade dos fatos sancionados e a espécie de pena”⁶⁰. De toda a sorte, como lembra Luis Gracia Martín, o “*Direito penal moderno é uno em tudo de conformidade com as exigências do Estado de Direito*”, e dessa maneira não deve ficar fora do âmbito penal⁶¹. Como conseqüências de tais assertivas, cumpre reafirmar a “*vigência do Direito Penal e sua transcendência como garantia dos direitos da pessoa*”⁶².

Assim, é forçoso reconhecer que a intervenção do Direito Penal na seara da biossegurança através da Lei 11.105/2005 respeita o princípio da intervenção mínima, em suas vertentes subsidiariedade e fragmentariedade. Além disso, os delitos de biossegurança regulam os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal brasileira. E, dessa maneira, encontram nesses valores constitucionais o fundamento da ilicitude material e a justificativa da intervenção legalizada. Demais disso, identifica-se com bem jurídico-penal supra-individual nos delitos da Lei 11.105/2005 a biossegurança e não a preservação do meio ambiente, a saúde pública, ou a integridade do patrimônio genético. Convém observar, que estes últimos podem ser tutelados de forma subsidiária como bem jurídico específico protegido em cada figura delitiva dos delitos de biossegurança, mas o bem jurídico-penal supra-individual categorial será sempre a biossegurança.

com penas privativas de liberdade; e, no segundo bloco aqueles que se vinculam a outro gênero de sanções (privativas de direitos, multas e sanções que recaiam sobre pessoas jurídicas). Nesse contexto, segundo o autor, se trataria de remeter o modelo clássico ou liberal de regras de imputação e de garantias político-criminais ao “núcleo duro” dos delitos a que se tenha atribuído uma pena privativa de liberdade, enquanto para o segundo bloco de delitos se admitiria uma flexibilização controlada de tais regras e garantias (SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p.101)

⁵⁸ CEREZO MIR, op. cit., p.59-60.

⁵⁹ MENDONZA BUERGO, op. cit., p.184-185.

⁶⁰ Ibidem, p.184-185.

⁶¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegômenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistência. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p.156.

⁶² CEREZO MIR, op. cit., p.59.

A LEI MARIA DA PENHA

Eliana Calmon¹

I – INTRODUÇÃO

A desigualdade formal, conquistada com a Revolução Francesa de 1789, foi o paradigma da legislação do mundo civilizado no curso do século XIX e por quase todo o século XX.

Ao final da Segunda Guerra, o Mundo Ocidental despertou para uma nova realidade: de nada valia a outorga de direitos pelo Estado, se não tinham os titulares formais desses direitos condições de acesso a eles. Para a real aquisição dos direitos outorgados pelo Estado era preciso criar condições de acesso, tarefa que não poderia ser deixada para solução ao Estado do *laissez-faire, laissez-passer*. Era preciso criar mecanismos que levassem à igualdade substancial de direitos.

Assim, despertou-se ao final do século XX para a identificação de grupos fragilizados em razão de fatos adversos por questão de gênero, raça, nacionalidade, credo, etc., ao tempo em que se deu início às políticas públicas identificadas como ações afirmativas, que são, em verdade, a discriminação protetiva de grupos sociais com dificuldade de acesso aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Dentre os grupos minoritários de maior expressão social está o discriminado por gênero, não se ignorando que a história da mulher é marcada por uma condição de inferioridade em todos os povos e civilizações, minorada após a Revolução Francesa, mas ainda gritante no século XX.

A desigualdade feminina fez nascer na sociedade brasileira, o que não se apresenta como peculiaridade única, sendo uma constante em diversos países, com maior ou menor intensidade, uma cultura de violência oriunda da própria posição de superioridade social do homem, incentivada por razões de poder na divisão do mercado de trabalho e de predominância política e, por fim, pelo silencioso consentimento social, seja das vítimas, seja de terceiros pela cultura de inferioridade da mulher.

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

A violência contra a mulher tornou-se, então, invisível aos olhos da sociedade, tolerante e, por isso mesmo, no exercício de um surdo pacto de silêncio, traduzido em ditados populares que bem expressam o comportamento social: “Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”; “roupa suja se lava em casa”; “a mulher casada está em seu posto de honra e da rua para fora nada lhe diz respeito”.

Graças aos movimentos feministas, a partir de 1910, tornaram-se públicas as discussões sobre a independência da mulher, para superação da sua pseudo-inferioridade, anotando-se, a partir dos diversos embates, a gravidade da violência doméstica.

A discussão pública sobre o tema ficou mais evidente na década de 70 e, nos anos 90, com mais veemência, veio à baila o tema, quando os movimentos feministas incipientes mais atuantes fizeram nascer as ONG's e as associações, com militância constante e competente, direcionando-se para um objetivo comum: envolver o Estado por via de políticas públicas e sociais no sentido de acabar com a violência contra a mulher.

Ao final do século XX podemos dizer que houve uma quebra de paradigma, refletida nas chamadas ações afirmativas em favor da mulher, a partir do objetivo de eliminar a violência doméstica ou social contra a mulher.

No decorrer dos estudos em direção ao objetivo da igualdade, chegou-se à conclusão que o ponto de partida para a construção de uma política eficiente seria a coleta de dados estatísticos, possibilitando tais números ao traçado de um diagnóstico e, depois, à implantação de um sistema de prevenção eficiente, afastando-se as verdades e mentiras que sempre povoaram o imaginário social.

Quando o Brasil foi convidado para participar do Congresso Internacional de Mulheres, realizado em Beijing em 1995, despertou para a dificuldade em traçar as metas a serem discutidas pela ausência de dados estatísticos sobre a atuação da mulher brasileira. Ainda hoje se ressentem a Nação de precisão numérica de dados. Dispomos apenas dos dados obtidos do IBGE, dos recenseamentos de 1988 e 2001, de pesquisas isoladas procedidas pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados e de uma única pesquisa direcionada, realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001.

A partir daí, passou a ser a meta prioritária dos movimentos feministas a produção de dados e indicadores atualizados. Graças a esta consciência, veio a lume a Lei 10.778/03, diploma que torna obrigatório aos hospitais e clínicas médicas preencher questionário específico de informação sobre atendimento médico à mulher que chega aos

hospitais e clínicas com sinais de agressão física ou psíquica. Lamentavelmente, passados quatro anos a lei mencionada ainda não foi regulamentada, nem sequer implantada.

II – A LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu como um dos princípios fundamentais do Estado a “dignidade da pessoa humana”, dentro da garantia de que todos são iguais, sem distinção alguma, proibindo, inclusive, diferença salarial, diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, dispositivos que deixam clara a posição de combate à discriminação.

A conquista maior veio com a Lei 9.099/95, diploma que instituiu os Juizados Especiais, possibilitando maior celeridade e eficácia às punições de delitos de baixo potencial ofensivo, classificando-se como tais os casos mais comuns de violência doméstica contra a mulher.

Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da idéia conceitual dos que lutaram pela aprovação da Lei dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão que o diploma legal serviu para a legalização da “surra doméstica”. Sem flagrante, sem fiança e com a possibilidade de acordo, ainda na fase policial, impunha como condenação o pagamento de uma multa, a entrega de cestas básicas ou a prestação de serviço à comunidade, apagando por completo a ação perpetrada.

A suavidade da pena e o desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais levavam à reincidência, ou seja, outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates.

III – PECULIARIDADES

A Lei 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, inaugurou uma nova fase na história das ações afirmativas em favor da mulher brasileira.

Não se pode deixar de registrar o motivo que levou o legislador a nominar o novo instituto. Sim, porque a Lei Maria da Penha é mais do que um diploma legislativo. Trata-se de uma lei que congrega um conjunto de regras penais e extrapenais, contendo

princípios, objetivos, diretrizes, programa, etc., com o propósito precípua de reduzir a morosidade judicial, introduzir medidas despenalizadoras, diminuir a impunidade e, na ponta, como desiderato maior, proteger a mulher e a entidade familiar.

Maria da Penha é uma professora universitária de classe média, casada com um também professor universitário, que protagonizou um simbólico caso de violência doméstica contra a mulher. Em 1983, foi vítima, por duas vezes, do seu marido, que tentou assassiná-la. A primeira vez com um tiro, que a deixou paraplégica, e, a segunda, por eletrocussão e afogamento. A punição pela Justiça só veio vinte anos depois, por interferência de organismos internacionais. Maria da Penha transformou dor em luta, tragédia em solidariedade, merecendo a homenagem de todos dando nome à lei que é, sem dúvida, um microsistema de proteção à família e à mulher.

Como principais inovações temos a admissibilidade das prisões em flagrante e preventiva, obrigatoriedade do inquérito policial e a só possibilidade de desistência, por parte da vítima, em juízo, acompanhada de advogada e ouvido o Ministério Público. Pelos tópicos, verifica-se a absoluta alteração da sistemática procedimental, impondo-se dificuldades para arquivamento de uma denúncia de agressão, a fim de evitar a coação. Daí a necessidade de participação de todos os atores processuais: juiz, advogado e Ministério Público.

A autoridade policial também fica mais fortalecida na fase repressiva, podendo efetuar a prisão em flagrante ou representar pela prisão preventiva.

Têm os doutrinadores questionado o seguinte: aplicava-se ao crime de violência doméstica, com ou sem lesões corporais, a Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais –, diploma que exigia a representação para o procedimento do crime de lesões corporais dolosa de natureza leve. Revogada a aplicação da Lei 9.099/95 pela Lei Maria da Penha, fica a indagação: continua-se a exigir a representação, ou passa-se à categoria dos crimes de ação pública? Sem referência jurisprudencial, ainda, tem-se a voz autorizada do Professor Damásio de Jesus, entendendo que continua a se exigir, para a espécie, a representação.

É interessante anotar que a lei em comento se refere à violência contra a mulher, perpetrada no âmbito da unidade doméstica, entendendo-se como tal o espaço de convivência permanente de pessoas com ou sem vínculo familiar, abrangendo, inclusive, os esporadicamente agregados.

Uma grande inovação do diploma aqui analisado é a explicitação das formas de violência, discriminadas no art. 7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), sendo definidas cada uma delas.

Mantidas as penas constantes do Código Penal, e que vão de um a três anos de detenção, afastaram-se a pena pecuniária, a transação penal e a competência dos juizados especiais.

Há na lei um ponto que está a causar perplexidade por destoar inteiramente do foco de maior repressão: o parágrafo 9º do art. 121, depois de ter o acréscimo da qualificação, pela Lei 11.340/06, sofreu diminuição da pena máxima cominada, passando de seis para três meses de detenção. Para uns, houve equívoco do legislador, para outros, diferentemente, a intenção foi sistematizar a pena para as hipóteses de lesões leves.

Muito mais do que um diploma repressivo, a Lei Maria da Penha é um conjunto sistêmico de medidas protetivas, daí a prescrição de medidas acautelatórias, tais como: suspensão do porte de arma, afastamento do lar, proibição de contato do agressor com a vítima, alimentos provisionais, etc.

A Lei 11.340/06, para funcionar e produzir os efeitos desejados, está a exigir do aparelho estatal, especialmente do Poder Judiciário, um esforço concentrado, a partir da implantação imediata dos Juizados de Violência Doméstica, os quais deverão ter funcionamento diferenciado. A previsão de uma equipe multidisciplinar de atendimento de nada servirá se aos processos judiciais não se der diferenciado tratamento no sentido de dinamizar, descomplicar e, sobretudo, entender-se o drama familiar que se esconde atrás de cada um dos processos. O desafio maior, portanto, é o de treinamento adequado.

IV – QUESTIONAMENTOS

Como não poderia deixar de ser, doutrinariamente, não são poucos os questionamentos em torno do novo diploma. Primeiro, pela novidade, segundo, pela ousadia legislativa, e, terceiro, pela falta de hábito, ainda, no trato com as ações afirmativas. Daí a adjetivação à lei, tida por alguns como preconceituosa por partir da idéia de desigualdade, o que é de absoluta intolerância para as feministas.

A lei, efetivamente, reconhece a desigualdade de gênero e vem, por isso mesmo, com o intuito de proteger não apenas a mulher, mas também à família. Trata-se de um instrumento identificado como de ação afirmativa.

Para outros, a lei em análise deforma o sistema prisional e traz, em conseqüência, um grave problema social, na medida em que, sem a possibilidade de livrar-se

solto do processo, como ocorria anteriormente, colocar-se-á na prisão, durante o curso do processo, um pai de família, um homem com baixa agressividade, no meio de marginais perigosos e praticantes de delitos de alto potencial ofensivo.

Entendo que o sistema prisional brasileiro já está inteiramente deformado e não será a Lei Maria da Penha mais um instrumento de aprofundamento do caos reinante. A avaliação não é por esse prisma, e sim pela constatação de que talvez tenhamos uma lei avançada demais para um país que iguala os segregados pelo Estado, colocando todos no mesmo patamar, sem estabelecer gradações, ou discriminação, pelo tipo do crime perpetrado. Não temos sistema prisional, e sim depósito de presos, o que precisa de correção urgente, urgentíssima.

Alega-se também que a Lei Maria da Penha está na contramão da história, porque defasada da nova orientação do Direito Penal, de caráter eminentemente preventivo, enquanto o grau de repressão da Lei 11.340/06 é a tônica. A alegação é inteiramente leviana, na medida em que o conteúdo penal do diploma analisado é mínimo. Como já afirmado, trata-se de instrumento legislativo que alberga um microsistema de proteção à família e, por via de consequência, à mulher, com alguns dispositivos de forte repressão.

A mais radical crítica à lei é no sentido de taxá-la de inconstitucional, pela quebra do princípio da igualdade. Ora, se levarmos em conta, em termos absolutos, o princípio da igualdade formal, todas as ações afirmativas padeceriam de inconstitucionalidade.

Afinal, ninguém ignora o grave quadro de inferioridade do gênero, conforme demonstram os poucos dados estatísticos existentes. A título exemplificativo, com números de maio de 2006, temos que a cada quinze segundos uma mulher é espancada ou violentada; a cada vinte e quatro horas nove ocorrências policiais são registradas; uma em cada cinco mulheres já foi agredida; mais de cinquenta por cento das agredidas não procuram ajuda; trinta e três por cento das mulheres já sofreram algum tipo de agressão física; setenta por cento dos incidentes acontecem dentro da unidade familiar e o agressor é o próprio marido; mais de quarenta por cento das agressões resultam em lesões corporais graves; o Brasil perde dez por cento do seu PIB em decorrência da violência contra a mulher, considerando-se os gastos da rede de saúde, a interrupção do mercado de trabalho pela paralisação da atividade da mulher agredida e o gasto com a mobilização do aparelho estatal repressivo, polícia e Justiça

Independentemente da valorização da mulher, em política que tenha por escopo a igualdade do gênero, não se pode deixar de reconhecer que no Brasil, como em quase todos os países do mundo ocidental, a mulher continua sendo alvo de uma sociedade machista e desigual, em preconceito muitas vezes silencioso, velado e, lamentavelmente, socialmente consentido. O silêncio da vítima e a indiferença da sociedade são, sem dúvida, o combustível mais poderoso para a continuidade da violência.

Não se pretende aqui fazer uma apologia à mulher, mas é preciso, ao falar de uma específica forma de violência, a doméstica, lembrar do que ocorre fora do âmbito familiar, nos empregos, e que hoje merece a reprimenda penal com o tipo do artigo 216-A do Código Penal; do que faz a sociedade de consumo com as mulheres, que hoje vivem submetidas aos ditames da ditadura da beleza, que exige juventude, corpo esquelético e hábitos que sustentem a rica indústria de cosméticos, de cirurgias plásticas e da moda *prêt-à-porter*, sem preocupação alguma com o destino existencial da mulher.

Ao falar-se da Lei Maria da Penha estar-se-á restringindo a análise a uma espécie, a mais drástica e grave sob o ângulo pessoal da vítima e da sociedade: a violência doméstica.

A Lei 11.340/06 só pode ser interpretada como diploma que pretende resgatar de forma principiológica a política pública de proteção à família e de combate à desigualdade, sem espaço para alegação de inconstitucionalidade.

Constituindo-se a Lei Maria da Penha em uma quebra de paradigma, só funcionará, efetivamente, se pelo Estado houver a implementação dos serviços multidisciplinares previstos no microsistema criado. Por parte dos atores do processo, dentre os quais juízes e membros do Ministério Público, espera-se que vençam a tradicional morosidade do Judiciário, mediante a aplicação da norma de maneira inteiramente nova, sem burocracias e sem formalismo.

Enfim, no combate à desigualdade é preciso que cada um cumpra o seu papel.

Uma visita ao Código de Processo Penal, art. 385.

Fábio Bergamin Capela ¹

Este desprezioso artigo busca visitar velhos problemas do Código de Processo Penal brasileiro por meio de um viés pretensamente garantista.

Parece de bom grado, preambularmente, salientar que o paradigma do Estado mudou com a nova idéia de direito instaurada desde o início da vigência da Constituição da República de 1988, passando de um sistema autoritário para outro efetivamente democrático.

Expressão maior desta alteração não é a própria Constituição de 88 e sim a real subordinação das normas infraconstitucionais àquela. Pois, a Carta Magna de 67/69 também se mostrava democrática formalmente. O que mudou foi o pensamento, o comprometimento da figura estatal enquanto entidade garantidora e respeitadora dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, não se deve aceitar a sujeição do Magistrado à lei como regra total e perfeita. Ele tem o dever de analisá-la sempre, observando sua validade enquanto compatibilização com os ditames constitucionais, para, aí sim, se positivo o resultado deste cotejo, submeter-se ao seu comando. Ou seja, expurga-se a idéia de condicionamento acríptico e incondicional à lei e defende-se o posicionamento ativo do Juiz, sujeito à Constituição e, por conseqüência, às normas infraconstitucionais, desde que consentâneas com a aquela.

Este comportamento deve ser seguido não só pelos Juízes como por todos aqueles que lidam com o direito, pois é preciso ter intimidade com a Constituição, e não se intimidar com ela.

O ainda vigente Código de Processo Penal é do ano de 1941, época marcada pelo totalitarismo getulista, então, imprescindível realizar uma espécie de “filtragem constitucional”, para poder identificar o que foi ou não recepcionado pelo atual ordenamento jurídico. Lembrando a passagem de São Francisco, onde o mesmo pede a Deus para que lhe dê cora-

¹ Juiz de Direito da Comarca de Pérola
Especialista em direito processual civil

gem de mudar o que precisa ser mudado, conservar o que precisa ser conservado e sabedoria para distinguir uma coisa da outra, o critério a ser adotado para tal distinção na área jurídica é a adequação ou não à Constituição.

De posse destes pressupostos, inicia-se o estudo do direito positivo.

Diz o Código de Processo Penal, art. 385, *in verbis*:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Pode se extrair desse mandamento duas permissões ao Magistrado: o pedido de absolvição por parte do Ministério Público não vincula sua tarefa jurisdicional e é possível o reconhecimento, *ex officio*, de agravantes.

A primeira assegura o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Se as alegações finais do *parquet* requerendo a absolvição vinculassem o Juiz, estaria aquele dispondo da ação penal pública. Diferentemente ocorre com a ação penal pública de iniciativa privada, onde, segundo o Código de Processo Penal, art. 60, III, que consagra o princípio da disponibilidade desta. Se o querelante deixa de pleitear a condenação do querelado em sede de razões finais o Magistrado deve declarar a perempção e, conseqüentemente, reconhecer a extinção da punibilidade com base no Código Penal, art. 107, IV.

Ainda que de rara aplicação, o art. 385 preserva o interesse público da persecução penal e a atuação da lei penal nos crimes de ação penal pública.

Oportunamente Antonio Milton de Barros comenta:

“O conteúdo do art. 385 do Código de Processo Penal evoca uma colusão entre dois princípios – legalidade e acusatório. De um lado, pode-se considerar que, ao manifestar-se pela absolvição, o Ministério Público estaria ‘retirando’ a acusação e o juiz, nesse caso, ao decidir pela condenação, estaria assumindo, ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora. Entretanto, já se aventou que a recíproca seja verdadeira: ao não denunciar

*ou quando formula pedido de absolvição que vincule o juízo, o Ministério Público estará assumindo as duas funções – de acusar e de julgar –, já que, quando decide não acusar, impede o julgamento”.*²

Portanto, se, contrariamente ao disposto no estatuto adjetivo, o pedido de absolvição do *parquet* vinculasse a atividade jurisdicional, o recurso do Ministério Público pleiteando a absolvição também vincularia o Tribunal. E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público³, o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra *opinio delicti* e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente, via recursal ao juízo *ad quem*. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo *a quo*, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o Tribunal. Na verdade, nesta hipótese, estar-se-ia transferindo a função jurisdicional do Poder Judiciário para o *parquet*.

Contrariamente afirma Américo Bedê Freire Júnior:

*“Na verdade há uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e o do magistrado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório”.*⁴

Todavia, não merece prosperar esta última idéia, uma vez que, ao contrário da fundamentação acima transcrita, em havendo vinculação do Magistrado em relação ao pedido de absolvição por parte do Ministério Público estaria, aí sim, ocorrendo agressão ao mencionado sistema, pois reunidas estariam as funções de acusar e julgar numa mesma instituição.

² BARROS, Antonio Milton de. **Processo penal segundo o sistema acusatório**: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: Ed. de Direito, 2002, p. 195.

³ Por exemplo, na hipótese de férias do Promotor de Justiça titular em que o Promotor Substituto assume suas funções na Comarca ou Vara.

⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.152, p. 19, jul. 2005.

Tão pernicioso quanto se ter um órgão julgador que acuse é o fato de se possibilitar ao acusador a função de julgar, sob pena de acolhimento do sistema inquisitório com mudança tão somente de protagonista.

Sendo assim, é constitucionalmente válida a primeira parte do Código de Processo Penal, art. 385.

Já, com relação à segunda parte, que permite ao Juiz reconhecer, de ofício, circunstâncias agravantes, algumas observações merecem ser feitas.

O Código de Processo Penal em seu art. 41 determina que a denúncia exponha o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Neste particular, o que deve ser descrito na inicial acusatória é o fato processual com todas suas circunstâncias temporais, locais e modais possíveis.

Guilherme de Souza Nucci afirma o seguinte:

*“Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação”.*⁵

Contudo, não se pode aceitar tal posicionamento, por partir de uma premissa errada. Adotar tal postura seria reduzir o fato processual ou tentar enquadrá-lo em uma categoria do direito penal, o que não é correto para a solução do problema. A consideração da relevância da alteração do fato, para fins de correlação entre acusação e sentença, deve ter em mira o fato processual, e não o fato penal.

O fato penal é o acontecimento humano, positivo ou negativo, descrito, modelado abstratamente, em tipo penal, ou seja, hipótese de conduta com prévia reprovação legal, decorrente do princípio da legalidade; enquanto fato processual penal constitui-se na ocorrência histórica, concreta, destacada da realidade, objeto do processo penal, atribuído ao acusado, para comprovação de sua realidade, sobre o qual incidirá a apreciação judicial.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 606.

Portanto, o que se analisa é o fato processual e não o penal⁶. Qualquer alteração naquele, ainda que não importe em mudança no tipo penal, acréscimo ou exclusão de qualificadora ou causa de privilégio, causa de aumento ou diminuição de pena, circunstância agravante ou atenuante, terá como conseqüência as providências previstas no instituto *mutatio libelli*.

Por exemplo, se durante a instrução processual de um fato caracterizado como homicídio se descobre que a data do evento foi outra que não a descrita na denúncia ou o local onde ocorreram os fatos é diverso do indicado na inicial, o Juiz, para que possa decidir tendo em vista a nova data ou o novo local, deverá provocar o aditamento da peça acusatória⁷, depois, possibilitar a defesa sobre o mesmo, oportunizando, assim, o exercício do contraditório sobre o novo elemento fático, mesmo que não haja qualquer alteração penalmente relevante.

Tem-se afirmado que a indicação, mesmo implícita da circunstância agravante na denúncia, já autoriza o Juiz a reconhecê-la na sentença, porém entendo que o fato que caracteriza a agravante deve vir descrito explicitamente na denúncia. Ou seja, o que importa é a descrição factual e não a subsunção desta a alguma das hipóteses previstas no Código Penal, arts. 61 e 62, pois esta função é atribuída ao Magistrado⁸.

Por exemplo, se o órgão de execução acusador descreve explicitamente em sua denúncia que o réu cometeu fato que se subsume ao tipo penal lesão corporal mediante dissimulação, não há a necessidade de pedido para aplicação da agravante prevista no Código Penal, art. 61, II, *d*. Do contrário, não havendo mencionada descrição fática, vedado está ao Magistrado reconhecer fato descoberto durante a instrução que caracteriza alguma agravante sem proceder aos consectários previstos no Código de Processo Penal, art. 384.

⁶ O Código de Processo Penal ao disciplinar a segunda parte do art. 385 acolhe conceitos penais e não processuais. O que é um equívoco. Weber Martins Batista apresenta como razão de tal imprecisão o fundamento de que o atual estatuto processual penal fora elaborado por uma notável comissão composta por penalistas e não por processualistas, o que é desaconselhável (BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 166).

⁷ Aditamento este que pode ser realizado espontaneamente pelo órgão acusador.

⁸ Com exceção da reincidência. Procedimentalmente quando o Promotor de Justiça propõe denúncia contra indiciado requer em cota a determinação de juntada de certidões criminais deste para a verificação da existência ou não da agravante. Desta feita, torna-se impossível a descrição do fato que caracteriza esta agravante já na peça preambular. O que não se pode aceitar, nesta hipótese, é a juntada em momento posterior às alegações finais, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Qualquer relevante alteração fática que importe no surgimento ou não de alguma agravante terá como conseqüências o aditamento da denúncia, o contraditório e o exercício de eficiente defesa.

Assim, com a proficiência que lhe é peculiar, observa **Weber Martins Batista**:

“(...) a permissão do art. 385 deve ser reexaminada à luz dos princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, pois, em muitos casos, a aplicação pura e simples da norma processual poderá causar prejuízo à defesa”.⁹

Então, vedado está ao Juiz reconhecer algum fato, caracterizador ou não de agravante, que não tenha sido descrito na denúncia, sob pena de negar-se a oportunidade de a defesa debater sobre o mesmo e, conseqüentemente, infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Essa mesma conclusão é seguida por **Gustavo Badaró¹⁰** e **Benedito Garcia Pozzer¹¹**.

Em conclusão, é admissível que o Juiz condene mesmo que o *parquet* peça a absolvição em alegações finais e, de outra banda, ainda que não requerida sua aplicação pelo Ministério Público, é possível o reconhecimento de circunstância agravante em sentença, desde que prevista factualmente na denúncia.

Esta é a interpretação do Código de Processo Penal, art. 385 que se impõe em atenção ao princípio da correlação entre acusação e sentença no processo penal, princípio este embasado pelos direitos fundamentais, mormente pelo sistema acusatório e pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁹ BATISTA. Ob. cit., p. 166.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184-188.

¹¹ POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 158.

Não há como se negar na atualidade a força vinculante que os direitos fundamentais exercem sobre o Magistrado, pois, conforme muito bem advertido por Aury Lopes Júnior:

*“O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É a legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.*¹²

Bem assim, sempre oportuna e atual é a afirmação de Norberto Bobbio:

*“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.*¹³

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

**O PROCESSO MÍNIMO: TENDÊNCIA PARA O FUTURO — Procedimento
sincrético, universalizante, de *actio duplex*.**

Gamaliel Scaff¹.

Muito se tem falado nestes dias de pós-modernidade em “Estado mínimo”, ou seja, aquele que pretende ter a incumbência restrita de atender a saúde, a educação e a segurança públicas.

O Poder Judiciário, por se encontrar inserido dentro da organização do Estado — que pretende minimizar-se —, por igual, vem sofrendo influência de políticas públicas voltadas a atingir aquele objetivo. Assim, esse Estado dá claras mostras de que já não tem interesse na manutenção desse modelo estrutural de poder judicial, fazendo inserir no texto de sua Constituição Federal a *garantia fundamental*, no âmbito judicial e administrativo, da *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF).

Não por coincidência, a palavra de ordem em todos os Tribunais do Brasil é *efetividade processual*, “(...) a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.²

O tema não é novo, mas nunca esteve tão em voga como hoje em que parece haver ganhado contorno de norma programática.

Sem dúvida alguma, a *efetividade* do processo e, de resto, da própria jurisdição se apresenta como melhor resposta a esse desafio de crise do Estado brasileiro³ nestes tempos de “pós-modernidade”.

Para Cláudia Lima Marques, “Os chamados tempos pós-modernos⁴ são um desafio

¹ O autor é Juiz de Direito Substituto em 2º Grau perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Pós-graduado em Política Judiciária e Administração da Justiça pela PUC/PR, com título de especialista.

² DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pág. 385.

³ JOSÉ EDUARDO FARIA, em monografia sob o título *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*, publicada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, “Série Monografias do CEJ, Vol. 3, afirma nas f. 16 que “É evidente que as crises de eficiência e identidade do Judiciário exercem um impacto negativo nas crises econômica e política do país, do mesmo modo como também são por elas alimentadas.[...]Eis aí a verdadeira dimensão dos atuais desafios do Judiciário brasileiro: eles são resultantes de uma ampla e profunda crise estrutural da sociedade e do Estado.”.

⁴ Ainda segundo a mesma autora, “Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de

*para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora.”*⁵

A efetividade processual na ambiência da pós-modernidade.

Por sua vez, numa ambiência de pós-modernidade, marcada pela pluralidade de grupamentos sociais, pela diversidade cultural, por tantas minorias, enfim, pelos *contrastes sociais* que marcam tão significativamente nosso País⁶, não se mostra tarefa fácil pavimentar esse caminho de efetividade de modo igualitário a todos os atores de um processo. Mas o desafio está posto e é exatamente este: encontrar um denominador comum que o permita.

Na busca da realização desse objetivo, o legislador vem introduzindo sucessivas reformas nas regras de processo, sempre voltado a propiciar não só o acesso à justiça, como também a célere prestação jurisdicional com efetividade.

Mas, afinal, em que consistiria essa “efetividade” processual?

*“Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de uma dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ — a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”*⁷

Deixemos de lado aqui, toda a amplitude que o termo encerra para limitá-lo ao âmbito

deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito. Este fenômeno aumenta a liberdade dos indivíduos, mas diminui o poder do racionalismo, da crítica em geral, da evolução histórica e da verdade, também em nossa ciência, o direito.” (MARQUES, pág. 156).

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª. Edição, 2002, pág. 155.

⁶ “Basta observar a sociedade brasileira deste início de século XXI, onde convivem a “idade média” das favelas, a “modernidade” dos parques industriais fordistas e a “pós-modernidade” das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, a sociedade de informação, a globalização niveladora das culturas, a riqueza especulativa pós-fordista, o renascimento das identidades, tudo na mesma sociedade, convivendo e interagindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência, basta receber esta nova imagem, para concluir: algo mudou. Se a crise da pós-modernidade não é diretamente uma crise do Direito, mas uma crise da razão, inegável, porém, que hoje alcança todas as ciências, em especial, a nossa ciência.” (MARQUES, pág. 159).

⁷ CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis Editor, 1988, pág. 15.

das relações no processo, tendo em mira que não haverá efetividade sem paridade de armas ou, pelo menos, paridade o quanto mais possível.

Não obstante, os autores dessa formulação afirmem que “*As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas*” — sendo, portanto, utópica essa perfeita igualdade —, não se afasta a possibilidade de uma redução dessa desigualdade por meio de mecanismos legais, de modo a buscar a maior paridade possível dessas armas.

Essas diferenças entre as partes têm se aprofundado com o fenômeno da globalização econômica já mencionado, com o dinamismo cada vez mais acentuado nas práticas sociais contrastando com a excessivo formalismo das regras de processo, engessadas no tempo.

De fato, o (excesso de) formalismo das regras processuais, que num passado recente havia se tornado símbolo e garantia contra a tirania e o arbítrio, acabou por se revelar verdadeira “pedra de tropeço” aos advogados e, via de conseqüência, ao jurisdicionado, o qual, muita vez, via escoar pelo ralo de um tecnicismo estéril, o seu tão precioso direito material.

Talvez a mais bem sucedida tentativa de administrar essa crise resida, dentre muitas inovações recentes, principalmente⁸ na edição do Código de Defesa do Consumidor o qual desde sua vigência, ao longo do tempo, vem impregnando uma nova cultura nos operadores do direito, tornando-se, ao mesmo tempo, causa e efeito, de uma mudança de “mentalidade” em toda a sociedade brasileira e não apenas no meio jurídico. Algo extraordinário.

Ocorre que as novas armas disponibilizadas para a “defesa” dos réus alcançados pelas normas protetivas desse micro-sistema trouxe também um certo desconforto para os juízes, na medida em que a doutrina consumerista, via de regra a mais ousada, sempre defendeu a possibilidade de, até de ofício, o juiz da causa *impor modificação ao contrato celebrado*, mesmo em sede de contestação, *sem pedido reconvenicional*, mediante a identificação e afastamento de cláusulas abusivas, contrárias à boa-fé contratual, de excessiva onerosidade. Nelson Nery Junior é um desses doutrinadores.⁹

⁸ Foi, a meu ver, onde tudo começou.

⁹ Em seu Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª. edição, pág. 1379, reproduz sobre o tema a seguinte nota de comentário: “**Regime jurídico da nulidade.** A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas *constitutiva negativa*. O efeito da sentença que decreta a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade. Sendo matéria de ordem pública (CDC 1º.), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas no contrato de consumo não é atingida pela preclusão, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Aplicam-se, por extensão, o CPC 267 § 3º, 301 §4º e 304. O CDC não fixou nenhum prazo para o exercício do direito de pleitear em juízo a nulidade

Mas se por um lado o CDC, nas causas em que incide, arrefeceu o excesso de formalismo, por outro, criou uma nova armadilha: a da paradoxalidade entre regras de procedimento/julgamento nessas causas.

Com efeito, oportuno lembrar que até então, de acordo com os conceitos clássicos de regras de processo, a pretensão que o réu tem “...em face dos órgãos jurisdicionais” se resume “...a que o pedido do autor seja rejeitado”¹⁰.

Esse ainda é, na doutrina clássica, o limite do pedido do réu numa contestação.

De fato, não bastasse a falta de paridade de armas aos litigantes, como desafio ao julgador que pretenda fazer da prestação jurisdicional, uma solução que se aproxime o quanto mais do valor justiça se depara ainda com esse novo e singular fenômeno.

O conflito de regras previstas e ainda vigentes no código de processo, com outras estabelecidas no já mencionado micro-sistema do CDC — *que, como norma de ordem pública, traz regras paralelas de julgamento a incidir sobre as relações de consumo, gerando esse conflito* —, parece não existir para os mais doutos, mas é impossível de ser negado pelos olhos de um noviço tal qual eu.¹¹

Observe-se.

Como a grande massa da população economicamente ativa do país é *consumidora*, será mera consequência lógica que grande parte dos contratos celebrados com ela encerre uma *relação de consumo*¹².

Certo é dizer, então, que as regras do CDC demandam aplicação em um grande universo de relações, obrigando, por consequência, o judiciário a constante exercício hermenêutico para explicar de que modo se farão convergentes aquelas regras protetivas (de julgamento), com outras concorrentes, ainda existentes no CPC.

O problema, a meu sentir, é que isto nem sempre é possível sem que seja arranhado algum desses princípios clássicos de direito processual, em face da relativização de sua

da cláusula abusiva. Conseqüentemente, na ausência de norma nesse sentido, a pretensão e a ação são *imprescritíveis* (Amorim, RT 300/7; Nery, *CDC Coment.*, p. 342).”

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 2ª tiragem, 1993, pág. 228.

¹¹ Cabe aqui, uma vez mais relembrar o famoso conto da “Roupa Nova do Rei” em que só os mais inteligentes teriam a capacidade de enxergar “roupa” onde roupa não havia, até que uma criança, da autoridade de sua inocência, trouxe alívio a todos — que já se iam conformando com o pensamento de que não seriam inteligentes o bastante — ao afirmar que o rei estava nu.

¹² Num mundo que se rege pela economia e esta globalizada, não é absurdo dizer que a comunidade do planeta terra pode ser classificada do ponto de vista sócio-econômico atual de apenas três maneiras: 1) como “consumidores”; 2) como “produtores e/ou fornecedores”; 3) como “excluídos” (os que não se enquadrem em nenhuma das categorias anteriores).

aplicação, a que se obriga o julgador num caso concreto.

Nenhum juiz ou advogado esconde sua dificuldade em lidar com isso.

E é justamente por conta dessa percepção que os Tribunais de um modo geral, seguindo o exemplo do Superior Tribunal de Justiça, passaram a dar maior relevo ao princípio da efetividade como espécie de panacéia, apta a justificar a transposição desse conflito — *sem resolvê-lo* —, mas sempre e desde que com vistas a não sonegar algum direito devido à parte que o reclama, quando da entrega da prestação jurisdicional.

Se essa opção se mostra, por um lado, louvável, por outro não se revela satisfatória, na medida em que simplesmente tapa os olhos ao conflito que permanece.

Do conflito dessas regras de ordem pública nos julgamentos por conta dessas inovações. Refletindo um pouco mais sobre a questão.

Manifestando-se sobre a repercussão dessa nova legislação no Judiciário, observa Cláudia Lima Marques que *“também o Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimarão ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial, o controle das cláusulas abusivas. A Jurisprudência brasileira tem sido sensível a esta necessidade de intervenção estatal nas relações de consumo, para a proteção do consumidor (letra “d” a seguir) e o caráter indisponível, de ordem pública e fim social das normas do CDC, com fortes reflexos práticos como se pode observar nas decisões do STJ”*.¹³

Todavia, o código de processo civil ainda mantém hígidas as regras dos artigos 128 e 460 — princípio da adstrição —, com a advertência ao julgador de que *“o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”* e ainda que *“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”*.

Oportuno aqui relembrar, também neste aspecto, a posição da doutrina clássica acerca do assunto.

Segundo nos ensinava Celso Agrícola Barbi, tratando do alcance desse princípio em

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª. Edição, 2002, pág. 208/209.

relação ao pedido do autor, dizia: “*A lide, mesmo no sentido sociológico com que a configura Carnelutti, apresenta-se no processo em limites fixados pela parte.[...]. E é nesses limites em que ela foi trazida ao juiz, que este (juiz) deve exercer a sua atividade*”¹⁴, advertia.

Quanto ao réu, o alcance desse princípio era igualmente claro: “*Mas, no que se refere ao pedido do réu, a regra não é tão flexível, porque o juiz tem a missão de atuar a lei, e não de criar direitos. [...]. Nesses casos, a convicção do juiz é necessária, para evitar que sua atividade se transmude em de criador de direitos subjetivos, deixando a de atuar a lei.*”¹⁵

O problema é que agora, a própria lei, no caso o CDC, autoriza a criação de direitos para o réu, fazendo nascer daí o conflito pela falta de uma solução mais adequada e coerente.

De fato, quando confrontamos aquela posição clássica da doutrina com a afirmação de Nelson Nery Junior de que por força mesmo de uma contestação, numa relação de consumo, “*a sentença que reconhece a nulidade (de cláusula abusiva) não é declaratória, mas constitutiva negativa*”, identificamos o conflito e concluímos que inegavelmente temos um sério problema (processual) a resolver¹⁶.

Importante ressaltar que apesar deste conflito — entre essas regras de julgamento oriundas do CPC e do CDC —, o julgador não tem faltado com o “poder/dever” de examinar a extensão de validade de cláusulas contratuais por conta da aplicação das regras do segundo, ainda que o resultado disso, na prática, seja uma autêntica *revisão do que foi pactuado* em favor do réu, não obstante a existência da postulação apenas do autor.

Em síntese, tem ocorrido que apesar do CPC estabelecer regra proibitiva (“sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas” pelo autor, claro), o julgador culmina por proferir uma sentença, *nem sempre a favor do autor* e quase sempre *de natureza diversa da pedida*.

Essa incongruência gerou (e ainda gera) não pouco desconforto por ocasião da fundamentação das decisões, hoje já bastante relevada pela aceitação quase que geral da comunidade jurídica, aceitação essa que, a meu ver, não basta para afastá-la do nosso sistema, servindo apenas para explicá-la. Explica, mas não justifica.

É óbvio que a criatividade desses operadores do direito, vem elaborando justificativas

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 4ª edição, Vol. I, pág. 523.

¹⁵ *Ob.cit.*, pág. 523/524.

¹⁶ Desde a vigência do CDC a jurisprudência nacional passou a experimentar o desafio de encontrar o ponto de equilíbrio entre esses dois posicionamentos resultantes de normas de ordem pública que passaram a coexistir em nosso sistema, assim identificados: [1] “dever” de “interferir” (e não apenas “intervir”) nos contratos oriundos de relações de consumo, afastando cláusulas abusivas e por outro lado, mesmo em face de uma mera contestação; [2] buscar não afrontar o *princípio da adstrição do juiz*.

plausíveis do ponto de vista jurídico, porém, demandando grande exercício de raciocínio e abstração, o que, convenhamos, não é nada fácil de explicar ao homem comum. Algo como sustentar a “quadratura do círculo”.

Diante da concretude do problema, necessária uma solução de melhor técnica jurídica e nós a temos na própria experiência processual histórica brasileira.

Experiência histórica brasileira como fonte de solução ao problema.

- **Tendência à simplificação de ritos processuais;**
- **Tendência à flexibilização de ritos processuais;**
- **Tendência de introdução do pedido contraposto (*actio duplex*) nos ritos.**

- **Tendência à simplificação de ritos processuais.**

A simplificação de ritos é uma tendência que vem sendo observada pelos operadores do direito na experiência processual brasileira. Bastam alguns exemplos.

O rito processual estabelecido na lei sempre foi tido pela doutrina como *indisponível*.¹⁷

A jurisprudência, todavia, foi paulatinamente observando que se da fungibilidade do rito (tomar o ordinário ao invés do então sumaríssimo¹⁸, por exemplo) não resultasse prejuízo às partes, não se reconhecia nulidade.

Esse entendimento sedimentou-se e o legislador processual, na reforma parcial que alterou o rito sumaríssimo para sumário, trouxe por previsão expressa, a possibilidade dessa conversão (§§ 4º e 5º do art. 277 do CPC).

¹⁷ De fato. Vemos anotação de ALEXANDRE DE PAULA, in *CPC Anotado*, São Paulo, RT, 1986, 3ª ed., Vol. II, p. 88, a seguinte advertência: “Não é permitido ao autor, ainda que com o assentimento do réu, dar o rito ordinário à ação para a qual está previsto o sumaríssimo ‘Quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação’, deve o juiz indeferir a petição inicial (art. 295, V).”

¹⁸ A doutrina sempre teceu críticas à impropriedade da terminologia “procedimento sumaríssimo”, defendendo o melhor acerto da designação “procedimento sumário”, sob diversos argumentos, podendo se destacar o de que não caberia inserir em nosso sistema um procedimento denominado “sumaríssimo” sem que existisse um procedimento “sumário”. A reforma processual se encarregou de atender a esses reclamos.

Outro exemplo, facilmente demonstrável, reside no *processo cautelar*, seguramente em rota de extinção em face do disposto no § 7º do art. 273 do CPC que, por alteração legislativa processual, passou a *possibilitar o provimento cautelar* no bojo da própria ação principal.

A *simplificação* das fórmulas e procedimentos, visa, sem dúvida alguma, a cumprir o direito fundamental já mencionado — *da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (art. 5º, LXXVIII, CF) —, com vistas no alvo da *efetividade*.

— Tendência à flexibilização de ritos processuais.

É fato que os diferentes ritos previstos no CPC, gradativamente, vêm sendo imprimidos com um certo tempero, flexibilizados ao ponto suficiente de se prestarem exclusivamente ao escopo a que se destinam — *da mera instrumentalidade*¹⁹ —, como forma de garantir a *efetividade* da prestação da justiça em detrimento de um formalismo estéril. Essa *flexibilização* tem sido admitida até o ponto em que não possa gerar prejuízo às partes, e esse limite estendido parece ficar resguardado desde que preservadas as garantias Constitucionais do *acesso à justiça*, nesta o *devido processo legal* e neste, assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF).

Trata-se de tendência em homenagem à celeridade e economia processuais, privilegiando o caráter apenas instrumental do processo e não como um fim em si mesmo.

Desta observação, tiramos a seguinte conclusão.

Na medida em que tal prática esteja se verificando em relação a todos os

¹⁹ “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução. A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê nas recentíssimas leis das pequenas causas e da tutela jurisdicional do meio-ambiente e outros valores (medidas destinadas à efetividade do processo). É indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo ‘método de pensamento’ e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.” (DINAMARCO, *ob. cit.*, pág. 22/23).

procedimentos existentes — e está —, pode-se dizer que todos esses procedimentos estão perdendo suas feições originais para se tornarem cada vez mais parecidos uns com os outros.

Ora, isso aponta claramente na direção da convergência desses vários ritos hoje existentes — mas já relativizados e direcionados para o cenário do rito ordinário —, para a síntese de um rito sincrético (com mecanismos de flexibilidade a ponto de tornar dispensável a existência de outros ritos) e de maior universalidade (apto a atender a todo tipo de pretensão) cuja *indisponibilidade* se veja assentada *mais* nos princípios Constitucionais já mencionados (direitos e garantias fundamentais) e *menos* no *fluxograma* previamente estabelecido em um rito processual.

Exemplo de abrandamento do rigorismo formal se viu e ainda se tem visto, nas ações de consignação em pagamento cujo rito é especial.

A orientação da doutrina clássica era no sentido da impossibilidade de se discutir outra questão que não fosse o pagamento e o direito à liberação da obrigação por parte do devedor. Todavia, diante da necessidade de prevenir os efeitos da mora em determinados contratos, muitos advogados passaram a utilizar dessa fórmula forçando os Tribunais e até o STJ a reconsiderar a possibilidade de discussão do contrato no bojo de ação consignatória, quando objetivasse a liberação da obrigação. Um exemplo que serve de emblema a essa afirmação, temos no seguinte julgado do STJ, *in verbis*²⁰:

“PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO: PROPRIEDADE - PRESTAÇÕES EM ATRASO: POSSIBILIDADE DE CONSIGNAR-SE.

1. A consignação em pagamento é ação própria para discutir-se a natureza, a origem e o valor da obrigação, quando controvertidos.
2. Repudia-se antiga prática de expurgar-se, do âmago da consignatória, cognição quanto a controvérsias em torno do *an* e *quantum debeat*.
3. Prestações atrasadas, se idôneas para o credor, podem ser consignadas.
 1. Recurso especial improvido.” (grifei)

Como se vê, também a *flexibilização* jurisprudencial na aplicação de disposições ritualísticas, têm se mostrado uma tendência concreta, sempre com vistas, por igual, no norte

²⁰ STJ - REsp 256275 / GO. 2ª Turma, Min. Eliana Calmon. DJ 08.04.2002 p. 171

comum da efetividade e celeridade processual.²¹

— **Tendência de introdução do *pedido contraposto (actio duplex)* nos ritos.**

Vale destacar que essa terceira tendência, para mim, se apresenta como possível *denominador comum*, apto a servir de abrigo à convivência pacífica desses regramentos por vezes, conflitantes.

²¹ Outra tendência digna de nota, direcionada no mesmo sentido, diz respeito ao posicionamento do STJ de *permitir*, mesmo após estabelecida a relação processual pela citação da parte requerida, a *integração (emenda) da inicial* com vistas a evitar a nulidade do processado, sempre com o cuidado de determinar *reabertura do prazo de defesa* para que, naquilo em que houve *integração da inicial*, seja oportunizada de igual modo, a *integração da peça de defesa*. Observe-se os seguintes exemplos:

PROCESSO CIVIL – CITAÇÃO E CONTESTAÇÃO DA EMPRESA RÉ – SENTENÇA, EXTINGUINDO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR INÉPCIA DA INICIAL – APELAÇÃO PROVIDA, DETERMINANDO A EMENDA DA INICIAL, MESMO QUE APRESENTADA A CONTESTAÇÃO – POSSIBILIDADE – DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR – ART. 284 DO CPC – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, EFETIVIDADE E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO –

1. **Inviável a extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da exordial, sem dar oportunidade à parte para proceder à sua emenda**, por se tratar de direito subjetivo do autor. Art. 284 do CPC.

2. Incompatível com a interpretação sistemática e teleológica do sistema processual civil brasileiro o procedimento adotado pelo MM. Juiz monocrático que, sem realizar o exame prévio da exordial quando da propositura da ação, deu prosseguimento ao feito, para então, após a contestação da recorrente, decidir pela extinção do processo sem julgamento do mérito pela inépcia da petição inicial.

3. **Em observância aos princípios da economia, da efetividade e da instrumentalidade do processo, esta corte vem admitindo a emenda da petição inicial considerada inepta, ainda que contestada a ação.** Precedentes: RESP 239.561/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 15/05/2006; RESP 837.449/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 31/08/2006; RESP 480.614/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09/02/2004; RESP 101.013/CE, DJ de 18/08/2003; e RESP 390.815/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29/04/2002. 4. Recurso conhecido, mas improvido. (STJ – RESP 200400954229 – (674215 RJ) – 4ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 20.11.2006 – p. 314) JCPC.284

EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO – **DEMONSTRATIVO DO DÉBITO INCOMPLETO – DILIGÊNCIA DO ARTIGO 616, CPC** – CABIMENTO – PRECEDENTES – Seguindo entendimento assente nesta eg. Corte, considerando o juiz incompletos ou insuficientes os documentos ou cálculos apresentados pelo credor, **tem lugar a emenda da inicial da ação executiva e não a extinção do processo, ainda que já opostos os embargos do devedor, caso em que, regularizado o vício, deve ser oportunizado ao embargante o aditamento dos embargos.** Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – RESP 440719 – SC – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 09.12.2002).

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – **AUSÊNCIA – DEMONSTRATIVO – DÉBITO – POSSIBILIDADE – REGULARIZAÇÃO** – PETIÇÃO INICIAL – POSTERIORIDADE – OPOSIÇÃO – EMBARGOS – **PRINCÍPIO – INSTRUMENTALIDADE – PROCESSO** – 1. O entendimento jurisprudencial **prestigia a função instrumental do processo**, no sentido da possibilidade de suprimento de eventual irregularidade na instrução da exordial da execução, ainda que após a oposição de embargos. Precedentes. 2. Recurso Especial conhecido e improvido. (STJ – RESP 256142 – SC – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 02.08.2004 – p. 00396)

Nesta Corte Paranaense, se registra, por igual, decisões no mesmo sentido, *flexibilizando* regras de procedimento desde que preservados aqueles princípios Constitucionais já mencionados. A título de exemplo:

CORREIÇÃO PARCIAL – MAGISTRADO QUE FACULTA A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL APÓS A CONTESTAÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – **PROVIDÊNCIA QUE NÃO CARACTERIZA INVERSÃO TUMULTUÁRIA DA ORDEM PROCESSUAL – ERROR IN PROCEDENDO** – INOCORRÊNCIA – PROCEDIMENTO INDEFERIDO.

(TJPR – 17ª C.Cível – CorParc. nº 390.313-5 – Lapa – Rel.: Des. Renato Barcellos – Julg.: 16/05/2007 – unân.)

Refiro-me ao caráter de *actio duplex* permitido em certos ritos.²²

Se por um lado, os vários ritos processuais tendem a um modelo sincrético como *forma de procedimento* e via de acesso à justiça — *cuja indisponibilidade se assente muito mais em relação aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que a um fluxograma processual* —, por outro o *conteúdo* das decisões que pretendem trazer solução aos conflitos, reclama por uma melhor qualidade de julgamento, como pressuposto da *efetividade* na busca de uma *ordem jurídica justa* e a *actio duplex* se apresenta como ferramenta adequada a isto²³.

Nas chamadas *ações dúplices*, em que a lei confere ao réu a possibilidade de formular *pedido contraposto* — a exemplo da ação de reintegração de posse (art. 922, CPC), das ações de rito sumário (§1º do art. 278, CPC) e das reclamações feitas nos Juizados Especiais Cíveis (par. Único do art. 17 e art. 31, Lei 9.099/95) —, é dispensado o manejo da “reconvenção”, prevista no art. 315 do CPC, por já estabelecer o legislador tal possibilidade pela via da contestação.

Autêntica espécie do gênero “pedido reconvenicional”²⁴, o “*pedido contraposto*” difere

²² “**Pedidos contrapostos. Conceito.** O réu, na contestação, se defende do pedido do autor. Não deduz pretensão. Quando quer fazer pedido, tem de reconvir ou ingressar com ação declaratória incidental (CPC 5º e 325). Pode, entretanto, deduzir pedido nas ações dúplices e nas ações em que se lhe permite deduzir *pedido contraposto*. Pedido contraposto é a pretensão deduzida pelo réu na contestação, desde que fundado nos mesmos fatos articulados pelo autor na petição inicial.” (NERY JR, Nelson . *CPC Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 3ª. ed., pág. 1683).

²³ Válido é aqui transcrever o pensamento do professor Doutor MICHELE TARUFFO, professor do *Instituto Universitário di Studi Superiori di Pavia*, Itália, quando de sua palestra nesta Corte Paranaense em 17/10/2006, sob o tema “Motivação Judicial e a Decisão Justa”. De acordo com o pensamento do ilustre jurista italiano, a tarefa da função jurisdicional, materializada dentro do devido processo legal, é a de corretamente interpretar a norma. Todavia, essa atividade deve partir da premissa da verdade dos fatos e não apenas da verdade inserida nos autos do processo, sob pena de se prejudicar a própria interpretação da norma. Vale dizer, quanto maior o teor de verdade real constante da decisão, maior o teor de justiça na entrega da prestação jurisdicional. Disso podemos concluir: Se o conhecimento mais amplo da verdade (real) é fator de aumento da qualidade do julgamento, o será também a ampliação do poder do julgador com a *actio duplex*, na medida em que poderá não só “conhecer” dos fatos, mas também “agir” em resposta a eles de forma mais ampla, propiciando com isto, uma prestação jurisdicional que se faça aproximar um pouco mais do ideal de uma *ordem jurídica justa*, direito dos jurisdicionados.

²⁴ O “*pedido reconvenicional*” pode ser exercitado pelas vias da *actio duplex* ou da reconvenção. Aquele é gênero, estas, espécie. A reconvenção (art. 299 c/c art. 315 do CPC) é a regra. A via da *actio duplex* é a exceção que o legislador processual expressamente estabeleceu em alguns casos (art. 922 e art. 278, §1º do CPC, por exemplo). As chamadas “*actio duplex*” permitem que o réu não só se defenda do pedido do autor, mas *na mesma via*, formule pedido contraposto, ou seja, de *natureza reconvenicional*. A diferença reside basicamente no fato de que o pedido reconvenicional, via de regra, deverá ser formulado pela via da reconvenção na forma prevista no art. 299 c/c art. 315 e segs. do CPC. Em outras palavras, (na forma do art. 315 e 299) o réu sempre poderá *reconvir* ao autor, *no mesmo processo*. Nessa hipótese, deverá o reconvinente fazê-lo na forma do art. 299 do CPC: «A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, *em peças autônomas;...*». Em se tratando de reconvenção (315), regra, estabelece o parágrafo único do art. 253 do CPC que “...o juiz de ofício, mandará

da “reconvenção” basicamente pela *conexidade estrita* em relação ao pedido do autor (exatamente os mesmos fatos), bem como, pela *via de acesso* (contestação).

Na “reconvenção” — outra espécie do gênero “pedido reconvenicional” —, a *via de acesso* é própria, independente da manifestação de defesa (contestação), podendo ter abrangência distinta (mais ampla) do pedido do reconvindo, apesar de conexo, pois trata-se em verdade, de *ação distinta* da originária²⁵ apesar de encartada nos mesmos autos.

Historicamente a “reconvenção” teria ganhado estrutura na legislação gregoriana (*Decretais*, 2.4) como *mutuis petitionibus*, enquanto que no direito canônico já se fez conhecer a expressão *reconventionis*.²⁶

Fácil perceber que a expressão latina *mutuis petitionibus* (pedido recíproco, mútuo), bem se presta a espelhar a idéia do “*pedido contraposto*” como hoje conhecemos.

Por que a ênfase no “*pedido contraposto*” como solução indicada ao problema ao invés da “*reconvenção*”?

A resposta nos dá Nelson Nery Jr ao comentar o art. 31 da Lei 9.099/95: “*A norma proíbe a reconvenção, porque retarda o procedimento sumaríssimo. Pela mesma razão, a proibição se estende à ação declaratória incidental, expediente também destinado a delongar o procedimento.*”²⁷

Em síntese: A melhor solução aponta para a adoção do “*pedido contraposto*” porque a “*reconvenção*” acarreta *delonga do procedimento* e o que se busca é a celeridade, a efetividade e a exclusão de complexidade, vale dizer, busca a simplicidade das fórmulas procedimentais.

Exemplos dessa tendência a lei nos dá diversos.

Essa tendência começou a pronunciar-se na já lembrada lei dos Juizados Especiais

proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.”. Além disso, será devido o recolhimento das taxas judiciárias devidas como ação autônoma que efetivamente é. Porém, o legislador ao abrir a porta da *actio duplex* a algumas hipóteses previstas em lei, permitiu que o réu além de se defender do pedido do autor, apresente desde logo e sem maiores formalidades (anotação no distribuidor, recolhimento de taxas judiciárias, etc), seu *pedido reconvenicional* sob a forma e figura de *pedido contraposto*. Essa distinção aqui feita, se vê corroborada por decisão do STJ mencionada em nota de Theotônio Negrão ao art. 278, em seu popular Cód. Proc. Civil: «*As ações de procedimento sumário são consideradas dúplices. Por este motivo, não comportam reconvenção*»²⁴; na resposta, o réu poderá “*formular pedido, em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial*”. Nesse sentido: “*Derrogado o §2º do art. 315 pelo §1º do art. 278 do CPC com a edição da Lei 9.245/95, cabível é apreciação de “pedido reconvenicional” postulado, em ação de rito sumário, na contestação* (STJ-3ª Turma, REsp 133.131-RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.2.99, deram provimento, v.u., DJU 19.4.99, p. 134).

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2005, 22ª edição, pág. 44.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de Processo Civil Canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, pág. 162.

²⁷ *Ob. cit.*, pág. 1685.

(Lei 9.099/95) cuja tônica é a singeleza, a simplicidade das formas, com vistas a *facilitar o acesso à justiça*.

Além do prestigiamento ao princípio da oralidade, abriu o legislador a possibilidade à formulação de *pedidos contrapostos* conforme se pode observar dos dispositivos seguintes:

Art. 17. Parágrafo único. Havendo *pedidos contrapostos*, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença.

Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. *É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor*, nos limites do art. 3º desta lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Parece claro que a preocupação do legislador foi a de propiciar ao julgador, mecanismo de *acertamento das controvérsias*, de modo amplo, “resolvendo o problema” ao invés de apenas “por fim ao processo” e o fez simplesmente possibilitando a articulação de *pedidos contrapostos* num mesmo processo. Esse foi o mecanismo.

Mas o legislador não parou por aí. Cerca de três meses depois, a Lei nº 9.245 de 26/12/95 trouxe reforma parcial ao CPC alterando o procedimento sumário e trazendo a seguinte novidade no §1º do art. 278:²⁸

Art. 278. § 1º. *É lícito ao réu, na condenação, formular pedido em seu favor*, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial.

Observe-se também o exemplo do já ultrapassado enunciado da Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal que estabelecia: “*O usucapião pode ser argüido em defesa*”.

Permitiu-se com essa Súmula, o esvaziamento da tese do autor reivindicante pela prova da posse vintenária, apenas *como matéria de defesa*, na ausência de um título judicial prévio que pudesse ser oposto.

O exercício de “reconvenção” nos casos em que o valor atribuído à ação induzisse ao rito sumaríssimo, seria impossível por força da vedação expressa que o §2º do art. 315 do

²⁸ Vale lembrar que a mesma lei, alterou também a antiga redação do art. 315 do CPC (reconvenção), *revogando o §2º e transformando o §1º em parágrafo único*. Assim constava daquele parágrafo revogado; “§2º. *Não se admitirá reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo*”.

CPC continha.²⁹ Por sua vez, sendo imprimido o rito ordinário, nem sempre era admitida sob o argumento da incompatibilidade com o rito especialíssimo da usucapião, firmando embasamento na restrição contida no art. 295, inciso V do CPC³⁰.

Porém, na evolução legislativa, em relação à *usucapião especial urbana, p.e.*, esse problema foi afastado no chamado *Estatuto da Cidade* (Lei nº 10.257/2001) que, primeiro simplificou o rito e depois conferiu à sentença que acolhesse essa argüição como matéria de defesa, natureza *mandamental*, conforme se pode verificar dos arts. 13 e 14:

Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano *poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título* para registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário.

Porém, o mais conhecido desses exemplos, sem dúvida alguma, é o do art. 922 do CPC que dá trato às disposições gerais nas ações possessórias:

Art. 922 do CPC. É lícito ao réu, *na contestação*, alegando que foi o ofendido em sua posse, *demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.*

Em todos esses poucos exemplos, o mecanismo do “pedido contraposto” veio facilitar a defesa dos direitos das partes, bem como, a entrega da própria prestação jurisdicional na medida em que impôs ampliação do poder de decidir do juiz.

Caso essa técnica fosse estendida a outras hipóteses, ou quiçá a todas, o resultado certamente seria promissor.

Imagine-se, por exemplo, se a possibilidade de formulação de “*pedido contraposto*”

²⁹ Ver nota anterior.

³⁰ Àquele tempo já surgiam reações a essa restrição, conforme se pode observar no seguinte exemplo citado por ALEXANDRE DE PAULA, in *CPC Anotado*, São Paulo, RT, 1986, 3ª ed., Vol. II, pág. 249: “*A reconvenção não pode ser repelida sob o fundamento de não ser forma legal de se pretender usucapir imóvel e ter o usucapião procedimento especialíssimo, quando é sabido que a reconvenção é peça autônoma e que o usucapião pode ser, inclusive, argüido em defesa*” (Ac. unân. Da 8ª Câm. Do 1º TARJ de 27.9.83, no agr. 24.275, rel. Juiz José Edvaldo Tavares; *Adcoas* 1984, n. 96.006).

estivesse atrelada a lei consumerista, sempre que estivesse em discussão uma relação de consumo.

Nessa hipótese, o Judiciário não teria diante de si qualquer conflito de regras de julgamento.

Como não há tal previsão, obriga-se a repetir fórmulas já utilizadas no passado, ou seja, faz de conta que aceita a discussão apenas “como matéria de defesa” para em realidade, impor reformas profundas no negócio jurídico objeto de litígio, pela relativização das disposições contidas nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

A esperança que fica aos operadores do direito é de que ao se repetir a história, venha a repetir-se, por igual, a solução que ela registra.

De fato, para não dizer que *está revisando um contrato* por força de uma alegação no leito de uma mera contestação (sem o exercício de uma *reconvenção*), a fórmula utilizada é a de que se admite a “discussão de cláusulas como matéria de defesa”. Tornou-se praxe.

Obviamente os exemplos não param por aí, mas são o quanto basta para por à mostra a clara tendência legislativa de incluir o mecanismo do “*pedido contraposto*” como forma de ampliar o poder do juiz para a solução de conflitos.

Tendência para o futuro.

Sem dúvida que providências como estas, de *simplificação e flexibilização* quanto ao uso do procedimento, percebidas também em outras alterações do Código de Processo Civil (como o afastamento da audiência de instalação de perícia anteriormente exigido; com a introdução do art. 331 como forma alternativa de solução dos conflitos c/c inciso IV do art. 125; com o redirecionamento do processo no que tange ao *cumprimento da sentença*, etc), só para falar das mais recentes, bem como, da introdução do pedido contraposto em diversas hipóteses previstas, mostram a clara tendência do legislador processual.

O “*pedido contraposto*” (espécie do gênero “pedido reconvenicional”), amplia *ex vi legis*, os poderes e a competência do juiz, encurtando as vias de acesso à prestação da justiça, propiciando um julgamento de maior abrangência.³¹

Todavia, nas *ações de rito ordinário* — assim como em muitas outras regidas por leis especiais (v.g., no CDC, na busca e apreensão do DL 911/69, etc) —, não se tem ainda esse

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de Processo Civil Canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, pág. 117.

mecanismo à disposição das partes, *restringindo o poder do julgador da lide* e mantendo mais ao longe, em relação às partes, *a paridade de armas* como instrumento de efetividade, a que se referiu Mario Capelletti.

Essa providência necessita vir por futuras reformas processuais, inserindo também no *rito ordinário* (e quiçá em todos os outros), a possibilidade do “*pedido contraposto*” o que certamente se identificará com um Judiciário mais sintonizado com o seu tempo.

Vale repetir que tudo isto aponta claramente na direção da convergência desses vários ritos hoje existentes — mas já relativizados e direcionados para o cenário do rito ordinário —, para a síntese de um rito sincrético (com mecanismos de flexibilidade a ponto de tornar dispensável a existência de outros ritos) e de maior universalidade (apto a atender a todo tipo de pretensão) cuja *indisponibilidade* se veja assentada *mais* nos princípios Constitucionais já mencionados (direitos e garantias fundamentais) e *menos* no *fluxograma* previamente estabelecido em um rito processual em que se permita o “pedido contraposto” como mecanismo de melhor eficácia na busca da solução dos conflitos.

Por fim, vale ressaltar que tal inovação preservará incólume o *princípio da adstrição ao pedido* — o que hoje não acontece — pela evolução que imprimirá à noção que temos de relação processual, pois ao invés da limitada noção tripartite clássica autor/juiz/réu, daremos um passo adiante para admiti-la na forma autor-réu/juiz/réu-autor, logo, bem mais flexível e ampliada.

À observação de nossa história evolutiva-legislativa-processual, ousou vislumbrar que um *processo mínimo*, de procedimento sincrético, universalizante, de *actio duplex*, é a tendência para um futuro que se avizinha.

Síntese conclusiva.

A partir desse breve arrazoado, pode ser feita uma síntese, a pretexto de conclusão, nos seguintes termos:

- 1) que por conta dos desafios da pós-modernidade, do aumento em grau de complexidade das relações jurídicas, em face de uma sociedade plural e de contrastes, o legislador tem promovido intervenções direcionadas a dar atendimento às demandas atuais com *efetividade*;

- 2) que o principal exemplo dessa intervenção se tem com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC);
- 3) que pelo fato do Código de Defesa do Consumidor estabelecer normas de ordem pública, a fazer com que as decisões que reconhecem cláusula abusiva em favor do réu, ainda que impugnadas por mera contestação, tenham natureza *constitutiva negativa* e não apenas declaratória, segundo melhor doutrina, coloca-se em situação de confronto com princípios clássicos do processo, em especial, o *princípio da adstrição ao pedido*, assentado nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil;
- 4) que a solução a esse problema pode ser encontrada na experiência histórica brasileira pela observação de três principais tendências, a saber, [1] a tendência de *simplificação* de ritos processuais; [2] a tendência de *flexibilização* de ritos processuais; [3] a tendência de introdução do mecanismo do “*pedido contraposto*” nos ritos processuais;
- 5) que na comprovada *flexibilização* que a jurisprudência tem impingido a diversos ritos especiais, em que o princípio da indisponibilidade se destina menos a proteger o rito e mais a preservar as garantidas processuais de ordem Constitucional, tais como o acesso à justiça, nesta o devido processo legal e neste, o contraditório e a ampla defesa, tal prática tem levado esses procedimentos à *perda gradual de suas feições originais para se tornarem cada vez mais, parecidos uns com os outros*;
- 6) que uma futura disponibilização, por parte do legislador processual, do mecanismo do “*pedido contraposto*” — (*actio duplex*) espécie do gênero “pedido reconvenicional” — , também ao *rito ordinário* e quiçá a todos os demais, aumentará o alcance da discussão do litígio e ampliará o poder do juiz para proferir um veredicto que abrace pretensões opostas, sem ferir princípios basilares do processo (como o da adstrição ao pedido) tal como hoje ocorre;
- 7) que todas essas tendências, apontam na direção da convergência desses vários ritos hoje existentes — mas já relativizados e direcionados para o cenário do rito ordinário —, para a síntese de um rito sincrético (com mecanismos de flexibilidade a ponto de tornar dispensável a existência de outros ritos) e de maior universalidade (apto a

atender a todo tipo de pretensão) cuja *indisponibilidade* se veja assentada mais nos princípios Constitucionais já mencionados (direitos e garantias fundamentais) do que no *fluxograma* previamente estabelecido num rito processual;

Epílogo.

Por derradeiro, ousou concluir que de todas as experiências que o legislador processual brasileiro tem feito nos últimos anos, a introdução do mecanismo da *actio duplex* em um número cada vez maior de hipóteses, foi e continua sendo a melhor e a mais importante delas.

Daí o poder afirmar que a adoção do mecanismo da *actio duplex* no *rito ordinário* ou em todos eles, certamente propiciará a entrega de uma prestação jurisdicional de maior abrangência e profundidade, estendendo-a significativamente, na direção da uma justiça mais efetiva e plena, prestigiando o direito fundamental da *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (art. 5º, LXXVIII, CF), como caminho para a efetividade, minimizando o processo pela simplificação das formas e ao mesmo tempo, ampliando a extensão e alcance da área de competência de julgamento (autuação) do Judiciário, afastando qualquer risco de agressão ao princípio da adstrição, como atualmente acontece, propiciando um melhor direcionamento na busca da solução de conflitos.

Referências bibliográficas.

- DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pág. 385.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, “Série Monografias do CEJ, 1996, Vol. 3, f. 16.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª. Edição, 2002, pág. 155.
- CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis Editor, 1988, pág. 15.
- NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 3ª. edição, pág. 1379.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 2ª tiragem, 1993, pág. 228.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 4ª edição, Vol. I, pág. 523.
- PAULA, Alexandre de. *CPC Anotado*, São Paulo, RT, 1986, 3ª ed., Vol. II, pág 88.
- Palestra proferida no Tribunal de Justiça do Paraná pelo Juiz italiano, Doutor MICHELE TARUFFO, professor do *Instituto Universitário di Studi Superiori di Pavia*, Itália, em 17/10/2006, sob o tema “Motivação Judicial e a Decisão Justa”.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2005, 22ª edição, pág. 44.
- TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de Processo Civil Canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, pág. 162.
- Decisões mencionadas: STJ - REsp 256275 / GO. 2ª Turma, Min.Eliana Calmon. DJ 08.04.2002 p. 171; STJ – RESP 440719 – SC – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 09.12.2002; STJ – RESP 256142 – SC – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 02.08.2004 – p. 00396; TJPR – 17ª C.Cível – CorParc. nº 390.313-5 – Lapa – Rel.: Des. Renato Barcellos – Julg.: 16/05/2007 – unânime.

DETERMINAÇÃO AO PODER PÚBLICO PARA CUSTEIO DE TRATAMENTO DO VICIADO EM DROGAS E EMPREGOS DE MEIOS COERCITIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO NA NOVA LEI DE TÓXICOS: POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS

Geraldo Dutra de Andrade Neto¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 inaugurou nova fase na questão do combate ao tráfico de drogas e no tratamento de usuários de drogas. É desta segunda vertente que tratará o texto seguinte, demonstrando o relevante papel reservado ao Poder Judiciário para influenciar e corrigir as políticas públicas voltadas ao tratamento dos usuários de drogas, de forma a efetivar o direito à saúde viável dos cidadãos e diminuir o impacto, nas comunidades, da criminalidade decorrente do vício gerado pelos entorpecentes, agora não somente com o enfoque repressivo da pena, mas também com a visão de correção do problema do destinatário dos entorpecentes.

Nessa perspectiva, será defendido que o Poder Judiciário deve assumir o seu papel de governo, utilizando os meios legais disponíveis na legislação para fazer cumprir o que determina a nossa Constituição – dignidade da pessoa humana, art.1º, inciso III da Constituição da República – e a nova lei de tóxicos em seu artigo 28, §7º, principalmente por meio das medidas coercitivas necessárias previstas no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, com possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para custear o tratamento necessário à recuperação dos usuários de drogas.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Foz do Iguaçu – PR; Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná; Professor da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo de Foz do Iguaçu - PR.

2. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR E PODER JUDICIÁRIO: QUEM É O GOVERNO.

Arraigada em nossa cultura jurídica estão dois aspectos, talvez culturais, que impedem o Poder Judiciário de exercer o papel que lhe é reservado pela Constituição.

O primeiro é a visão de que não pode o juiz se imiscuir na discricionariedade do administrador, quando lhe são levados conflitos de interesse para apreciação. O chefe do Poder Executivo seria o responsável exclusivo por traçar as formas para consecução das metas estabelecidas na lei, e a decisão estaria dentro do que se costumou dizer discricionariedade da administração.

Decorre dessa visão o segundo aspecto que se quer delinear: o fato do governo ser identificado essencialmente com o Poder Executivo.

No entanto, a Constituição desautoriza semelhante entendimento. Isto porque não são separados os poderes da República e sim harmônicos, embora independentes - art.2º da CR. Observe-se que, ao fim e ao cabo, todo o poder emana do povo - §único, art.1º da CR, ou seja, é uno. A tripartição das funções em três poderes distintos teve por objetivo apenas evitar a concentração de poder em uma só pessoa ou instituição, colocando em funcionamento a doutrina dos freios e contrapesos.

Deste modo, o juiz deve, primeiramente, ver-se como um membro de poder, independente e harmônico com os demais poderes, porém sem abdicar da parcela de responsabilidade lhe conferida pelo seu povo. Já mencionava Sampaio Dória (DÓRIA apud GUIMARÃES, 1958, p.48): “para que possa o socorro judicial prevalecer contra os abusos de poder, preciso é que o juiz se possa opor ao poder em seus abusos. Isto é, seja, por sua vez, poder”.

Se assim é, não há dúvida de que o governo é exercido não somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Cada qual exercendo

governo na medida de suas competências. Não se quer defender o governo exclusivamente dos juízes, mas é preciso enfrentar a realidade: cada vez mais, quando provocado, as interferências do Poder Judiciário nas políticas públicas se mostram como aspectos de função de governo da sociedade, seja como forma de extirpar ilegalidades ou como direcionamento das ações governamentais. O Poder Judiciário, portanto, também é governo.

E quem governa não pode se eximir de exercer a sua função com a escusa de que o ato analisado é discricionário do administrador, o que impede o juiz de lhe analisar o mérito. Luís Roberto Barroso (2006, p.60-61) assim se posiciona:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como a moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).

Equivocado é o discurso de que ao Poder Judiciário não é dado imiscuir-se nas políticas públicas porque os juízes não foram eleitos pelo sufrágio popular para exercer cargos públicos temporários. Sobre tal questão, mais uma vez é oportuna a transcrição de Luís Roberto Barroso (2006, p.66):

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo por desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base do mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

3. A NOVA LEI DE TÓXICOS E O TRATAMENTO AO USUÁRIO DE DROGAS.

A forma como a Lei nº 11.343/2006 tratou a questão do usuário de drogas pode merecer críticas e ser objeto de controvérsias quanto à continuidade da criminalização da conduta relacionada ao consumo pessoal, porém, é inegável que há uma tendência a tratar de forma mais branda as condutas tipificadas no artigo 28 da lei.

Aliado a tal fato, percebe-se uma preocupação do legislador, ressonante em toda a comunidade, com o tratamento efetivo dos usuários de drogas, com o objetivo de livrá-los do vício e promover a educação para evitar o consumo.

É cada vez mais comum ouvir de pessoas conhecidas como a estrutura de toda uma família foi desestabilizada em razão do vício em drogas de um de seus membros. O consumo de entorpecentes é, sem dúvida, um fator determinante no aumento dos índices de criminalidade, na deterioração das relações familiares e no elevado prejuízo econômico da sociedade e do estado.

Talvez em razão desse grave quadro a nova lei tenha trazido em seu artigo 28, §7º, a possibilidade/dever do juiz, no caso concreto, determinar “(...) ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Há necessidade, então, de abandonar a “visão de 90 dias” (DIAMOND, 2005, p.519), ou seja, tendência de querer resolver apenas os problemas imediatos sem se preocupar com os problemas futuros que irão agravar e continuar os conflitos que, de fato, não foram resolvidos.

De agora em diante e para evitar prejuízos maiores à sociedade e à saúde do indivíduo, o juiz deverá providenciar o que for necessário e suficiente para que o usuário viciado tenha à sua disposição tratamento gratuito - para ele - e eficaz. A sociedade, por meio da lei, concedeu ao juiz, então, a responsabilidade de solucionar não só o problema imediato

que lhe foi apresentado, mas também o problema de médio e de longo prazo, relacionado ao vício de entorpecentes gerado no usuário.

Dessa obrigação não poderá o Poder Judiciário se furtar.

4. MEIOS COERCITIVOS E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 461, §5º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Mas se a sociedade, por meio da lei, incumbiu o juiz de providenciar o que for necessário ao cumprimento dos seus anseios, não poderá ficar o juiz desarmado quando houver recalcitrância do Poder Executivo no cumprimento da ordem judicial prevista no artigo 28, §7º da nova lei de tóxicos.

Neste ponto, verifica-se a possibilidade de utilização de meios coercitivos inominados, conforme previstos no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária, na forma do artigo 48 da lei de tóxicos cc. o artigo 3º do Código de Processo Penal. Já destacava José Frederico Marques (2003, p.43) que “(...) as regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal”. Não fosse isso, o direito é considerado não como um conjunto de códigos estanques, mas um sistema que se comunica e interage para alcançar os seus objetivos.

Daí porque a norma contida no artigo 461, §5º do Código de Processo Civil deve ser aplicada em qualquer hipótese necessária para a efetivação de uma tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente e quando, por evidente, for útil à finalidade a ser atingida.

Dispõe o §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil que:

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

De se notar que as medidas mencionadas expressamente no referido artigo são apenas exemplificativas. O juiz poderá lançar mão, portanto, de outras medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção de resultado prático equivalente. Dentre as outras medidas necessárias, interessa especificamente a possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para custear o tratamento necessário à recuperação do usuário de drogas.

5. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS PARA TRATAMENTO ESPECIALIZADO DO VICIADO EM ENTORPECENTES: EXCEÇÃO À REGRA DO PRECATÓRIO E IMPENHORABILIDADE DE BENS PÚBLICOS, COMO MEDIDA NECESSÁRIA À PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Ao Poder Judiciário a Constituição incumbiu o dever de preservar e promover os seus fundamentos. Dentro da visão de que a função jurisdicional também é função de governo, não se poderá negar ao juiz o dever de intervir para fazer valer a lei maior nos casos que lhe forem levados à apreciação. A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (CR, art.1º, inc. III), e para preservá-la tomará o juiz a medida necessária.

A possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário. Em graves situações, deve ser excepcionada a regra do precatório requisitório e impenhorabilidade de bens públicos, como forma necessária à preservação da dignidade da pessoa humana.

Entre diversos julgados, é oportuna a transcrição do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 770.969/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 15 de setembro de 2005 e publicado no Diário de Justiça em 3 de outubro de 2005, p.236:

ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de "medidas necessárias", que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.
2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.
3. Submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97.
4. O disposto no caput do artigo 100 da CF/88 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, de modo que, ainda que se tratasse de sentença de mérito transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios.
5. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.
6. Recurso especial improvido.

No mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 861262/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j.05.09.2006, DJ de 26.09.2006, p.200; AgRg no Ag 723.281/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.02.2006, DJ 20.02.2006, p.306; AgRg no Ag 706.485/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 06.02.2006, p.263; AgRg no Ag 696.514/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.02.2006, p.205; REsp 787.101/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2005, DJ 28.11.2005, p.271; AgRg no Ag 645.746/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005, p.362; REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 20.06.2005, p.219.

A formação de tal jurisprudência é salutar. A sociedade cada vez mais espera do juiz a solução de casos complexos e a dinâmica social requer atuação efetiva.

Dissertando sobre o processo coletivo, mas com palavras aqui aplicáveis, observa Teori Albino Zavascki (2006, p.48) que nesses casos “(...) é indispensável que o juiz assuma efetivamente seu papel de condutor e dirigente, o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos e das linhas de princípios que o sistema oferece”.

A situação de vida dos viciados é tão relevante quanto a das pessoas que têm moléstia grave, com necessidades de tratamento médico de elevado custo. Se não tiverem tratamento adequado, os usuários viciados em entorpecente irão, seguramente, destruir suas vidas, seus lares e ocasionar um prejuízo social e econômico imensurável.

Assim, também para garantir o custeio de tratamento especializado em estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para o viciado em entorpecente, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, e nos casos em que não surtir efeito a determinação judicial prevista no artigo 28, §7º da Lei nº 11.343/2006, poderá ser realizado o bloqueio de valores em contas correntes e aplicações financeiras do Poder Público, até o limite suficiente.

Com o bloqueio, o juiz poderá cumprir a sua função, fornecendo os meios adequados para que o usuário viciado em drogas possa se recuperar. Contratada a instituição mais próxima e adequada ao tratamento previsto na lei, as verbas necessárias serão transferidas como pagamento, sem necessidade de requisição de precatórios.

A medida, por certo, será profilática e em pouco tempo o administrador envidará esforços para atender adequadamente as ordens judiciais emanadas em decorrência do disposto no artigo 28, §7º da nova lei de tóxicos.

6. CONCLUSÃO

A nova lei de tóxicos incumbiu o poder judiciário de atuar para a solução dos problemas concernentes ao vício em entorpecentes.

Ao ajudar a solucionar o problema do usuário viciado, a comunidade será beneficiada pela redução dos índices de criminalidade e pela manutenção das estruturas familiares atingidas. O Estado será beneficiado, a médio e longo prazo, com a redução do prejuízo econômico decorrente.

A atuação dos juízes deve alcançar a expectativa da sociedade para a solução de tão relevante e angustiante problema.

O entendimento descrito neste texto, por proposta deste magistrado aprovada por unanimidade, foi objeto do primeiro enunciado do VI Curso Regional de Atualização Para Magistrados, realizado na Comarca de Foz do Iguaçu-PR nos dias 1º a 3 de dezembro de 2006:

Para efetivar a determinação judicial prevista no §7º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 – determinação ao Poder Público para disponibilizar ao usuário, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado –, o juiz poderá se valer das técnicas de efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, na forma prevista no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, inclusive com possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas – à semelhança do que tem sido decidido em casos de fornecimento de medicamentos: STJ, REsp nº 861262/RS, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, j.05.09.2006, DJ de 26.09.2006, pg.200 – para garantir o custeio de tratamento indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

Encerro com as palavras de Mário Guimarães (1958, p.34): “No juiz, o fazer Justiça é o alvo, a tarefa, a missão, o sacerdócio. O juiz existe para isso.”

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano I, nº 2, outubro de 2006. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2006.

DIAMOND, Jared. **Colapso – como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. v. 1. Campinas, São Paulo: Millenmium, 2003.

REVISTA Eletrônica da Jurisprudência: Base de Dados do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=335&vPortalAreaRaiz=> Acesso em: 23 jan. 2007.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio. Direito Constitucional, 2º Tomo, [S.L.:s.n.], pg.146 apud GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora RT, 2006.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz

Guilherme Frederico Hernandes Denz¹.

Sumário.

1. Introdução. 2. Conceito de legitimidade 3. A legitimidade democrática do Poder Judiciário 4. A proibição da politização partidária 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente ensaio tem por objeto demonstrar que, embora seus membros não sejam investidos no cargo através do voto popular, o Poder Judiciário é detentor de legitimidade democrática na medida em que é responsável pela estabilidade do sistema democrático, limitando o agigantamento dos demais poderes, e também por ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais. A legitimidade de um poder de Estado não se vincula apenas à idéia do sufrágio universal, mas também decorre de outros elementos, como a sua função democrática na defesa das minorias e a submissão do juiz aos valores e princípios previstos no texto da Constituição.

Por outro lado, o trabalho visa também a destacar que a legitimidade democrática do Poder Judiciário é abalada quando seus membros se envolvem em questões político-partidárias. A Constituição Federal proíbe que magistrados integrem partidos políticos e se candidatem a qualquer cargo eletivo, justamente para se evitar que o sistema judiciário seja contaminado por questões partidárias, impondo-se que as decisões judiciais tenham fundamentação estritamente técnica.

¹ Juiz de direito no Paraná, especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pelo IBEJ, mestrando em Direito Sócio-ambiental pela PUC/PR.

Em um primeiro momento, através de um breve retrospecto histórico, apresenta-se a evolução do conceito de legitimidade, notadamente os seus fundamentos ao longo do tempo, para se concluir que atualmente a legitimidade se assenta na democracia e no respeito aos direitos fundamentais.

Depois, propõe-se definir as formas ou critérios legitimadores do Poder Judiciário, refutando-se a tese do déficit democrático, embora reconhecendo que a função jurisdicional detém elementos legitimadores diversos dos demais poderes, que se assentam precipuamente na escolha de seus membros pelo voto popular.

Ao final, propõe-se que a legitimidade democrática do Poder Judiciário é corroída quando as decisões judiciais sofrem influxos de interesses político-partidários e não se sustentam apenas em bases jurídicas.

2. Conceito de legitimidade

De início, é importante esclarecer que o atributo da legitimidade não se confunde com a legalidade. Não raras vezes, os dois conceitos são utilizados como sinônimos, como se designassem o mesmo fenômeno.

Etimologicamente, legítimo provém do radical latino *leg*, que se refere à lei. Tanto legítimo como legal descendem da mesma raiz etimológica, o que, provavelmente, explique a confusão na aplicação dos termos. No entanto, as semelhanças se restringem ao campo lingüístico.

O conceito de legalidade está ligado à idéia de consonância ou adequação com uma dada ordem jurídica. Um ato jurídico, portanto, é ilegal quando é contrário à legislação vigente.

A legitimidade, por sua vez, não se refere à adequação a preceitos legais, e, sim, ao fundamento de existência da norma ou de alguma instituição. Comumente, um ato jurídico é legítimo se a sua fonte de elaboração dispunha de poderes para sua edição ou se constitui manifestação inequívoca da vontade daqueles que o geraram. O que importa para a configuração da legitimidade é saber se a norma produzida condiz efetivamente com a vontade daqueles que poderiam elaborá-la².

A visão que imperava na antiguidade até na Idade Média era que a legitimidade assentava-se na transcendentalidade, fundava-se na vontade divina. Ante os sucessivos

² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A legitimidade do direito positivo – Direito natural, democracia e jurisprudência, 1ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária Ltda, 1992, p. 11.

desmandos dos monarcas absolutistas, essa concepção religiosa de legitimidade foi sendo suavizada pelo advento do direito natural como forma de limitar o poder supremo dos reis.

Para Niklas Luhmann, aliás, a legitimidade possui raízes medievais e era inicialmente um conceito jurídico. Foi na Idade Média que nasceu o conceito de legitimidade e ele se referia à dominação inata e servia a defesa contra a usurpação e a tirania ilegais.

Posteriormente, no séc. XIX, essa formulação de legitimidade se esvaziou com a dissolução do direito natural e, em especial, “na questão crítica da legitimação da nova dominação e da construção jurídica da transição ilegítima do poder”, tornando-se evidente a impossibilidade do solucionamento jurídico desse problema³.

Segundo Niklas Luhmann, ainda, isso levou à construção do conceito em bases puramente fatuais. A definição predominante de legitimação, então, está ligada à idéia do convencimento da sociedade na validade do direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam. Trata-se de um “tal convencimento no plano fatural-consciente”.

Niklas Luhmann nos oferece outro conceito de legitimidade definido a partir do plano do sistema social. A legitimidade institucional não se baseia no consenso das pessoas na validade das normas ou nas decisões, mas sim na “possibilidade de supor-se a aceitação”. Assim, legítimas são as decisões nas quais os componentes da sociedade esperam normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às decisões ou regras transmitidas por aqueles que decidem. Ou em outras palavras, que toda a sociedade esteja disposta a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas.

Ora, se todas as decisões discutíveis geram cerca de 50% de frustrados, como é possível então supor-se, contra a probabilidade, que os afetados pelas decisões mesmo assim as assimilem e obedeçam?

É aí que Luhmann menciona os dois elementos legitimadores, que são mecanismos complementares: a eficácia simbólica da força física e a participação em processos.

A força física, como fator de legitimação, é a suposição de todos de que os afetados por decisões se submetam a ela ou serão subjugados pela força física.

A força física exclusiva, porém, levaria a um regime de terror. Nisso reside a função essencial dos processos juridicamente regulamentados, principalmente o da eleição política, o do processo legislativo e o do processo judiciário. Desta forma, se todos os agentes da

³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 61.

sociedade são participantes ativos do processo de decisões, essas decisões devem ser vinculativas. Assim, o processo da eleição política gera a suposição do apoio político a decisões vinculativas; no processo judicial, o processo decisório é concretizado de caso a caso, e a absorção dos protestos é concluída.

Em resumo, a legitimidade tem como alicerce as expectativas na sociedade de que todos irão se submeter às decisões políticas e judiciais. Para assegurar essas expectativas, existem os instrumentos legitimadores que são a força física e os processos reguladores.

A legitimidade é exposta, pelo sociólogo alemão, não como uma justificação externa antecipada, mas sim como um resultado do próprio sistema.

Assevera Luhmann que:

o conceito de legitimidade não mais caracteriza uma justificação externa antecipada, nem uma limitação da variabilidade do sistema político, mas sim um resultado desse próprio sistema: tanto a monopolização da decisão sobre a utilização da força física, quanto também a realização de processos são produtos do sistema político, que providencia o decorrer fluente das decisões vinculativas e, assim, sua própria legitimidade⁴.

Ives Gandra da Silva Martins Filho defende que a Justiça é o fundamento legitimador. A Justiça, como o reconhecimento do direito alheio, supõe duas vertentes, direitos naturalmente pertencentes ao homem, pelo simples fato de ser pessoa humana; e direitos adquiridos pelo homem, como fruto de seu esforço, mediante convenções sociais.

Para Ives Gandra, a Justiça “como fundamento do Direito Positivo, significa que a norma posta se legitima quando adequada ao Direito Natural em relação aos direitos fundamentais do ser humano, e ao princípio convencional do acordo social, no atinente aos demais direitos”⁵.

Ao final, ele conceitua “a legitimidade como sendo a força vinculante da norma, capaz de gerar sua observância espontânea, dado o reconhecimento social da justiça do comando legal”⁶.

As explicações sobre a legitimidade variam ao longo do tempo, colocando-a ou na vontade divina, ou na vontade do detentor do poder ou na vontade popular.

Atualmente, pode-se inferir que a legitimidade está em conexão direta com a democracia, com a vontade popular e os anseios da população. Burdeau disse: “Não há Poder legítimo que não seja instituído pela coletividade que ele rege”⁷.

⁴ LUHMANN, Niklas. Ob. cit. p. 69.

⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ob. cit. p. 14.

⁶ Idem, p. 20.

Legítima é a instituição ou o governo que dirige a sociedade democraticamente, “evitando as discriminações, as opressões, a corrupção, a violência, enfim, aquilo que representaria privilegiar uns em detrimento de outros dentro da sociedade”⁸.

Aliado à democracia, a Constituição Federal de 1988 elege o Estado de Direito como princípio fundamental legitimador. Tanto isso é verdadeiro que Canotilho e Vital Moreira afirmam existir uma ligação constitucional entre os dois conceitos, ressaltando que: “O Estado de Direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência”⁹.

Antonio E. Perez Luño assinala também que a união destes dois conceitos assume uma tarefa de legitimação:

Dado que referida ordem constitucional não admite fraturas nem contradições, há que se entender que a idéia democrática e a de Estado de Direito integram-se na unidade política e funcional da Constituição. Ambos os princípios assumem, assim, um tarefa de legitimação, racionalização e de garantia de continuidade do exercício do poder, sendo a democracia uma forma do processo vital (Lebensprozess) comunitário que reforça e efetiva a significação social do Estado de Direito¹⁰.

Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático, sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisionista.

3. Legitimidade democrática do Poder Judiciário

Nas discussões sobre o Poder Judiciário ou sobre a crise do sistema judicial, é recorrente se mencionar a questão da legitimidade dos juízes ou de que existe um déficit de legitimação democrática da jurisdição. Os ataques emergem principalmente quando se julga a

⁷ BURDEAU. A regra do Direito e o Poder apud TELLES JÚNIOR, Goffredo. O povo e o poder. São Paulo: Malheiros, p. 54.

⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ob. cit. p. 18.

⁹ CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Fundamento da Constituição apud NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: RT, 1999, p. 53.

¹⁰ LUÑO, Antonio E. Perez. La seguridad jurídica apud NOJIRI, Sérgio. Op. Cit. p. 53.

inconstitucionalidade de uma lei, quando a Corte Suprema cassa ou impede a realização de um ato do Poder Legislativo. Nessa situação, alega-se que o juiz, não eleito diretamente pelo povo, não conta com legitimidade para revisar atos daqueles a quem foi conferido poderes pela soberania popular. O sistema de recrutamento dos juízes, através de provas e títulos ou por nomeação do chefe do Executivo com participação do Poder Legislativo, é objeto de contestação, porque os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo sufrágio universal. Esses constituem, para muitos, as características que retiram a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Essa questão, na verdade, é pouco estudada e discutida pela Teoria Política e pelos juristas, os quais preferem se restringir à representatividade dos poderes Executivo e Legislativo, descurando da instituição judicial, o que dá margem a conclusões equivocadas e divorciadas da realidade.

Na precisa observação de Paulo Roberto Soares Mendonça:

(...) a maior parte dos estudos sobre a legitimidade do poder do Estado negligencia o papel do Judiciário neste contexto, focalizando essencialmente a questão da representatividade dos poderes Executivo e Legislativo e a repercussão social de suas ações. Verifica-se, então, que é bastante reduzida no campo da Teoria Política a discussão sobre a Justiça como elemento integrante do mecanismo de poder no Estado”¹¹.

O primeiro erro a ser corrigido é o argumento de que o Estado Democrático de Direito se reduz ou se confunde com a democracia representativa apenas. A legitimidade não se assenta tão somente, com já visto anteriormente, na soberania do voto popular. Nesse sentido, Mauro Cappelletti ressalta que é um erro fundamental pretender aplicar à atividade judiciária os mesmos critérios que legitimam a atividade legislativa¹². Quanto à jurisdição, a sua legitimação é estruturalmente diversa dos demais poderes, dependendo precipuamente da forma e do conteúdo desse tipo de atividade decisional e não da origem de seus membros.

Luiz Flávio Gomes distingue os dois tipos de legitimação previstos na nossa Constituição Federal:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que

¹¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 142.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 102.

ocuparão os principais postos políticos. Os juízes, portanto, de acordo com o sistema adotado pelos Constituintes, não só não serão eleitos diretamente pelo povo, senão que estão proibidos de exercer qualquer atividade político partidária, o que significa que não podem sequer desejar eleição direta¹³.

Do mesmo teor são as ponderações de Luigi Ferrajoli, para quem as fontes da legitimação do Poder Judiciário são essencialmente duas: 1. legitimação formal, que fica assegurada pelo princípio da estrita legalidade (sobretudo penal) e da sujeição do juiz somente à lei; 2. legitimação substancial, que consiste na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁴. Nessa perspectiva, cabe ao Poder Judiciário a função de interpretar e aplicar as regras legais, mantendo-se fiel à lei e, principalmente, à Constituição Federal. A impossibilidade do juiz se afastar da vinculação legal é uma das premissas de sua legitimidade, assim como a garantia dos direitos fundamentais.

Na Espanha, reconhece-se a legitimação democrática do Poder Judiciário em razão de seu exercício.

Nuria Belloso Martín evidencia três teorias: “La primeira se basa em la legitimación através del proceso(...). La segunda se basa em la sumisión del Juez a la ley e independencia judicial. La tercera, em la legitimación de los Jueces y Magistrados por la Constitución”¹⁵

Mauro Cappelletti também refuta a assertiva da carência de legitimidade democrática da Jurisdição e aponta vários argumentos favoráveis a sua tese.

Dentre eles, lembra que os juízes são obrigados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões. Enfatiza que:

Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras “declarações” do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representa, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria deles), não expostos a tal fiscalização continuada do público¹⁶.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito. São Paulo: RT, 1997, p. 120.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías apud. GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 120.

¹⁵ BELLOSO. Martín Nuria. El control democrático del Poder Judicial en Espana. Curitiba: Universidade de Burgos/ Moinho do Verbo, 1999, p. 58.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 98/99.

Outro aspecto ressaltado por Mauro Cappelletti consiste na participação direta dos interessados no processo que culminará com a decisão judicial, o que confere ares democráticos à decisão. Nesse ponto, a argumentação se aproxima bastante da teoria de Luhmann sobre o processo como elemento legitimador.

A necessidade ainda de julgar o caso concreto, não podendo atuar senão a pedido da parte, também garante a legitimidade democrática da função judiciária.

Pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais¹⁷.

Por último, o jurista italiano assinala que a democracia não pode prescindir de um sistema que assegure as liberdades fundamentais e elimine a concentração do poder nas mãos de representantes da maioria. Um Judiciário independente dos desejos, talvez momentâneos, da maioria pode dar uma grande contribuição à democracia, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos¹⁸.

À toda evidência, portanto, que o Poder Judiciário, ao conter o agigantamento dos poderes políticos e impedir eventuais abusos dos demais poderes, exerce função democrática. “Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário”¹⁹.

A independência judicial é característica imprescindível no exercício de uma das funções da soberania e o fortalecimento do judiciário tem sido uma das exigências do constitucionalismo em sua luta para limitar o poder.

Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que a legitimidade democrática não é julgada unicamente pela origem, mas “o prioritário no judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática”²⁰.

Infere-se de todo o exposto que existem vários aspectos legitimadores da atuação do Poder Judiciário que se referem tanto à forma quanto ao conteúdo da atividade jurisdicional. Questionar a legitimidade da Jurisdição porque seus membros não são eleitos pelo povo é um

¹⁷ Idem. p. 105.

¹⁸ Idem, p. 107.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995, p. 43.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 44.

reducionismo que não resiste a um estudo detalhado da Constituição Federal e é ignorar sua funcionalidade democrática.

Importante ressaltar, para fins do presente trabalho, o papel de controle dos poderes políticos e da garantia do direito das minorias. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário impede que o Estado se perverta em uma autêntica “ditadura parlamentar da maioria”²¹ e freia um eventual protagonismo parlamentar que colida com o princípio republicano.

Não se pode conceber a democracia unicamente como vontade da maioria. O conceito que predomina atualmente é o de pluralismo, não um unitarismo da maioria. Com base nessa falsa premissa, propaga-se a idéia, que quase chega a ser considerada por muitos como um dogma, de que a impugnação de atos do Poder Público por um único cidadão é ilegítima e não corresponde ao conceito de democracia. O que essa tese preconiza é exatamente a submissão à vontade da maioria. Eis aqui ao que se pretende reduzir a democracia: “maioria”²².

Na realidade, a democracia não se alimenta apenas de consensos e unanimidades, mas do entrechoque de opiniões, da convivência dos contrários e da livre expressão de pensamentos, concordantes ou não. Só assim se preserva o ideal democrático e foge-se ao canto de sereia da tentação totalitária²³.

Nesse contexto, é que o Poder Judiciário, por não ter os seus membros escolhidos pela via eleitoral, não necessita levar em consideração se sua decisão satisfaz ou não a vontade de uma certa parcela da sociedade. O juiz deve pautar sua decisão de acordo com os princípios albergados pela Constituição, mesmo que esses princípios dêem guarida às pretensões de uma minoria da sociedade²⁴.

Na esteira desse entendimento, colhe-se a lição de Geraldo Ataliba:

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas

²¹ A expressão de Otto Kimminich apud NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 58.

²² TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 419.

²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justiça e Pluralismo. In: Poder Judiciário: flagrantes institucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

²⁴ Sob outro enfoque, mas com o mesmo fundamento de defesa das minorias, pode-se mencionar as decisões do STF determinando a instalação de CPI. Conforme assentado em um dos acórdãos da lavra do Min. Celso de Mello: “Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares” (MS/DF 24831. Rel. Min. Celso de Mello. Julg: 22.06.2005).

devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos.

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional.

Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição, e os por ela repelidos. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio.

Assim é em todos os países democráticos, que podem ser qualificados como estados de direito²⁵.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo se pautam por valores diversos ao Poder Judiciário. O juiz, ao contrário do político, exerce função técnica e não deve agradar as maiorias (busca de votos) ou julgar de acordo com conveniências políticas. “A falta de um judiciário adequado para esta tarefa é suscetível de provocar uma grave insegurança jurídica, com o conseqüente perigo à democracia”²⁶. Daí ser imperativo que os membros do Poder Judiciário não sejam acometidos por pretensões políticas ou suas decisões sofram influxos de pressões político-partidárias.

4. A proibição de politização partidária

Com a finalidade de resguardar sua independência, a Constituição Federal prevê a impossibilidade de o juiz participar de partidos políticos.

Dispõe o art. 95, parágrafo único, inciso III, *in verbis*:

“Art. 95(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

(...) III. dedicar-se à atividade político-partidária”.

É cristalina, destarte, a orientação do nosso constituinte ao não permitir que os juízes se envolvam em questões político-partidárias, preservando-o do jogo de disputas eleitorais na busca de cargos dos demais poderes. De acordo com o constitucionalista espanhol Pedro de Vega, “não é o mais desejável para a Magistratura que menosprezando seus papéis e funções, desça à arena da discussão e confrontação política (partidária)”²⁷.

²⁵ ATALIBA, Geraldo apud NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 58.

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. 32.

²⁷ VEGA, Pedro. El sol apud GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 48.

Não resta dúvida que é ilícito ao juiz exercer militância político-partidária, isto é, praticar atos relacionados com os partidos ou associações políticos. Isso não significa a imposição de neutralidade.

A neutralidade é incompatível com a atividade jurisdicional que se constitui precipuamente de aplicar normas, que se inspiram em valores e expressão de poder. José de Albuquerque Rocha, sobre a neutralidade, diz que: “Se do ponto de vista axiológico inexistente neutralidade, do ponto de vista do direito positivo não há nada obrigando o juiz a ser neutro político-ideologicamente, já que isto seria exigir um comportamento sobre-humano do juiz, a tornar a norma ineficaz”²⁸.

Não se deve confundir, ainda, a função política do Poder Judiciário com atividade política do juiz. Às vezes se cai na ilusão de pensar que a política se restringe à disputa eleitoral dos cargos do Estado²⁹. Evidentemente, a função política da jurisdição advém do fato de que os juízes são componentes de um poder de Estado, de mesma estatura que os Poderes Executivo e Legislativo.

A proibição da participação de juízes em partidos políticos é coerente com a tradição brasileira que nunca admitiu eleição direta para o cargo de juiz. Mesmo assim, as interferências políticas dos demais poderes no Poder Judiciário sempre representaram uma mácula na sua atuação independente.

Andrei Koerner relata que, no Poder Judicial na época do Império, a nomeação para um cargo judiciário era a forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial. Para os bacharéis cujas famílias não possuíam influência suficiente para ingressá-los diretamente na política, a magistratura era uma alternativa para o início da carreira.

A magistratura, naquela época, era apenas o primeiro degrau para o ingresso na vida política. Através desse primeiro cargo, avaliava-se a fidelidade partidária do juiz e, caso ele se mostrasse confiável, poderia ser promovido a um cargo político.

Relata Andrei Koerner que:

A partir de sua nomeação para juiz municipal, o jovem bacharel tinha diversas possibilidades, como a nomeação para juiz de direito, a eleição para a assembléia provincial ou para a câmara, que poderia acumular com um cargo de juiz de direito. Se não conseguisse eleger-se, poderia continuar na carreira de magistrado. A nomeação ou remoção de magistrados serviam ao governo tanto como preparação para os processos eleitorais, quanto para premiar amigos cooptar aliados promissores. Por não ser proibida a atividade político-partidária dos juízes,

²⁸ ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário in FARIA, José Eduardo (org.) Direito e Justiça – A função social do Judiciário. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 123.

era comum que ocupassem mais de um cargo simultaneamente. Havia forte presença de magistrados em cargos eletivos e de nomeação dos outros poderes³⁰.

Para se tentar acabar com essas promiscuidades dos poderes de triste memória, a Constituição Federal agiu com extremo acerto ao proibir a atividade político-partidária aos juízes.

Na realidade, o distanciamento do juiz com o jogo político-partidário visa a manter um dos mecanismos mais importantes de sua legitimação democrática, qual seja, o controle dos outros poderes do Estado.

Celso Campilongo faz alerta sobre o perigo que ronda a legitimação democrática da jurisdição caso haja uma substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política³¹. Em outra obra, o autor reforça essa impressão, ao formular a seguinte questão: O que mantém, social e politicamente, o Estado do Direito? Na seqüência, a resposta: “Identidade na formação profissional, comunhão de valores éticos e técnicos, prestígio social em comum em um sistema de controle das decisões exercido por colegas permitiram que a atividade jurisdicional fosse desempenhada com relativa autonomia e livre de injunções políticas”³².

Mais uma vez está patente que é essencial para o Estado Democrático de Direito o desempenho da jurisdição com autonomia e livre de injunções políticas.

José Reinaldo de Lima Lopes também avalia que o mecanismo de legitimação do Judiciário via controle dos demais órgãos do Estado exige que o juiz não esteja sujeito à vontade do Parlamento ou dos presidentes do governo. Para ele: “Esse afastamento do Judiciário, afastamento institucional com relação aos outros órgãos do Estado, é fundamento de sua legitimidade”³³.

Ora, é evidente que para o sucesso deste afastamento é de fundamental importância que os agentes do Poder Judiciário não se envolvam em questões políticas.

Por mais que exista a imparcialidade, a decisão judicial somente é legítima na sua plenitude se o julgador estiver também despido de qualquer interesse político-partidário relacionado ao caso.

Como já dito anteriormente, o Poder Judiciário brasileiro deve ser visto como legítimo órgão estatal que, nos termos da Constituição Federal, exerce uma importante função

³⁰KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 46.

³¹CAMPILONGO, Celso in GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 47.

³²CAMPILONGO, Celso. *Magistratura, sistema jurídico e político* in FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Justiça – A função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 116.

³³LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.* p. 136.

democratizadora da sociedade, na medida em que não está obrigado julgar conforme determinadas “tendências políticas”³⁴ ou atender aos interesses de uma maioria. Essa legitimidade, entretanto, se desvanece quando o juiz está amarrado, de alguma forma, com as tais tendências políticas.

5. Referências bibliográficas

BELLOSO, Martín Nuria. **El control democrático del Poder Judicial en España**. Curitiba: Universidade de Burgos/ Moinho do Verbo, 1999.

CAMPILONGO, Celso. **Magistratura, sistema jurídico e político** in FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Justiça – A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

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

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Justiça e pluralismo**. In: **Poder Judiciário: flagrantes institucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 1997.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A função política do poder judiciário** in FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Justiça – A função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo – Direito natural, democracia e jurisprudência**, 1ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária Ltda, 1992.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

³⁴ NOJIRI, Sérgio. Op. cit. p. 61.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**. São Paulo: Malheiros.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995.

A REVISÃO CONTRATUAL *EX OFFICIO*: QUESTÕES ATUAIS

Humberto Martins¹

SUMÁRIO - § 1. A revisão judicial e as espécies contratuais. § 2. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. § 3. A revisão contratual *ex officio* e suas implicações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Direito do Consumidor- Revisão – Contrato — *Ex officio*.

RESUMO – A decisão judicial sobre cláusula de contrato deve considerar a natureza da relação jurídica. A proteção ao consumidor não pode ser confundida com a possibilidade de julgamento sobre cláusula sem que o autor tenha requerido o pronunciamento judicial.

§1. A revisão judicial e as espécies contratuais

Um dos problemas que mais afetam a dogmática e a jurisprudência no Direito dos Contratos está na revisão *ex officio* das cláusulas dos negócios jurídicos.

A revisão contratual exige, de início, que se estabeleça uma *suma divisio*, antes do exame da espécie a ser analisada em juízo. Essa distinção exige o conhecimento sobre a natureza do contrato, se cível ou se de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça, após longo debate, tomou uma posição sobre a polêmica entre as Escolas Maximalista e Minimalista.

O maximalismo, também conhecido por Escola Jurídica ou Escola Objetiva, prega a tese da *interpretação abrangente das relações de consumo*. Essa escola “baseia-se no ato de consumo, desconsiderando afetações de caráter subjetivo quanto ao consumidor atuar ou não profissionalmente. A aquisição ou o uso de bens ou serviços para o destinatário final fático caracteriza o liame de consumo, permitindo a incidência das normas protetivas.”² Essa linha era adotada na Primeira e na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.³⁻⁴

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 197.

³ “Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes.

1. A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi

O minimalismo, ainda conhecido por Escola Econômica ou Subjetiva, que tinha o sufrágio da Quarta e da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restringe o conceito de consumidor à idéia de *destinatário final*, desvinculando-o da atividade lucrativa e do repasse de bens no tráfego jurídico.⁵⁻⁶ Em suma, prevalece o juízo de que, se todos são consumidores,

utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.

2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos.

3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 208793/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.11.1999, DJ 01.08.2000 p. 264).

⁴ “ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA.

RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados.

2. A empresa utiliza o produto como consumidora final.

3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art.42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.”

(REsp 263229/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.11.2000, DJ 09.04.2001 p. 332)

⁵ “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. REDISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E POSTO REVENDEDOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA LEI DE PATENTES E DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, INC. II E 535, TODOS DO CPC NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CONSUMIDOR FINAL, NO ÂMBITO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL IMPUGNADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI DO INQUILINATO (LEI n. 8245/91). LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RELATIVAS AO ALUGUEL E À EXCLUSIVIDADE DE REVENDA DE PRODUTOS RECONHECIDA. ERRO SUBSTANCIAL INEXISTENTE. PRÁTICA, ADEMAIS, QUE NÃO IMPLICA EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Quanto às alegadas violações à Lei de Patentes, bem como à Lei de Introdução ao Código Civil, não é cognoscível o recurso especial, porque ausente o requisito do prequestionamento. Incidência, na espécie, do enunciado n. 211 da Súmula desta Corte Superior.

A nulificação do aresto *a quo*, ante sua suposta falta de fundamentação adequada ou da existência de vício de contradição não há de ser declarada haja vista ter o Tribunal de origem apreciado a controvérsia observando os lindes da *quaestio* de direito que lhe foi apresentada, julgando-a de maneira completa e satisfatória.

O posto revendedor de combustível recorrido não se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º, caput, do CDC), haja vista estar o contrato que celebrou com recorrente vinculado à sua atividade lucrativa, motivo porque inaplicável, enfim, nas relações que mantém entre si, o disposto do Código de Defesa do Consumidor. A incidir, *in casu*, as normas da Lei do Inquilinato, reconhecida a relação jurídica advinda de um contrato de locação firmado entre Shell do Brasil e Auto Posto Kakareco V.

Uma vez transmudada, por este colendo Pretório, a qualificação jurídica dos fatos, o seu apreciar, sob o novo enfoque, torna-se indispensável. Não há que se confundir a inadmissibilidade do recurso especial, para fins de reexame de fatos e provas, o que vedado pela Súmula n. 7/STJ, com o seu exame quando conclui este Superior Tribunal, que se equivocou a Corte ordinária na aplicação do direito.

O erro substancial alegado, no tocante às cláusulas contratuais impugnadas jamais existiu e, demais disso, frente ao cumprimento do pactuado durante anos, consubstancia-se a reiteração dos atos de pagamento do aluguel, em manifesta concordância com aquelas e, ainda, com o completo conhecimento, por parte do Auto Posto Kakareco V, de sua significância e das conseqüências delas advindas.

termina-se por ninguém o ser, dada a excessiva proteção a um segmento excessivamente amplo de pessoas.⁷

A uniformização da jurisprudência quanto a esse importante tema ocorreu em 2004. Em um primeiro momento, no julgamento do Conflito de Competência 41.056/SP, prevaleceu a Escola Maximalista, porém, de forma mitigada. O caso dizia respeito a seguinte tese: Uma farmácia pode ser tida como *consumidora* em relação a uma operadora de cartões de crédito? A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça compreendeu que sim, guardadas as peculiaridades do caso. Transcrevo a ementa, que é bem explicativa quanto ao resultado da atividade hermenêutica desse órgão fracionário:

“Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição.

Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição,

Deve o locatário manter a destinação do imóvel, na forma prevista contratualmente (art. 17 da Lei n. 8245/91) e, tendo a Shell do Brasil alugado sua propriedade com o fito específico de que fosse utilizada para a revenda de combustíveis e outros produtos por ela distribuídos não pode o locatário, a seu bel prazer, dele se utilizar para o comércio de marcas e produtos diversos.

Por fim, a prática que vem sendo adotada pelas empresas distribuidoras, revelada nestes autos vem, ao reverso do sustentado na sentença, a colaborar com os objetivos das políticas nacionais “para o aproveitamento racional das fontes de energia”, apresentados pela Lei n. 9478/97, à medida que protege os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1º, inc. III). Não se pode negar que a chamada 'quebra de bandeira' confunde o consumidor final e torna mais difícil o controle da origem dos combustíveis, favorecendo as empresas que praticam a atividade de distribuição ilegalmente.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(REsp 475220/GO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 24.06.2003, DJ 15.09.2003 p. 414)

⁶ “MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

- Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp 218505/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 16.09.1999, DJ 14.02.2000 p. 41)

⁷ “A primeira, que segue o entendimento denominado *escola subjetiva*, segundo a qual, ao se verificar que o destinatário final de um produto ou serviço exerça atividade econômica, civil ou empresária, não poderia ser qualificado como consumidor, porque o produto ou serviço por ele adquirido integraria, ainda que de maneira indireta a sua cadeia produtiva.” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 29, p. 1-11, maio/ago. 2004.)

no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.”⁸

Todavia, no mesmo ano, precisamente em 10.11.2004, a Segunda Seção reformulou essa ordem de conceitos e passou a adotar, de forma moderada, a teoria minimalista. Essa virada na jurisprudência ocorreu no julgamento do Recurso Especial 541.867/BA, quando prevaleceu a divergência suscitada pelo Ministro Barros Monteiro.⁹

Interessa extrair do voto-condutor alguns fundamentos.¹⁰ Segundo esse, a relação entre a operadora de cartão de crédito e o titular da cártula eletrônica dá-se ao nível de um vínculo de “consumo intermediário”: “Vale dizer, a pessoa natural ou jurídica comerciante emprega o sistema de crédito ou de pagamento à vista por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, como forma de incrementar suas atividades comerciais.” Dessa forma, o uso do cartão, em tais condições, é indissociável do objetivo de “facilitar a prestação de serviços a seus clientes, até mesmo com a finalidade de ampliar os lucros.”

A idéia central estava em que o Código de Defesa do Consumidor não visava à proteção do empresário, no exercício de seu mister comercial, quando atua em prol de sua atividade negocial específica. Em outras palavras: “O produto adquirido não se destina ao consumo próprio, daí por que inexistente a relação de consumo a atrair a competência da vara especializada”.¹¹

⁸ CC 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.06.2004, DJ 20.09.2004 p. 181.

⁹ “COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.”

(REsp 541.867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10.11.2004, DJ 16.05.2005 p. 227)

¹⁰ Os trechos foram extraídos de RSTJ 200/260.

¹¹ Em estudo sobre a matéria, Otavio Luiz Rodrigues Junior (**Op. cit.** p.199) anotou que, a despeito das posições do Superior Tribunal de Justiça, havia decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido divergente, o que favorecia a continuidade da polêmica:

“Todavia, o pleno do Supremo Tribunal Federal, na Sentença Estrangeira Contestada no 5.847-1, julgada em 1º-12-1999, rel. o Sr. Min. MAURÍCIO CORRÊA, pronunciou que ‘o Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu art. 2º, aplica-se somente a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. Exclui-se do direito especial a relação jurídica submetida à *Lex Mercatoria*, além de se ter afastado o Código do Consumidor às importações de bens para revenda no mercado interno. (...) Ante esse

Posteriormente, em outros prejulgados, a Segunda Seção tem reafirmado a tese econômico-minimalista, em sua feição mitigada. Assim, decidiu-se que: *a)* não há relação de consumo em “contrato de financiamento para incrementação da atividade econômica de empresa”, pois os mutuários “não são considerados destinatários finais, afastando-se assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor”;¹² *b)* “hospital adquirente do equipamento médico não se utiliza do mesmo como destinatário final, mas para desenvolvimento de sua própria atividade negocial; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada, pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, ausente a relação de consumo, afasta-se a incidência do CDC, não se havendo falar em abusividade de cláusula de eleição de foro livremente pactuada pelas partes, em atenção ao princípio da autonomia volitiva dos contratantes”.¹³

estado de indefinição ainda grassante, reserva-se à doutrina a importante função de vetor hermenêutico. Sob o prisma científico, é indisputável a maior firmeza teórica da escola subjetiva, especialmente por valorizar o consumidor na medida em que restringe seu conceito. A inexistência de limites rígidos entre o direito comum e o direito especial ensejará tão-somente insegurança jurídica e descaracterização do fim protetivo do Direito do Consumidor.”

¹² (CC 39.666/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26.10.2005, DJ 02.03.2006 p. 135).

¹³ “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO - EQUIPAMENTOS MÉDICOS - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - HIPOSSUFICIÊNCIA INEXISTENTE - FORO DE ELEIÇÃO - PREVALÊNCIA - ADITAMENTO AO INCIDENTE - AUTORIDADE JUDICIAL DIVERSA - INADMISSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor.

Concluiu-se que, mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência da adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito. Precedentes.

2. Na assentada do dia 10.11.2004, porém, ao julgar o REsp nº 541.867/BA, a Segunda Seção, quanto à conceituação de consumidor e, pois, à caracterização de relação de consumo, adotou a interpretação finalista, consoante a qual reputa-se imprescindível que a destinação final a ser dada a um produto/serviço seja entendida como econômica, é dizer, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive a incrementação de atividade profissional lucrativa.

3. *In casu*, o hospital adquirente do equipamento médico não se utiliza do mesmo como destinatário final, mas para desenvolvimento de sua própria atividade negocial; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada, pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, ausente a relação de consumo, afasta-se a incidência do CDC, não se havendo falar em abusividade de cláusula de eleição de foro livremente pactuada pelas partes, em atenção ao princípio da autonomia volitiva dos contratantes.

4. ‘O aditamento da inicial para incluir ação ou autoridade judicial anteriormente não relacionada, ainda que incogitáveis à época, não tem lugar após a decisão liminar, em que delimitado o alcance provisório das atribuições dos Juízos envolvidos. Precedente.’ (CC 40.451/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJU 18.10.2004) 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do d. Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP.”

Estabelecida essa distinção entre *relações de consumo* e *relações de direito privado comum*, interessa resolver o problema da intervenção judicial *ex officio* para revisão de cláusulas contratuais.

§2. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

A revisão contratual, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, está vinculada à conservação do *sinagma genético* e ao *sinagma funcional*, conforme as categorias clássicas do Direito Privado.¹⁴ De modo objetivo, as normas consumeristas permitem que o juiz intervenha no negócio jurídico para “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, inciso V, CDC)¹⁵.

Em relação ao Código Civil, a *sedes materiae* da estabilidade do sinalagma funcional encontra-se nos arts. 478-480, que conjugam as teorias da *imprevisão* e da *onerosidade excessiva* para reger a intervenção do juiz no contrato. A interpretação literal do art. 478 induz que se conclua estar limitado o julgador à *resolução do contrato por onerosidade excessiva*.¹⁶ No entanto, a dogmática conferiu a esse dispositivo um sentido mais amplo, que compreende as hipóteses de: (a) resolver ou (b) revisar o contrato, desde que presentes os requisitos necessários à incidência do art. 478.¹⁷ Essa óptica obedece ainda à trajetória das construções pretorianas brasileiras, das mais antigas às contemporâneas.¹⁸⁻¹⁹

(CC 46.747/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.03.2006, DJ 20.03.2006 p. 189)

¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 299.

¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Op. cit.** p.205.

¹⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Op. cit.** p.163. Na doutrina estrangeira: FERREIRA, Durval. **Erro negocial: objecto, motivos, base negocial e alterações de circunstâncias**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.103; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 1984. p.273.

¹⁸ O contrato pode ser revisto pelo juiz reduzindo as obrigações, estabelecendo o equilíbrio econômico entre as partes, mas a revisão dos contratos só deve ser estabelecida em determinadas condições” (Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal. AC no 3.147, rel. o Sr. Juiz A. SABÓIA LIMA. j. 28-8-1943. In: AJ 68/344). No mesmo sentido: RF 97/111.

¹⁹ “CONTRATO – Revisão contratual – Instrumento particular de confissão e reescalonamento de dívida – Pretendida aplicação da cláusula rebus sic stantibus, fundada na imprevisão em virtude de alterações na economia – Inadmissibilidade – Circunstância de o país ter enfrentado diversos planos econômicos, que afasta a imprevisibilidade desses fenômenos na economia brasileira” (1º TACivSP. AC nº 813.819-0 – 12a Câmara. – j. 26-9-2000 – rel. o Sr. Juiz ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA).

Ressalte-se que, em muitas dessas decisões, seu fundamento consistia na admissão de estarem presentes os requisitos da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, algumas vezes erroneamente confundida com a teoria da imprevisão.

É sintomático quanto à evolução da hermenêutica em torno do art. 478 que se vislumbre em seu teor, conquanto não se trate expressamente da atividade resivional em seu texto, da preeminência da atividade de *revisão* sobre a *resolutiva*. Nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou-se um enunciado específico, que reforça essa idéia: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.²⁰

No respeitante ao sinalagma genético, o Código Civil dele ocupou-se nos arts. 157 e 158, respectivamente alusivos ao estado de perigo e à lesão. Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, o direito comum exige para essas duas figuras jurídicas a presença de requisitos subjetivos. Ao estado de perigo é necessária a prova do *estado de necessidade*, somado ao *dolo de aproveitamento*.²¹ A lesão, outrossim, exige a *premente necessidade* ou a *inexperiência da parte*. Quanto aos efeitos da sentença, o estado de perigo comporta exclusivamente a anulação do negócio. A lesão, porém, contempla a abertura para que o réu se ofereça para modificar o equilíbrio das prestações.²² A melhor doutrina, de um modo geral, preleciona que não se pode *revisar* contratos eivados do defeito do art. 156 do Código Civil.²³

§3. A revisão contratual *ex officio* e suas implicações jurídicas

Após as delimitações teóricas sobre os dois principais regimes jurídicos da

²⁰ Enunciado CJF n.176.

²¹ “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

²² “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4, t. 1.p.301; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Op. cit.** p.108-113 .

contratação privada (*cível e consumerista*), apresentaram-se as diferentes formas legalmente previstas para a manutenção do sinalagma contratual. Resta, por fim, enfrentar o problema do modo como o juiz se relaciona com essas pretensões.

O Superior Tribunal de Justiça, especialmente nas ações envolvendo liames de consumo, em um primeiro momento, decidiu-se pela ampla revisibilidade das cláusulas contratuais. Esses juízos eram alicerçados na idéia de que a natureza abusiva das convenções permitia ao magistrado interferir na avença, independentemente de provocação da parte.²⁴ O abuso convertia-se em nulo.²⁵

Problemas de índole processual, como a incidência do princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) ou da eficácia devolutiva dos recursos (*tantum devolutum, quantum appellatum*) eram afastados pela Corte, sob o influxo de que a abusividade da cláusula revestia-se de caráter de ordem pública: “os precedentes deste STJ, que se firmaram no sentido de que é possível ao juiz reconhecer, de ofício, o caráter abusivo de cláusulas contratuais, anulando-as, por se tratar, nos termos do art. 51, IV, do CDC, de nulidade de pleno direito.”²⁶

Na verdade, essa hermenêutica parece ter sido causada por uma migração do problema da análise da cláusula de foro de eleição, prevista no art. 112, CPC, em seu texto primitivo. O Superior Tribunal de Justiça, de muito antes, havia relativizado a força da autonomia da vontade, quando as partes escolhiam o foro competente para interpretar o

²⁴ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. NÃO INCIDÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITE MÁXIMO. TAXA DE JUROS DO CONTRATO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. REVISÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção desta Corte entende cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal, para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000 - data da primitiva publicação do art. 5º da MP 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001 -, desde que pactuada, requisito in casu inexistente, obstando, pois, o seu deferimento.

2. A limitação máxima da comissão de permanência à taxa de juros remuneratórios do próprio contrato não enseja nenhuma ilegalidade ou irregularidade, estando, aliás, em consonância com o leading case sobre o assunto (Resp 271.214/RS), em que foi pacificada pela Segunda Seção.

3. O STJ tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV do CDC. Nesse sentido: RESP 248.155/SP, in DJ de 07.08.2000 e RESP 503.831/RS, in DJ de 05.06.2003.

4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 655443/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05.04.2005, DJ 02.05.2005 p. 372)

²⁵ “Pode o Juiz, de ofício, reconhecer a nulidade de cláusula contratual considerada abusiva, por se tratar, nos termos do CDC, de nulidade de pleno direito” (RESP 503831, decisão, Ministra NANCY ANDRIGHI, 05.06.2003).

²⁶ REsp 248.155/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU 7.8.2000; REsp 90162/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU 24.6.1996.

negócio.²⁷ Hipóteses como contratos de adesão, hipossuficiência da parte²⁸, cláusulas escritas em letras minúsculas ou escolha de foro que inviabilize o exercício do direito de ação²⁹ eram tidas como *causais* ao efeito de ser anulada *ex officio* a convenção das partes, quanto ao juízo competente.

A essa ampliação excessiva, a Corte mostrou-se corretamente equilibrada e procedeu a uma necessária virada em sua jurisprudência, sob a égide de precedentes como o brilhantemente relatado pelo Ministro César Asfor Rocha.³⁰ O caso-líder é o Resp n.541.153/RS. Na espécie, analisava-se um contrato de arrendamento mercantil, discutido em ação revisional. O relator, atentando para os óbices processuais do art. 515, CPC, definiu ser inviável ao Poder Judiciário reduzir *ex officio* o valor de juros, sem requerimento da parte.³¹

²⁷ “PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

- Na linha da jurisprudência da Segunda Seção, o juiz pode declinar de ofício de sua competência ao reconhecer o caráter abusivo da cláusula de eleição de foro com base no Código de Defesa do Consumidor.”

(REsp 403.486/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06.06.2002, DJ 12.08.2002 p. 221)

²⁸ “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Competência territorial. Foro de eleição. Cláusula abusiva.

O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o Juízo do foro do domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitante.” (CC 19301/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11.11.1998, DJ 17.02.1999 p. 108)

²⁹ “Não prevalece o foro contratual de eleição, se configurada que tal indicação, longe de constituir-se uma livre escolha, mas mera adesão a cláusula pré-estabelecida pela instituição mutuante, implica em dificultar a defesa da parte contrária, em face dos ônus que terá para acompanhar o processo em local distante daquele em que tem sua sede, prevalecendo o local onde foi celebrado o mútuo, no município vizinho do autor e sede da comarca.” (CC 31408/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26.09.2001, DJ 04.02.2002 p. 266).

³⁰ “Em uma notável virada jurisprudencial a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, forte em voto do Sr. Min. ASFOR ROCHA, pacificou a orientação de que é impossível o exame *ex officio* de disposições contratuais. Ressalvadas as questões puramente processuais, que devem ser conhecidas oficiosamente, o relator mui corretamente preservou a necessidade do respeito à inércia judicial. Com maior causa, o princípio da revisão *ex officio*, é inaplicável aos contratos submetidos ao direito comum. O caráter paritético das relações cíveis não pode sucumbir à salvaguarda excessiva dos interesses de uma das partes. O pedido certo e o prequestionamento são mecanismos processuais típicos de uma relação isonômica entre os contendentes. O Poder Judiciário não se pode demitir de sua imparcialidade ao fito de proteger um litigante que não é, por lei, tido como vulnerável em face de seu *ex adverso*.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Op. cit.** p.125).

³¹ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL.

- Descaracterização do contrato. Incidência do verbete n. 293 da Súmula/STJ.

- Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem.

Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio "tantum devolutum quantum appellatum." Precedentes.

- Não estando as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período (REsp's ns. 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS).

Ao exemplo do que firmou o relator:

“A capitalização mensal, matéria acerca da qual não houve exame de ofício, é de ser inadmitida na hipótese. Isso porque, embora a orientação firmada na Segunda Seção a partir do julgamento do Resp 602.068-RS (relator o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21.03.2005) seja no sentido de que é possível a pactuação de capitalização mensal, essa contratação só é admitida para contratos firmados posteriormente à edição da MP 1963.”³²

Posteriormente, as emanações da Segunda Seção adotaram esse critério de modo uniforme, criando um novo norte para os estudos dogmáticos.³³ O Ministro Massami Uyeda, a esse propósito, confirma a nova orientação do STJ: “O entendimento mais recente desta egrégia Corte é no sentido da impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada.”³⁴

No que tange ao *Direito do Consumidor*, as construções do STJ não fazem qualquer discrimen. A hipossuficiência do consumidor não será causa para interferência *ex officio* do magistrado.³⁵ Com maior razão e fundamento, no Direito Civil, no qual se presume a igualdade das partes, é de ser vedado esse atuar jurisdicional.

A evolução do Direito no século XXI exige do magistrado a necessária percepção de que as conquistas sociais devem ser contempladas à luz da realidade contemporânea. O excesso de intervenção judicial pode ocasionar um aumento excessivo do custo das relações jurídico-econômicas. As restrições à revisão *ex officio* de cláusulas contratuais inserem-se nesse contexto.

- Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese.

- Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.”

(REsp 541153/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.06.2005, DJ 14.09.2005 p. 189)

³² RSTJ 197/245.

³³ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. A jurisprudência da Segunda Seção consolidou-se no sentido de que fere o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* a revisão, de ofício, pelo juiz, de cláusulas contratuais que não foram objeto de recurso (REsp nº 541.153, RS, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 14.09.2005). Agravo regimental não provido.”

(AgRg nos EREsp 801.421/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14.03.2007, DJ 16.04.2007 p. 164)

³⁴ REsp 933658, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, decisão monocrática, DJ de 29.05.2007.

³⁵ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO DE OFÍCIO DO CONTRATO, PARA ANULAR AS CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA 2ª SEÇÃO.

- Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC.”

(EResp 702.524/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.03.2006, DJ 09.10.2006 p. 256).

Neoliberalismo, Globalização, Economia e Comunicação

Joatan Marcos de Carvalho*

1. Introdução. 2. Considerações abreviadas sobre os “sistemas econômicos”. 3. Considerações sobre a “noção e objeto da economia política”. 4. Breves considerações sobre o neoliberalismo. 5. Opiniões escolhidas sobre os “meios de comunicação”. 6. Alguns enfoques sobre os elementos em questão: economia, neoliberalismo e comunicação. 7. Conclusões.

O objetivo deste trabalho é fazer, principalmente, a partir da bibliografia do Professor Avelãs Nunes e de suas exposições durante o curso¹, considerações relacionadas com a economia, o neoliberalismo a globalização e “comunicação social”.

Na primeira parte faz-se uma sucinta revisão da história econômica, fundada nos trabalhos do Professor Avelãs Nunes, especialmente, na obra “Os Sistemas Econômicos”, mas, também, considerando o seu trabalho “Noção e Objecto da Economia Política”; bem assim, em menor proporção seu estudo “Adam Smith e a Teoria da Distribuição do Rendimento”.

Em seguida apresenta-se uma breve versão, de caráter geral, e sem aprofundamento, dos conceitos comuns teóricos do neoliberalismo, com o objetivo de fixar a problemática que se quer analisar.

Na continuidade, passa-se à abordagem da questão da “comunicação social”, tratando opiniões conceituadas que permitem situar a problemática, a partir do enfoque que se quiz dar à análise, ou seja, da importância e indispensabilidade da “*mass media*”, no estabelecimento, disseminação e manutenção do neoliberalismo como doutrina oficial da globalização.

Segue-se, então, uma análise focada em várias opiniões que tratam da questão envolvendo neoliberalismo, política, economia, comunicação, e outras disciplinas afins, com o apoio de bibliografia formada por publicações e textos encontrados na *internet*.

Ao final, apresenta-se uma conclusão sintética, que resume as constatações que foram surgindo, desde o início do estudo e se consolidaram com a elaboração deste trabalho;

* Joatan Marcos de Carvalho é Juiz de Direito em Segundo Grau, do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹ Neste trabalho que primeiramente foi elaborado para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Núcleo de Pesquisa em Direito Econômico, Primeiro Semestre/2005, fez-se alguns acréscimos e modificações, visando à publicação, que ora acontece.

indicações que procuram determinar a linha de evolução do questionamento que aqui se pôs em causa.

2. Considerações abreviadas sobre os “sistemas econômicos”.

“As idéias dos economistas e dos filósofos políticos, tanto quando estão certos como quando estão errados, são muito mais poderosas de que normalmente se imagina. Na verdade, o mundo é governado quase que exclusivamente por elas. Homens práticos, que se julgam imunes a quaisquer influências intelectuais, geralmente são escravos de algum economista já falecido”.

John Maynard Keynes
“*The General Theory of
Employment Interest and Money*”

Uma abordagem da economia, ou melhor, do pensamento econômico, de uma forma sucinta como a que se objetiva com este trabalho, deve se pautar pelos estudos recentes, que abordam as variantes econômicas que tiveram maior relevância no passado.

Assim, desprezando-se considerações de menor significância, que foram desenvolvidas desde os tempos mais antigos, podemos afirmar que as especulações econômicas, que resultaram no desenvolvimento da análise econômica possuem uma origem relativamente recente, ou seja, a partir do século XVIII.

Muito embora a atividade econômica tenha ocorrido em todas as épocas da história, para a satisfação das necessidades humanas, é quase impossível isolar-se a economia, como estudo específico, antes dos séculos XV e XVI, em razão das dificuldades que representava a dominação do Estado e da Igreja; contribuía também para esta dificuldade os costumes, as crenças religiosas e filosóficas, e a incipiente e limitada atividade econômica à época.

Pode-se afirmar, de forma genérica, com apoio na maioria dos autores, que a evolução econômica da sociedade passou por uma fase de *comunismo primitivo*, após para o *esclavagismo*, daí para o *feudalismo*, e deste para o Capitalismo.²

Na fase do comunismo primitivo a atividade humana era muito rudimentar, mas inicia-se neste estágio o uso e a fabricação de ferramentas; e com a descoberta dos metais - e mais tarde a arte de trabalhá-los e de fazer ligas, opera-se a divisão do trabalho.

Com este nível de desenvolvimento, opera-se a produção de um *excedente*, que se transforma em objeto de trocas, entre os homens, iniciando-se assim a troca de mercadorias.

² A. J. Avelãs Nunes, *Os Sistemas Econômicos*, Coimbra, 1994, Separata do Boletim de Ciências Econômicas, Vol. XVI, p. 27.

Com a evolução que se estabeleceu e resultou no surgimento do *excedente*, criado majoritariamente pelo trabalho escravo, a comunidade primitiva foi destruída pelo progresso das técnicas, pela divisão do trabalho e pela consequência da divisão da sociedade em classes e o aparecimento do Estado.

Assim, teve início o “esclavagismo”, como modo de produção baseado na exploração do trabalho forçado da mão de obra escrava. Teria surgido nos vales do Nilo e na China e, mais tarde, esteve presente na Grécia e em Roma.

Muito embora este sistema econômico tenha proporcionado a produção de grandes *excedentes* e grandes acumulações de riquezas – o que propiciou um desenvolvimento econômico e cultural, nunca antes alcançado, como a construção de diques, canais de irrigação, pontes, fortificações e o desenvolvimento das artes e das letras, com a dominação da Grécia e, depois, o declínio de Roma, entrou em declínio.

Uma série de fatores, como o desinteresse dos escravos em aperfeiçoar o trabalho, pois, não lhes adviria nenhuma vantagem, a falência dos pequenos proprietários, por não terem possibilidade de competir com a produção dos senhores de escravos e as invasões dos bárbaros, fizeram com que principiasse o declínio do Império Romano (em 476) e tivesse início a estruturação do feudalismo.

O modo de produção feudal teve por característica fundamental a relação de servidão pessoal, muito embora, além dos servos havia os colonos, que trabalhavam alguns dias para os senhores e outros para si próprios.

Transparece claramente no estudo feito pelo Professor Avelãs Nunes³, seu entendimento de que o essencial, num sistema econômico, não se dá ao nível das relações de trocas e sim ao nível das relações de produção.

O modo de produção feudal principiou a sua desintegração com a fuga dos servos para as cidades; mas, segundo AVELÃS, o que fez ruir o feudalismo foi a sua ineficiência como modo de produção, perante as necessidades crescentes de rendimento por parte das classes senhoriais.

A transição para o capitalismo se dá com a acumulação primitiva de capital, que se operou com as cruzadas (séc. XII) e com o restabelecimento do comércio entre o Ocidente e o Oriente Próximo; surgiu assim uma nova classe de comerciantes que se apropriaram de parte dos produtos agrícolas que os servos entregavam aos seus senhores.

³ Avelãs Nunes, op.cit. p.46

Esse capital era emprestado de forma usurária aos camponeses, para que mantivessem suas produções e pagassem impostos e para os senhores da nobreza que tinham custos elevados para manterem os seus padrões de vida; esta nova realidade propiciou uma aproximação entre os grandes comerciantes, banqueiros e a nobreza.

Com os descobrimentos e o comércio mundial, passa-se à fase do capital mercantil. No século XV e XVI, surgiram e desenvolveram-se as utilizações de altos fornos, de metalurgia e a imprensa. Têm início as grandes navegações marítimas.

Segundo Marx, citado por AVELÃS⁴, “o comércio mundial e o mercado mundial abrem, no séc. XVI, a moderna história da vida do capital”. Os novos produtos vindo do “novo mundo”, açúcar, chá, café, tabaco, cacau, milho, especiarias, os escravos negros, tornaram próspero o comércio, que logo seria monopolizado por grandes sociedades por ações, como a Oost-Indische Companie, nos Países Baixos, a East India Company e a Hudson Bay Companie, na Inglaterra e a Compagnie des Indes Orientales, na França.

Com a exploração colonial, houve o que Marx chamou de “revolução dos preços”, que se deu pela afluência à Europa de tesouros fabulosos, que foram gastos com despesas suntuárias e em aventuras militares; dinheiro que beneficiou grandes mercadores e banqueiros, que se tornaram poderosos.

Com esse grande volume de riqueza o valor da prata e do ouro diminuiu em relação aos outros artigos de consumo; este foi um dos fatores que favoreceu o crescimento do capital e a ascensão da burguesia no séc. XVI. A verdadeira riqueza deixa de consistir na propriedade de terras para passar a residir na titularidade dos papéis de crédito; ações das sociedades anônimas, letras (câmbio – endosso) e títulos representativos de hipotecas.

A grande acumulação de capital por parte da nova burguesia comercial e a grande disponibilização de mão de obra, proveniente do abandono das terras dos senhores, pelos servos, o esgotamento das perspectivas de acumulação pela usura, entre outros fatores, torna necessária a busca de novas vias de produção, que a nova classe burguesa vai alcançar ao assegurar o controle dos meios de produção.⁵

Importa acentuar nesta fase, a Reforma, que Engels considerou como uma das três grandes e decisivas batalhas da burguesia contra o feudalismo; discute-se neste estágio a importância do protestantismo (MAX WEBER) no surgimento do “espírito capitalista”, e a revisão que os próprios teólogos cristãos já vinham desenvolvendo.

⁴ Avelãs Nunes, op. cit. p.60.

⁵ Avelãs Nunes, op. cit. p.69.

De qualquer modo a vida econômica passou a ter moral própria, autônoma da teologia católica, o que possibilitou à burguesia enriquecida um caminho aberto para a valorização desses capitais.

É, ainda, nos séc. XV e XVI que se inicia a constituição dos estados modernos na Europa, com os soberanos apoiando-se na burguesia, para o fortalecimento do grande comércio e da indústria capitalista que se iniciava.

Segundo AVELÃS⁶, “o capitalismo, porém, só se instalaria como sistema dominante quando a burguesia viesse a tomar o poder e realizasse o enquadramento político e jurídico que lhe permitisse aplicar na produção de capitais acumulados, a mão de obra disponível, desenvolvendo a indústria à margem dos obstáculos institucionais do feudalismo. Só então o capitalismo se afirmaria como um *modo de produção específico*”.

Parece não haver grandes divergências, como afirma AVELÃS⁷, de que a história do capitalismo pode ser dividida em três fases distintas; uma primeira fase do *capitalismo de concorrência*; uma segunda fase, de *capitalismo monopolista*; e uma terceira fase de *capitalismo monopolista de estado*.

O capitalismo de concorrência aplica-se à realidade econômica dos países onde a revolução industrial teve lugar (fins do séc. XVIII – XIX) e, efetivamente, caracterizou-se pela existência de um grande número de pequenas empresas; a livre concorrência entre elas e as condições para que essa concorrência se desenvolvesse.

O fenômeno da concentração capitalista e a conseqüente *monopolização* da economia, marca a fase do capitalismo monopolista, que tem início no final do séc. XX e se estende até a primeira Grande Guerra.

O período pode ser caracterizado por três elementos fundamentais: “concentração monopolista ao nível das empresas privadas, em vários dos mais importantes setores da economia; exportação de capitais privados e recrudescimento do colonialismo e a importância extraordinária do *capital financeiro*, que marca posição de relevo, tanto no processo de concentração, como no movimento de exportação de capitais e na exploração das colônias”.⁸

A partir da Primeira Grande Guerra teria início uma nova fase no desenvolvimento do capitalismo, que recebe dos autores vários nomes, mas que Avelãs Nunes prefere denominar como *Capitalismo Monopolista de Estado*.

⁶ Avelãs Nunes, op. cit. p.81.

⁷ Avelãs Nunes, op. cit. p. 155.

⁸ Avelãs Nunes, op. cit. p. 161.

Com a invasão do Estado na economia, agrega-se o elemento novo que “traduz uma transformação no modo de articulação da estrutura econômica com a estrutura política”⁹; o Estado passa a ser o grande operador econômico, de fundamental importância nas economias capitalistas. A função política do Estado tornou-se cada vez mais uma *política econômica*, o que justifica a denominação de Capitalismo Monopolista de Estado a essa fase do capitalismo.

O avanço ou o estágio mais recente do capitalismo sugeriu, a muitos estudiosos, a tese *da convergência dos sistemas*; a saber, do sistema capitalista e socialista. Para Avelãs Nunes, “o vício fundamental da teoria da convergência (ao sustentar a idéia da convergência num sistema misto de capitalismo e socialismo, a *meio caminho* entre os dois) consiste na falta de perspectiva do processo histórico de evolução dos modos de produção, encarando o problema dos sistemas como uma questão dependente de escolha da opção que se faça entre um leque de possibilidades”.¹⁰

A dificuldade que o Professor Avelãs Nunes enfrenta nesta questão da convergência dos sistemas, está diretamente fundada à sua concepção. Para ele as características essenciais do capitalismo estão ligadas à propriedade privada dos meios de produção e no recurso do trabalho assalariado; enquanto que no socialismo o fundamental é que os meios de produção pertencem à coletividade ou ao Estado.

3. Considerações sobre a “noção e objeto da economia política”.

A disciplina teria surgido como *economia política*, mas, a partir de 1890, com a 1ª. Edição dos *Principles of Economics*, de Alfred Marshall, generalizou-se a designação *Economics*.¹¹

Parece haver certo consenso que inexistente um paradigma autônomo do que seria a Economia Política, de forma que se deve admitir, não uma economia política homogênea, mas várias economias políticas. É certo, entretanto, que atualmente a economia política caracteriza-se por uma atitude crítica perante a *mainstream economics*, especialmente no que toca à sua pretensão de ser uma “ciência pura”.

Dúvida não existe, entretanto, que existem dois enfoques: o dos que defendem a *perspectiva clássico-marxistas*; que se inicia com os fisiocratas, passa por Smith e Ricardo e

⁹ Avelãs Nunes, op. cit. p. 178.

¹⁰ Avelãs Nunes, op. cit. p.210.

¹¹ Avelãs Nunes, “*Noção e Objecto da Economia Política*”, Almedina, Coimbra 1996, p. 5.

desemboca em Marx; e o da *perspectiva subjetivista-marginalista*, que vem de Say e de Sênior, que se afirmou como a chamada “revolução marginalista”.¹²

Não seria equivocado afirmar que a ciência econômica surge, verdadeiramente, no século XVIII, com o advento do capitalismo, como sistema produtivo. Só a partir daí o discurso econômico desvinculou-se dos discursos de ordem moral ou religiosa, tornando-se autônomo.

Nas formações sociais pré-capitalistas a produção estava subordinada ao consumo e, segundo AVELÃS, o consumo encontra sua “justificação” fora do processo econômico. De igual modo, as relações de troca (monetárias ou não) diziam respeito, apenas à esfera de circulação.

Somente com o advento do capitalismo as relações de troca refletem as relações de produção e são determinadas por elas; disto logo se apercebeu Adam Smith, que fez da economia política, essencialmente, uma teoria da produção.

“Assim, a Economia Política clássica extraiu seus princípios da natureza e da razão, trazendo implícita a conclusão de que tais princípios conduziram a uma ordem socialista”. É bastante pacífico que a Economia Política nasce perfeitamente enquadrada na nova ideologia burguesa.

Da perspectiva clássico-marxista, vale destacar os conceitos elaborados pelos *fisiocratas*, que tiveram em François Quesnay (com o seu “Tableau Économique”) a primeira tentativa de construir um modelo dos mecanismos da vida econômica, tendo por base a idéia de “circuito econômico” e de “interdependência” entre as várias atividades econômicas. Por conta disso (mesmo pelos fisiocratas) Quesnay é tido como o “inventor da ciência econômica”¹³.

Com os avanços teóricos desenvolvidos pelos fisiocratas, ficou patente a necessidade de uma *teoria do valor*, ou seja, uma teoria que explicasse a formação do valor de troca das mercadorias. Esta necessidade foi o objetivo fundamental dos clássicos ingleses (Adam Smith e David Ricardo) e de Karl Marx, na elaboração da *teoria do valor-trabalho*.

Adam Smith estabeleceu que “todo o valor é criado pelo *trabalho vivo*, a esse valor se deduzindo o montante do lucro e da renda, que não vão pertencer aos trabalhadores (são ‘deduções ao produto do trabalho’)”. Nesta tese de Smith (segundo alguns autores, e mesmo

¹² Avelãs Nunes, “*Noção e Objecto da Economia Política*”, Almedina, Coimbra 1996, p. 8.

¹³ Avelãs Nunes, “*Noção e Objecto da Economia Política*”, Almedina, Coimbra 1996, p. 16.

Marx) estaria o embrião do conceito marxista de “mais-valia” e da teoria marxista da exploração.

Com Ricardo, a teoria do valor aparece claramente como o núcleo da teoria econômica. Na teoria de Ricardo reflete-se claramente o conflito social dominante na Inglaterra de seu tempo (aquele que opunha a velha classe dos proprietários fundiários e a nova burguesia industrial).¹⁴

Prosseguindo, ainda com AVELÃS, pode-se dizer que a Economia Política marxista assume-se como *ciência de classe*, como *ciência do proletariado*, propondo-se a “dar à classe operária (...) a consciência das condições e da natureza da sua própria ação”. Daí a sua afirmação feita na “Teses sobre Feuerbach (1845): “Até ao presente, os filósofos só se têm preocupado com a interpretação do mundo. Todavia, o problema está na capacidade de transformá-lo”.

Surge com Jean-Baptiste Say os primeiros sinais de ruptura com a perspectiva clássica, no que toca à teoria do valor e à teoria da distribuição (núcleo fundamental do paradigma clássico-marxista).¹⁵

Say formula a conhecida *teoria dos três fatores de produção*, onde identifica a teoria da distribuição como a teoria da formação dos preços, dos fatores de produção, em função da oferta e da procura nos respectivos mercados.

Com Say o lucro deixa de ser visto como um excedente e a distribuição do rendimento deixa de ser vista como um processo social de produção e por ele condicionado; nesse contexto, fica afastada a idéia de conflitualidade social. Pela primeira vez, desde os fisiocratas, as *classes sociais* desaparecem da análise econômica.

O “marginalismo” surgiu a partir de 1870, destacam-se Cournot, Von Thünen e Gossem; quase simultaneamente e sem qualquer ligação entre si o austríaco Carl Menger, o inglês William Stanley Jevons e Leon Walras anunciaram o *princípio da utilidade marginal decrescente*. Estava lançada a “revolução marginalista”.

Afastando da análise os aspectos sociais da produção e da distribuição, a teoria marginalista empenhou-se fundamentalmente em mostrar a superioridade do capitalismo no

¹⁴ Avelãs Nunes, *Noção e Objecto da Economia Política*, Almedina, Coimbra 1996, p. 23.

¹⁵ Avelãs Nunes, *Noção e Objecto da Economia Política*, Almedina, Coimbra 1996, p. 34.

que toca à afetação dos recursos disponíveis, aspectos em que o socialismo seria incapaz de “racionalidade”.¹⁶

Releva apreciar, na esteira de AVELÃS, a síntese apresentada por Lionel Robbins em 1932: “A economia é a ciência que estuda o comportamento humano enquanto relação entre fins e meios escassos suscetíveis de usos alternativos”.

Muitas críticas são feitas pelo Professor Avelãs Nunes, especialmente em relação às conceituações de Robbins, comum aos marginalistas, de que não deve compor a análise da ciência econômica “*o poder e as relações do poder*”.

A ciência econômica marginalista centra-se no estudo do comportamento do *homo oeconomicus*, entidade concebida e programada para atuar sempre de acordo com princípios universais de racionalidade econômica.¹⁷

As críticas feitas por Avelãs Nunes são respaldadas por outros estudiosos, dos quais vale a pena citar Alan Abouchar, Professor da Universidade de Toronto, que faz o seguinte comentário: “A matemática é muitas vezes chamada a ‘rainha e a serva das ciências sociais’. O modo como dela abusaram os economistas poderia levar alguns a acrescentar que a essas duas funções a matemática junta a prática do que nós designamos correntemente ‘a mais velha profissão do mundo’”.

Por fim, diz AVELÃS, que se trata de um certo infantilismo a pretensão das ciências sociais e humanas, nomeadamente a Economia Política, em se assumirem como científicas, tal como o são as ciências ditas exatas ou ciências da natureza.

E, conclui: “E pensamos que ‘os pontos de vista morais ou políticos através dos quais são vistos os problemas econômicos se tornaram, frequentemente, tão inextricavelmente entrelaçados com as questões postas, e mesmo com os métodos de análise utilizados, que nem sempre é fácil distinguir aqueles três elementos da Economia Política”.

Três elementos que compõem a síntese de Joan Robison e de John Eatwell: “tentar compreender como funciona a economia: fazer propostas para a melhorar e justificar o critério pelo qual a melhoria é julgada”.

4. Breves considerações sobre o neoliberalismo.

“Sem dúvida o neoliberalismo é a matriz ideológica da chamada globalização, que é um fenômeno de natureza cultural e ideológica que visa submeter o mundo à ditadura do pensamento único”.

¹⁶ Avelãs Nunes, *Noção e Objecto da Economia Política*, Almedina, Coimbra 1996, p. 40.

¹⁷ Avelãs Nunes, *Noção e Objecto da Economia Política*, Almedina, Coimbra 1996, p. 50.

Antônio José Avelãs Nunes
“*Neoliberalismo e Direitos Humanos*”

Segundo a maioria dos autores o neoliberalismo encontra suas raízes teóricas mais remotas na chamada escola austríaca - reconhecida por sua ortodoxia no campo do pensamento econômico - que se centralizou em torno do catedrático da Faculdade de Economia de Viena, Leopold von Wiese, na segunda metade do século XIX e que ficou conhecido por seus trabalhos teóricos sobre a estabilidade da moeda, especialmente o publicado com o título de “O Valor Natural” (1889).¹⁸

Teve o neoliberalismo um ressurgimento em 1947, com o célebre encontro entre um grupo de intelectuais conservadores em Monte Pélier, onde formaram uma sociedade de ativistas para combater as políticas do Estado de Bem-estar social. Essas políticas tiveram início em 1942 com a publicação na Inglaterra do Relatório Benveridge.

Segundo ele, depois de vencida a guerra, a política inglesa deveria se inclinar doravante para uma programação de aberta distribuição de renda, baseada no tripé da Lei da Educação, a lei do Seguro Nacional e a Lei do Serviço Nacional de Saúde (associadas aos nomes de Butler, Beveridge e Bevan).

A defesa desse programa tornou-se a bandeira com a qual o Partido Trabalhista inglês venceu as eleições de 1945 colocando em prática os princípios do Estado de Bem-estar Social. Para Friedrich von Hayek esse programa levaria o país ao retrocesso.

Escreveu então um livro inflamado que pode ser considerado como o **Manifesto do Neoliberalismo** - "O Caminho da Servidão" (1944).¹⁹ Nele expôs os princípios mais gerais da doutrina, assegurando que o crescente controle do Estado levaria fatalmente à completa perda da liberdade, afirmando que os trabalhistas conduziram a Grã-Bretanha pelo mesmo caminho dirigista que os nazistas haviam imposto à Alemanha. Isso serviu de mote à campanha de Churchill, pelo Partido Conservador, que chegou ao ponto de dizer que os trabalhistas eram iguais aos nazistas.

A outra vertente do neoliberalismo surgiu nos Estados Unidos e concentrou-se na chamada escola de Chicago do Professor Milton Friedman. Combatia a política de New Deal do Presidente F.D.Roosevelt por ser intervencionista e pró-sindicatos. Friedman era contra

¹⁸ Ver: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/neoliberalismo2.htm>

¹⁹ Avelãs Nunes, “*Neoliberalismo e Direitos Humanos*”, *Renovar*, RJ/SP 2003, p.50.

qualquer regulamentação que inibisse as empresas e condenava até o salário-mínimo, na medida em que alterava artificialmente o valor da mão-de-obra pouco qualificada.

Opunham-se, também, a qualquer piso salarial fixado pelas categorias sindicais, pois, segundo eles, terminavam por adulterar os custos produtivos, gerando alta de preços e inflação.

Devido à longa era de prosperidade - quase 40 anos de crescimento - que impulsionou o mundo ocidental depois da segunda guerra, graças às diversas adoções das políticas keynesianas e sociais-democratas, os neoliberais recolheram-se para a sombra. Mas a partir da crise do petróleo de 1973, seguida pela onda inflacionaria que surpreendeu os estados de Bem-estar social, o neoliberalismo gradativamente voltou à cena.

Denunciou a inflação, como resultado do estado demagógico perdulário, chantageado ininterruptamente pelos sindicatos e pelas associações. Responsabilizaram os impostos elevados e os tributos excessivos, juntamente com a regulamentação das atividades econômicas, como os culpados pela queda da produção.

O mal se devia, assim, a essa aliança espúria entre o Estado de bem-estar social e os sindicatos. A reforma que apregoavam devia passar pela substituição do Estado de bem-estar social e pela repressão aos sindicatos.

O Estado deveria ser desmontado e gradativamente desativado, com a diminuição dos tributos e a privatização das empresas estatais, enquanto os sindicatos seriam esvaziados por uma retomada da política de desemprego, contraposta à política keynesiana do pleno emprego.

Enfraquecendo a classe trabalhadora e diminuindo ou neutralizando a força dos sindicatos, haveria novas perspectivas de investimento e os capitalistas seriam novamente atraídos para o mercado.

O primeiro governo ocidental democrático a inspirar-se em tais princípios foi o de Margareth Thatcher, na Inglaterra, a partir de 1980. Enfrentou os sindicatos, fez aprovar leis que lhes limitassem a atividade, privatizou empresas estatais, afrouxou a carga tributária sobre os ricos e sobre as empresas e estabilizou a moeda. O Governo Conservador da Senhora Thatcher serviu de modelo para todas as políticas que se seguiram, no mesmo roteiro.

A hegemonia do neoliberalismo hoje é tamanha que países de tradições completamente diferentes, governados por partidos, os mais diversos possíveis, aplicam a mesma doutrina.

E, segundo José Comblin “há indícios suficientes que permitem pensar que esses governos recebem mais apoio nas massas populares excluídas, do que na classe média e, sobretudo, nas classes letradas que passaram pela Universidade”.²⁰

Não é exagero afirmar que para a doutrina neoliberal os homens não nascem iguais, nem tendem à igualdade; logo qualquer tentativa de suprimir com a desigualdade é um ataque irracional à própria natureza das coisas. Deus ou a natureza dotou alguns com talento e inteligência, mas foi avaro com os demais.

Qualquer tentativa de justiça social torna-se inócua porque novas desigualdades fatalmente ressurgirão. A desigualdade é um estimulante que faz com que os mais talentosos desejem destacar-se e ascender ajudando dessa forma o progresso geral da sociedade. Tornar iguais os desiguais é contraproducente e conduz à estagnação.

Para os neoliberais a sociedade é o cenário da competição, da concorrência; assim aceitar a existência de vencedores, significa aceitar que deve haver perdedores. A sociedade teatraliza em todas as instâncias a luta pela sobrevivência. Inspirados no darwinismo, que afirma a vontade do mais apto, concluem que somente os fortes sobrevivem cabendo aos fracos conformarem-se com a exclusão natural.

Esses, por sua vez, devem ser atendidos não pelo Estado do bem-estar, que estimula o parasitismo e a irresponsabilidade, mas pela caridade feita por associações e instituições privadas, que amenizam a vida dos infortunados; qualquer política assistencialista mais intensa joga os pobres nos braços da preguiça e da inércia.

Deve-se abolir o salário-mínimo e os custos sociais, porque falsificam o valor da mão-de-obra encarecendo-a, pressionando os preços para o alto e gerando inflação.

É corrente o entendimento que os ricos são a parte dinâmica da sociedade; deles é que saem as iniciativas racionais de investimentos, baseados em critérios lucrativos. Irrigam com seus capitais a sociedade inteira, assegurando sua prosperidade. A política de tributação sobre eles deve ser reduzida, o máximo possível, para não lhes ceifar os lucros ou inibi-los em seus projetos.

Igualmente a política de taxaço sobre a transmissão de heranças deve ser moderada para não afetar seu desejo de amealhar patrimônio e de legá-lo aos seus herdeiros legítimos.

A justificação do neoliberalismo para a crise é de que esta resulta das demandas excessivas feitas pelos sindicatos operários que pressionam o Estado. Este, sobrecarregado

²⁰ José Comblin, “*O neoliberalismo, Ideologia dominante na Virada do Século*, Série IV, Desafios da Cultura. Editora Vozes, 3ª. Ed. Petrópolis, 2001.

com a política providenciária e assistencial, é constrangido a ampliar progressivamente os tributos. O aumento da carga fiscal sobre as empresas e os ricos reduz suas taxas de lucro e faz com que diminuam os investimentos gerais.

Sem haver uma justa remuneração, o dinheiro é entesourado ou enviado para o exterior; soma-se a isso os excessos de regulamentação da economia motivados pela contínua burocratização do Estado, que entrava a produção e sobrecarregam os seus custos.

A inflação resulta do descontrole da moeda, e este por sua vez ocorre devido ao aumento constante das demandas sociais (previdência, seguro-desemprego, aposentadorias especiais, redução da jornada de trabalho, aumentos salariais além da capacidade produtiva das empresas, encargos sociais, férias, etc...) que não são compensadas pela produção geral da sociedade.

Por mais que o setor produtivo aumente a riqueza, a gula sindical vai à frente fazendo sempre mais e mais exigências; ocorre, então, o crescimento do déficit público que é tapado com a emissão de moeda.

Para o neoliberalismo o maior dos males é o Estado; do Estado intervencionista é que partem as políticas restritivas à expansão das iniciativas. Incuravelmente paternalista o Estado tenta, demagogicamente, solucionar os problemas de desigualdade e da pobreza por meio de uma política tributária e fiscal que termina apenas por provocar mais inflação e desajustes orçamentários.

Seu zelo pelas classes trabalhadoras leva-o a uma prática assistencialista que se torna um poço sem fim. As demandas por bem-estar e melhoria da qualidade de vida não terminam nunca, fazendo com que seus custos sociais sejam cobrados dos investimentos e das fortunas.

Ao intervir como regulador ou mesmo como Estado-empresário, ele se desvia das suas funções naturais, limitadas à segurança interna e externa, a saúde e à educação. O estrago maior ocorre devido a sua filosofia intervencionista. O mercado auto-regulado e auto-suficiente dispensa qualquer tipo de controle.

O mercado tem leis próprias, impulsionadas pelas leis econômicas tradicionais (oferta e procura, taxa decrescente dos lucros, renda da terra, etc...). O Estado deve, pois, ser enxugado, diminuído em todos os sentidos; deve-se limitar o número de funcionários e desestimular a função pública.

O mercado é quem tudo regula, faz os preços subirem ou baixarem, estimula a produção, elimina o incompetente e premia o sagaz e o empreendedor. Ele é o deus perfeito

da economia moderna, tudo vê e tudo ouve, é onisciente e omnipresente. Seu poder é ilimitado e qualquer tentativa de controlá-lo é um crime de heresia, na medida em que é ele que fixa as suas próprias leis e o ritmo em que elas devem seguir.

Para a doutrina neoliberal o socialismo é um sistema político completamente avesso aos princípios da iniciativa privada e da propriedade privada. É essencialmente demagógico na medida em que tenta implantar uma igualdade social entre homens de natureza desigual. É fundamentalmente injusto porque premia o capaz e o incapaz, o útil e o inútil, o trabalhador e o preguiçoso. Reduz a sociedade ao nível de pobreza e graças à igualdade e a política de salários equivalentes, termina estimulando a inércia provocando a baixa produção.

Ao excluir os ricos da sociedade, perde sua elite dinâmica e seu setor mais imaginativo, passando a ser conduzido por uma burocracia fiscalizadora e parasitária.

O neoliberalismo afina-se com qualquer regime que assegure os direitos da propriedade privada. Para ele é indiferente se o regime é democrata, autoritário ou mesmo ditatorial. O regime político ideal é o que consegue neutralizar os sindicatos e diminuir a carga fiscal sobre os lucros e fortunas, ao mesmo tempo que desregula o máximo possível a economia.

Pode conviver tanto com a democracia parlamentar inglesa, como durante o governo da Senhora Thatcher, como com a ditadura do General Pinochet, no Chile. Sua associação com regimes autoritários é tática e justificada dentro de uma situação de emergência (evitar uma revolução social ou a ascensão de um grupo revolucionário). Em longo prazo, o regime autoritário, ao assegurar os direitos privados, mais tarde ou mais cedo, dará lugar a uma democracia.

Segundo Comblin²¹, “o neoliberalismo é uma utopia ou teoria que pretende dar uma explicação total ao ser humano e de sua história em torno da economia. Faz da economia o centro do ser humano a partir do qual todo o resto se explica.

Foi elaborada principalmente em Chicago sob a inspiração de Friedrich Hayek, austríaco radicado nos Estados Unidos depois da guerra e de Milton Friedman. Desde Chicago o neoliberalismo expandiu-se pelo mundo inteiro e tornou-se, na década de 80, a base do ‘pensamento único’ no mundo ocidental”.

Outro não é o entendimento do Professor Avelãs Nunes, que explicita em seu livro (*Neoliberalismo e Direitos Humanos*) que os primeiros modelos de desenvolvimento foram

²¹ José Comblin, op. cit. p.15.

inspirados nos quadros teóricos e nas soluções de política econômica de raiz Keynesianas; mas as críticas iniciaram-se logo após a década que se seguiu à Segunda Guerra Mundial.

Afirma que “os monetaristas vieram defender que tudo de que os países subdesenvolvidos precisam pode ser resumido a um mercado capitalista vigoroso e livre (M. Friedman), decorrendo o mais de livres mecanismos da concorrência e das forças do mercado. O FMI encarregou-se de impor o fundamentalismo monetarista aos países com dificuldades na balança de pagamentos”.

Prossegue Avelãs Nunes²²: “A primeira tomada de consciência do falso sentido da universalidade da teoria econômica elaborada nas grandes universidades americanas e no Velho Continente foi o CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina”.

Nascia assim o pensamento estruturalista latino americano que teve destacada participação de Raul Prebisch. Outro expoente desse pensamento, Celso Furtado, conta em seu livro “A Fantasia Organizada” a luta da CEPAL para manter a sua sobrevivência e o Direito de Cidadania.

O estruturalismo latino-americano desenvolveu esforços para demonstrar que a teoria clássica não poderia compreender e, muito menos, solucionar os problemas econômicos e sociais dos países subdesenvolvidos. A teoria clássica desconsidera a estrutura sócio-econômica e não enquadra o subdesenvolvimento numa perspectiva histórica sob a perspectiva ideológica de que as grandes empresas multinacionais iriam ocupar-se dos problemas humanos.

Esta colonização cultural, na perspectiva do Professor Avelãs Nunes, em vez de reduzir as distâncias, agravou o processo de exploração e aumentou as desigualdades, alargando o fosso entre países ricos e pobres. “Capitalismo Imitativo” na expressão de Raul Prebisch.

A constatação evidente é de que os projetos nacionais desenvolvimentistas falharam. O Brasil é uma das dez potências industriais no mundo, mas, não deixou de ser subdesenvolvido. E, a cada dia aumenta o número de “socialmente excluídos”, pessoas que não estão incluídas no “sistema”, são como se não existissem – não são nem mesmo explorados. Representam, na bem assentada expressão de Walter Salles, a “Nadificação do Outro”.

²² Avelãs Nunes, *Neoliberalismo e Direitos Humanos, Renovar, RJ/SP, 2003, p.101.*

É pacífico que com a generalização do capitalismo houve enorme incremento das forças produtivas, resultante do trabalho humano e também um aperfeiçoamento do próprio homem. Este desenvolvimento tem liberado o homem do seu fardo milenar de “besta de carga”, o que possibilitou, ao ser humano, condições mais dignas de trabalho e melhores condições de vida.

De forma que o aumento do número de famintos não se deve à nossa capacidade de produzir alimentos, que é flagrantemente superior às nossas capacidades de produzir direitos.

Avelãs Nunes²³ vale-se de Amartya Sen para afirmar que, a fome que atinge impressionante percentual da população mundial se deve não à falta de bens, mas à ausência de direitos e problemas de organização social.

A questão posta por Dahrendorf é: “porque essa enorme massa de seres humanos não se apropria daquilo de que necessita para sobreviver? Como é que o ‘Direito’ e a ‘Ordem’ podem ser mais fortes do que o ser ou não ser? A resposta é evidente: há a coação do sistema legal”.

Aqueles que defendem a redução do homem ao “homo economicus” entendem que os homens fazem uma escolha racional. Avelãs Nunes está certo de que a questão é outra; que há uma falta de direitos ou de poder.

A organização da sociedade capitalista representa uma estrutura de poder assente na propriedade burguesa, consagrada pelo direito e garantida pela força coercitiva do Estado, que existe com o propósito explícito de punir, pelo magistério dos magistrados, o relativamente pequeno número de pessoas que atentam contra a propriedade (Dupond de Nemours). O Estado não tem qualquer outro objetivo que não seja a preservação da propriedade (John Locke) e é instituído com vista à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres.

Evidentemente, para que haja essa “reprodução” do sistema (Bourdieu e Passeron – A Reprodução), necessário se faz que sejam disseminados os princípios que informam e orientam esse estágio, permanentemente.

Ressalvadas as proporções, a questão continua a mesma que foi descortinada por Bourdieu e Passeron²⁴: “Aqueles que não desejarem ver num tal projeto senão o efeito de um faccionismo político ou de um irredentismo de caráter, não deixarão de sugerir que é preciso ser cego às evidências do bom-senso, para tentar apoderar-se das funções sociais da violência pedagógica, e para constituir a violência simbólica como uma forma de violência social no

²³ Avelãs Nunes, *Neoliberalismo e Direitos Humanos, Renovar, RJ/SP, 2003*, p.116.

²⁴ Pierre Bourdieu e Jean Claude Passeron, *A Reprodução*, Livraria Francisco Alves, RJ, 1975.

exato momento em que o enfraquecimento do modo de imposição mais “autoritária” e a renúncia às técnicas as mais brutais de coerção pareciam justificar, mais do que nunca, a fé otimista na moralização da história só pelas virtudes do progresso técnico e do crescimento econômico”.

Evidentemente, a complexidade atual da formação e conformação dos indivíduos em sociedade traz à cena outros elementos e alternativas (novos “arbitrários culturais”), que sem descaracterizar a “violência simbólica” proposta por Bourdieu e Passeron, reforçam essa violência sem, contudo, desviar o olhar de um mesmo propósito de ordem social e econômica muito bem definido e tendencioso.

Esta é uma questão permanente, porque além dos novos meios de comunicação possibilitarem um fluxo de informação nunca antes imaginado – “super highways”, para usar a expressão de Bill Gates²⁵ (*The Road Ahead*), este tremendo conjunto de dados pode e é matizado em conformidade com o interesse dominante; que pode ser um interesse comum ao privado e ao estatal, podendo haver divergências de orientação, mas, dificilmente estará afastado o interesse econômico e a segurança jurídica.

5. Opiniões escolhidas sobre os “meios de comunicação”.

“A comunicação sempre foi muito importante para relações sociais e conquista de espaço. A imprensa como temos hoje demorou para chegar, mas todos percebem o poder que tem: envolve produção de riquezas, tecnologia e interfere e transmite a cena pública. A imprensa é um passo muito grande da democratização da informação”

Rosa Maria Cardoso Dalla Costa

Professora de História dos Meios de Comunicação – UFPR

Muito embora se trate de trabalho produzido há um tempo considerável, já que a primeira edição de “Propaganda – The formation of men’s attitudes” de Jacques Ellul é de 1965, e a que ora serve de apoio ter sido editada em 1973; pela lucidez das abordagens e pelo fato de ainda haver atualidade, pelo menos na projeção que fez à época a respeito da necessária completude ou integralidade da comunicação de massa, vale repassar alguns de seus pensamentos.

Tratou Ellul no Capítulo II, sobre as “Condições para a existência da propaganda”, esclarecendo no item “1.”, sub-item “Individualist society and mass society” que a

²⁵ Bill Gates, *The Road Ahead*, Ed. Viking, PA 1995.

propaganda para ser efetiva tem que ser propaganda individualista e de massa; mas, ajuntou a esse item considerações sobre opinião (opinião pública) e a “comunicação de massa”²⁶.

O livro de Ellul, em seu conjunto, é fantasticamente convincente, do ponto de vista da efetividade da comunicação de massa enquanto instrumento maior de controle social, que se daria pela “formação do comportamento humano”.

De igual modo, é significativo o suporte que se encontra em McLuhan para aqui trazer mais um suporte ao conjunto, relativamente restrito, mas representativo, de opiniões sobre o tema, em razão de sua “imagem” de arauto dos “novos” tempos.

O texto é antigo, foi publicado em 1982, mas foi objeto do curso de sociologia da comunicação de massa oferecido pelo departamento de sociologia e política da Universidade Católica do Rio de Janeiro, durante o ano letivo de 1969. O propósito é este mesmo, trazer idéias e vozes que já ecoavam num passado relativamente distante, considerando a velocidade das transformações sociais dos tempos atuais, e observar o sentido com que hoje se apresentam.

Veja-se como ele concluía seu interessante artigo²⁷: “O que temos de defender hoje não são os valores desenvolvidos em qualquer cultura especial ou por qualquer modo de comunicação. A tecnologia moderna pretende tentar uma transformação total do homem e de seu meio, o que por seu turno exige a inspeção e defesa de todos os valores humanos. E pelo que respeita ao mero auxílio humano, a cidadela desta defesa deve estar localizada na consciência analítica da natureza do processo criador envolvido no conhecimento humano. Pois é nessa cidadela que a ciência e a tecnologia já se estabeleceram, quanto à sua manipulação dos novos meios”.

E, não é demais apoiar-se esta linha de raciocínio em texto de Noam Chomski, da sua obra “Manipulação do Público” lançando-se mão de uma parte final da conclusão, na qual

²⁶ Ellul, Jacques, op. cit. pág. 90: “For propaganda succeed, a society must first have two complementary qualities: it must be both an individualist and a mass society. These two qualities are often considered contradictory. It is believed that an individualist society, in which the individual is thought to have a higher value than the group, tends to destroy groups that limit the individual’s range of action, whereas a mass society negates the individual end reduces him to a cypher”. Pág. 99: “We must add to all this the problem of public opinion. We have already said that, on the one hand, propaganda is no longer primarily a matter of opinio, and that, on the other, the existence of a public opinion is connected with the appearance of mass society.” Pág. 102: “Finally, one more condition is basic for propaganda. We have just stated again that opinion cannot form itself in entire societies unless mass media of communication exist. This much is evident: without the mass media there can be no modern propaganda.”

²⁷ McLuhan, Marshall, *Teoria da Cultura de Massa, Visão, som e fúria*, Editora Paz e Terra, 3.^a Edição Rio de Janeiro 1982, pág. 154.

ele trata da ordem política democrática²⁸: “A constante comercialização das ondas de difusão públicas deve ser vigorosamente combatida. No longo prazo, uma ordem política democrática requer um controle muito mais amplo da mídia e do acesso a ela. Uma discussão séria de como isso pode ser feito e a incorporação e uma reforma fundamental da mídia a programas políticos devem ter alta prioridade em agendas progressistas”.

Em “Propaganda e Consciência Popular”, Chomski dá exemplo de ações em relação à internet que podem ter grande influência nas liberdades democráticas²⁹: “As megafusões, como a AOL e a Time Warner, oferecem possibilidades técnicas para assegurar que entrar na internet o levará aonde eles querem que você vá e veja o que eles querem, não o que você quer ver. Isso é muito perigoso. A Internet é uma tremenda ferramenta para informação, compreensão, organização e comunicação. Não há dúvida nenhuma que o mundo dos negócios, que recebeu esse presente público, pretende transformá-la em alguma outra coisa. Se eles forem capazes de fazer isso, será um ataque muito sério contra a liberdade e a democracia”.

E, acrescentando a essa linha de entendimento, sem nenhuma pretensão de completude, muito ao contrário, simplesmente para construir um ambiente mínimo, limitado ao propósito deste trabalho, vale expor um excerto de artigo publicado por José Eduardo Faria.

“Com a progressiva cartelização dos meios de comunicação, a crescente vinculação do conjunto dos instrumentos de produção do conhecimento e difusão dos bens culturais aos meios de comunicação aos capitais financeiros e o subsequente enviesamento ideológico na transmissão, distribuição e disseminação de informações, os meios de comunicação de massa deixam de ser uma instância de formação da esfera pública, renunciando ao exercício da crítica e ao estímulo à controvérsia. E, com isso, os cidadãos tendem a ficar com sua capacidade de discernimento, julgamento e escolha comprometidas”.³⁰

6. Alguns enfoques sobre os elementos em questão: economia, neoliberalismo e comunicação.

²⁸ Chomski, Noam e Herman, Edward S., *A manipulação do público – política e poder econômico no uso da mídia*, Editora Futura, São Paulo 2003, publicado originalmente sob o título *Manufacturing consent* em 1988, pág. 370.

²⁹ Chomski, Noam, *Propaganda e consciência popular*, Edusc – Editora da Universidade do Sagrado Coração, São Paulo 2003, pág. 214.

³⁰ José Eduardo Farias, *Informação e Democracia*”, Revista do Advogado, Ano XXIII, No. 69, Maio 2003, p. 13/14.

“Liberalismo é a suprema forma de generosidade; é o direito que a maioria concede à minoria e, portanto, é o grito mais nobre que já ecoou neste planeta. É o anúncio da determinação de compartilhar a existência com o inimigo; mais do que isso, com um inimigo que é fraco. É incrível como a espécie humana foi capaz de uma atitude tão nobre, tão paradoxal, tão refinada e tão antinatural. Não será portanto de estranhar que essa mesma humanidade queira logo se livrar desse compromisso. É uma disciplina por demais difícil e complexa para firmar-se definitivamente na terra”.

Ortega Y Gasset
“*A Revolta das Massas*”

Parece não haver dúvida que o neoliberalismo tem suas matrizes nas doutrinas liberais, projetadas numa perspectiva global e sem a necessária existência de um núcleo centralizador ou disseminador dos objetivos tendentes à sua reprodução.

De igual modo, parece estar assentado que a doutrina neoliberal tem suas raízes plantadas em teorias econômicas bem definidas que, quando detidamente analisadas, acabam por deixar transparecer a inadequação e falência dos meios propostos para que se verifiquem os fins divulgados, embora estes sempre se realizem.

Poderia mesmo ser dito que a teoria econômica que suporta a estrutura ideológica neoliberal é mítica; isto foi exposto de forma clara nas afirmações de Marcello Tostes, in “O Mito do Neoliberalismo”³¹: “Na mitologia de boa parte dos comentaristas da imprensa e dos atuais candidatos à Presidência da República, os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso foram caracterizados pela adoção de políticas "neoliberais" e pela diminuição da "presença do Estado na economia". Esta idéia é derivada de três fatos: FHC - ó horror dos horrores - privatizou várias empresas estatais, praticou uma política de "austeridade" fiscal e deu prioridade ao "combate" à inflação.

Prossegue Marcello Tostes, afirmando que: “O monetarismo - e este é o ponto da complexa discussão desenvolvida por Garrison que interessa no momento - não ofereceu uma base sólida para uma crítica abrangente ao intervencionismo estatal do ponto de vista da teoria econômica. Trabalhando dentro da “linguagem comum” estabelecida pelos keynesianos, o monetarismo pôde apenas suscitar idéias ingênuas, como a proposta de que as "autoridades" monetárias seriam capazes de "coordenar" a expansão monetária segundo uma taxa fixa anual (ou, como foi adotado no Brasil pelas sempre muito criativas "autoridades" monetárias, dentro de certa faixa de crescimento). Isto é uma tolice; uma concessão aos intervencionistas”.

³¹ Marcello Tostes, *O Mito do Neoliberalismo*, (<http://oindividuo.com/convidado/tostes6.htm>)

É, ainda, nesta linha de entendimento que Marcello Tostes esclarece não causar surpresa que determinadas idéias inofensivas de Friedman e seus seguidores tenham sido incorporadas com tanta facilidade ao *mainstream* das idéias econômicas. Para ele o monetarismo tornou-se apenas mais um "instrumental" na prateleira dos intervencionistas, disponível para ser utilizado quando for conveniente; isto é, quando for necessário passar uma imagem "austera".

Como se sabe, não só no domínio econômico, mas nas várias vertentes das Ciências Sociais, vêm se tornando freqüente as análises entre neoliberalismo e outros ramos do saber. Há uma preocupação acentuada em relação aos direitos humanos, direitos fundamentais; e, mais especificamente, em relação à Comunicação Social, como forma de compreensão das políticas neoliberais e da democracia.

O Professor Avelãs Nunes em seu trabalho “Neoliberalismo e Direitos Humanos” (Renovar 2003) faz uma análise consistente das posições neoliberais, em seus variados matizes, na qual considera a questão do emprego, desemprego; posições que põem em causa direitos fundamentais como a liberdade sindical os direitos abrangidos pela estrutura do Estado previdência que põem em causa propostas nitidamente totalitárias.

Para Avelãs Nunes: “o neoliberalismo é a matriz ideológica da política de globalização que vem marcando a atual fase do capitalismo mundial”.

O que as teorias econômicas e a “mídia” ou a comunicação de massa teria a ver com o neoliberalismo e a globalização? Certamente não há como desvincular o neoliberalismo da comunicação de massa.

O Professor Jairo Faria Mendes³² afirma que os meios de comunicação brasileiros renderam-se, integralmente, à onda neoliberal: “Os meios de comunicação no Brasil se comprometeram explicitamente na defesa do neoliberalismo. A entrega de grandes empresas ao capital estrangeiro, a defesa do fim de direitos trabalhistas (como FGTS, 13º salário), a perseguição de aposentados e funcionários públicos; tudo isso é interpretado pela mídia como um processo de modernização da economia”.

É inevitável a constatação de que a globalização pretendida pelo poder, por meio da ideologia neoliberal, estabelece os seus pressupostos e encontra caminho fértil através dos meios de comunicação de massa. Para isso privilegia o “discurso” pré-estabelecido pelas teorias econômicas dominantes e tudo faz para reproduzir a lógica do mercado e do capital.

³² Jairo Faria Mendes, *Imprensa e Neoliberalismo* (<http://www.ombudsmaneoleitor.jor.br/neoliberalismo.htm>).

Sob outro ângulo esta é a lógica da “mídia”; da comunicação social em geral; e, mais especificamente, da comunicação de massa.

Dênis de Moraes³³, em seu artigo “A Lógica da Mídia no Sistema de Poder Mundial”, torna claro esta constatação e dá idéia dos objetivos a que se propõem aqueles que dominam os meios de comunicação social. “Não se preocupem. Não queremos controlar o mundo. Só queremos um pedaço dele.” A frase irônica do magnata Rupert Murdoch, dono da News Corporation, colossal império de comunicação presente em 133 países, define bem a potência planetária da mídia na contemporaneidade”.

Bem por isso, não surpreendem as afirmações de Dênis de Moraes de que as corporações de informação e entretenimento ocupam um duplo papel estratégico no processo de reprodução ampliada do capitalismo. O primeiro diz respeito à sua condição peculiar de agentes operacionais da globalização, do ponto de vista da enunciação discursiva. Não apenas legitimam o ideário global, como também o transformam no discurso social hegemônico, propagando visões de mundo e modos de vida que transferem para o mercado a regulação das demandas coletivas.

Segundo Denis de Moraes, a retórica da globalização enquadra o consumo como valor universal, capaz de converter necessidades, desejos e fantasias em bens integrados à esfera da produção. Como se somente o mercado pudesse atender os anseios do que se convencionou chamar de organização societária.

Por conta desse arranjo, afirma Dênis, a mídia ocupa posição destacada no âmbito das relações sociais, visto que é no domínio da comunicação que se fixam os contornos ideológicos da ordem hegemônica e se procura reduzir ao mínimo indispensável o espaço de circulação de idéias alternativas e contestadoras.

A meta precípua é neutralizar o pensamento crítico e as expressões de dissenso. Veja-se a censura branca imposta ao premiado filme *Tiros em Columbine*, de Michael Moore, devastadora crítica à paranóia armamentista norte-americana. A cadeia Blockbuster, pertencente ao conglomerado Viacom, não comercializou o vídeo e o DVD em suas 8.500 lojas em 29 países. Essa variante do pensamento único — que subordina os direitos sociais dos cidadãos à razão competitiva dos mercados financeiros — oculta a carga atômica de desigualdades que viceja nos espaços e sub-espacos-sócio-econômicos planetários.

³³ Denis de Moraes, *A Lógica da Mídia no Sistema de Poder Mundial*, (<http://www.eptic.com.br/ADenis.pdf>).

A difusão midiática incumbe-se de associar o prisma de revelação da realidade a concepções alinhadas com o “livre mercado”. A construção ideológica evidencia-se nas mudanças propositais no sentido de algumas palavras. Atilio Boron exemplifica: “Em vastos territórios do globo a palavra ‘reforma’ foi exitosamente utilizada para designar o que qualquer análise minimamente rigorosa não vacilaria em qualificar de ‘contra-reforma’. As propaladas ‘reformas’ se materializavam em políticas tão pouco reformistas como o desmantelamento da seguridade social, a redução dos investimentos sociais, o corte nas verbas para saúde, a educação e a habitação, e a legalização do controle oligopólico da economia.

Dênis cita Castells (Manuel Castells. *La era de la información: economía, sociedad y cultura (Vol. 1: La sociedad red)*. Madri: Alianza Editorial, 1998, p. 506-510), para afirmar que “o significado concreto da articulação existente entre o modo de produção capitalista e as tecnologias de comunicação e informação: uma sinergia que, de um lado, alimenta a acumulação de capital financeiro numa economia de interconexões eletrônicas e, de outro, permite ao capital mobilidade para conservar a rédea sobre os circuitos produtivos e as inovações”.

É nesse sentido que opera o concerto midiático, como fenômeno de natureza cultural e ideológica, que visa submeter o mundo à ditadura do pensamento único. Na realidade, vivemos na era da comunicação global, modelo sob o qual somente aquilo que se estrutura na grande “mídia” tem foro de verdade. Como afirmou, em aula, Faria da Costa³⁴ (Direito da Comunicação – *Direito Penal da Comunicação* – Universidade de Coimbra 2003/2004): “A greve só passou a existir quando as empresas jornalísticas filmaram a ‘Porta Férrea’ fechada a cadeado”.

O mesmo pode ser dito da questão presente no Congresso Brasileiro (2005), em que se discute nas Comissões Parlamentares de Inquérito os recentes “escândalos” do “mensalão”, cujas primeiras veiculações iniciaram por denúncias jornalísticas, que vêm tendo ampla cobertura na grande “mídia”.

Não fossem tão divulgados estes fatos, muito provavelmente, pouca repercussão teria havido e, muito logo, toda a história teria caído no esquecimento. Uma observação atenta, certamente chegaria à conclusão de que poucos detalhes estão sendo desvendados e muitos interesses não estão sendo explicitados.

³⁴ Faria da Costa (Direito da Comunicação – *Direito Penal da Comunicação* – Universidade de Coimbra Coimbra Editora, 1998).

Por exemplo, não houve repercussão em relação às declarações de um Deputado do Paraná, feitas recentemente (julho de 2005) e que mereceu um reduzidíssimo espaço em pelo menos um periódico regional, de que as contribuições denominadas “mensalões” poderiam estar sendo cobertas por companhias de telefonia fixa que não querem ver votadas leis que as afastem dessa gorda fatia do “mercado”.

Quantos outros interesses perpassam a “mídia”, desde os “cinco reais” pagos de imposto por uma calça de “dois mil reais” vendida na “Daslu”, até às grandes fusões, como a da Sky e DirectTV, que têm como interessado, ninguém menos que, Rupert Murdoch (Ambas matérias reportadas pela Revista Isto É Dinheiro – 27 de julho de 2005).

Há alguns anos, durante uma de suas intermináveis campanhas políticas, Leonel Brizola, em célebre querela que envolvia a toda poderosa Rede Globo de Comunicações, feito personagem de Cervantes, mas com a sutileza de ator Shakespeariano, teria afirmado que o povo brasileiro poderia ser analfabeto de “letras”, mas que não era analfabeto de “fatos”.

A afirmação teve efeito e repercussão à época; mas, não se sabe ao certo se teria repercussão hoje, ou mesmo se teria sido veiculada.

É que os atuais pressupostos da comunicação social passam por interesses de toda ordem e, seguramente, como se busca demonstrar, estão ligados a um nexos ideológico neoliberal.

Leandro Marshall³⁵ fala que os “paradigmas do jornalismo” passam por uma mutação radical, no limiar do terceiro milênio, a que trata como a ideologia pós-moderna do mercado, que tudo liberaliza e relativiza, também flexibiliza as normas e valores do jornalismo.

Nessa linha de entendimento, a mesma que ora se desenvolve,, afirma Leandro: “Com efeito, a linguagem jornalística é contaminada pela lógica e pela retórica da publicidade, que tudo estetiza e mercadoriza. A publicidade se torna na sociedade pós-moderna o grande discurso universal, a linguagem absoluta da ideologia dominante, a ultra-ética do mercado, que tem como missão precípua manter intocável o sistema capitalista”.

O Professor Leandro Marshall denomina esta forma jornalística de “jornalismo transgênico”, alusão feita ao cruzamento dos cromossomos da informação aos cromossomos da publicidade. Diz que, como na biologia, assiste-se o nascimento de mutações jornalísticas, com várias linguagens, gramáticas e estéticas.

³⁵ Leandro Marshall, *Jornalismo Transgênico*
(http://www.ufma.br/canais/erecom/jornalismo_transgenico.doc).

Prossegue Leandro, nessa linha de raciocínio, afirmando que a transgenia reforma a roupagem das informações, notícias, colunas, notas, manchetes, pautas, olhos, linhas de apoio, editoriais, suítes, retrancas, alterando na essência a retórica do jornalismo. Mexe e altera, inclusive, a linha editorial dos veículos e afeta a mentalidade dos produtores da informação.

Diz que o jornal e o jornalismo viram apêndices de um modelo de sociedade capitalista e expressam a dialética de um modo de vida mercantilizado e mercadorizado. O mercado ‘paga’ para ter notícias e publicidades nos jornais. A empresa jornalística ‘vende’ o jornal à sociedade. O leitor ‘compra’ as notícias e publicidades do mercado.

Afirma que este processo de transgenia é um fenômeno que emana no século XX, embora não exista uma sistematização histórica sobre a evolução deste processo de mutações, nem mesmo sobre as diversas ‘faces’ da transgenia na imprensa de massa.

A subversão do que foi outrora a informação perdeu espaço para a presente necessidade de veiculação. A “notícia” que interessa ao editor é a que é “chancelada”. A “notícia pela notícia” não tem razão de ser; seja porque não é possível prescindir de espaço no “veículo”, seja porque diante do volume de informações o “receptor” (aquele que a “comunicação aberta” visa atingir) dificilmente optaria por tal forma de comunicação. A reiteração dos efeitos midiáticos (reprodução) condicionam o ser humano comum a uma recepção de natureza “programada”.

Diverso não é o entendimento de Leandro Marshall a respeito desse aspecto da comunicação em sua vertente atual: “Os jornais da era pós-moderna diversificaram suas estratégias para atrair cada vez mais novos leitores. A intenção é vitaminar a tiragem e a vendagem e capitalizar rapidamente a empresa. Na maioria das vezes, as empresas jornalísticas recorrem a táticas de marketing para, dentro de uma sociedade capitalista, oferecer um produto em uma situação competitiva de mercado. Para tanto, a mídia de massa tem recorrido a promoções populares, ofertas temporárias, distribuição gratuita, sorteio de bens, assinaturas premiadas, distribuição de cupons, estabelecimento de descontos em parcerias, cartão do assinante, etc. Muitos jornais viraram bazares onde podem ser adquiridas enciclopédias, livros, atlas, CDs, viagens turísticas, Bíblias, ingressos a eventos, computadores, relógios, assinaturas gratuitas, softwares, cursos de inglês, dicionários, etc. Alguns jornais empastelam as páginas com cores chamativas, muitas fotos, ilustrações, infográficos, textos curtos em letras grandes, bastante notas, colunas de fofocas, planejamento gráfico arrojado, pesquisas e mais pesquisas de opinião, etc” (site citado supra).

Outros dados de grande preocupação são fornecidos pelo Professor Avelãs Nunes³⁶, quando alerta para o que chamou de “piratização das investigações científicas”. Pela orientação do pensamento neoliberal, só haveria investigação científica nas áreas em que é possível um retorno econômico; estariam aliadas desse processo, por exemplo, as pesquisas de doenças endêmicas de populações carentes do terceiro mundo.

A diminuição do financiamento público e o aumento do investimento privado, nas universidades – como acontece em Berkeley, está tornando a pesquisa e, conseqüentemente, a formação profissional, absolutamente econômica. Além disso, é flagrante a perda da credibilidade da “Ciência”; recentes pesquisas têm demonstrado que quase metade dos artigos publicados, nos últimos anos, sobre a indústria farmacêutica, numa das mais importantes revistas médicas americana, foram encomendadas pelos fabricantes.

Como é possível constatar, muitas dessas opiniões, que vimos ameahando, estão respaldadas por dados concretos e a argumentação que as anima é altamente convincente; entretanto, não se pode pura e simplesmente, sob pena de cometer-se um equívoco, desconsiderar outras posições teóricas, ainda que, como forma de buscar caminhos e elementos de superação.

Releva considerar, a respeito da “mídia” e de seu caráter todo um complexo de representações que não se limitam a questões ideológicas, material dirigido ou programado; há, por certo, todo tipo de manifestação cultural, social, política, econômica, enfim de toda a ordem, sem a qual nenhuma mensagem se sustentaria.

Desse fato bem se apercebeu Marcus Ianoni³⁷, em seu artigo *Sobre o Quarto e Quinto Poder*: “Isso não quer dizer que tudo que a grande mídia corporativa produz seja pura ideologia e, portanto, material intelectual inaproveitável. Não é essa a concepção que Marx possui de ideologia. O conhecimento ideológico – que aparece em todas as áreas da produção do espírito humano - também possui valor, embora seja necessário um esforço permanente para, por assim dizer, procurar depurá-lo, o tanto quanto possível, de sua tendência a mascarar o concreto. A própria ciência não está livre da ideologia”.

Por certo a “mídia” veicula ideologia e dúvida alguma resta de que a “Globalização” busca sua sustentação no ideário neoliberal; mas, nem por isso seria correto afirmar que a “mídia” por veicular ideologia só se volte para a dominação, sem a consideração do “sujeito”.

³⁶ Avelãs Nunes, *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Renovar, RJ/SP 2003, p.90/91.

³⁷ Marcus Ianoni, *Sobre o Quarto e Quinto Poder*, (<http://www.intervozes.org.br/artigos/ianoni.pdf>)

Assenta Marcus Ianoni que, “não se trata de ter uma visão apocalíptica do jornalismo e da indústria cultural ou dogmaticamente frankfurtiana (não atribuindo dogmatismo à escola); pois o contrário poderia significar a negação da dialética e o movimento contraditório do real que perpassa toda a “mídia”.

Realça Ianoni que o jornalismo e a indústria cultural também são constituídos por contradições; que o poder que os grandes grupos de comunicação têm, de transmitir seus conteúdos é muito maior do que o poder de quem quer que esteja destituído desses meios de produção. Diz que até as concepções mais liberais de comunicação política reconhecem essa desigualdade; e, traz o exemplo do MST que, embora constantemente bombardeado pela mídia não-pluralista e destituído de instrumentos jornalísticos, não deixa de existir e de lutar por seus ideais.

De igual modo, mesmo o Professor Avelãs Nunes, que professa uma visão negativa em relação às possibilidades de compartilhamento democrático da mídia, com vistas a uma ordem econômica e social mais justa, admite que a crítica à “Globalização” não pode ser confundida com o regresso a um qualquer “paraíso perdido”.

E reconhece que, apesar da ditadura global que vige nesses tempos de hegemonia unipolar, começam a surgir algumas brechas na fortaleza do capitalismo globalizado. E, cita como exemplo o fato do “The Economist” de 23-09-00 ter publicado opinião no sentido de que: “a questão moral, política e econômica mais urgente do nosso tempo é a pobreza do terceiro mundo”.

E Avelãs Nunes aponta outros fatos, que acabam tendo, de alguma forma repercussões midiáticas e que representam dissonâncias à hegemonia doutrinária neoliberal. Fala da “Aliança Social Continental”, que se reuniu em Belo Horizonte em maio de 1997, com a participação de várias organizações sindicais contrárias à ALCA e que desenvolve um programa denominado “Alternativa para as Américas”.

Outros fatos que o Professor Avelãs Nunes considera relevantes são as grandes manifestações públicas, como as que ocorreram em Seattle, Praga, Nice, Santiago do Chile, Ottawa, Genova e Porto Alegre. Ressalta que esses fóruns têm, sistematicamente, rejeitado a lógica da globalização e crê que o projeto neoliberal esteja condenado e que a perspectiva do Estado Providência é um elemento de regulação estrutural do capitalismo contemporâneo.

De qualquer modo se assim se apresenta o neoliberalismo, visto pelas lentes daqueles que, experientes conhecedores, vêm perfeitamente seus contornos, a despeito do mimetismo com que ele se veste e reveste, numa infundável constância e inconstância, só

concebível num ambiente de comunicação massificada e global, o mesmo não pode ser, confortavelmente, considerado em relação à grande massa.

Por isso, de todo pertinente a afirmação de IANONI de que “não é nenhuma novidade dizer, por exemplo, que o grande jornalismo, nacional e internacional, virou espetáculo, freqüentemente manipula a informação, falta com a ética, estabelece relações perigosas com anunciantes e com o poder econômico em geral, assim como com os mais variados e fortes interesses políticos. A bibliografia sobre esses aspectos negativos da imprensa é ampla. A adesão dos meios de comunicação de massa ao neoliberalismo, o chamado “pensamento único”, é um exemplo importante da vinculação da mídia a poderosos interesses políticos e econômicos”.

Sem deixar de estender considerações a respeito da questão básica que aqui se trata, vale trazer à consideração as observações lançada pelo Professor Castanheira Neves faz, relacionado comunicação e poder no artigo “Uma Perspectiva de Consideração da Comunicação e o Poder ou a Inelutável Decadência Eufórica”³⁸.

Tratando da questão, afirma Castanheira Neves que: “de um lado, aberta a possibilidade de luz que esclarece e liberta, de outro lado as sombras manipuladoras de uma estratégia de domínio. E, prossegue, com o apoio em Lucien Sfez, que ironizou: “comunique e obterá consenso nacional e internacional, realizará a felicidade e a igualdade (...) Eis a nova prática simbólica própria do ano 2001. Eis a ideologia dominante, imperialista, científica, universal, que pretende substituir todas as antigas memórias e os próprios fundamentos da nossa vida social e individual: a nação, a sabedoria, a igualdade”.

Para Castanheira Neves no mundo da comunicação atual, o homem seria o *homo comunicans*; e indaga: Não deverá mesmo generalizar-se e proclamar-se enfaticamente com Luhmann, ‘sem comunicação não existem relações humanas, nem vida humana propriamente dita?’.

A relevância da comunicação-informação, para Castanheira Neves estaria no fato de que a comunicação-informação é ela própria poder – talvez o poder por excelência do nosso tempo e no fato de que, quem domina ou for senhor do *media* tem esse poder.

E, parece não restar dúvida a propriedade da afirmação feita por Castanheira Neves quanto à importância da comunicação-informação na formação da opinião pública. Em seu

³⁸ Estudos de Direito da Comunicação, *Uma Perspectiva de Consideração da Comunicação e o Poder – Au a Inelutável Decadência Eufórica*, Publicação do Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra 2002.

entender, pela “simplificação da *mass-culture*, com a precariedade e a indiferenciação das informações que acompanha, e sobretudo pela entropia cultural que disso resulta, a comunicação-publicação como que terraplena o campo para o poder, ao amortecer e ao tornar dócil a autonomia da resistência crítica, e ao oferecê-lo assim à possibilidade da demagogia. Mais do que isso, ela faz-se personagem mesmo do poder (positiva ou negativamente sua *longa manus*) ao concorrer decisivamente para a formação da ‘opinião pública’.

E cita Luhmann para estabelecer que a opinião pública é “o soberano ‘secret’ e a autoridade invisível da sociedade política – o poder invisível do visível”. Para ele a opinião pública manifesta-se como um acervo articulado-inarticulado de significações e, portanto, de determinações, como um verdadeiro sistema autônomo e auto-referente de relevâncias, critérios e pontos de vista, e assim como a “construção social do sentido” sem sujeito, mas que domina todos os sujeitos dispersos do entrópico vazio sócio-cultural.

E, no seu entendimento, a opinião pública se constitui pela referência generalizada e recorrente de temas, opiniões e posições – pela “reprodução contínua da comunicação pela comunicação até lograr a densidade da sua auto-referencialidade autônoma e susceptível assim, dado esse seu modo de constituição, de se submeter às técnicas do *marketing*” Daí a analogia que lhe foi reconhecida por Habermas com a técnica dos anúncios – *Meinungspflege* (trabalho sobre opinião) esta que é uma verdadeira *engineering of consent*.

Prossegue Castanheira Neves, tratando de conseqüências que diz não ser ignoradas e que acentua duas; a formação de uma realidade outra, através daquela auto-reconstrução deliberada e controlada que se sobrepõe a, e prevalece sobre, a realidade realmente vivida – eis a “realidade tornada fábula”, na expressão de Nietzsche – a sua força determinante, pelo seu próprio caráter público (pela constituição e subsistência sem a consciente participação dos sujeitos concretos), a que as personalidades comuns, crítico-culturalmente inermes, não resistem. Daí, aliás, o efeito de uma perda de orientação pessoal para os indivíduos que a sofrem (Luhmann), o que só potencia a sua submissão.

Assim, entende que: “Se o senhor dos meios de comunicação tem o poder, vemos igualmente agora que o *controle* da opinião pública (a sua formação e a sua manipulação) é a arma mais eficaz do mesmo poder que se queira poder político. E quantas cumplicidades inocentes, mas que se julgam bem pensantes, se teriam de invocar aqui”?

Nessa lógica da comunicação-publicização é preciso não esquecer que o público se tornou um mercado e, por isso mesmo, a comunicação se organiza em empresas dirigidas

exploração econômica. A informação vende-se e rende, acabando em último termo por submeter-se à lógica do lucro.

E, tudo isso se passa de forma complexa, que torna difícil a compreensão do “homem comum”, desabilitado das condições atuais de comunicação e entendimento, para que possa configurar e desmistificar e discernir entre tanta e massiva informação, que acaba por desinformá-lo e desorientá-lo.

De alguma forma, é o que nos sugere José Rebelo³⁹: “O campo dos *media* está em plena mutação. Desregulamentação ou auto-regulamentação, como eufemisticamente se diz em certos sectores ligados à iniciativa privada. Transnacionalização dos capitais. Concentração e subsequente diluição em complexas redes de sociedades combinatórias. Uniformização de conteúdos. Instrumentalização de objectivos (a celebrada trilogia educar-informar-distrair é, cada vez mais, discurso retórico que encobre interesses econômicos, comerciais e financeiros). Face a este quadro, que estratégias se oferecem aos que reivindicam uma informação despoluída?”

7. Conclusões.

Pode-se dizer, a partir dessas breves reflexões, mas ante a flagrante evidência dos estudos que vêm sendo feito sobre as matérias, que o neoliberalismo, constitui a matriz ideológica da globalização, que está orientada, de forma predominante, pela doutrina econômica que interessa ao capital financeiro internacional.

Não resta, tampouco, nenhuma dúvida de que os meios de comunicação de massa estão diretamente vinculados ao sucesso e à manutenção deste “sistema econômico”.

Por outro lado, é flagrante que o neoliberalismo embora professe “o fim da história” o que significa dizer que este “sistema econômico” é o mais aperfeiçoado modelo de gestão da economia que o ser humano pode lograr, dissimula a evidência de que o sistema tem objetivo de fins e não de meios.

Sem a preocupação de “reproduzir-se”, o que demandaria investimentos, redução de ganhos e toda uma estratégia de evolução da ideologia e de comunicação de massa, a doutrina neoliberal vem se desgastando de forma crescente e acentuada.

³⁹ José Rebelo, *Comunicação Temas e Argumentos*, Minerva, Coimbra 2003, p. 63.

Por esta razão, as correntes de pensamento que combatem a doutrina neoliberal vêm adotando a expressão “pós-neoliberalismo” para definir as novas possibilidades político-econômicas.

Os teóricos já acenam com alternativas; entretanto, é preciso considerar que a hegemonia político-ideológica alcançada pelo neoliberalismo é sem precedentes na história; e, embora milhões de pessoas sejam resistentes a este “sistema econômico”, é difícil prever alternativas num futuro próximo.

Referências bibliográficas.

- Avelãs Nunes, A.J., *Neoliberalismo e Direitos Humanos, Renovar, RJ/SP 2003.*
— *Noção e Objecto da Economia Política, Livraria Almedina, Coimbra 1996,*
— *Os Sistemas Econômicos, Coimbra 1994, Separata do Boletim de Ciências Econômicas, Vol XVI.*
— *Adam Smith e a Teoria da Distribuição do Rendimento, Coimbra 2003, Separata do Boletim de Ciências Econômicas.*
- Canotilho J.J.Gomes, Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, Lei do Tribunal Constitucional, 6.^a Edição, Editora Coimbra, Coimbra 2003.
 - Carvalho, Alberto Arons de; Cardoso, António Monteiro; Figueiredo, João Pedro, *Direito da Comunicação Social*, Editorial Notícias, Lisboa 2003.
 - Castanheira Neves, A., *Uma perspectiva de Consideração da Comunicação e o Poder, ou a Inelutável Decadência Eufórica*, Estudos de Direito da Comunicação, Faculdade de Direito de Coimbra, 2002.
 - Chomski, Noam, *Propaganda e Consciência Popular*, Edusc, São Paulo 2003.
 - Coblin, José, *O Neoliberalismo, Ideologia dominante na Virada do Século*, 3.^a. Ed. Série VI, Desafios da Cultura, Ed. Vozes, Petrópolis. 2001.
 - Correia, Luís Brito, *Direito da Comunicação Social, Vol I*, Almedina, Coimbra 2000.
 - Costa, José Francisco de Faria, *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra, Coimbra 1998.
 - Dominick, Joseph R., *The Dynamics of Mass Communication, McGraw Hill, USA 1998.*
 - Faria, José Eduardo, *Informação e Democracia*, Revista do Advogado, Ano XXIII, Maio de 2003, n. 69.
 - Ferreira, Rui Assis, *Noções Introdutórias ao Direito do Audiovisual*, material de apoio às aulas da Disciplina de Direito do Audiovisual e da Comunicação Social (Coimbra 2003/2004)
 - Ferreira, Rui Assis, *A Proteção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações*, Col. “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação, IJC, Coimbra 1999.
 - Gates, Bill, *The Road Ahead*, Viking 1995.
 - Gonçalves, Pedro, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra 1999.
 - Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra 2003.
 - Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra 2000.

-
- Monteiro, António Pinto, Coord. *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC, Coimbra, Coimbra 2002.
 - Rebelo José, *A comunicação, Temas e Argumentos*, Minerva Coimbra, 2003.
 - Stewart Jr., Donald, *O que é Liberalismo*, Instituto Liberal do Paraná, RJ 1988.

A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ

Jorge de Oliveira Vargas¹

Felipe Heringer Roxo da Motta²

Sumário: 1. Introdução; 2. O sistema trifásico de aplicação da pena; 3. A Súmula 231 do STJ e suas conseqüências; 4. Interpretação constitucional da Súmula 231 do STJ; 5. A Súmula 231 do STJ e o ordenamento infraconstitucional; 6. Conclusões; Bibliografia.

1. Introdução

O Código Penal de 1940 é um misto de posições ideológicas, outorgado por meio de Decreto-Lei 2.848, nos termos do art. 180³ da Constituição Federal de 1937, fundado em uma ordem constitucional imposta.

Teve sua vigência prolongada em virtude da "morte prematura" do Código Penal de 1969 e em 1984, nos últimos anos em que o governo militar ainda tentava se manter, teve sua Parte Geral alterada.

Sobreveio a Constituição de 1988 elegendo como seu núcleo os direitos e garantias fundamentais, impondo, conseqüentemente, que todo o restante do texto Magno e da legislação infraconstitucional deve ser interpretado no sentido de lhes dar a maior eficácia possível.

Dentre estes direitos, consagrados na cabeça do art. 5º desta nova Carta Política, logo após o da inviolabilidade à vida, vem o da liberdade.

Para se garantir a maior eficácia possível à inviolabilidade do direito à liberdade, necessariamente há de se interpretar de maneira restritiva toda a sua

¹ Juiz de Direito substituto de Segundo Grau; mestre e doutor pela UFPR; professor na Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Curitiba e na UTP e UNIBRASIL.

² Formando em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Pesquisador no Programa de Iniciação Científica UFPR e bolsista do TN/UFPR.

³ "Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União."

limitação e, por outro lado, de maneira ampla, toda norma que lhe protege.

Em 1999 sobreveio a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é o seguinte: **“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”**, com base na qual “perde sentido o exame de atenuantes não aplicadas na sentença, quando a pena já está no mínimo legal” (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Félix Fischer, j. 11-4-2000)⁴.

É sobre ela que versará o presente artigo, propondo-se sua análise frente à conjuntura constitucional e infraconstitucional. Deve-se, portanto, começar por uma exposição rápida sobre o atual sistema de aplicação da pena. É a antiga, mas que de forma alguma perdeu a relevância na atualidade, discussão quanto à possibilidade de utilização das circunstâncias atenuantes para aplicar a pena abaixo do mínimo cominado à conduta típica.

2. O sistema trifásico de aplicação da pena

Durante a vigência da antiga Parte Geral do Código Penal, os arts. 42 e 50⁵ suscitaram alguma polêmica quanto ao sistema de aplicação da pena: bifásico ou trifásico? Neste a conduta deveria ser avaliada com base no art. 42 (circunstâncias judiciais), para ser fixada a pena-base. Seguia-se pelas circunstâncias legais e, por último, aplicavam-se as causas especiais de aumento e diminuição. Já nos moldes daquele, a conduta deveria ser avaliada de forma geral, já aplicando as circunstâncias legais e judiciais, para encontrar a pena-base. Por último, caso necessário, aplicar-se-iam causas especiais de aumento ou

⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 231.

⁵ “Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:

I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

“Art. 50. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.”

diminuição⁶.

O trifásico acabou prevalecendo e, com a Parte Geral superveniente em 1984, tornou-se modelo fixado no próprio Código, em seu art. 68. Este sistema resulta na aplicação da pena, como é possível deduzir do próprio nome, em três fases. A primeira está prevista no art. 59 do CP. O magistrado, então "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime". São as chamadas "circunstâncias judiciais". Tal dispositivo é de suma relevância, pois daí é possível atribuir que a pena deve, no sistema penal vigente, ter função *retributiva* (mostrando a reprovação "social" diante da conduta) e *preventiva* (evitando que o agente - prevenção especial - e outros - prevenção geral - venham a cometer tal conduta novamente).

A questão dos fins da pena, que ainda hoje é (e deve continuar sendo, para manter a *vigilância crítica*) questão bastante discutida, suscita reflexões de extrema relevância, como o caso de função declarada e sua função oculta⁷. Outro ponto que é aqui presente, mas não poderá receber o tratamento devido, é a questão da culpabilidade. Do art. 29 do CP é possível perceber que no ordenamento nacional, a culpabilidade "funciona como *elemento de determinação* ou de *medição* da pena"⁸. Isso não ocorre apenas na doutrina nacional. Jescheck, por exemplo, explica que o princípio da culpabilidade garante que não exista pena sem culpa, bem como a pena só é aplicada na medida da culpa ("*keine Strafe ohne Schuld, Strafe nur nach dem Mass*

⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*, p. 56.

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, pp. 112-113.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 607.

der Schuld")⁹. Porém, as noções de culpabilidade são atacadas constantemente, havendo quem diga que a culpabilidade é um conceito cada vez mais vazio¹⁰, sendo necessário torná-lo mais preciso¹¹. É tema amplo e que não poderá ser tratado devidamente aqui, mas é deixada a ressalva de que a noção de culpabilidade será usada aqui conforme normalmente usada pela doutrina, pois o aprofundamento da crítica não influenciará o resultado pretendido neste artigo.

Retomando a linha de reflexão, é a partir do art. 59 do CP que o juiz estabelecerá a pena-base (caso faça a opção por aplicar uma pena privativa de liberdade), a partir da qual se trabalham as sucessivas modificações com base nos critérios do Código. Aqui temos a pena "que seria aplicada caso não existissem circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou de diminuição"¹². Corresponde à primeira fase da aplicação da pena.

Na segunda fase da aplicação da pena são avaliadas as circunstâncias legais, ou seja, as agravantes (art. 61 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP). Com base nos critérios previstos para esta fase, o juiz aumentará ou diminuirá a pena (a partir da pena-base). Deve sempre deixar claro o fundamento para a aplicação de uma das circunstâncias, bem como a quantia de pena a ser acrescida ou reduzida. Não há limites especificados na lei para o aumento ou a diminuição, devendo o juiz adequá-los ao caso concreto de acordo com o entendimento próprio.

Em um terceiro e último momento para a definição da quantia de pena a ser aplicada, tem-se o uso das causas de aumento e diminuição.

Todavia, apesar do sistema ser o trifásico, ainda há

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, p. 01:2.

¹⁰ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 14-15.

¹¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 38.

¹² FERREIRA, G. *Aplicação da Pena*, p. 63.

uma tendência, com base na referida Súmula, de utilizar-se o bifásico, ou seja, anular-se a segunda fase quando, na primeira, a pena base tenha sido aplicada no mínimo legal.

Neste sentido este didático julgado¹³:

PENAL - DOSIMETRIA DA PENA - AGRAVANTES E ATENUANTES - INCIDÊNCIA

SOBRE A PENA-BASE - DOSIMETRIA EQUIVOCADA - RECURSO PROVIDO.

- Como tenho afirmado, a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, ao adotar o sistema trifásico para o cálculo da pena, o fez porque "permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria" (CF. Exposição de Motivos, item 51). Na esteira de tal finalidade, o art. 68, caput, do CP, determina que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

- O art. 59 - trata das chamadas circunstâncias judiciais - permite ao juiz o estabelecimento dos critérios necessários à fixação da pena-base entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal.

- Estabelecida a pena-base, procede-se uma segunda operação, na qual são consideradas as circunstâncias legais agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, do Código Penal, tal como na primeira fase da dosimetria, aqui também os limites máximo e mínimo *in abstracto* não podem ser ultrapassados.

Nota-se a nítida opção pelo sistema bifásico quando se conclui que na segunda operação o limite mínimo não pode ser ultrapassado, tornando letra morta o comando do art. 68 do Código Penal. É a discussão que se fará a seguir.

3. A Súmula 231 do STJ e suas conseqüências

No Brasil, muito se discutiu quanto à possibilidade de aplicação de circunstância atenuante para levar a pena abaixo do mínimo cominado para a conduta na Parte Especial. Muito de tal discussão é anterior a 1984, quando havia uma presença mais forte da problemática entre os sistemas trifásico e bifásico¹⁴. Sempre houve a afirmação genérica de que a pena-base não pode ser estabelecida aquém do mínimo legal; só com a presença de causa de diminuição de pena tal limite poderia ser ultrapassado.

¹³ REsp 167432 / DF ; RECURSO ESPECIAL 1998/0018532-1, Rel. Ministro Jorge Scartezini, T5 - QUINTA TURMA, Julgado em 25/05/2004, publicação DJ 01.07.2004 p. 247.

¹⁴ TUBENCHLAK, James. Atenuantes: pena abaixo do mínimo, [in] *Jurisprudência Brasileira Criminal*, n. 19, p. 16.

No sistema bifásico, então, não havia muita discussão, já que aquilo que não era causa de aumento ou diminuição da pena, era usado para estabelecer a pena-base. No modelo trifásico, há um momento intermediário (as circunstâncias legais), o que ensejava ainda mais controvérsias, que foram reaquecidas quando sobreveio a Parte Geral de 1984 adotando as idéias de Hungria.

A aplicação atual, com base na Súmula 231 do STJ, possui forte herança da doutrina dominante a partir da década de 1940. O que prevaleceu, desde então, foram os argumentos expostos por Roberto Lyra nos *Comentários ao Código Penal*, com os quais sustentava que a aplicação partia da média aritmética entre os valores máximo e mínimo cominados. Nas palavras do próprio autor, as circunstâncias "agravantes e atenuantes, quer as *legais* (...), quer as *judiciais* (...), apontam ao juiz o máximo ou o mínimo, para que se *aproxime* de um ou de outro conforme o caso" (grifos no original)¹⁵. Assim, se o juiz "tem a pena de seis a vinte anos para aplicar, estará perto do máximo ou mínimo, a partir dos 13 anos para cima ou para baixo, respectivamente"¹⁶.

Pelo fato de se partir da média aritmética entre o máximo e mínimo cominados, para aquela época, não chamava tanto a atenção a discussão aqui presente. Porém, conforme será visto, como atualmente a dosimetria da pena parte do mínimo legal e não mais da média entre o mínimo e o máximo, salvo se houver alguma circunstância judicial que justifique o contrário, estamos diante de uma situação completamente diferente.

A posição dominante era a favor da impossibilidade de utilização das circunstâncias legais para levar a pena além ou aquém dos limites previstos no tipo. Isso se deve ao

¹⁵ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. 2, p. 349.

¹⁶ LYRA, R. *Comentários ao Código Penal*, v. 2, pp. 349-350.

seguinte argumento: nas causas de aumento e diminuição da pena, o próprio legislador estipulou os limites os quais o magistrado deve utilizar, enquanto nas circunstâncias legais (caso ultrapassar os limites da pena cominados fosse possível), haveria um poder discricionário muito grande na mão do juiz. Assim, o juiz "não pode diminuir a pena aquém do mínimo ou aumentá-la acima do máximo legal, porque com isto estaria burlando o princípio da legalidade. Mas pode ultrapassar esses limites em razão das causas especiais de aumento ou de diminuição porque em relação a estas, não há perigo de burla, tendo em vista que o aumento ou a diminuição já vêm previamente estabelecidos pelo legislador"¹⁷.

Após muitas discussões e decisões reiteradas nesse ponto pelo STJ, este órgão editou a Súmula 231.

4. Interpretação constitucional da Súmula 231 do STJ

Visto em que ponto estão as discussões quanto à aplicação de atenuantes para trazer a pena abaixo do mínimo, devemos analisar a situação face à Constituição. Aqueles que argumentam em favor da idéia posta pela Súmula 231 do STJ afirmam que levar a pena aquém do mínimo legal na avaliação das circunstâncias legais constitui violação aos princípios da *reserva legal* (art. 5º, inc. XXXIX, da CF) e da *pena determinada* (art. 5º, inc. XLVI, da CF)¹⁸. Como a pena só pode existir em virtude de cominação legal, o juiz não pode ultrapassar para mais ou para menos os limites impostos pelo legislador, salvo no caso em que o próprio legislador permite (causas de aumento e diminuição). Na mesma linha de pensamento, como "a lei regulará a individualização da pena" (art. 5º, inc. XLVI, da CF), portanto, mais uma vez não cabe ao juiz tomar para

¹⁷ FERREIRA, G. *Aplicação da Pena*, pp. 103-104.

¹⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 617.

si tal tarefa e proceder ele mesmo a regulação do citado princípio.

Tais entendimentos não podem, de forma alguma, prevalecer. A impossibilidade de ultrapassar os limites cominados na Parte Especial para as diversas condutas é, em si, uma discussão anacrônica. Como foi visto, é resquício da polêmica entre os sistemas de Nelson Hungria e Roberto Lyra. Desde então já foram finalizados dois períodos autoritários, sobreveio nova Parte Geral ao Código Penal e uma outra Constituição. A análise das questões infraconstitucionais será procedida adiante, fica-se aqui com o tratamento referente à Carta Magna.

Temos um ordenamento constitucional bastante diferente daqueles vigentes a partir de 1937. Deve-se ter consciência de que não é a interpretação que deve adaptar a Constituição para manter um *status quo* resultante de um regime ditatorial, mas sim a hermenêutica que deve estar de acordo com a situação existente no país em que há: exclusão dos (muitos) menos favorecidos,, seletividade ao punir apenas os que se põem vulneráveis diante do aparato penal¹⁹ (em sua esmagadora maioria é o *outro*, subsumido à totalidade e interpretado como aquilo que não é, ou seja, o *si-mesmo* do sistema totalizado²⁰). Da própria Constituição é possível extrair diversos elementos que mostram como deve ser interpretada a norma penal. Temos a questão da retroatividade da lei (art. 5º XL, da CF), que só gera efeitos no passado quando “beneficiar o réu”; o fato de que a prisão é *ultima ratio* (art. 5º, LXVI, da CF), só sendo alguém mantido preso quando a lei não admitir a liberdade provisória; dentre diversos outros dispositivos constitucionais que beneficiam a pessoa do preso (art. 5º, incs. LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, da CF).

¹⁹ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 270.

²⁰ DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*, p. 198.

Juarez Cirino ressalta que "a proibição de reduzir a pena abaixo do *limite mínimo* cominado, na hipótese de *circunstâncias atenuantes* obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de *circunstâncias agravantes* excederem o *limite máximo* da pena cominada - precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade"²¹.

Os limites da cominação devem ser vistos com finalidades diferentes em cada um dos extremos. O máximo de pena estipulado para uma conduta deve ser interpretado como uma garantia do indivíduo, no sentido de que ele não terá uma pena cominada acima daquele valor. É a interpretação restritiva das normas que limitam a liberdade. Já no outro ponto, o limite mínimo, deve ser interpretado não como uma barreira, mas como um referencial. É a interpretação que concede a maior eficácia possível ao direito fundamental da liberdade. Assim, no mínimo legal, o magistrado tem uma previsão *in abstracto* do legislador, mas é no momento do juízo que tal previsão ideal deve ser posta em concreto²².

A proibição de aplicação das atenuantes para levar a pena abaixo do mínimo, conforme pretende a Súmula 231 do STJ vai de encontro frontal com o proposto pela ordem constitucional, principalmente quando esta determina a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e o princípio de que não há pena sem culpa, pois deixar de levar em consideração circunstâncias atenuantes, quando estas estão presentes, é punir em excesso, é punir além da culpa, é aplicar uma pena sem culpa.

5. A Súmula 231 do STJ e o ordenamento infraconstitucional

Diversos são os argumentos, baseados em normas infraconstitucionais, usados pelos doutrinadores do Direito

²¹ SANTOS, J. C. dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*, pp. 140-141.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o "modelo" de determinação da medida da pena, [in] *Notáveis do Direito Penal*, p. 216.

para impor a proibição de levar a pena abaixo do mínimo cominado ao utilizar as circunstâncias atenuantes. Usa-se a questão do princípio da legalidade (art. 1º do CP; art. 5º, inc. XL, da CF), explicando que não é possível ultrapassar os limites máximos e mínimos, pois estes foram estipulados em lei. Caso o juiz fosse além ou aquém do limites postos, ter-se-ia uma decisão claramente ilegal, violando inclusive, a separação dos poderes. Afirma-se, também, que não há violação ao princípio da isonomia, dado que todos têm o mesmo tratamento²³. Bitencourt, apesar de adotar a posição que permite a fixação de pena aquém do mínimo, explica a posição dominante: "quando a pena-base estiver fixada no mínimo, impedirá sua diminuição, ainda que se constate *in concreto* a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterize *prejuízo* ao réu, que já recebeu o mínimo possível"²⁴.

Tem-se o seguinte impasse: o art. 65 dispõe que as circunstâncias presentes em seu corpo "sempre atenuam a pena". Porém, a Súmula 231 do STJ permite que esse "sempre" só atenuem até os limites previstos na cominação *in abstracto* da pena. Como foi visto, não há impossibilidade diante do ordenamento constitucional que a pena seja diminuída abaixo do mínimo e, consoante tal entendimento, é necessário interpretar o art. 29 do CP de forma a adaptar a norma infraconstitucional à Constituição (e não o contrário)²⁵. Portanto, se alguém que "concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", esta (apesar das críticas feitas sobre o tema da culpabilidade) não pode ser prevista plenamente em abstrato. Quem tem contato com o caso concreto é o magistrado e não o legislador, por isso este não tem a capacidade de prever todas as possibilidades que podem ser

²³ FERREIRA, G. *Aplicação da Pena*, p. 104.

²⁴ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 617.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 245.

desdobradas de todas as condutas tipificadas. Há casos em que é necessário fixar a pena abaixo do mínimo legal para adequá-la à "culpabilidade" do agente, sendo que a legislação não pode ser uma barreira para atingir tal objetivo, pois, se assim fosse, estaria em choque com a Constituição (deixar uma pessoa presa mais tempo do que "merece" não parece uma boa forma de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", objetivo da República: art. 3º, inc III, da CF).

Não pode, de forma alguma, prevalecer o argumento deturpado de uma "legalidade" que observa limites questionáveis, de um Decreto-Lei de legitimidade muito duvidosa, mas ignora o disposto em uma Parte Geral que, apesar de não ser perfeita, é um pouco mais próxima daquilo que propõe a Constituição. Muito menos deve passar o argumento de "defesa contra a arbitrariedade do magistrado"²⁶. O sistema penal é arbitrário por essência, selecionando alguns poucos em virtude da *situação de vulnerabilidade* do indivíduo²⁷, que escolhe, como em períodos de guerra, alguns "inimigos" imaginários para se exibir como ameaça, ocultando o verdadeiro problema²⁸.

A arbitrariedade não pode simplesmente ser passada do magistrado ao legislador e imaginar que o problema foi solucionado. O fato de as circunstâncias legais não terem um limite fixado na própria lei, não isenta o magistrado de fundamentar sua aplicação e a quantidade de pena aumentada ou diminuída. Tanto se faz necessário para que haja um controle de tal discricionariedade. É, ressalve-se, muito mais fácil controlar um abuso de um juiz do que o abuso do legislador.

Ao impedir que as circunstâncias legais sejam capazes

²⁶ FERREIRA, G. *Aplicação da Pena*, p. 103.

²⁷ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 270.

²⁸ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 225.

de fazer a pena descer aquém do mínimo, possibilitam-se situações absurdas que violariam o princípio da isonomia e a individualização. Imaginemos as situações: dois furtos, cometidos por duas pessoas diferentes. Para uma delas não há qualquer circunstância agravante ou atenuante. Já a outra é menor de 21 anos, furtou para vender o bem para comprar remédio para sua mãe doente (relevante valor social ou moral), confessou o crime à autoridade espontaneamente e o que sobrou do dinheiro usado para comprar o remédio, devolveu à vítima (procurou minorar as conseqüências do crime). Ambos terão a pena-base fixada no mínimo legal (atual prática da magistratura, que é ver o mínimo legal como ponto de partida para a dosimetria da pena, ou seja, como referência) e, se não for permitida a diminuição para o segundo, ambos também passarão a segunda fase da pena (circunstâncias legais) com a mesma quantia fixada. Assim, duas pessoas diferentes em situações diferentes terão tratamentos iguais (violação da noção mais atual do princípio da isonomia) e a pena não será aplicada no grau da "culpabilidade" de cada um (violação do princípio da individualização da pena).

Outro questionamento feito por Tubenchlak: será válido permitir que alguém que tenha a pena aumentada diversas vezes possa se beneficiar da atenuante, enquanto quem apenas tem circunstâncias favoráveis a seu favor tenha-as ignoradas²⁹?

A posição de que é possível aplicar as circunstâncias atenuantes para levar a pena aquém do mínimo legal não é recente e nem sequer isolada a uma voz apenas. Na doutrina há, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos³⁰, Cezar Bitencourt³¹, James Tubenchlak³², Agapito Machado³³.

²⁹ TUBENCHLAK, J. Atenuantes: pena abaixo do mínimo, [in] *Jurisprudência Brasileira Criminal*, n. 19, p. 18.

³⁰ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 617.

³¹ SANTOS, J. C. dos. Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial, pp. 140-141.

Na jurisprudência há quem batalhe constantemente por uma aplicação do Direito Penal menos autoritária, enxergando a pessoa por trás da máscara estigmatizada do réu. No Paraná temos, dentre outros, o exemplo de Rosana Andriguetto de Carvalho. A magistrada, que defende a possibilidade de utilização das circunstâncias atenuantes para fixar a pena provisória abaixo do mínimo, afirma: "a tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocado, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)"³⁴.

Com tudo o que até agora foi exposto, é possível perceber como a Súmula 231 do STJ está equivocada frente à Constituição e ao ordenamento infraconstitucional, sendo posta em cheque constantemente por diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

6. Conclusões:

A Súmula 231 do STJ ao não permitir a incidência de circunstância atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal:

a) é inconstitucional porque fere o princípio da individualização da pena, na proporção em que ao deixar de aplicar uma pena menor está impondo um excesso que corresponde a uma pena sem culpa;

³² TUBENCHLAK, J. Atenuantes: pena abaixo do mínimo, [in] *Jurisprudência Brasileira Criminal*, n. 19, pp. 16-19.

³³ MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, [in] *Revista dos Tribunais*, v. 647, pp. 388-389.

³⁴ Voto vencido da Apelação Criminal n. 275492-5, julgado pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 16 de junho de 2005.

b) é ilegal porque desatende ao comando do art. 68 do Código Penal, uma vez que impõe a aplicação do sistema bifásico quando anula a fase intermediária relativa a aplicação das circunstâncias atenuantes; bem como o do 29 que determina a punição na medida da culpabilidade; e,
c) fere o princípio da isonomia uma vez que, no concurso de agentes, de maneira mais visível, pode impor penas iguais para pessoas com culpabilidade diferente.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o "modelo" de determinação da medida da pena. In: *Notáveis do Direito Penal*. Brasília: Editora Consulex, 2006, pp. 215-230.

DUSSEL, Enrique. *1492, o encobrimento do outro: a origem do "mito da Modernidade"*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. *Filosofia da libertação: na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola; Editora Unimep, 1980.

_____. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [s.l.], n. 05-01vo, pp. 01:1-01:17, 2003. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05->

01vo.pdf>.

KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *História do Brasil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atual, 1996.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1942.

MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 647, pp. 388-389, 1989.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUBENHLACK, James. Atenuantes abaixo do mínimo. *Jurisprudência Criminal*. Curitiba: Juruá, n. 19, pp. 16-19, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación de un margen*. Bogotá: Editorial Themis S. A., 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de*

legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro:
Revan, 2001.

JUIZ SUBSTITUTO NATURAL

JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA¹

SUMÁRIO: 1. Princípio do juiz natural. – 2. O Juiz Natural no Brasil. – 3. O Juiz Substituto Natural. – 4. Conclusão 5-Referências.

1. Princípio do Juiz Natural

Princípio universal reverenciado pelos Estados Democráticos de Direito, o Juiz Natural projeta o direito de o jurisdicionado conhecer, previamente, a autoridade que o processará e qual o magistrado ou tribunal que procederá o seu julgamento.

E, sendo *princípio*, traduz-se em norma de caráter geral orientadora do ordenamento jurídico e dos valores sociais².

Detentor do monopólio jurisdicional, o Estado assume o dever de fornecer aos cidadãos uma magistratura imparcial, isenta e legalmente investida de jurisdição, razão pela qual alguns países denominam o juiz natural de *juiz legal*³; constitui garantia e segurança ao jurisdicionado, assim como uma conquista da humanidade em face da tirania dos poderosos.

Malgrado a Magna Carta Inglesa do Rei João Sem Terra não se assentasse em bases democráticas (1215), é reputada como preconizadora do Princípio do Juiz Natural, pois nela (art. 39) se consignou o primeiro aceno a um julgamento legal do processado pelos seus pares.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Professor Emérito da Faculdade de Direito de Curitiba. Membro do Centro de Letras do Paraná, do Instituto de Magistrados do Brasil. e da Academia de Cultura de Curitiba.

² “(...) a diferença entre princípio e regra está absolutamente clara, porque princípio, como já se sustentou, é norma de ordem geral que fundamenta o ordenamento jurídico e os valores de uma sociedade. Já a regra trata de produzir normas que regulam a conduta do sujeito na ordem social” (Adelino Marcon, *O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal*, Curitiba: Juruá, 2004, p. 39).

³ Conforme José da Silva Pacheco, “o princípio do juiz natural consagrado com esse nome nas Constituições do século passado em França de 1814, 1830, da Holanda e da Itália, é o mesmo princípio do juiz legal ou competente do direito alemão, espanhol e brasileiro, que exclui os juizes e tribunais de exceção” (*Curso de Teoria Geral do Processo*. Rio: Forense, 1985, p. 90).

No entanto, “a primeira referência legal à expressão ‘juiz natural’ é do art. 17 do título II da Lei Francesa de 24.8.1790. Também aos franceses se deve a prioridade da primeira referência constitucional no texto de 1791”⁴.

Toda discussão no mundo globalizado em torno das garantias dos povos em relação a um julgamento justo e imparcial vem resultando em amiúdes reafirmações do Princípio do Juiz Natural em tratados, pactos e convenções, a ponto de a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 10, dispor que “todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

A seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, encerra a garantia do Juiz Natural, tendo sido ratificada no Brasil pelo Decreto 678/1992, de 06.11, cujo art. 8º, I, prevê: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela...”.

Consoante ADELINO MARCON, “a menos que a democracia pereça, nenhuma lei poderá atentar contra os princípios e valores da natureza humana vislumbrados em tais pactos e declarações”, realçando a prevalência do respeito à soberania estatal, “hoje com nova definição, adequada à realidade do mundo globalizado”⁵.

2. O Juiz Natural no Brasil

Com exceção do período do Estado Novo⁶, as Constituições brasileiras⁷, desde a do Império, recepcionaram o Princípio do Juiz Natural, vedando julgamentos por tribunais e juízes de exceção.

Na Constituição de 1988, dois incisos do art. 5º recebem o princípio do juiz natural: XXXVII e LIII.

⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63.

⁵ Ob. cit., p. 77.

⁶ Nos arts. 122 e 17 da Constituição de 1937, estabelecia-se que “os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal Especial, na forma que a lei instituir”.

⁷ Cartas de 1824 (art. 179, inc. 17), de 1891 (art. 72, § 23), de 1934 (art. 113, n. 25), de 1946 (art. 141, § 26, de 1967 (art. 150, § 15), Emenda Constitucional n. 01, de 1969 (art. 153, § 15) e a de 1988 (art. 5º, XXXVII e LIII).

Pelo inciso XXXVII, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Cuida-se da proibição da criação de um órgão judicial posterior ao fato a ser julgado e ao julgamento especial de determinada pessoa ou pessoas, ainda que os fatos tenham ocorrido precedentemente à sua instalação.

Como registra ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, “a exigência de preconstituição dos tribunais é corolário do estado de direito (CF, art. 1º) e não significa impedimento à criação de justiças especializadas, nem se confunde com a prerrogativa de foro (como, v. g., a estabelecida pelos arts. 52, I, da CF, ou 100, I e II, do CPC). Anote-se, por fim, que tanto é juiz natural o órgão definido pelo critério objetivo (matéria, pessoa ou valor), como pelo critério funcional ou territorial de distribuição de competência”⁸.

O inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 tem a seguinte dicção: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Duas acepções da expressão “autoridade competente” destacam-se nesse dispositivo:

I - pessoa (órgão jurisdicional) legalmente investida na função judicante (princípio da investidura da jurisdição⁹);

II - aquele que exerce o poder jurisdicional ao caso concreto de acordo com competência previamente delimitada (competência propriamente dita).

Na doutrina de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “*só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna*”¹⁰.

Não se deve entender violado o Juiz Natural pelo fato de existirem Justiças Especializadas no Brasil (Militar, Eleitoral e Trabalhista), pois foram constituídas previamente pela própria Carta Fundamental, com competências bem delineadas. Ou seja: não foram criadas para casos concretos. Visam a uma prestação jurisdicional mais célere a determinadas matérias e pessoas.

⁸ *Normas processuais civis interpretadas, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, da Constituição Federal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 07/08.

⁹ Só se permite o exercício da jurisdição por quem nela estiver investido por ato oficial e legítimo.

¹⁰ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, *Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*, 28ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 38.

A mesma observação é cabível ao foro privilegiado, existente em razão da prerrogativa de função e não com o intuito de privilegiar algumas pessoas. Dito de outro modo: existe a previsão legal antecedente aos fatos e às funções, daí não se afrontar o Juiz Natural.

3. O Juiz Substituto Natural

A importância que se atribui ao Juiz Natural deve ser conferida, na mesma medida, aos *magistrados substitutos* (no Paraná: Juízes Substitutos de início de carreira; Juízes de Direito Substitutos de 1º Grau¹¹ e Juízes de Direito Substitutos de 2º Grau), pois devem ser igualmente conhecidos de antemão pelos jurisdicionados.

Dos poucos autores que tratam do assunto, ADELINO MARCON chama a atenção para a aplicação do Princípio do Juiz Natural também ao substituto: “O *substituto legal* deve ser aquele já investido (pré-investido) nas funções de substituto, pois, ao revés, o princípio estaria vulnerado com designações aleatórias. Esta é uma das razões de existirem Seções Judiciárias como unidades de divisão judiciária em nosso Estado”¹².

O tema é de alta relevância, pois são inúmeras as situações em que juízes são substituídos por magistrados que não são seus *substitutos legais*.

Tanto o Código de Processo Penal quanto o de Processo Civil não admitem outra opção ao titular que se declarar impedido ou suspeito senão a de encaminhar os autos ao substituto legal (arts. 97 e 99 do CPP; art. 313 do CPC). Por conseguinte, deverá haver um juiz substituto legalmente competente e **conhecido** para atuar nos autos, pois, ao contrário, qualquer designação sem critério previamente estabelecido importará na desobediência ao Princípio do Juiz Natural.

No Paraná, o Código de Organização e Divisão Judiciárias (Lei Estadual 14.277/2003) procurou regulamentar a matéria em atendimento ao princípio de que todo juiz titular deve ter seu substituto legal precedentemente conhecido.

O território paranaense, para fins de divisão judiciária, é constituído de *seções judiciárias, comarcas, foros regionais, municípios e distritos* (art. 214, “caput”, do CODJPR).

As seções judiciárias constituem agrupamento de comarcas ou foros regionais ou varas, “assim organizadas para facilitar o exercício da prestação jurisdicional por Juízes

¹¹ Denominação contida no art. 25 do novo Código de Organização e Divisão Judiciárias do Paraná.

¹² Ob. cit., p. 192.

Substitutos e por Juízes de Direito Substitutos, com a definição dos limites de competência atribuídos a cada um” (art. 223, “caput”, do CODJPR).

A rigor, essa facilitação ao exercício da prestação jurisdicional pelos substitutos se traduz na necessidade de cada titular ter o seu substituto legal, de maneira a permitir ao cidadão saber, na ausência daquele (ou quando se declarar suspeito ou impedido), quem atuará nos autos, posto que, irrefragavelmente, o Princípio do Juiz Natural estaria sendo vulnerado se não fosse esse o raciocínio. De nada adiantaria ser anteriormente conhecido o juiz natural da causa se, em sua eventual ausência, não se puder saber quem o substituirá legalmente.

São sete as comarcas de entrância final no Estado do Paraná (Região Metropolitana de Curitiba, Cascavel, Foz do Iguaçu, Guarapuava, Londrina, Maringá e Ponta Grossa). À exceção da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, nas demais finais cada Juiz de Direito Substituto atuará num conjunto de varas. Por exemplo: o anexo II-tabela 2 do Código mostra que a Comarca de Cascavel é dividida em três grupos de varas (três seções judiciárias), e cada um é atendido por um dos três magistrados substitutos de final ali existentes, sempre conhecidos do jurisdicionado. E assim ocorre com as demais comarcas de entrância final.

Todavia, o sistema de substituição, à vista do Princípio do Juiz Natural, sofreu visível involução na Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, uma novidade do Código de Organização e Divisão Judiciárias (art. 236), que compreende, além da antiga Comarca de Curitiba (Foro Central), mais onze Foros Regionais (ex-comarcas da Região Metropolitana de Curitiba)¹³.

Enquanto o Código anterior previa grupos de varas na então Comarca de Curitiba (seções judiciárias) para fins de atuação dos substitutos (cada titular tinha condições de saber quem era seu substituto legal, e assim também as partes e advogados), atualmente **todos os foros da Comarca da Região Metropolitana compõem uma única seção judiciária (a 1ª do Estado)**.

Isso significa que, a princípio, os cento e três (103) titulares dessa Comarca (incluindo-se aí os Juizados Especiais) possuem, cada um, cinquenta e um (51) substitutos legais, muito embora o § 2º do art. 223 do CODJPR preveja que a competência dos Juízes de Direito Substitutos nessa Comarca é fixada por resolução.

¹³ Almirante Tamandaré, Araucária, Campo Largo, Bocaiúva do Sul, Campina Grande do Sul, Colombo, Fazenda Rio Grande, Pinhais, Piraquara, Rio Branco do Sul e São José dos Pinhais

O magistrado promovido ao cargo de Juiz de Direito Substituto da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba acaba por não ter conhecimento antecipado de sua competência e muito menos de sua lotação, o mesmo ocorrendo com o jurisdicionado, que, diante da flexibilidade do critério estabelecido (uma única seção para 51 juízes substitutos de final), enfrentará, quase sempre, a designação aleatória e móvel, quando o mais acertado seria tratar dessa matéria de igual forma como regulamentada às demais finais.

Não há dúvida de que o intento é o de permitir maior agilidade nos serviços, tanto que, hoje, existem dois juízes em cada vara cível do Foro Central (um substituto e o titular), o que não seria viável se o sistema anterior estivesse em vigor.

Inquestionável que o procedimento atual é calcado na boa-fé, mas não se deve desdenhar que os homens e as leis não têm o mesmo período de vida e de atuação, e um flanco legislativo dessa ordem pode gerar designações que invadam a própria competência do juiz natural, bem assim desnecessários mutirões e regimes de exceção (nome inadequadíssimo ao regime de auxílio, em virtude da carga do vocábulo “exceção” no estudo do juiz natural).

O sistema ideal, sem apego ao extremado formalismo, mas sem relativizar desregradamente o Princípio do Juiz Natural (o que é perigoso a qualquer democracia), poderia embasar-se em estudos prévios de necessidade de auxílio nas varas da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, baixando-se resoluções com fixação de competência num período semestral, prevendo-se, sempre que possível, quem substituiria os juízes titulares, para prévio conhecimento dos cidadãos e da classe jurídica.

Outra forma de se evitar afronta ao Princípio do Juiz Natural seria a de se estabelecer diálogos a respeito de sistemas de mutirão e de designações com a classe dos advogados e com o Ministério Público, obviamente sem efeito vinculante, mas com o propósito de se encontrar a melhor fórmula para a agilização dos serviços judiciários sem violar a garantia do cidadão de saber quem o processará e o julgará. Poder-se-ia propor que os designados aos mutirões (mencione-se o exemplo do “Programa Paraná Sentença em Dia”) atuassem somente nos **novos** processos (e com ampla divulgação), enquanto o titular atuaria somente naqueles em que todos já o sabiam como natural (isso poderá criar desencontros numéricos, mas nada que não possa ser adaptado).

Nas seções judiciárias que correspondem a um conjunto de comarcas (interior do Estado), cada uma delas tem o seu Juiz Substituto, possibilitando a todos o conhecimento

antecipado de quem poderá substituir o titular durante sua ausência ou nos demais casos de lei.

4. Conclusão.

Apesar de ser escassa a doutrina a respeito da vulnerabilidade do Princípio do Juiz Natural quando a sociedade é apanhada de surpresa com designações, com adoção de mutirões e com substituições aleatórias, a jurisprudência já vem enfrentando o tema de há muito.

Até mesmo o recém criado Conselho Nacional de Justiça já foi instado a se pronunciar sobre ele em determinada situação:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
MUTIRÃO DESTINADO A AGILIZAR O JULGAMENTO DE
PROCESSOS JUDICIAIS - ALEGADA VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, COM INSTITUIÇÃO DE
TRIBUNAL DE EXCEÇÃO - INEXISTÊNCIA –
ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPROCEDÊNCIA DA
PRETENSÃO.

I - Em todo o Judiciário brasileiro, os chamados mutirões têm servido como importante instrumento adotado pela administração da justiça para agilizar a tramitação de processos. Na sistemática desses mutirões, a administração dos tribunais, com a autonomia que lhes é própria, se vale da prerrogativa legal e regimental de designar, por ato da presidência, juízes substitutos ou mesmo titulares voluntários, para auxiliarem determinado juízo.

II - Nos mutirões, não se cogita do afastamento dos juízes titulares das varas beneficiadas. Ao contrário, esses titulares somam seus esforços aos do grupo de magistrados designados para o auxílio e não raro os coordena. Da mesma forma, o ato de designação não vincula quaisquer dos juízes a determinado processo. O juiz não é designado para proferir sentença em dado feito. De modo absolutamente desvinculado, há um grupo de juízes de um lado e um acervo de processos do outro. O objetivo é liquidar o acervo, pouco importando quem profira a decisão, podendo ser o próprio titular da vara.

III - Os mutirões, portanto, não ofendem a garantia do juiz natural e muito menos cria tribunal de exceção. No caso dos mutirões, o juiz natural é aquele que, de modo aleatório, conforme a sistemática de trabalho adotada, recebe o feito para apreciação e o julga com a devida imparcialidade.

IV - Orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

V - Procedimento de Controle Administrativo rejeitado” (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 043/2005, Rel. Conselheiro PAULO SCHMIDT, j. em 31.01.2006¹⁴).

É mister se cercar de especiais cuidados no momento de se implantarem esses procedimentos que, ao primeiro olhar, apresentam-se contrários ao Princípio do Juiz Natural, concretizando-os somente depois de estudos sistemáticos, e ouvidos os advogados e o Ministério Público, para que a relativização de um princípio constitucional não passe a ser retórica de autoritarismos desenfreados. A celeridade não pode atropelar o Juiz Natural, mas pode com este conviver, desde que a transparência e a divulgação prévia das medidas a serem adotadas se realizem.

Quanto à Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, até mesmo para que magistrados saibam onde atuarão quando a ela forem promovidos a substitutos de final, o alvitre seria o de se publicar, semestralmente, de acordo com as necessidades, resolução em obediência ao dispositivo do Código de Organização e Divisão Judiciárias que prevê que a competência dos Juízes de Direito Substitutos será fixada por resolução (art. 223, § 2º).

5. Referências

MACHADO, Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004,

PACHECO, José da Silva. **Curso de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I, **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹⁴ Site www.cnj.gov.br.

A QUALIFICAÇÃO DOS JUÍZES PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO DIANTE DA SÚMULA VINCULANTE

1. Introdução 2. A súmula vinculante como solução para o abarrotamento de causas repetitivas 3. A independência judicial e a evolução da jurisprudência 4. A garantia da motivação judicial 5. A motivação das questões de fato e de direito 6. O fenômeno da jurisdicionalização dos conflitos 7. A necessária formação dos magistrados 8. A elaboração de uma teoria de formação de magistrados 9. Conclusão

José Laurindo de Souza Netto¹

1. Introdução

Um dos maiores desafios que se propõe, hoje, para o Poder Judiciário é selecionar e formar bons magistrados, aptos a solucionar não só a lide processual, aquela que se revela no processo, mas o conflito sociológico, muito mais amplo e nem sempre possível de ser resolvido com a mera aplicação da lei.

A motivação das decisões se torna condição indispensável na atuação da função jurisdicional, pois além de servir de controle por parte da sociedade, desenvolve uma função de racionalização da jurisprudência, exigindo de conseqüência uma alta qualificação e profícua preparação dos juízes.

A legitimidade do poder judiciário decorre em boa parte da seleção dos melhores e da capacidade da magistratura para decidir em tempo real e de forma adequada, reclamando profunda consciência ética, competência, segurança, cultura e elevado sentido de alta responsabilidade.

Neste contexto, a súmula vinculante não poderá engessar a criatividade do juiz, pois o convencimento motivado, para o qual o magistrado deve receber a devida formação, é essencial à sua própria atividade.

2. A súmula vinculante como solução para o abarrotamento de causas repetitivas

¹ Juiz de Direito e Professor pós-doutor pela “Università La Sapienza” – Roma.

No dia 20 do mês de março entrou em vigor a Lei nº 11.417/07, que regulamenta a súmula vinculante, questão crucial não só para todos os órgãos do Poder Judiciário como também para a Administração Pública nas esferas municipal, estadual e federal.

O instituto jurídico foi introduzido pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45, de 08 de junho de 2004), que acresceu o artigo 103-A ao texto constitucional, estabelecendo que o STF poderá, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública e terá como objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia que acarrete grande insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A novidade se apresenta como solução para a questão da sobrecarga do trabalho repetitivo nas Cortes Superiores. Resolveria o afogamento e o estrangulamento impostos ao Poder Judiciário, causados pelo excesso de recursos e o crescente fenômeno da jurisdicionalização dos conflitos.

Diante do abarrotamento de causas repetitivas, o instituto jurídico tem como objetivo principal satisfazer a crescente demanda por prestação jurisdicional rápida.

Estatísticas efetuadas pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ) informam que em 1998, o STF, com apenas 11 ministros julgou mais de 40 mil processos. O mesmo número de integrantes (11) decidiu um volume de processos 1.856% (mil, oitocentos e cinquenta e seis por cento) maior que o levado a efeito há 59 anos. O STJ, no ano de 1988 julgou mais de 100 mil processos com 33 ministros.

Não se tem dúvida de que a figura jurídica inspirada no “*stare decisis*” do sistema jurídico do “*common law*” está envolta ao propósito de celeridade processual, buscando evitar a procrastinação inútil dos feitos, como forma de retardar a inevitável derrota.

Milhares de causas com a mesma pretensão, como as referentes aos diversos índices de reajustes, Contribuições sobre o Fim Social, liberação de cotas do FGTS entre outras, poderão ser decididas brevemente.

A súmula vinculante recairá preponderantemente sobre as matérias relacionadas com a competência da Justiça Federal, uma vez que a União e suas autarquias são as principais responsáveis pelo abarrotamento de recursos no STF e STJ.

Quase 95% de todos os feitos do STF são originários do Poder Público, sendo que 80% das ações tratam de matérias decididas anteriormente, várias das quais já sumuladas inclusive.

De qualquer forma, não se pode esquecer que a melhoria do funcionamento do Poder Judiciário não ocorrerá apenas com novas leis, mesmo quando úteis. Não se pode fazer uma cortina de fumaça para ocultar os verdadeiros problemas.

3. A independência judicial e a evolução da jurisprudência

Longe de ser uma unanimidade perante os doutrinadores, no STF, a maioria dos atuais ministros é favorável à adoção da súmula vinculante, a exemplo de Sepúlveda Pertence para quem “... o problema do efeito vinculante não pode ser tratado como uma forma de vaidades de juízes de uma instância contra juízes de outra (...) de orgulho intelectual, mas como um problema de justiça como serviço público e como problema de isonomia” (Revista Consulex, nº 21 de 30/09/98).

Para o Ministro Marco Aurélio “a súmula vinculante apresenta mais aspectos negativos do que positivos (...) Receio que a súmula vinculante acaba por engessar o próprio direito” (Revista Consulex, nº 10 de 13/10/97).

A independência judicial, entendida como aquela de cada juiz no exercício da jurisdição, deve ser preservada, para que ele permaneça com o essencial da atividade, que é o livre convencimento motivado, garantia substancial de seu papel social.

A evolução da jurisprudência não ocorre dos órgãos superiores para os inferiores, mas sim ao contrário, pois os juízes de primeiro grau vivenciam a dramaticidade da vida cotidiana dos cidadãos.

A mais severa crítica que se faz ao efeito vinculante é a suposta estagnação que ele impõe à atividade judicial, limitando o seu livre convencimento.

Haverá um tolhimento na liberdade de julgar das instâncias inferiores, pois o juiz converter-se-ia num mero repetidor das súmulas editadas.

O procurador de justiça gaúcho Lênio Luiz Streck (1995:286) diz que as súmulas são “uma forma de controle do discurso jurídico dominante no plano dos tribunais superiores”.

4. A garantia da motivação judicial

A obrigatoriedade de motivar a decisão judicial iniciou-se na França a partir de 1790, no momento em que a legislação revolucionária põe fim aos sistemas judiciais do regime monárquico.

No final da 2ª Guerra Mundial, passa de uma regra de caráter técnico e se torna uma garantia da administração da justiça.

Condição imprescindível no concreto exercício da função jurisdicional, a motivação é uma garantia das partes que desejam recorrer da decisão, pois possibilita a individualização dos seus aspectos criticáveis, facilitando ainda a função do juiz do recurso.

Entretanto, a motivação é uma garantia que não se restringe ao interior do processo, projetando-se para uma dimensão constitucional num nível de maior relevância política, exprimindo uma concepção democrática do poder.

Nesse contexto, a motivação além de servir de instrumento de controle por parte da sociedade, legitima a decisão no momento em que demonstra que ela responde aos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Além disso, ela desenvolve uma função de racionalização da jurisprudência, na medida em que é a motivação da decisão a persuadir os juizes dos sucessivos casos idênticos ou análogos.

A motivação não é uma espécie de prestação de contas do procedimento mental que conduz o juiz a formular a decisão, mas sim a exteriorização dos argumentos que elabora para demonstrar que ela é dotada de boa razão.

Impõe-se ao juiz a obrigatoriedade em fornecer uma justificação racional da sua decisão, tendo por base critérios intersubjetivos do raciocínio. O juiz então exterioriza o raciocínio decisório por meio do qual ocorreu a descoberta da decisão, justificando-a por meio da argumentação racional.

5. A motivação das questões de fato e de direito

Não se pode negar que sendo a motivação realizada numa linguagem formalizada, nela podem existir também aspectos de natureza retórica-persuasiva. Todavia, a presença desses aspectos não pode induzir a descuidos, diante do fato de que a função da motivação é essencialmente aquela de fornecer justificações legais e racionais da decisão, mesmo diante de súmula vinculante, permitindo assim o controle externo e nela conter todas as questões de fato e de direito que constituem o objeto da controvérsia.

Quanto à motivação de direito, exige-se argumentos em sustentação da escolha relativa à norma que o juiz entendeu aplicável como regra da decisão do caso concreto e também, em sustentação da interpretação que ele adotar dessa norma.

Não é suficiente que o juiz faça referência somente às provas que confirmem a versão dos fatos que entendeu verdadeiro; cuidando para não cair na distorção do raciocínio pelo qual, individualizada “a priori” sua versão dos fatos, procure levar em consideração somente aquilo que a confirma, descuidando de tudo que a contradiz.

A verdade não advém só das provas favoráveis, mas também e sobretudo do confronto entre as provas favoráveis e as contrárias.

Se o juiz entender que certas provas são destituídas de credibilidade, deve explicar adequadamente as razões dessa avaliação.

6. O fenômeno da jurisdicionalização dos conflitos

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que em vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária.

Nos últimos cinquenta anos ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade.

A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o Poder Público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, onde sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também em encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das idéias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, de tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do poder, de impor penas, de atenuar as diferenças entre os indivíduos, de defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio e morte, etc...

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Na sua nova função, o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes se tornam depositários do direito que se torna o que é por eles feito.

O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário. A idéia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumprir. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso que o controle da sociedade sobre as razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo, colocando em xeque o preparo do juiz.

7. A necessária formação dos magistrados

A construção e solidificação do Estado Democrático do Direito dependem em grande parte da qualificação do juiz. Neste contexto, perfila-se claramente a exigência de um profissionalismo forte, a partir da institucionalização sistemática da seleção, formação e promoção, do magistrado, fundada em estruturas abertas de espírito não corporativo completamente vinculado aos termos do legislador constitucional.

O aumento do poder traz automaticamente o aumento de responsabilidade, transparência e independência, com o acréscimo das expectativas e das exigências em relação aos magistrados, no ato de julgar.

A construção de uma identidade profissional sólida, com a formação profissionalizante institucionalizada que busque uma progressiva maturidade profissional, torna-se imperiosa.

Esse desafio se faz muito mais relevante no momento em que a Constituição Federal, em face da Emenda Constitucional nº 45, atribui ao Poder Judiciário a integral responsabilidade pela seleção, preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados.

A Reforma do Judiciário descreveu de maneira expressa as qualidades do juiz, como aquele capaz de assegurar a todos a razoável duração do processo e de implementar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º da CF, acrescentado pela Emenda nº 45/2004).

Além disso, especificou os atributos do juiz, como o desempenho, a produtividade, a presteza no exercício da jurisdição, além da frequência e aproveitamento em cursos de Aperfeiçoamento (alínea “c” do inciso II do art. 93 da CF, com a nova redação da Emenda nº 45/2004).

Pela primeira vez, a Escola da Magistratura foi inserida no texto constitucional, denominando-a de Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (art. 105, parágrafo único, inciso I da CF).

A comissão constituída pelo presidente do STJ, para elaborar o primeiro documento da ENFAM, quando da elaboração do projeto inicial, partiu da premissa que *“a escola deverá ficar equidistante dos maiores males do Judiciário: a verticalização, comandada pelo critério de antigüidade, em todas as escolhas e determinações; e a politização, diante da incompatibilidade de defesa de interesses outros, senão os institucionais”* (Escola da Magistratura: Ministra do STJ Eliana Calmon Alves, in **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, nº 2 – outubro 2006, pg. 23).

8. A elaboração de uma teoria de formação de magistrados

A missão vai mais além do que reforçar os mecanismos imparciais de seleção e promoção, sendo a sua principal incumbência a adoção do sistema de formação profissional institucionalizada, com a elaboração de uma teoria de formação de magistrados.

A formação continuada não deve ser vista como uma obrigação, mais do que o aprofundamento das técnicas próprias à função, a confrontação dos elementos teóricos com a realidade das práticas judiciais, deve-se buscar a construção de um magistrado servidor de um direito que se origine na dignidade inviolável do ser humano, da supremacia da ética e dos direitos fundamentais.

O alargamento das atribuições dos juízes tem sido apontado como sinal de “crise da jurisdição”, nascendo a indagação se a magistratura está preparada para as novas responsabilidades que começam a pesar sobre ela.

Sem escamotear a realidade, urge a tomada de consciência de que se passa rapidamente a uma outra etapa da modernidade e que importa compreender a crise judiciária e procurar os meios para superá-las.

O juiz poderá ser confrontado com problemas imediatos, sobre os quais o direito é silencioso, obrigando-o a exercer um papel de legislador e administrador sem ter sido anteriormente preparado.

A necessidade de se reinventar, na busca da eficácia, eficiência e efetividade de sua atuação, faz emergir a consciência da necessidade de um magistrado dotado de cultura aberta, com personalidade independente, responsável, sabedor, com espírito de serviço e de solidariedade, aberto à cultura e à vida.

A implantação de um sistema de formação de magistrados é indispensável não só para qualificá-los visando à necessária motivação, mas também para que sejam viáveis as transformações que hoje se reclamam do sistema judiciário.

A criação de um projeto institucional indicando que tipo de juiz se postula para a sociedade irá traduzir os objetivos, os métodos, os cronogramas e os recursos das diferentes ações pedagógicas.

A formação do magistrado constitui-se hoje um dever que ultrapassa a responsabilidade de cada magistrado, para ser também do Poder Judiciário, configurando-se numa exigência ética, num poder-dever indeclinável, face à extrema complexidade das interpelações que a sociedade dos nossos dias lhe coloca.

9. Conclusão

A força vinculante das decisões do STF se inicia no Brasil no momento em que começa a perder relevância nos outros países. Em Portugal os “assentos” causaram efeitos nefastos na criatividade judicial.

Por outro lado, a concepção clássica do juiz, executor da vontade do legislador e dos comandos das súmulas, vem sendo abandonada. Percebe-se claramente nesta trajetória que a estrutura burocrática da magistratura começa a apresentar fissuras cada vez mais profundas. O papel de mero aplicador da lei ou súmulas vem sendo desmantelado paulatinamente pelo realismo jurídico, que ilumina a aproximação criativa do juiz à elaboração do direito, exigindo formação institucional.

O desafio é o de modificar o modelo dogmático da ciência jurídica, buscando um pensamento crítico de direito útil para a reflexão judicial, tentando descobrir quais as possibilidades e quais as formas que a função jurisdicional pode adotar à crítica jurídica para enfrentar os desafios contemporâneos.

Por isso a urgência da formação institucionalizada, com novos paradigmas de aquisição de conhecimentos direcionados à ampliação da capacidade de pensar numa visão integrada e multidisciplinar.

QUANDO O TRIBUNAL CAIU ...

Josué Corrêa Fernandes¹

Naqueles primeiros dias do mês de maio de 1894, após o ingresso algo tumultuado das forças florianistas em Curitiba, muitas pessoas que, por conjunturas diversas, ali tiveram que permanecer durante o domínio revolucionário puseram suas barbas de molho diante da intensa boataria que caminhava numa só direção: Vicente Machado (então Presidente do Estado) e Francisco Raimundo Ewerton de Quadros (general-comandante da guarnição militar) iriam à forra contra os que, direta ou indiretamente, tácita ou expressamente, tivessem apoiado as lideranças rebeldes.

Maragatos e pica-paus, os dois grupos que, apaixonados, alimentaram a guerra civil de 1893/1894, encontravam-se apoiados em desrazões as mais diversas.

Os primeiros, também chamados federalistas, afirmavam-se vítimas da ditadura de Júlio de Castilhos, o “bárbaro togado”, fiel seguidor de Auguste Comte que, Presidente do Rio Grande do Sul, insistia em que os adversários precisavam ser punidos, sem piedade, em seus bens e em suas próprias pessoas. Partidários da república parlamentarista e do fortalecimento do ente federativo, seus líderes principais eram Gaspar Silveira Martins, inflamado tribuno dos tempos do Império e ideólogo do novo sistema, mais José da Silva Tavares e Gumercindo Saraiva na condição de generais ou cabos-de-guerra.

Floriano Peixoto, que assumira na condição de Vice-Presidente (inobstante Deodoro haver renunciado antes da metade do respectivo mandato – art. 42, da CF de 1891), agia com mão de ferro, chamando a si a posição de salvador e consolidador da República, em contraposição aos rebeldes que eram tidos como monarquistas e restauradores. Em seus calcanhares estavam ainda os integrantes da Marinha que, chefiados inicialmente pelo Almirante Custódio José de Mello e depois por Luiz Philippe de Saldanha da Gama, insistiam em sua renúncia. Seus adeptos, autoproclamados *legalistas*, *pica-paus* para os adversários, contavam com abundantes recursos das burras da União e, ainda, com chefes militares de alto coturno, à semelhança do Senador e caudilho Pinheiro Machado.

¹ O autor é magistrado aposentado e historiador. Já publicou os seguintes livros: Saga da Esperança – Trajetória do dr. Jean-Maurice Faivre (agora em 2ª edição pela Imprensa Oficial do Estado); Breve biografia de Manoel Ribas; Corina Portugal – História de Sangu & Luz; Das Colinas do Pitagui...; Prudentópolis – 100 anos; O Alfanje e o Centeio – Crônicas da imigração eslava no Paraná. No prelo: “Efemérides Pontagrossenses” e “Revolução Federalista no Paraná – Dicionário”.

A realidade, porém, é que a revolta federalista se espalhou pelo Rio Grande do Sul, desceu até Santa Catarina e, em pouco tempo, chegou ao Paraná, agora já irmanada aos homens da Marinha de Guerra que, por motivos diversos, exigiam a renúncia daquele que assumira irregularmente o cargo executivo máximo da República.

Então, marinheiros e caudilhos aportaram em Paranaguá, tomando conta da cidade depois de breves escaramuças.

A par disso, o General Francisco de Paula Argollo, comandante das forças oficiais que estivera em São Bento e Rio Negro, retornava a Curitiba, sendo, daí, substituído por Pêgo Júnior.

Vicente Machado, Vice-Presidente que assumira o governo em face de licença do titular Francisco Xavier da Silva (patrício nascido nas margens do Iapó e amigo de muitos conciliábulos!), agora acolitado por secretários e supostos companheiros, passa, então, a tomar providências diante da iminente invasão da Capital pelos “bandoleiros gaúchos”. A fim de tranquilizar a população, lança, daí, patriótico manifesto no qual afirma “*Paranaenses! ... Disposto a morrer ao lado dos últimos soldados que neste pedaço de terra da pátria se baterem pela República, me encontrareis neste posto até que um sopro de vida me anime, pronto para todos os sacrifícios, haja o que houver, custe o que custar. Paranaenses! Que cada um saiba cumprir o seu dever, como cumprirá o seu o depositário de vossa confiança na alta administração do Estado! Viva a República! Viva o Estado do Paraná! Viva a Constituição! Palácio do Governo do Estado do Paraná, 16 de janeiro de 1894, 5º da República – Vicente Machado*”.

Mas os rio-grandenses, com o apoio explícito dos maragatos do Paraná, já subiam a Serra do Mar prontos para tomar Curitiba e levar de vencida as cidades da Lapa, Castro, Itararé e, por fim, São Paulo.

O ambiente era assustador: as colunas de fumaça que se erguiam em Tijucas já eram vistas das ruínas de São Francisco e a notícia de milhares de revolucionários ávidos pelo saque, prontos para a prática de atos os mais escabrosos, punha em polvorosa os habitantes de Curitiba.

Por isso, a Comissão do Comércio, tendo à frente o inditoso Barão do Serro Azul, foi até o quartel e, ali, na presença do General Pêgo, de Vicente Machado, de Lauro Severiano Muller (futuro Ministro do Exterior da gestão presidencial de Wenceslau Braz e mola mestra na espoliação de quase 30.000 km² de legítimo território paranaense na Questão

do Contestado), obteve a promessa de que Curitiba seria defendida a todo transe e que o recontro final e decisivo se daria fora dos lindes da cidade.

Pouco antes de repassarem esse verdadeiro calote às classes representativas de Curitiba, o governador e o comandante das tropas federais, sigilosamente, já haviam firmado pacto quanto à retirada de todas as forças da Capital debaixo de motivos diversos (deserções, adesões em massa ao adversário, falta de armamentos, etc.), motivos porém que se resumiam no simples terror diante do avanço das legiões federalistas, cujo serviço de informações e de guerra psicológica era por demais eficiente...

A idéia primeira aventada pelos líderes civil e militar do florianismo era no sentido de uma *retirada* (ou constrangedora fuga?) para Castro. Isso, porém, foi mudado em virtude de notícias dando conta de que piquetes adversários esperavam para dar as *boas vindas* no alto da Serrinha (Serra de São Luiz do Purunã), o que, registre-se, não passou de mais um golpe dos *maragatos*. Por isso, optou-se pela tortuosa estrada do vale do Rio Ribeira, certo que Vicente Machado, acometido de grave crise de hemorróidas², teve que viajar por dois dias numa rede, tocando em marcha acelerada rumo a São Paulo, sempre com o General Pêgo e seu minguados soldados na culatra.

Enquanto as *autoridades constituídas* troteavam pelos caminhos ásperos que demandavam à fronteira paulista, deixando às moscas a capital do Estado e desamparados os que ainda lutavam em Tijucas e na Lapa, os revoltosos, liderados pelo *general* Gumercindo Saraiva, Almirante Custódio de Mello e dr. João de Menezes Dória entravam em Curitiba, recebidos pelo povo e por simpatizantes como Generoso Marques dos Santos, Affonso Alves de Camargo, Claudino dos Santos, Chichorro Júnior, David Alves de Araújo e outros.

— Por cerca de noventa dias os federalistas foram os senhores da situação, entronizando, desde logo, o dr. Menezes Dória no cargo de Presidente do Estado. Tropelias, arroubos, ameaças, eram convenientemente resolvidos junto a Gumercindo, pela intermediação de pessoas gradas como o dr. Emyghdio Westphalen, Jacques Ouriques, Silveira da Mota.

Instituiu-se o empréstimo de guerra canalizado por comissões formadas nas principais cidades do Estado, sempre presididas por elementos de proa da coletividade. Em Curitiba, Ildefonso Pereira Correia, o Barão do Serro Azul, aparentemente sem objetivos políticos, foi quem passou a liderar o recolhimento das contribuições do comércio,

¹ Reinaldo Ribas Silveira, em “Vicente Machado – Presidente Fugão”, matéria inserida no livro “Das Colinas do Pitangui”, ed. Gráfica Planeta, 2003, Ponta Grossa.

entregando-as depois aos revolucionários. Esse cidadão, aliás, que desempenhara funções públicas e eletivas durante o Império e que, na época da Revolução, era um dos mais destacado empresários do Paraná, não se filiara a nenhuma das correntes em conflito: homem sério, progressista, de prestígio que pairava acima de disputas paroquiais, simplesmente tomou a iniciativa de organizar a defesa dos interesses de Curitiba, órfã dos cuidados das autoridades públicas e das forças de segurança que, num lance vergonhoso, abandonaram os seus postos de honra, jogando a cidade nos braços dos invasores.

Muitos paranaenses que não puderam ou mesmo não quiseram sair da Capital, ficaram observando os acontecimentos, não sem um quê de temor, como atesta José Francisco da Rocha Pombo, historiador de renome nacional, que passou longos momentos no interior de sua casa, sopesando as ocorrências e fazendo valiosos registros para a posteridade.

— Na seqüência, a Lapa heróica veio a se render depois da morte do General Carneiro, impertérito defensor das instituições e do governo de Floriano.

Gumercindo, acampado em Ponta Grossa, só muito tarde percebeu que os quase trinta dias de cerco à “Legendária” haviam-lhe desviado do objetivo maior, que era a invasão de São Paulo, agora impossível porquanto o General Firmino Pires Ferreira, com o Batalhão Frei Caneca, já começara a armar suas barracas na cidade Castro.

Então, a debandada para o Rio Grande era medida que se impunha e que aconteceu logo em seguida, mediante o deslocamento de três colunas que marchariam separadas e que se encontrariam nas margens do Rio Pelotas: a primeira, comandada por Gumercindo Saraiva e integrada por guerrilheiros que o acompanharam dos pagos sulinos, por frações da marinha e pelo batalhão italiano sob o comando de Colombo Leone; a segunda, liderada pelo irmão Aparício, contando com aproximadamente 1.500 homens, inclusive os batalhões de poloneses e alemães formados no Paraná; e a terceira, que tinha à frente José Serafim de Castilho, o “Juca Tigre”, coadjuvado por Torquato Severo e Telêmaco Borba.

Na capital do Iapó, para onde também se animara a vir Vicente Machado e seu estafe, o clima era, então, de regozijo pela atropelada saída dos maragatos. Agora, na retornaça, era a hora de se materializar muita coisa deixada para trás. Atos burocráticos, enfim, que a azáfama revolucionária ignorara e cuja confecção (embora tardia) mostrava-se altamente recomendável com vistas à montagem da versão oficial dos *vencedores*.

Foi daí que, no dia 12.4.1894, em sessão solene da Câmara Municipal Castrense, os mais eminentes líderes florianistas trouxeram à tona o Decreto Estadual nº 24,

de 18 de janeiro do mesmo ano, que transferia a Capital do Estado para o antigo pouso de Nossa Senhora Santana do Iapó.

Na ocasião, o Presidente da edilidade passou o comando da sessão a Vicente Machado e este declinou em favor do general Firmino Pires Ferreira, comandante da 1ª Divisão das forças em operação no Estado. Assistindo a tudo, em posição meio desconfortável, encontrava-se Xavier da Silva, o Presidente “licenciado” do Estado que, antes, fora Promotor Público, Juiz Municipal, Camarista, Intendente e Deputado Provincial pela cidade que foi a mais extensa cabeça de Termo do interior do Paraná.

Instalado o governo em Castro quase três meses depois da transferência da Capital do Estado por decreto (e também depois da retirada dos federalistas!), começaram os aprestos para o retorno dos *vitoriosos* a Curitiba, debaixo de incitações ridículas e maldosas do jornal curitibano “A República” que, animado com igual proceder de seu co-irmão carioca “O Paiz”, “*fala em ódio santo, pena embebida em lágrima e fel, maldições de cólera, declarando-se refratário à clemência e põe, impressa em letra de forma, uma frase que é um monumento contrário à justiça e ao amor: ‘a lei natural exige que todo o Direito seja uma sanção da força e que todo o progresso social tenha a enseivá-lo uma estrumeira de cadáveres’*”³. Meio século antes, até parecia o embasamento *filosófico* de Hitler e seus asseclas no tristemente célebre projeto da “Solução Final”...

A par de planos a respeito das primeiras providências, idéias eram gestadas acerca daqueles que ousaram ficar em Curitiba e que, na visão dos *heróis legalistas*, por essa atitude passiva ou por atos de comissão, haviam colaborado com os rebeldes. Acima disso, havia necessidade de se dar a versão correta (e patriótica!) para o abandono da Capital por parte de quem jurara derramar o sangue em defesa do posto que lhe fora confiado...

Nesse retorno *triumfal* é que começam os atos de tirania e de vingança. O fel do ressentimento substituía a água-com-açúcar tomada de um só gole pelos pusilânimes *republicanos* que, pouco mais de sessenta dias antes, fugiram de Curitiba assustados com a hipótese de passarem pelo facão de Adão Latorre e Cesário Saraiva.

Agora, praticamente salva a República (malgrado o sangue que correu aos borbotões na Lapa e em Tijucas e, ainda, as mortes heróicas de Gomes Carneiro, Cândido Dulcídio Pereira, Amyntas de Barros e outros), era preciso mostrar autoridade, identificar responsáveis, punir exemplarmente os culpados.

¹- Octávio Secundino Júnior, “Um Episódio Maragato”, ed. Dubus, Porto Alegre, 1983, p. 203.

O alferes florianista José Niepce da Silva, que integrava o Batalhão Patriótico 23 de Novembro, depois engenheiro civil, coronel do Exército, escritor, homem público, fala da reinstalação da legalidade na Capital do Estado: *“Em Curitiba perquisita-se: que saques e massacres postos em prática pelo gumercindismo feroz e escarlate? Resposta geral: relativamente, nenhuns. Os irregulares passaram, exceptis excipiendis, não só por Curitiba, como por todo o Paraná, como legionários duma fé escorreita, que se não desmandam nem exorbitam, perlongando veredas claras, atitude serena de cavaleiros nobres. Era de enrubescer, quanto a nós! E até ali, nós, os pioneiros da ordem, os defensores das garantias constitucionais, havíamos apenas arrebanhado uma ou outra manada de solípedes e metido em artigo de saque uma ou outra mercearia de adversos beiradeiros das sendas perlustradas. Mas, de então pordavante, excedendo essas modestas curvas lindeiras, entraríamos a cometer desatinos e morticínios barbarescos, próprios de aborígenes remotos, sequiosos de vinditas mesquinhas, numa execrável queda de psiquismo”*⁴.

— Vicente Machado fora Juiz Municipal em Ponta Grossa e Francisco Xavier da Silva, ocupara cargo semelhante em Castro.

Ambos, portanto, eram pessoas de alguma forma ligadas à magistratura e ao Poder Judiciário.

O primeiro, porém, depois de abandonar a toga e de abrir banca de advocacia nas proximidades da Matriz de Sant’Ana em Ponta Grossa, motivado por misteriosas razões, passou a implicar com antigos colegas, não perdendo ocasião de azucriná-los. Dizem alguns que a ojeriza vinha do fato de seu pai José Machado da Silva Lima, anos antes, participando de júri popular em Castro na condição de Promotor interino, haver sido preso em flagrante por crime de desobediência ou desacato, no correr da sessão, a mando do dr. José de Almeida Martins Costa, juiz-presidente do tribunal. Ou ainda porque, no foro de Ponta Grossa, tivesse o mesmo José se envolvido em questões altamente duvidosas (ação reivindicatória promovida por Ricardo Antunes de Souza e, ou, questão de terras envolvendo Tristão Rodrigues e o Barão do Tibagi).

Candidato a vereador em Ponta Grossa, Vicente Machado recebeu pífia votação, mas, na seqüência, consegue se eleger deputado provincial no biênio 1886/1887, eleito pelo Partido Liberal Monárquico, contando, como contava, com vinte e seis anos de idade.

⁴ - “Ecos da Revolução de 1893, no Paraná – Curitiba, 1944, Separata dos Anais do Primeiro Congresso de História da Revolução de 1894 – Comemorativo ao cinqüentenário do Cerco da Lapa, p. 123.

Numa das poucas intervenções que faz nesse *début* na política paranaense, Machado polemiza com duas pessoas que, mais para a frente, serão suas vítimas porque integrantes do Poder Judiciário: Emygdio Westphalen, também integrante do Partido Liberal, ousa defender a posição do Juiz de Direito de Castro, dr. Antônio Bley, impetuosamente atacado por Vicente por causa de problema processual ocorrido num júri. Na intervenção tribunicia, Machado faz um retrospecto de sua vida, afirmando que foi promotor público, secretário do governo de Carlos de Carvalho, magistrado, professor, dizendo, por fim, com todas as letras, que a monarquia sempre o distinguiu com os mais variados cargos, numa escancarada confirmação de que era homem de confiança dos *testas-coroadas*: para alguém que, apenas três anos depois, desfiaria o credo republicano em altos brados, desfechando cruéis epítetos à Monarquia, essas asserções soam interessantes, mas já servem para demonstrar o pragmatismo que iluminará (ou escurecerá?) os caminhos do jovem político.

Da contenda que mantém com Westphalen, ambos ex-Juizes de Direito, ressumam indícios da má-vontade de Machado para com os homens de toga: mesmo na República, quando a decantada separação de poderes era comemorada em verso e prosa, sempre iria investir contra aqueles que judicavam, misturando os interesses de advogado militante com os de político sagaz, numa demonstração de prepotência ou mesmo de certa frustração em relação à antiga profissão.

Em 22.11.1886, Vicente Machado, de novo, atira-se com ímpeto contra o Judiciário, área de onde sempre tirara o seu ganha-pão: *“Sr. Presidente, hoje que o patronato e o filhotismo tem por patrimônio todas as posições oficiais, hoje que a ineptidão, por assim dizer, é a senha para ocupar os cargos públicos, é necessário que nós, representantes da província, nós que significamos a força ativa do seu pensamento, usemos com inteiro desassombro do nosso direito de fiscalização e censura sobre esse funcionalismo. Pesa-me dizer, sr. Presidente, e nisto sinto grande constrangimento, que entre esse funcionalismo que não cumpre seu dever, que entre esse funcionalismo que prima pela maior ineptidão, a magistratura, senão representa um papel de ordem primária, salienta-se e salienta-se muito”*. Constrangido deveria estar mesmo, porquanto, cerca de dois anos antes, ele próprio fora Juiz de Direito em Ponta Grossa...

— Mas o ponto culminante da quizila, que se constitui, aliás, em iniciativa inédita em toda a história do Paraná (e quiçá do Brasil), foi a demissão sumária, por decreto e sem qualquer procedimento prévio, de toda a cúpula do Poder Judiciário do Estado e a

subseqüente prisão de seus integrantes, logo em seguida ao regresso dos florianistas a Curitiba: *“Foi a primeira vez que tivemos no Paraná o espetáculo compungente de magistrados em promiscuidade com galés, em cubículos asquerosos, onde se davam por felizes quando se lhes permitia que o socorro de algum amigo lhes poupasse os horrores da sede e da fome. Em todas as localidades do Estado, a perseguição desenvolveu-se de maneira medonha. Os cidadãos (os que não tinham sabido amar a República como o veado ama o pelo...) eram entregues aos heróis, como vítimas à despiidade de algozes desalmados”*⁵.

O Tribunal de Apelação do Paraná, que fora instalado em 01/08/1891 pelo Vice-Presidente em exercício do Estado, Desembargador Joaquim Ignácio Silveira Motta Júnior sob inspiração do então Presidente dr. Generoso Marques dos Santos, contou os seguintes membros: Desembargadores José Alfredo de Oliveira, Emygdio Westphalen, Conrado Caetano Ericksen e Augusto Lobo de Moura. Menos de um ano depois, nova lei extinguiu o Tribunal de Apelação, dando-lhe outro nome e estrutura diversa. No dia 31 de maio de 1892, instala-se, então, o Superior Tribunal de Justiça, constituído dos Desembargadores Augusto Lobo de Moura, José Alfredo de Oliveira, Bento Fernandes de Barros e Luís Pires de Carvalho e Albuquerque, certo que Emygdio Wetphalen e Joaquim Ignácio Silveira da Motta continuaram na seara do Poder Executivo, passando a compor, depois, a liderança local da Revolução Federalista.

De retorno a Curitiba, desgostoso com os membros do Superior Tribunal de Justiça que se recusaram a abandonar a Capital; ressentido com magistrados que haviam aderido publicamente às idéias de Gaspar Silveira Martins (Emygdio Westphalen chegou a assumir o cargo de Presidente do Governo Provisório da República, em Nossa Senhora do Desterro, antiga Florianópolis), ansioso em mostrar a sua autoridade, Vicente Machado, num Decreto autoritário e cheio de considerandos, números de leis, artigos, parágrafos e deduções vazias, assim resolveu:

“Art. 1 – Ficam aposentados, desde já, com ordenado proporcional ao tempo de serviço na magistratura do Estado, a contar da definitiva organização da mesma magistratura pela lei n. 15 de 21 de maio de 1892, os desembargadores do Superior Tribunal de Justiça, bacharéis José Alfredo de Oliveira, Augusto Lobo de Moura, Conrado Caetano Ericksen, Luiz Antonio Pires de Carvalho e Albuquerque e Bento Fernandes de Barros; e os Juizes de Direito da Capital – Arthur Pedreira de Cerqueira e de Antonina, Pedro Vicente Vianna; é excluído do Quadro da Magistratura do Estado o bacharel Antonio Bley, Juiz de Direito de Tibagi que fez renúncia das garantias

⁵ Rocha Pombo, “Para a História – Notas sobre a invasão federalista no Estado do Paraná”, Setor de Editoração da Fundação Cultural de Curitiba, 1980, p. 60.

constitucionais, aceitando a investidura revolucionária de juiz de direito de Castro.

Art. 2 – Entrarão provisoriamente, e desde já, para o exercício no Superior Tribunal de Justiça, os cinco juizes de direito mais antigos em virtude de classificação enviada a 12 de janeiro deste ano, em cumprimento da lei n. 53, de 17 de novembro de 1892, art. 1.

Art. 3 – Depois de aprovado este decreto pelo poder legislativo, o Governador do Estado fará as nomeações definitivas para o Superior Tribunal, observadas as prescrições de lei constitucional de 14 de outubro de 1893,

Art. 4 – Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio do Governo do Estado do Paraná.

8 de maio de 1894.

(a) Vicente Machado - Luiz Antônio Xavier”.

— Com uma simples penada, o Vice-presidente do Estado que substituíra o Presidente *enfermo*, demitiu todos os membros do Tribunal, abrindo as portas para Juizes que lhe inspiravam mais confiança, como Francisco Itaciano Teixeira, de Ponta Grossa, adepto incondicional do florianismo. Então, como afirma o dr. José Niepce da Silva, testemunha ocular e partícipe direto da luta nas fileiras governistas, “*o domínio da lei transmuda-se no domínio do terror, dos pesadelos, das inquietações das ruas e dos lares. Não há contar com clemência ou vista grossa. O vento da insânia sopra, numa sucessão de rajadas sinistras*”⁶. Com um só golpe Vicente Machado fechara o derradeiro abrigo daqueles que, na seqüência, iriam ser perseguidos e presos, lotando o antigo Teatro São Caetano. Escancarava as portas da ilegalidade e da violência ao General Éwerton de Quadros (dileto amigo de Floriano que, depois, chegou a indicá-lo para uma das vagas do STF, juntamente com o nome de um médico, seu amigo!); estimulava a sanha criminosa de *enviados especiais* como Joaquim Augusto Freire (espião do *Marechal de Ferro* na Revolta da Armada, brindado com o posto de capitão honorário pelo mesmo Éwerton depois da chacina do km 65) e o patibular alferes Ataliba Lepage, pau-para-toda-obra, desafeito a choros e a princípios humanitários.

O Decreto em referência não teve por base qualquer processo ou inquérito posto que o General Quadros, comandante do Corpo de Exército e do 5º Distrito Militar, somente deu início a um arremedo de procedimento perante o órgão chamado de *Conselho Marcial*, em 23 de Maio de 1894, quinze dias depois da demissão coletiva. Nessa espécie de IPM, os *criminosos* são arrolados por ordem alfabética e, ao lado do respectivo nome, consta o *delito* que cometeram: as principais lideranças de, praticamente, todas as cidades do Paraná foram ali indiciadas, certo que os Desembargadores do Superior Tribunal de Justiça do Estado e

⁶ - Ob. cit., p. 124.

mais diversos Juízes de Direito constam do estranho libelo como “colaboracionistas” (inclusive o dr. Casimiro dos Reis Gomes e Silva, magistrado negro que labutou em Ponta Grossa, intelectual de alto coturno, que foi voz altissonante na luta pela abolição dos escravos).

Interessante notar que, malgrado o ato de força atirando na rua da amargura magistrados com uma longa e honrosa folha de serviços ao Paraná, como, p.ex., o dr. Conrado Caetano Ericksen (homem de vasto saber jurídico, juiz na acepção mais exata e completa do termo) e Augusto Lobo de Moura (cidadão íntegro que ousou implantar os padrões da Justiça nos tempos épicos de afirmação da soberania nacional nos ínvios Campos de Guarapuava), malgrado tudo isso, aqueles que foram aviltados e humilhados pelo tiranete não se curvaram e nem se calaram.

O Juiz de Direito Antônio Bley, alvo particular das ojerizas de Machado, foi o primeiro a manter a frente erguida, reagindo aos desmandos que, em nome da defesa da República, eram praticados no Estado: em companhia de outras pessoas, inclusive do jovem Manoel Ribas (futuro Interventor e Governador do Paraná), firmou declaração atestando que Vicente Machado nascera na cidade de Castro em data de 9.8.1860 e que fora batizado na Matriz local. Esse documento serviria para demonstrar a fraude perpetrada nas eleições para Senador, quando Vicente, que não contava ainda com a idade de 35 anos exigida pela Constituição, candidatou-se, elegeu-se e, por fim, tomou posse e exerceu o respectivo mandato. Servia, também, para evidenciar que o livro de batismos da Igreja Matriz de Castro, onde se encontrava o assento de Machado, fora por este retirado e guardado, a fim de não vir à calva o fato de que nascera no dia 9 de agosto de 1860. Anos depois, o livro IX de registros de nascimentos voltou, misteriosamente, aos arquivos da Matriz da Castro, mas faltava-lhe a página 191, onde se escrevera o registro de nascimento do poderoso político. Por fim, no ano de 1920, já falecido há anos o principal interessado, o vigário italiano João Pellanda conseguiu que a folha faltante retornasse ao seu lugar, entregue por Olegário de Macedo, ex-deputado e correligionário de Vicente.

O deputado e historiador gaúcho Alfredo Varela, em seguidos discursos na Câmara Federal e depois em escritos no livro “A Oligarchia do Paraná”, denunciou esse episódio e outros mais, envolvendo Machado e o grupo que sempre o rodeou.

Mas, como dizia a imprensa sabuja, obtida a vitória era preciso que não se preparasse a comédia do sentimento, que não se reeditasse a exploração da piedade: “*Pedir*

perdão para estes assassinos é ser cúmplice dos atentados que enxovalharam a tradição generosa e amantíssima do povo brasileiro. A pátria reclama um desagravo tremendo e ela há de tê-lo por honra sua. Em nome dos mártires, justiça!”⁷.

Mártires, diz Rocha Pombo⁸, eram os que tinham abandonado a sua terra, fartos de recursos; criminosos execráveis – os que não tinham podido fugir e que ficaram entregues a todos os azares da invasão! É contra estes que se reclamava justiça, isto é, vingança, em nome daqueles...”

— Posteriormente, em 1895, por iniciativa de companheiros de partido do próprio Machado, como os deputados Domingos Nascimento e Ventura Torres, foi apresentado projeto de lei que deixava sem efeito o decreto firmado no ano anterior, concedendo uma espécie de anistia ou de reintegração aos *aposentados compulsoriamente* que, na *generosidade* do subscritor do ato, receberam *ordenado proporcional ao tempo de serviço na magistratura do Estado, a contar da definitiva organização da mesma magistratura através da lei n. 15 de 21 de maio de 1892*: o tal *tempo proporcional*, portanto, não chegava sequer a dois anos!

Mas Vicente Machado, que já vinha se explicando há tempos acerca dos fuzilamentos da Serra do Mar, onde, ao lado do Barão do Serro Azul, também foi supliciado o Secretário do Tribunal de Justiça Balbino Carneiro de Mendonça (apolítico, mas genro do coronel Joaquim Alves de Araújo, capitalista e adepto do federalismo), teve que assomar à tribuna da Assembléia Legislativa para, num longo discurso, tentar justificar o ato de força que patrocinou.

No dia 28 de dezembro de 1895, durante a 37ª Sessão Ordinária, ao entrar em discussão o parecer nº 57, o eloqüente deputado (que, em paralelo, desempenhava as funções de senador) pede toda a atenção ao *Congresso Legislativo*:

“Sr. Presidente, revistam-se de paciência os meus ilustres colegas, não para ouvir um discurso, mas para ouvir uma exposição longa, uma página que precisa ficar consignada nos anais do Congresso Legislativo do Paraná, um trecho da história política, um trecho da história da revolução. Talvez o menos competente para escrevê-la fosse eu, porque fui parte, co-participante em todos os fatos que se desenrolaram durante o período da revolução, e as paixões, os ressentimentos, os ódios, se acessível a esses sentimentos eu possa ser, podem desvairar-me a ponto de impedirem-me de que seja fiel na

^{III} – Jornal “A República”, 11 de maio de 1894.

^{IV} – “Para a História – Notas sobre a invasão federalista no Estado do Paraná”, Setor de Editoração da Fundação Cultural de Curitiba, 1980, p.79.

narração dos fatos. Para, porém, não cair na censura daqueles que podem apreciar o merecimento dessa narração fiel, os sentimentos personalíssimos que possa ter, vou deter-me o quanto possível na leitura dos documentos que justificam o ato que tive ocasião de lavrar como Governador do Estado.

Não quero, não posso querer que fique aí constantemente como uma ameaça à minha honorabilidade política a dúvida sobre os móveis que me levaram à prática de tal ato.

Não, senhores, não quero senão que se julgue com todo o critério, com toda a isenção, com toda a severidade o ato, tão proclamado hoje como inconstitucional, que aposentou os membros do Superior Tribunal de Justiça do Estado.

... É do conhecimento de todos os fatos que tiveram lugar por ocasião da invasão do território paranaense por hordas revolucionárias.

O Governo do Estado completamente baldo de elementos, de força para resistir à invasão, teve necessidade de abandonar a Capital e, durante três longos meses, os revolucionários aqui exerceram a sua ação perniciosa, sem encontrar embaraço algum.

Precipitados, como foram, os fatos da retirada, realmente apenas houve um ato governativo: foi o da transferência da Capital para Castro pelo qual podiam os funcionários do Estado ver que o Governo estava convencido de que havia uma autoridade superior, que se num ponto qualquer do Estado não podia exercer a sua ação, podia fazê-lo noutra.

O Superior Tribunal de Justiça, que manteve-se na Capital, sede de seu funcionamento, não coexistiu com os revolucionários, não conviveu com eles por força das circunstâncias, não.

Devo declarar francamente diante dos documentos que vou ler, que ele tornou-se revoltoso, que ele compartilhou da revolução, que renunciou das garantias constitucionais e se agregou à horda invasora que exerceu domínio transitório no Estado.

... Tais foram porém as reclamações, tão instantes foram as solicitações para que um ato governativo eliminasse de pronto a ação do Superior Tribunal de Justiça do Estado, que eu declarei que apenas chegasse a Curitiba lavraria um ato excluindo da magistratura estadual aqueles que haviam renunciado às suas garantias constitucionais (“garantias constitucionais” que o próprio Vicente Machado não se dignou em assegurar, fugindo, como fugiu, de Curitiba, previamente conluiado com o General Pêgo, comandante das forças de segurança e que, depois, respondeu a Conselho de Guerra, sendo condenado à morte com base, inclusive, em carta enviada por Machado, o qual, por óbvio, transferia-lhe toda a responsabilidade pelo vergonhoso episódio!).

Aqui chegado, três dias depois, lavrei o decreto que, apenas para que conste do discurso que estou produzindo, passo a ler...

... O Superior Tribunal de Justiça aceitou de má vontade, porque não tinha coragem para reagir, a sustentação do ato do Governo do Estado, e dali em diante, nas suas relações oficiais, chegava a tratar o representante do Poder Executivo senão com descortesia, com uma parcimônia tal de delicadeza, que não era nem podia ser autorizada entre os poderes soberanos de um Estado organizado (alude Machado ao período governamental em que o dr. Generoso Marques dos Santos, organizador do Tribunal, governou o Paraná, sendo,

depois, apeado do poder por verdadeiro golpe desfechado por Floriano, Machado e seguidores).

Este Tribunal que estava a todo o momento mostrando-se cioso das suas prerrogativas, viu a invasão, viu as hordas de bandidos assalariados ao mando de um bandido-mor (os maragatos, comandados pelo médico e jornalista Menezes Dória, inimigo de Machado desde os tempos de Ponta Grossa quando do assassinato de Corina Portugal, que é venerada como santa nessa cidade, - mais Generoso Marques dos Santos, Affonso Alves de Camargo, Emygdio Westphalen, Joaquim Ignácio Silveira da Motta, Visconde de Guarapuava, Baronesa de Guaraúna, Augusto Lustosa de Andrade Ribas, Luiz Daniel Cleve, Amazonas Marcondes, padre Pedro Alves da Costa Machado, José de Freitas Saldanha, Barão de Monte Carmelo, Firmo Mendes de Queiroz – fundador de Prudentópolis e ancestral de homens públicos como Ary Queiroz, etc. –, são alguns dos integrantes da “horda de bandidos assalariados”!), bandido-mor cujo nome há de ser inscrito na história como um dos maiores sanguinários desta terra, tomarem conta deste Estado, organizarem um governo revolucionário, praticarem toda a sorte de arbitrariedade, e ele, organizado em virtude de uma Constituição, com todas as garantias em nome dessa Constituição, foi o primeiro que abriu os braços à revolução, cooperando com ela no trabalho de desprestigiar a organização política do Paraná (a “organização política do Paraná” restou “desorganizada” a partir da fuga do governador Vicente Machado e do comandante militar General Pêgo!).

- O discurso de Machado é laudatório e aplaudido pela cordata plêiade de deputados (todos da situação!). Lança-se culpa nos que ficaram em Curitiba: *“entretanto, a maioria dos que foram sacrificados no Paraná nem tinha sequer cometido o grande crime de dar provas de hombridade e de altivez contra um governo que julgavam funesto para a nação. Entre a autoridade que os abandonara e a revolução à mercê de cujo arbítrio se viram – postaram-se com a prudência dos resignados, procurando atenuar quanto possível os males que lhes tinha de custar semelhante posição. Vamos supor mesmo que houve fraqueza lamentável da parte de muitos, até parecer que chegaram a fazer causa com os que se haviam posto fora da lei: mas que culpa era essa, quando a autoridade legal fugindo, desertando o seu posto, não lhes deixara a alternativa de escolher entre a Lei e o crime, entregando-os à fatalidade da força?”*⁹.

No discurso, Vicente Machado ainda vai muito longe no sentido de justificar o injustificável. Momentos sobrevêm, no entanto, em que a verdadeira personalidade do orador se manifesta com clareza meridiana:

⁹ Rocha Pombo, ob. cit., p. 105.

“Eu digo, sr. Presidente, que entendo, e digo-o sem rebuços, que se há um crime para o qual a pena de morte tem justificativa é o crime político. Mas diante das ameaças de violência que pudessem sofrer esses cidadãos, dirigi-me àquele quartel e declarei que o principal crime deles tinha sido em relação aos poderes do Estado, e que este, ali representado na minha pessoa, declarava ao chefe das forças legais que eles já tinham sido punidos e que, portanto, nenhuma outra pena deviam sofrer”.

Machado, segundo afirma, salvou a pele dos Desembargadores do Superior Tribunal de Justiça, o que, infelizmente, deixou de fazer em relação ao Barão do Serro Azul e a seus malogrados companheiros... Alusivamente a essa circunstância, pode-se ler o que escreveu o General José Cândido da Silva Muricy na obra “A Revolução de 93 nos Estados de Santa Catarina e Paraná - Memórias”, quando descreve a sua ida, juntamente com o sogro Senador Santos Andrade e o próprio Machado até o Quartel General, a fim de constatar da veracidade das mortes na Serra do Mar: o general Quadros, acompanhado de Joaquim Freire, negou a notícia e determinou que o segundo lhes mostrasse um livro com nomes de pessoas enviadas ao Rio de Janeiro *para julgamento*. Ao lado de diversos nomes, havia um pequena cruz feita com lápis vermelho, para o que ninguém soube dar explicação. *Estavam com esse sinal*, continua o então tenente Muricy, *os nomes dos desembargadores do Supremo Tribunal do Paraná que, tendo-se conservado em seus lugares durante o tempo em que os revolucionários dominaram o Estado, haviam sido demitidos pelo dr. Vicente Machado, estando assim castigados. Essa circunstância me sugeriu a pergunta: - Mas esses homens já foram castigados com a demissão, porque ainda estão nessa lista? – O Governo precisa conhecer os nomes dos seus inimigos, disse Freire de modo revoltante”...*¹⁰

Retomando a fala de Vicente Machado na tribuna da Assembléia, reporta-se ele, a seguir, ao Juiz de Direito Antônio Bley, que declara ser “*seu inimigo pessoal*”; alude aos Juízes da Capital e de Antonina; lê documentos administrativos expedidos pelo Tribunal do Paraná durante a ocupação de Curitiba, nos quais enxerga, canhestramente, *colaboração com os revolucionários*; é impiedoso em relação ao projeto de anistia da lavra do colega de Partido, Domingos Nascimento, o que, aliás, já fizera antes em relação a proposta mais abrangente, apresentada pelo estadista Prudente de Moraes:

“Diz-se que foi uma injustiça, que se arrancou o pão a pais de famílias, que riscaram-se disposições constitucionais, ferindo direitos adquiridos!... Mas,

^{VI} - Edição da Biblioteca Militar, Companhia Editora Americana, Rio de Janeiro, 1ª ed., pp. 327/328.

então, revogue-se o Decreto, anule-se-o completamente. Mas isto é possível, isto podia dar-se sem grave ofensa de todos aqueles que comungaram na defesa da ordem legal do Estado, e que por ela fizeram tão pequena soma de sacrifícios? Creio que não. Justiça para os que rasgaram a Constituição, que renunciaram às suas garantias constitucionais, que vilipendiaram a honra dos seus cargos, e que ainda querem que os cofres do Estado lhes paguem aquilo que eles não fizeram, aquilo a que eles não tem direito”.

- Não obstante a virulência de Vicente Machado, alguns Desembargadores atingidos pela sua retórica e pelo seu revisionismo, retornaram ao Tribunal, como é o caso de Conrado Caetano Ericksen e Joaquim Ignácio Silveira da Mota. A respeito de ambos, porém, existem particularidades que os ligam, de forma negativa, aos interesses de Machado e de seus amigos.

O primeiro, filho da professora Emília Brasileira de Faria Ericksen, considerada a fundadora dos Jardins de Infância, foi Juiz de Direito em Ponta Grossa e, no ano da proclamação da República, pelo mês de maio de 1889, levou a júri Alfredo Marques de Campos que assassinara a esposa Corina Portugal com trinta e duas punhaladas (o túmulo de Corina é local de veneração pública há mais de um século e a infeliz mulher é tida como *santa* por várias gerações de pontagrossenses!). Mas o réu, irmão de Ernesto de Campos, então líder do Partido Republicano em Curitiba, foi defendido por Vicente Machado, que mantinha banca de advocacia na cidade e que, desde o início, maquinou tese no sentido de que seu constituinte matara a esposa porque descobrira que ela o traía justamente com o opositor Menezes Dória (então deputado do Partido Conservador). No julgamento, Ericksen, sob protestos de Machado, fez com que os jurados voltassem por três vezes à sala secreta, mas o veredito sempre foi o da absolvição por unanimidade. O magistrado presidente da sessão, aborrecido com os fatos, recorreu de ofício à Instância Superior, o que desagradou o defensor que, naquele momento, misturava prestígio político e profissional, sistema antigo e sistema novo de governo, antipatia em relação ao mais notório adversário local, infenso ao bárbaro delito cometido por seu co-irmão de crença republicana. O dr. Conrado, aliás, depois de ser defenestrado do Tribunal, não abandonou a liça: meteu-se na política, elegeu-se deputado estadual e, juntamente com uma aguerrida minoria (Affonso Alves de Camargo, Generoso Marques dos Santos, Telêmaco Borba, o irmão e também ex-magistrado Araldo Manoel Ericksen) enfrentou de peito aberto o morubixaba que dominou o Paraná por três lustros.

Quanto ao dr. Silveira da Motta, é de se recordar a ingente luta em prol dos direitos do Tenente Fogaça (Antônio Fogaça de Souza) que, rico proprietário da Fazenda

Vilela (entre Jaguariaíva e Piraí do Sul), vendeu a Firmino Xavier da Silva, tio de Francisco Xavier da Silva (companheiro político inseparável de Machado), uma parte de seus campos, recebendo, em 1853, a fabulosa quantia de vinte contos de réis, equivalente a um quarto da renda geral da Província do Paraná. Celibatário, com idéias próprias a respeito do regime de servidão, Fogaça tratava seus escravos de igual para igual, dando-lhes bons animais, ricos aperos, roupas *de branco*. Por isso, foi tido como insano pelos vizinhos, inclusive por David Antônio Xavier (pai do Presidente Francisco), os quais testemunharam em seu desfavor na ação de interdição promovida pelo solicitador Joaquim Anacleto da Fonseca, em Castro. Quando o próprio juiz Alberto Marques de Almeida decretara a interdição, Fogaça finalmente se mexeu e contratou os serviços de Silveira da Motta, o qual, além de anular todos os atos até então realizados, forneceu minuta de testamento em que o tenente *como prova de gratidão e devotamento* e por não possuir herdeiros necessários, deixava todos os bens aos seus escravos e aos libertos que haviam sido cativos e que ainda se encontravam em sua companhia. Os vizinhos que depuseram no processo e que eram da família Xavier da Silva, encontravam-se, na verdade, de olho nos bens de Fogaça, segundo o historiador Oney Borba. E a defesa feita por Silveira da Motta, certamente, não os agradou, cediço que Vicente Machado e Francisco Xavier eram *unha-e-carne*.

- A aposentadoria coletiva de todos os membros do Tribunal de Justiça do Paraná, ao contrário do que defende Machado, foi um ato despótico, que não tinha a menor justificativa em face das circunstâncias reinantes. Falando como falam alguns políticos da atualidade, como se a sua conduta em particular não estivesse em exame, como se as tais *garantias constitucionais* também não dependessem dele, como se nada tivesse a explicar aos outros Poderes e ao próprio povo que, estarrecido, assistiu à sua fuga em plena tarde do dia 18.01.1894, Vicente Machado, dono de inegáveis dotes de administrador e de político, transferiu responsabilidades que eram somente suas, procurando, por todos os meios, não submergir no mar encapelado que se transformou o pós-revolução. Em outras épocas (Movimento Getulista, Revolução de 1964), embora membros do Poder Judiciário optassem por esta ou por aquela posição política, nada aconteceu de semelhante. E Vicente Machado, que inúmeras vezes pediu da tribuna que a História o julgasse, passa agora pelo crivo dos pósteros que, distantes mais de cem anos dos acontecimentos, livres de paixões, sem as amarras do sectarismo, não podem, em sã consciência, endossar o ocorrido.

Como fecho, é de se evocar, mais uma vez, o candente testemunho de Rocha

Pombo:

*“Acredito que o governador e seus partidários, desalojados violentamente pela refrega, levassem na alma um grande despeito e uma cólera imensa. Acredito que voltassem à sua terra tendo dominante sobre toda a sua vida moral uma sede de vingança impossível de conter. Não era insignificante o vexame sofrido; não era pequeno o mal de uma derrota que não tivera, para ser evitada, a população do Estado unida como um só homem; não era facilmente suportável a contingência de uma fuga atropelada, enquanto outros ficavam talvez rindo e increpando de covardia e de vileza os fugitivos, e portanto não podia deixar de rugir dentro daqueles peitos uma indignação incontínente contra todos os que não se tinham julgado incompatíveis com o domínio revolucionário. Tudo isso devia andar pungindo o amor próprio dos que voltavam, devia estar-lhes caindo no coração abalado como gotas de fel...”*¹¹

^{VII}- Ob. cit., p. 111.

O Mandado de Segurança e a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil

J. S. Fagundes Cunha

Mestre em Direito pela PUCSP – Doutor em Direito pela UFPR – Juiz de Direito em Segundo Grau do TJPR – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – Membro do Conselho da Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais

O Ministro Carlos Mário Velloso, já afirmou que qualquer ato ou omissão de autoridade, ilegal ou abusivo de poder, violador de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*¹, sujeita-se à censura judicial através do mandado de segurança².

O mandado de segurança é de índole constitucional³, o que revela a importância concedida pelo legislador ao remédio destinado a proteger o cidadão dos atos ilegais ou cometidos com abuso de autoridade.

É característica essencial das constituições democráticas definir os direitos e as garantias individuais, após estruturar juridicamente o Estado e por demais lembrado que tão importante quanto os direitos declarados são os instrumentos pelos quais constitucionalmente são garantidos.

A hermenêutica revela várias maneiras de se proceder a interpretação do texto legal, uma delas é a interpretação sistemática. A Constituição Federal dispõe que em não amparado por *habeas corpus*, é caso de mandado de segurança, referencial que permite ilação de idêntica natureza a ambos.

O legislador infraconstitucional através do Código de Processo Penal, em seu Livro III, Título II, trata dos recursos em geral, no Capítulo X tratando do *habeas corpus* e seu processo.

Não obstante entendendo o legislador do CPP que o *habeas corpus* é recurso, portanto, admitiu a impetração tanto em primeira, como em segunda instância.

¹ Constituição Federal, art. 50, LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

² *Revista de Processo*, 18/167.

³ Constituição Federal, art. 5º, LXIX – conceder-se-á Mandado de Segurança de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O *habeas corpus*, previsto pelo legislador infraconstitucional como recurso, alguns o classificam como *remédio heróico*, sob o fundamento de que possui diversos e amplos objetivos, decorrentes das várias hipóteses de cabimento; outros o classificam como ação, consubstanciando uma profunda divergência entre os estudiosos do direito processual.

A natureza jurídica do mandado de segurança é um tema que provoca muitos debates. Há quem lhe negue o caráter de ação, sob a alegação de que seria apenas remédio de natureza constitucional, não subordinado aos princípios regentes do direito de ação. A propósito, aduzem que um dos elementos da ação são as partes, não se encontrando no mandado de segurança a pessoa do réu, pois, como tal, não deve ser tida a autoridade apontada como coatora pelo impetrante. Aqueles que utilizam tais variáveis para fundamentar a conclusão, concluem que não existindo partes, não há identificar lide a ser composta por meio do exercício do poder jurisdicional do Estado. Acrescentam que o art. 7º, inciso I, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, determina a notificação e não a citação, para prestar informações, o que não é ato de defesa.

Hely Lopes Meirelles define o mandado de segurança como *meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, ara proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*⁴.

José Afonso da Silva, por sua vez, conceitua o mandado de segurança como sendo *um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público*⁵.

Moacyr Amaral Santos, em objeção àqueles que sustentam que o mandado de segurança não é ação por tratar a lei de notificação e não de citação, afirma que o fato de a lei falar em notificação e não em intimação configura apenas erro de técnica, porquanto, em boa técnica processual, notificação corresponde ao ato pelo qual se dá conhecimento e alguém de despacho ou decisão que ordena fazer ou deixar de fazer alguma coisa, enquanto citação é o chamamento do réu a juízo para defender-se da ação contra ele proposta. De outra parte, o fato de a defesa, no mandado de segurança assumir a forma de informações não tem o condão de desfigurar-lhe a natureza de

⁴ *Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção. Habeas Data*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

ação, pois aquelas visam impugnar esta, tanto no tocante ao processo como em relação ao mérito. Ao instituir a defesa sob a forma e com a denominação de informações, apenas considerou a lei a circunstância de ser o sujeito passivo da ação uma autoridade, que, nessa condição, é acionada⁶. Segundo ele e Luís Eulálio de Bueno Vidigal, não se pode negar ao mandado de segurança ser *um processo de ação*, isto é, processo de partes, diante do que consta dos arts. 10 e 19 da Lei de Mandado de Segurança; o primeiro refere-se expressamente à palavra *parte*, e o outro, a *litisconsorte*, instituto que diz respeito a *cumulação de partes*⁷. Na verdade, pela letra da lei (CPC, art. 213), a citação não é dirigida apenas ao réu para defender-se, mas a qualquer interessado.

Sálvio de Figueiredo Teixeira entende o *mandado de segurança apresenta-se como ação civil, de natureza contenciosa, subordinando-se à disciplina do processo civil quanto aos pressupostos e condições. Não é uma ação como outra qualquer... Normalmente considerado como ação mandamental e sem embargos das diversas teorias a respeito de sua natureza jurídica, sobretudo pelas dificuldades em enquadrá-lo com exclusividade, e a priori, como ação condenatória, constitutiva ou meramente declaratória, melhor se afigura classificá-lo, como fez Celso Barbi, como ação de conhecimento, que se exerce através de m procedimento especial, de caráter documental, caracterizado ainda pela forma peculiar da execução do julgado*⁸.

A partir disso, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro sustenta que correto é o entendimento daqueles que, à vista da tutela jurisdicional invocada no mandado de segurança, classificam-no como *ação de conhecimento* que assume a forma meramente declaratória (nulidade do imposto lançado, por inconstitucional), ou constitutiva (os destinados a impor uma obrigação de fazer ou não fazer; liberação de coisa apreendida, sustação de cobrança de tributos, reintegração de funcionário, determinação pra a entrega de documento)⁹.

Não nos é desconhecido o expressivo número de doutrinadores que entendem o mandado de segurança como *ação*, mas a imprecisão do conceito de *ação* utilizado por alguns deles avulta em importância e conduz a uma série de equívocos.

Confundem o conceito de direito de *ação* ora com o de processo de conhecimento e ora com o de lide; utilizam de variáveis que não são corretas para desbordar em conclusões também

⁶ *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 114, pág. 33 e VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Direito Processual civil*, Saraiva, 1965, pág. 49/51.

⁷ *Ob. cit.*, pág. 34 e VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Ob. cit.*, pág. 51; 53.

⁸ *Revista Jurídica Mineira*, v. 40, pág. 44/58, agosto de 1987.

⁹ *Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais*. *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 39, págs. 33/50, Forense, 1986.

incorretas, quer confundindo a natureza do processo de conhecimento como referencial para definir a natureza do mandado de segurança.

Cândido Rangel Dinamarco instava a discussão em aulas do Curso de Mestrado a respeito de como eram vistos os direitos fundamentais à época do Estado liberal clássico, apenas como direitos de liberdade ou da defesa. Contudo, em tal época, em que não se reconhecia a autonomia em relação ao direito material, era natural conceder maior importância à defesa do que à ação.

Hoje, o que se espera dos doutrinadores, é o correto entendimento do que consiste o direito de ação, com aplicação do conceito de forma a sistematizar a interpretação.

A ação, hoje, depois da polêmica entre Windscheid e Muther, ocorrida na Alemanha aproximadamente em 1856/1857, dela decorrendo o entendimento da separação do direito de ação do direito subjetivo material, com as primeiras teorias italianas (Mortara e Chiovenda) que propuseram a autonomia da ação foram elaboradas no final do Século XIX, início do Século XX, não se justificando a não utilização correta do conceito ainda em nossos dias.

Na biblioteca da Universidade de São Paulo está os originais de uma obra monumental a respeito da polêmica e da evolução história a partir de então. Trata-se de tese de livre-docência. É obra de há muito publicada pela Revista dos Tribunais e se encontra esgotada, merecia republicação.

Luiz Guilherme Marinoni recorda que antes da polêmica entre Windscheid e Muther, na Itália e na França não era sequer questionada a distinção entre a ação e o direito material, aceitando-se com tranquilidade a idéia posta na definição romana de Celso, no sentido de que a *actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur (ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido)*¹⁰.

A ação, para adquirir o *status* de direito público com autonomia própria, passou por diversas fases e recebeu críticas de diferentes correntes doutrinárias que se agasalharam em inúmeras teorias, tendo se destacado a imanetista ou civilista, a do direito potestativo, a do direito concreto e a do direito abstrato. Se a polêmica entre Windscheid e Muther foi o grande passo para uma explicação convincente do conceito de ação, o marco a respeito da autonomia do processo e do direito de ação repousa na obra clássica de Oskar Von Bulow – *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais* – escrita em Ciessen, Alemanha, em 1868.

¹⁰ *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil V. 1*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 192.

Depois a discussão evoluiu em torno do aspecto de se saber se a ação seria um direito concreto ou abstrato, até surgir a Teoria Eclética de Enrico Tullio Liebman, que fez escola no Direito Processual brasileiro e influenciou sobremaneira na elaboração de nosso Código em vigor, trazendo algumas condições que se tornaram relevantes em nosso Processo.

Nos dias atuais, depois de toda essa construção teórica, uma coisa é certa: a relação de *direito material* é totalmente distinta da relação de *direito processual*.

A lição do eminente Processualista brasileiro é bem caracterizadora desse ponto de vista: "*Tal relação jurídica processual, adverte Arruda Alvim¹¹, não deve ser confundida com a relação jurídica de Direito Material. E explica: se a relação jurídica de Direito Material constitui matéria do debate, a relação jurídica processual é onde aquela está contida.*"

A relação jurídica processual em princípio tem como sujeitos as partes, diretamente interessadas no resultado da controvérsia e o juiz como órgão estatal revestido de certas garantias e agindo com absoluta isenção, com o fim de prestar a tutela jurisdicional buscada pelos contendores. No mandado de segurança, contudo, assim não é, posto que a autoridade apontada como coatora presta informações e a pessoa jurídica de direito público sequer é citada para responder à *demand*a, se é que há demanda, mas é tal ilação problema para ser enfrentado em outra oportunidade.

Avultam em importância tais considerações, elementares ao estudioso do direito processual civil, em razão do que dispõe o art. 557 do Código de Processo Civil, mercê da redação que lhe foi dada inicialmente pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, e depois pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, no bojo de reforma objetivando a simplificação e dinamização das leis processuais:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.¹²

§ 1º-A¹³ Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹¹ Curso de Direito Processual Civil, v. I/465

¹² Tantas alterações legislativas conduziram o legislador à estranhíssima situação de inserir o § 1º-A antes do § 1º... Insólito que seja, não se extraia daí qualquer motivo de invalidade da norma, que, de conteúdo processual, e assim de direito público, é impositiva e não facultativa na sua aplicação.

¹³ Os termos da nova redação do art. 557, ora em comento, dispensam alterações nos regimentos dos tribunais para a sua incidência nos casos que lhe são submetidos, ainda que ampliem a normatividade em face de anteriores regras regimentais. As novas normas legais passam automaticamente a se incluir no sistema normativo dado

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor".

Está no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 21, § 1º:

"Poderá o relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência".

*In Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso,*¹⁴ Nagib Slaibi Filho sustenta que *Girando sobre o mesmo tema, com fundamento no art. 96, I, "a", da Constituição, embora as disposições legais automaticamente se integrem nos regimentos internos dos tribunais, poderá, ainda, o regimento interno de Tribunal ampliar o poder relatorial para alcançar também as ações originárias dos tribunais e os incidentes processuais autônomos, como, por exemplo, impugnações ao valor da causa e concessão de gratuidade dos serviços judiciários, incidentes de falsidade etc.*

Há constitucionalidade do poder concedido ao relator para decidir monocraticamente, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, porque não se consegue extrair do texto constitucional o princípio da colegialidade das decisões em país onde a justiça de primeiro grau é quase exclusivamente monocrática: *"Tem legitimidade constitucional disposição regimental que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, desde que as decisões possam ser submetidas ao controle do*

pelos regimentos internos. É o que se vê, por exemplo, no Informativo 149, do Supremo Tribunal Federal, a noticiar: 'Lei 9.756/98: Agravo e Sustentação Oral. Preliminarmente, a Turma, por maioria, em face da natureza dinâmica da Lei 9.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC (‘§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento’), considerou dispensável a inclusão em pauta do agravo contra despacho do Min. Carlos Velloso, relator, que conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento. Vencido o Min. Néri da Silveira, que, em face do sistema legal que assegura às partes a sustentação oral nos recursos extraordinários e diante do princípio constitucional da ampla defesa, concluía pela necessidade de se incluir em pauta o agravo’ (RE (AgRg) 227.030-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 11.5.99).

¹⁴ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>

colegiado" (Pleno, Ag. 151354-3, MG, relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 18/2/99, unânime).¹⁵

Nagib Slaibi Filho ressalta no trabalho citado, que referido precedente do Excelso Pretório, consoante o disposto no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tem evidentes efeitos vinculantes para os demais tribunais, pois, em face do princípio da reserva de plenário instituído pelo art. 97 da Lei Maior, os órgãos fracionários ficam inibidos de submeter ao Pleno ou ao Órgão Especial a argüição de inconstitucionalidade incidental do mencionado art. 557 do Digesto Processual, se houver sobre o tema precedente manifestação do Pleno da Suprema Corte.¹⁶—Note-se que a constitucionalidade depende de circunstância relevante, qual seja, que a decisão do relator possa ser submetida ao controle do colegiado. Daí se extrai que o poder monocrático do relator é derivado do poder do colegiado, a quem o relator "presenta" e que a vontade manifestada pelo relator não é a sua, mas a do órgão que integra e que dele recebeu delegação. O relator é, assim, delegado do órgão, pelo que não pode, salvo reconsideração, deixar de levar à turma o agravo referido no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil.

Embora afirmando a legitimidade do poder relatorial na decisão antes referida, o Supremo Tribunal Federal exigiu que o órgão colegiado continuasse a exercer o controle sobre a decisão monocrática do relator. Tal controle se faz através do agravo regimental ou do agravo referido no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Começa a surgir a questão da possibilidade, ou não, de ser aplicado o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil em mandado de segurança.

¹⁵ Em sentido contrário, o Ministro Peçanha Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no artigo 'Exame do art. 557 do CPC', que se pode ver em www.teiajuridica.com, a destacar o princípio da colegialidade das decisões, inclusive com a lição de Pontes de Miranda: '7) Colegialidade das Decisões. - A regra, para os recursos, é a colegialidade das decisões. Quer dizer: a pluralidade de julgadores, com o fim político de assegurar diversos exames no mesmo tempo, além do duplo ou múltiplo exame, no tempo, pelo juiz do primeiro grau e os demais juízes superiores. A ciência ensina-nos, hoje, que a assembléia não nos veio da reflexão: foi a reflexão que veio da assembléia. Portanto, o homem é que é produto da assembléia. Essa prioridade do exame múltiplo ao mesmo tempo, em relação ao exame de um só, se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza. A colegialidade para a decisão dos recursos obedece a esse pendor íntimo do homem quando se deseja guiar pela 'razão' ' (Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, t. VII, p. 11).

¹⁶ Sobre o tema, do autor, veja-se: 'A argüição de inconstitucionalidade nos tribunais - notas sobre a nova redação que a Lei 9.576/98 deu ao art. 481 do Código de Processo Civil', em: Boletim da ADV/COAD, Informativo n.º 13, pp. 196 a 193, março de 1999; Revista da EMERJ, vol. 2, no 6, pp. 148 a 154, 1999, sob o título 'Sobre a argüição de inconstitucionalidade'; Doutrina, coordenado pelo hoje saudoso amigo James Tubenchlak, Niterói, Instituto de Direito, pp. 261 a 267, 1999; Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no 40, pp. 20 a 24, julho/setembro de 1999

Primeiramente, de se ressaltar que o entendimento já anteriormente sustentado por Nagib Slaibi Filho, que afirmou peremptoriamente a possibilidade de previsão em regimento interno de tribunal de comando autorizando que em ações originárias de tribunais seja aplicado semelhante instituto.

A interpretação sistemática parece indicar que se mandado de segurança é possível quando não possível o hábeas corpus, merecendo tratamento constitucional semelhante, que, em essência a natureza jurídica seria a mesma. Ora, se o hábeas corpus é previsto pelo legislador infraconstitucional como recurso, logo mandado de segurança é recurso.

Calma! Podemos levantar ainda outras premissas, o que não fazemos por economia; basta reiterá-las, como a que no mandado de segurança não há parte no pólo passivo, a pessoa jurídica de direito público não é citada para *defender-se* etc.

Há muito anos, em uma aula de física um professor perguntou se poste anda, ao que, jovens respondemos incautos que não, dirigindo inúmeras avaliações desabonadoras ao mestre.

Na verdade, com a calma daqueles que produzem o conhecimento, afirmou que o poste poderia ter um movimento uniformemente variado, se olhássemos o poste da lua; que poderia ter um movimento uniformemente variado se estivesse sobre um caminhão e o observador fora desse.

Toda norma, qualquer que seja a espécie, submete-se aos processos de interpretação. Conforme magistério de Roberto Ruggiero, a interpretar significa procurar o sentido e o valor da norma para medir a sua extensão precisa e avaliar da sua eficiência concreta sobre as relações jurídicas, não apenas no que respeita às normas de direito consuetudinário e às que são claras e não ambíguas.¹⁷

A interpretação, para nós, abarca não só aquelas disposições normativas vagas ou ambíguas, mas inclusive os preceitos claros, pelo que concluímos como autor, não concordando com a máxima *in claris cessat interpretatio*. Explica o mestre italiano que a própria clareza é um conceito relativo, ou seja, por mais que a lei seja clara nos seus termos, muitas vezes ela pode ser ambígua ou obscura quanto ao fim que tem em vista. Por exemplo, por ocorrer que uma lei, à época de sua edição, não seja obscura, mas pode, mais tarde, tornar-se ambígua em virtude de surgimento de novas relações.

Interpretar, escreveu HOSEPH KOHLER,¹⁸ é escolher, dentre as muitas significações que a palavra possa ter, a justa e conveniente... Por isso mesmo a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo.

¹⁷ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1971, pp. 117-118.

¹⁸ KOHLER, Joseph, *Lehrbuch des Burgelichen Recht*.

Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada e até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim que a lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançar os fins humanos, para fomentar a cultura, para conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação.

Contardo Ferrini afirma que *Os autores de uma lei visam prover determinadas necessidades, com uma ou mais normas, que deverão se enquadrar no sistema de direito vigente. Nenhuma norma está isolada; deve cada uma adaptar-se ao sistema, modificando-se a si própria e modificando outras. Tudo isso excede qualquer previsão humana ordinária. As necessidades da vida são variadas, mutáveis, complexas, de modo que raramente pode, quem dita a norma, ter delas notícia completa. E, portanto, impossível prever as várias modificações que o conteúdo da norma ou do instituto deve sofrer, para adaptar-se ao sistema; pois, além do mais, deve recordar-se que, variando as outras partes do sistema pelo contínuo desenvolvimento do direito, é inevitável que, por reflexo, mude também o conteúdo daquelas normas e daqueles institutos que, entretanto, não são diretamente objeto de variação. As disposições da lei, uma vez editadas, são, pois, dentro de certos limites, independentes do legislador, desenvolvem-se, evoluem, ampliam-se e restringem-se, por vias próprias e por força intrínseca.*¹⁹

A atual redação do art. 557 da lei processual decorre de intensos esforços da comunidade jurídica, sob a liderança de Ministros dos Tribunais Superiores, com o claro objetivo de agilizar e simplificar as formas procedimentais a proporcionar a pronta prestação jurisdicional.

Recordo, de memória, conferência memorável de Humberto Theodoro Junior, realizada em Florianópolis, logo após a mini-reforma do CPC do início da década de noventa. Dizia ele que não conseguia aceitar os comandos do processo que determinaram que o magistrado é que deveria realizar determinados atos. Citava o exemplo da Justiça alemã e mais, que em um banco o gerente não vai ao final do dia procurar quais títulos devem ser encaminhados a protesto, senão há um procedimento *standard* para semelhantes condutas.

Perfeitamente aplicável ao instituto do art. 557 do CPC, nos casos em que a jurisprudência se encontra consolidada, o relator deve promover o julgamento monocrático, sem que fique tolhida a parte do direito de encaminhar a julgamento colegiado a decisão daquele.

A cognição monocrática não é menos abrangente que a cognição que faria a turma julgadora; deve ser fundamentada de forma mais densa porque o *caput* do art. 557 mantém a expressão *manifestamente*, e seu novo § 1º-A também se refere a *manifesto*. As expressões exigem a percepção de fundamentos que possibilitem a

¹⁹ Trecho do Voto do Des. LUÍS CARLOS DE BARROS, TJ-SP, Ap. Cív. 211.760, j. em 25.08.94, LBJ 54:2265.

sustentação da valoração que desde logo se pode dar acolhimento ou lhe negar seguimento. Ora, no mandado de segurança, para que se possa conceder a ordem, há necessidade de prova incontroversa, ou pré-constituída, com direito líquido e certo. O direito líquido e certo deverá, se possível a aplicação do art. 557 do CPC, ser demonstrado de acordo com a expressão *manifestamente*.

CONCLUSÃO

1) Entendemos, a partir da polêmica a respeito da autonomia do direito de ação anteriormente citada, que direito de ação é direito público constitucional de ser postular em juízo um provimento jurisdicional favorável ou não. O direito de ação tem um *plus* em relação ao direito de petição, posto que é exercido em face do Poder Judiciário.

2) Os doutrinadores ainda confundem o direito de ação com o de processo de conhecimento (que pode ter procedimento ordinário, sumário, sumaríssimo e especial) para diferenciar de recurso. O recurso é uma fase do processo, após a prolação de sentença.

3) O tratamento que deve ser concedido ao mandado de segurança é o mesmo que o do hábeas corpus, pois o mandado de segurança atende ontologicamente os critérios para tanto.

4) Pelos fundamentos anteriores já concluo que é possível aplicar o art. 557 do CPC em Mandado de Segurança.

5) Contudo, em não poucos casos, o mandado de segurança é utilizado para substituição de recurso em face de decisão teratológica, em todas as hipóteses temos as variáveis necessárias e suficientes para fundamentar um entendimento de que é possível a aplicação do art. 557 do CPC ao mandado de segurança.

O Princípio da Oralidade deve se subsumir ao Processo Eletrônico

J. S. Fagundes Cunha, Mestre em Direito pela PUCSP, Doutor em Direito pela UFPR, Juiz de Direito em Segundo Grau do TJPR, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Membro do Conselho Editorial da Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais

O pensamento jurídico contemporâneo questiona com ênfase a validade das instituições, por vários fundamentos teóricos, em especial frente aos Direitos Fundamentais.¹ senão também e sobretudo enquanto *poder* do Estado sobre o indivíduo, isto é, no enfoque abstrato da previsão legal, conforme com maior extensão e talvez profundidade, a respeito do tema discorreremos in *O pensamento jurídico, a prisão civil, o Mercosul e o método de pesquisa*.² Os institutos jurídicos, mercê das transformações, ganham características; tantas vezes, tornam-se incompatíveis com a nova ordem. O Poder Judiciário é, por isso, convocado para decidir quanto à eficácia de normas que disciplinam relações jurídicas. Pretendemos instigar a discussão do princípio da oralidade em seara que não se reduz a mera técnica de interpretação. Vai além. Toca a essência do Direito. Especificamente a finalidade do Direito que, insista-se, não pode ser visto como simples esquema formal de leis.

O presente estudo não quer se manifestar como discurso filosófico ou jurídico-científico ou sociológico do direito. O que propomos é um trabalho, sem território de referência próprio, de *investigação interpretativa* e *elucidativa* do Princípio da Oralidade diante dos novos recursos de comunicação e registro da informação (computação, e-mail, processo eletrônico, gravação de imagem e som etc.) indicadores de manifesta tendência de evolução das formas de comunicação e registro dos atos jurisdicionais e judiciais.

Como a história recente demonstra, dentre os Poderes do Estado o que de melhor forma se apropriou das novas tecnologias foi, sem dúvida, o Poder Judiciário, todos os bancos de dados de jurisprudência de todos os Tribunais do País estão disponíveis *on line*, 24 horas por dia, todos os dias do ano, gratuitamente, a todo cidadão do planeta. Trata-se de uma revolução silenciosa, não dimensionada pelos operadores do Direito, que ainda poderá muito contribuir para a evolução do pensamento jurídico, para o exercício do poder jurisdicional, com o intuito de provocar celeridade, segurança, e, sobretudo, com o foco fundamental de realizar Justiça. Para tanto, desde logo é de se colocar como premissa, necessário deixarmos a interpretação com apelo à autoridade, uma das formas mais insignificantes da técnica científica, posto que se demonstra o fenômeno científico, quando necessitamos de embasar a teoria apenas em citações, estamos, em verdade, não praticando ciência. É preciso um corte epistemológico do entendimento daquele que pensava a técnica processual a partir do registro com uma pena molhada, que evoluiu para uma máquina descrever, para pensar

¹ "Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)." José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*, Coimbra : Almedina, 6ª. ed., 2ª reimpressão, p. 539.

² *Jus Navegandi*; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3094>

o Direito operacionalizado através de modernas técnicas de comunicação e registro da informação se perder o norte do que é Justiça.

O dissenso teórico concerne ao Princípio da Oralidade, sua matiz constitucional, colocando em questão todos os institutos e valores em que se emprega e constitui, a partir de impugnação integral da validade como mecanismo a dar efetividade à jurisdição.

Ao tratar de tema, a um tempo crucial e instigante, entendemos necessário precisar linhas e parâmetros de abordagem que estabeleçam com firmeza a base de uma inescapável *interpretação* e *elucidação*.

Hoje avulta em importância não somente a *interpretação* pelos seus valores intrínsecos (marcos teóricos, jurisprudência, doutrina etc.), mas a *figura do intérprete*.

O Grande Nome que subscreve a interpretação dá peso e substância ao *valor* da interpretação, e não é difícil concluir que em uma sociedade capitalista tais *intérpretes*, em regra estão a serviço da classe dominante - no caso os banqueiros -, a peso de ouro, distantes de valores éticos, e viciados pela servidão a seus senhores.³

"Nosso conhecimento - em particular o conhecimento científico - progride por meio de antecipações justificadas (ou não), 'palpites', tentativas de soluções, por meio de **conjecturas**, enfim. Conjecturas que são controladas pelo espírito crítico; isto é, por refutações, que incluem testes rigorosamente críticos. Elas podem vencer esses testes, mas nunca são justificadas de modo positivo: não se pode demonstrar que sejam verdades seguras, ou mesmo 'prováveis' (no sentido do cálculo probabilístico). O exame crítico das nossas conjecturas tem importância decisiva: põe em evidência nossos erros e nos leva a compreender as dificuldades do problema que pretendemos solucionar. É assim que nos familiarizamos com os problemas e podemos propor soluções mais maduras: por si mesma, a refutação de uma teoria - isto é, de qualquer tentativa séria de solucionar nossos problemas - constitui sempre um passo que nos aproxima da verdade. Desta forma, aprendemos com os erros. À medida que aprendemos com os erros cometidos, nosso conhecimento aumenta - embora possa acontecer que não tenhamos consciência (ou segurança) disso. Como nosso conhecimento cresce, não há razão para desesperar da razão. E como nunca podemos saber com certeza, não podemos também adotar uma atitude autoritária, pretensiosa ou orgulhosa em relação ao que sabemos. Dentre as teorias que sustentamos, algumas são muito resistentes às críticas e, num determinado momento, parecem constituir uma melhor aproximação da verdade: estas podem ser descritas - juntamente com os resultados dos testes a elas aplicados - como a 'ciência' daquela época. Mas, como nenhuma teoria pode ser justificada de forma positiva, a racionalidade da ciência reside essencialmente no seu caráter crítico e progressivo - no fato de que podemos **debater** sua pretensão de solucionar problemas melhor do que as explicações competitivas. Em poucas palavras, esta é a tese fundamental desenvolvida neste livro, que é aplicada a muitos temas - de problemas de filosofia e da história das ciências físicas e sociais a problemas históricos e políticos.⁴"

Como na obra de Clémerson Merlin CLÈVE, por *interpretação* entende-se não a hermenêutica convencional dos juristas em busca de um certo sentido oculto sob os

³ Nesse sentido a conferência do Professor CALMON DE PASSOS no *Congresso Nacional de Direito Processual Civil* realizado em Florianópolis - Santa Catarina, em 1997.

⁴ Karl. R. POPPER. *Conjecturas e refutações*, 3ª ed., Brasília : UnB, prefácio.

grafismos normativos, mas a procura de uma visão compreensiva do jurídico atual.⁵ Por *elucidação*, chamaremos "o trabalho pelo qual os homens tentam pensar o que fazem e saber o que pensam".⁶

A realidade não se modifica através de conceitos, senão que através dela mesma. Seguindo tal vereda, assumimos como critério para interpretação um enfoque enquanto problema teórico-jurídico; para tanto, conferiremos as análises convencionais tomadas pelo positivismo, tentando desvendar a relação existente entre o direito positivo e o real imaginário.

Partimos da hipótese de que o positivismo não é apenas uma oclusão ideológica e impeditiva do conhecimento da verdade jurídica; pesquisaremos o contexto histórico e político do momento atual, analisando os fundamentos de sua realidade. O positivismo não é, em nossa hipótese inicial, apenas uma doutrina deturpadora da realidade fenomênica do direito, mas é a face aparente e textual do direito modernamente.⁽²⁶⁾

Buscamos inspiração para a *interpretação e elucidação* nas palavras de Clémerson CLÈVE:

A questão no momento é captar a especificidade do direito contemporâneo, conhecer seu modo atualizado de aparecer, bem como uma funcionalidade. Articulá-lo com as lutas que se travam em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação, a partir das revoluções liberal-burguesas, com o estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas ao contrário, integrar o saber no processo histórico, definindo a teoria como inócua se distanciada da práxis.

Dizer o que é o direito é verificá-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação história e a possibilidade de sofrer transformações. Esse tipo de pensamento não está ausente em BLOCH e MIAILLE, os quais, estudando a constituição do direito contemporâneo, nem por isso deixam de pugnar pela sua mudança, resgatando o sentido revolucionário dos direitos do homem e do jusnaturalismo; mas estes não enquanto discursos explicadores da conformação jurídica, senão como armas de luta em busca de outro padrão de juridicidade.⁷

É necessário entender que as novas tecnologias são resultado de *lutas* que são travadas por aqueles no *cenário* da melhoria da qualidade de vida, nela incluindo a prestação jurisdicional, para projetar a *interpretação* e a *elucidação*; e se Claude LEFORT⁸ confirma os direitos humanos como uma *política; instrumento de luta* que deve ligar-se a outro mais amplo: a *política de invenção democrática*, indagamos onde está situado o Poder Judiciário - e onde deveria situar-se - como *controle* dos direitos (em especial *Direitos Humanos*), refletindo a respeito de alguns institutos processuais, vez que no processo devidamente estruturado pelas leis respectivas, chega-se ao fornecimento da justiça necessária à prevenção ou encerramento dos conflitos de interesses. KELSEN chegou a afirmar o processo como garantia da liberdade do cidadão frente ao estado, como é sabido por todos.

⁵ *O Direito e os Direitos*, São Paulo : Acadêmica, 1988, p. 15.

⁶ "Por sujeción de la argumentación iusfundamental 'a la ley' se entenderá aquí la sujeción al texto de las disposiciones iusfundamentales y a la voluntad del legislador constitucional. Expresión de esta sujeción son, sobre todo, las reglas y formas de la interpretación sumántica y de la interpretación genética." Cf. R. ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 289 e segs. "En la interpretación genética hay que incluir también la interpretación subjetivo-teleológica que apunta a los fines que el legislador constitucional vinculó con las disposiciones iusfundamentales." *Ibidem*, pp. 251 e segs.

⁷ *Ob. cit.*, p. 134.

⁸ *Direitos do Homem e Política*. In: *A Invenção Democrática*, São Paulo : Brasiliense, 1983 p. 37.

"(...) os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia da liberdade. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais (...) Kazuo WATANABE escreve em 1988 estudo sobre acesso à Justiça e sociedade moderna (**Participação e Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 128-135), ali demonstrando que hoje a idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à **ordem jurídica justa**. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características.⁹"

A crítica primeira às ciências sociais é a maneira que observa o objeto. As relações sociais das quais defluem o direito o mais das vezes são relegadas a segundo plano. KÖCHE adverte que o sistema educacional vigente, no que tange ao espírito de ministrar os conhecimentos, remonta ao século XVII. Nessa época a ciência era encarada como um conjunto de conhecimentos certos e verdadeiros. O conhecimento científico era o constatado e comprovado experimentalmente. O progresso da ciência era visto como o acúmulo progressivo de teorias e leis que iam se superpondo uma às outras. Era um progresso linear, contínuo, sem retorno, fundamentado em verdades cada vez mais estabelecidas, confirmadas definitivamente.

O conhecimento não-científico era aquele sobre o qual não se poderia acumular provas que demonstrassem sua veracidade.

Esse conhecimento, questionável, duvidoso, deveria ser eliminado daquilo que se chamava ciência, pois a ciência não era vista como produto do espírito humano, produto da imaginação criativa dos pesquisadores.

A ciência era produto da constatação de determinadas leis, observadas e extraídas da realidade. A imaginação criativa atrapalhava a correta visão da realidade e, portanto, deveria ser eliminada por quem quisesse ter uma atitude 'científica'. Fazer ciência era assumir uma atitude passiva, de espectador da realidade.

O sistema educacional absorveu essa concepção de ciência e assimilou o seu dogmatismo. Em relação ao conhecimento, as escolas e os professores se especializaram em ser os transmissores das verdades comprovadas na ciência, ou melhor: em ser os pregadores das doutrinas científicas. Os próprios manuais e compêndios utilizados se encarregam, muitas vezes de mostrar e demonstrar as teorias científicas como um conhecimento pronto, acabado, inquestionável.

⁹ Ada Pellegrini GRINOVER. *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, p. 10 e 11.

Sabemos, no entanto, que a ciência evoluiu. Evoluiu não de uma forma linear, mas sim de uma forma revolucionária, quebrando o dogmatismo de suas teorias e modificando drasticamente a noção de ciência e a própria noção de verdade.⁽⁴⁸⁾

Para KÖCHE, dentro das reformas radicais que sofreu a ciência no início do nosso século pode-se destacar: *as explicações científicas não são um mero produto das observações empíricas, mas projeções do espírito humano, de sua imaginação criativa; essas projeções são profundamente influenciadas pela cultura e ideologia do pesquisador, não havendo, portanto, uma objetividade pura desvinculada da subjetividade humana. Prossegue, afirma que o progresso científico não se faz pelo acúmulo de teorias estabelecidas, mas pelo derrubamento de teorias rivais que competem entre si, isto é, uma constante revolução na ciência, ocasionada pela polêmica em torno das teorias; a atitude científica não está em tentar comprovar teorias, mas em tentar localizar os erros de suas teorias utilizando procedimentos críticos.*

A seguir formula algumas afirmações:

A ciência não parte da observação dos fatos, mas da problematização teórica da realidade;

O método científico não é prescritivo, mas crítico;

Não há uma única forma de desenvolver a ciência, não há um único método de investigação; e

A verdade não é uma equivalência estática, mas uma aproximação produzida por uma busca constante.¹⁰

A grande dificuldade da evolução científica é que, segundo KUHN,¹¹ os cientistas normais, os quais denomina "aplicados", se unem em torno do mesmo paradigma e se constituem em comunidades, cuja principal característica é a de utilizarem instrumentos e métodos de análise próprios e adequados ao paradigma teórico escolhido. Tais comunidades podem constituir verdadeiras "escolas" científicas, uma vez que consistem em grupos de cientistas que se reúnem em torno de uma especialidade, partilhando o mesmo paradigma e a mesma literatura de base. Opondo-se entre si, essas "comunidades científicas" determinam regras, normas, que devem ser seguidas por todo aquele que desejar a elas pertencer. Assim, o valor de um trabalho depende de um consenso, da "unidade do grupo".

Definindo dessa maneira o peso da comunidade científica, a *racionalidade da ciência pressupõe a aceitação de um "referencial comum"*, determinado pelo momento histórico. A essa tese POPPER chamou, criticamente, de "*relativismo histórico*". Na verdade, a ciência pode ser entendida como uma atividade envolvida num contexto histórico-social no qual se insere a comunidade científica.⁽⁵¹⁾

É, aliás, em nome dessa mesma comunidade que se pode considerar o discurso da ciência *como eminentemente argumentativo, uma vez que tem por objetivo convencer, angariar adeptos dentre os seus prováveis leitores, membros da mesma comunidade*. Segundo o raciocínio de KUHN, *assumindo o discurso da ciência* (ou de uma investigação científica particular) *como argumentativo, não podemos acreditar num método adequado para se julgar individualmente uma teoria*. Segundo ele, é a

¹⁰ José Carlos KÖCHE, *Fundamentos de Metodologia Científica*, São Paulo : Cortez, pp. 12 e 13.

¹¹ KHUN, T. S. *The Structure os Scientific Revolution*. USA : Univ. Chicago Press, 1970, pp. 176 e segs.

comunidade científica que propõe os parâmetros, que escolhe e determina se uma teoria ou se uma experiência é válida ou não.

Fora da comunidade não se faz ciência: as novas pesquisas devem se coadunar com os padrões científicos existentes e aceitos pela comunidade.

Tal visão, com a qual concordamos plenamente, mas procuramos não assumir, vem explicar *o caráter convencional do discurso científico, no qual a liberdade e a possibilidade de criatividade do enunciador se acha limitada por certas regras.*

Parece, também, explicar *a fidelidade a certos métodos considerados de qualidade científica, utilizados pelo cientista no momento da investigação.*

Esses períodos revolução (no caso de tecnologia de registro e comunicação da informação) ou críticos se caracterizam, segundo ele, pela proliferação de versões teóricas ou de paradigmas concorrentes, com o intuito de criar uma alternativa mais adequada. Prossegue, afirma que *se resiste à mudança resistindo à crítica de um paradigma tradicional, cuja aplicabilidade nem se questiona. Diz que na maioria das vezes não é o paradigma que está sendo julgado, mas o próprio cientista.*

"Sob o enfoque sociológico, a atividade científica começa a revelar alguns aspectos ainda mais surpreendentes. Por detrás da fachada de consenso, da opinião paciente e cautelosamente formada, das conclusões e certezas confiantemente divulgadas - muitas vezes com pompa e estardalhaço - ao público leigo, descobre-se uma luta sem trégua, cheia de intrigas e manobras bem planejadas, entre os partidários de orientações teóricas distintas e incompatíveis entre si. A meta é sempre conquistar a soberania sobre o campo e estabelecer uma nova ordem que se convencionou chamar 'paradigma', no rastro do trabalho de THOMAS KHUN. De acordo com KHUN, a substituição de um paradigma por outro não significa necessariamente um progresso - de vez que cada paradigma tende a postular novas regras do jogo e também as metas-regras necessárias para avaliar os méritos ou deméritos de conjuntos de regras alternativas. Essa conseqüência da posição assumida pelo autor, um tanto desconcertante, principalmente para o leigo que se entregou de corpo e alma aos encantos da ciência e as suas promessas de melhores dias, encontra oposição ferrenha nas mãos de, entre outros, KARL POPPER, para quem há um critério de falseabilidade que garante que a ciência não caia no mesmo terreno dos belos contos de fada. Mesmo que não cheguem a constituir-se em belos contos de fada, nossas teorias não passam de 'livres criações da mente humana'. Quem assina embaixo é o próprio ALBERT EINSTEIN, 'monstro sagrado' da ciência moderna, modelo indiscutível da pesquisa científica e, por sinal, ídolo incondicionalmente reverenciado pelo próprio POPPER.¹²"

Argumenta-se que a Constituição Federal inovou no tratamento do princípio da oralidade, em seu art. 98, que dispõe a respeito da criação dos juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. No Brasil, o art. 120 do Código de Processo Civil de 1939 já consagrava explicitamente, e até com certo exagero, um dos mais típicos subprincípios da oralidade, o "*princípio da identidade física do juiz*", nos seguintes termos: "*Art. 120.*

¹² Kanavillil RAJAGOPALAN. *Um fazer persuasivo*, 13-4.

O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício. Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário." (grafia original). A adoção da oralidade pelo CPC de 1939, aliás, foi objeto de ampla discussão na Revista Forense de maio de 1938, que reuniu algumas dezenas de artigos sobre o tema.

Nazareno César MOREIRA REIS, Juiz Federal da Seção Judiciária do Direito Federal¹³, argumenta que:

Quando se pensa em oralidade cogita-se logo de sua antípoda, a escritura, e prontamente aparecem argumentos em favor de uma e de outra, tendo em vista os mais diversos fins que a linguagem desempenha na cultura em geral. Particularmente no âmbito do direito processual civil o assunto está em voga desde o final do século XIX e início do século XX; para nós, de língua neolatina, especialmente a partir das reflexões feitas por Giuseppe Chiovenda⁽¹⁾, autor que designou pela primeira vez um agregado de regras (modus faciendi) correspondentes a certa tradição de procedimento judicial pelo nome de "princípio da oralidade".

Mas a oposição entre a linguagem oral e a escrita não é algo exclusivo do Direito, muito menos do direito processual. Na Literatura e na Filosofia, sobretudo, muito já se discutiu sobre as vantagens e os decessos da escrita sobre a fala, e vice-versa.

Comumente, é argüido em favor da linguagem escrita o fato de que ela infunde precisão, segurança e longevidade ao discurso. Por isso, não é de admirar que seja a maneira eleita pelos cientistas para se expressarem, visto como a busca da verdade exige rigor lógico, somente possível se se estabelece um ajuste prévio entre os interlocutores acerca da terminologia empregada, o que é pouco provável de ser conseguido sobre a base do improviso e da imediatidade conatural à fala. Os pioneiros da retórica grega, Corax e Tísias, de outro lado, argumentavam que quando o objetivo é persuadir um magistrado ou um auditório, a verdade não é propriamente o objetivo da exposição, e somente por meio da fala, com toda a gesticulação e expressividade que a acompanha, é possível construir pronunciamentos convincentes, persuasivos, que manipulam, em suma, com o fascínio verbal e com a poética da voz.

A riquíssima tradição oral dos contos populares foi o esteio sobre o qual nasceu e se consolidou alguns dos mais importantes relatos e ficções da civilização ocidental, mas foi somente por meio de textos que tal tradição pode ser plasmada sob uma forma clara e definitiva, para daí seguir o caminho da universalização, mercê do trabalho de homens como os irmãos Grimm e Hans Christian Andersen, por exemplo.

Não haveria qualquer resquício de Filosofia grega se não fossem os escritos deixados, sobretudo, por Platão e Aristóteles. Mas Sócrates, em compensação, nunca escreveu uma linha sequer, e o próprio Platão, na última parte do diálogo Fedro (274 B - 278 E), desenvolve o tema da superioridade do discurso oral sobre o escrito.

¹³ Disponível na internet.

Vê-se, a partir dos exemplos acima, que a oposição sistemática entre escritura e oralidade é contraproducente, em qualquer âmbito da atividade humana. Oralidade e escritura complementam-se, sem que se possa afirmar a prevalência absoluta de uma sobre a outra.

Segundo ele, na perspectiva puramente jurídico-processual, a oralidade, em si mesma, não reflete sempre uma vantagem sobre a escritura — como podem fazer crer alguns modismos —, e as razões históricas de sua adoção variam desde aquelas ligadas a refinados graus de compreensão sobre os objetivos político-institucionais do processo até aquelas relacionadas aos mais baixos níveis culturais de que se ressentem alguns grupos sociais. É assim que, por exemplo, os romanos, no esplendor do Império, adotaram a oralidade como forma ordinária de solução dos litígios, tendo em conta a necessidade de atender aos reclamos da complexidade e dinâmica de suas relações sociais; ao passo que os povos germânicos, em extremo oposto, muitos séculos depois utilizavam também o procedimento oral para a solução de seus conflitos, mas por razões mais prosaicas, que podem ser resumidas na evidente limitação do uso da escrita então vigorante entre eles.

Hoje, quando avultam as tecnologias, dispoño de computadores que registram imagem e som, com custos baixíssimos para instalação de um microfone e uma câmera, somando uns parcos R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para instalação, permitindo que os ditos fundamentos da oralidade, imediatidade a exemplo, sejam atendidos com a transferência, quer por e-mail, ou registro no computador que, se em rede, pode ser acessado na fase recursal, ou ainda, transmitido em CD, se discuta o princípio da oralidade, nas *ordalias* e os *juízos de Deus*, meios de prova plenamente legítimos entre os bárbaros, consistiam num jogo de gestos e palavras oralmente expressas, mas fundadas num formalismo cego e desprovido de qualquer sentido racional. E isso para não referir aquele memorável exemplo de verdadeiro ritualismo, tantas vezes citado, e que foi difundido por Gaio, doutrinador romano do século II da era cristã — época sob a qual vigorava a oralidade plena no procedimento civil romano.

Segundo Gaio, a jurisprudência registrava um caso no qual alguém, litigando sobre videiras cortadas, mencionou, perante o magistrado, para designar a coisa litigiosa, a palavra *vites* (videira), em vez do vocábulo *arbor* (árvore) e, por isso, perdeu a ação, pois a lei, que lhe servia de fundamento, falava apenas em *arbor* para designar árvores cortadas em geral, conforme preleciona MOREIRA REIS no trabalho citado.

Os corolários de concentrar a atenção sobre o caráter *oral* e *sumaríssimo* que o procedimento tem que atender, segundo a vontade do constituinte, de modo a refletir sobre a extensão e a profundidade que essa escolha política traduz, deve ser interpretados à luz da informática que possibilita o registro e a comunicação da informação não pela pena ou pela máquina de escrever, em um outro contexto histórico.

Diz-se que em direito processual civil, a oralidade, mais que um princípio contraposto à escrita, manifesta verdadeira postura específica quanto ao modo de conceber a estrutura e a função do procedimento. Aos que assim entendem, não se trata apenas conferir à palavra falada primazia sobre a escrita — embora isso seja o aspecto extrínseco e sensível da questão —, mas antes de confiar ao contato imediato e pessoal entre os sujeitos do processo a resolução justa do conflito. No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metucioso e calculado dos *autos*, mas sim do diálogo franco e aberto entre o julgador, as partes e as testemunhas, de modo que o livre convencimento do magistrado apareça firmemente enraizado à situação concreta posta sob sua apreciação, e não decorra de alguma reflexão fria sobre "o que se disse que é a causa",

pois, nas palavras de Thomas Joffré, antigo professor da Universidade de Buenos Aires, "*o predomínio do procedimento escrito tende a que se perca a noção da realidade e que se trabalhe sobre uma armação artificiosa.*"¹⁴ "(4)".

Aqui é relevante considerar que os livros quando se discute a prova oral o argumento é que quando o Juiz de Direito dita o que disse a parte, não traduz com precisão o que efetivamente foi dito pela, parte; a tanto se soma o argumento de que são as impressões de comportamento do inquirido (expressão facial, segurança nas respostas etc.) que auxiliam no julgamento. Tais fundamentos para optar em um entendimento a respeito do princípio da oralidade como sucedâneo a dar resultado a respeito se queda a possibilidade com êxito de filmar o depoimento através de micro câmera instalado no computador.

A experiência é utilizada em Juizados Especiais e Varas Criminais do Estado do Paraná com inegável sucesso. De fato, tanto a imagem, como o som estão registrados podendo o relator do recurso, como seus vogais, tem acesso a uma prova que é a mesma produzida perante o julgador de primeira instância.

Entretanto, se trata apenas do início do uso das novas tecnologias, posto que o ideal é que integrados em rede, basta a gravação da imagem e do som em um provedor, para utilização, rareando custos e gerando celeridade *on line*.

Aos que cultuam e reverenciam os pensadores da Idade Média, com a alta tecnologia do tinteiro e da pena - explica Jonh Henry Merryman¹⁵ - a falta de credibilidade em julgamentos proferidos por juízes que tivessem acesso pessoal às partes fez com que prosperassem desmesuradamente as formas e termos escritos. Acreditava-se que se interpondo uma "cortina documental" entre o juiz e as partes, adviria daí naturalmente um resultado imparcial e justo, porque se eliminariam as influências exercidas sobre o julgador. A demanda, a defesa e todo o material probatório deveriam ser reduzidos a escrito e entregues ao juiz para apreciação, sem que este travasse, em momento algum, contato pessoal com os interessados. As provas recebiam também de forma prévia e escrita o seu peso específico (sistema de prova legal ou tarifária), de tal sorte que o julgamento do seu valor reduzia-se a uma prestidigitação aritmética. "*O jogo dos gestos - diz Radbruch*¹⁶, referindo-se ao processo penal medievo -, *o enrubescer e empalidecer do acusado, a hesitação do depoimento testemunhal relutante e a tagarelice ágil do testemunho decorado, todas as nuanças e imponderabilidades, contudo, perdem-se no monótono estilo do protocolo*". E no cúmulo do alheamento do julgador em relação ao processo, os autos das causas complexas eram enviados para faculdades de direito, a fim de serem apreciadas por juristas distantes do local do litígio¹⁷. Depositava-se, em resumo, nas formas jurídicas rígidas, no isolamento social do juiz e na certeza do direito escrito e interpretado pelos doutores, toda a esperança de um julgamento limpo, por isso que a atividade judicante era quase um ritual litúrgico de interpretação escrituras e o magistrado praticamente um sacerdote; tanto assim que, como noticia Antoine

¹⁴ *Apud* OLIVEIRA, A. Gonçalves de. "Oralidade e tradição". Revista Forense, maio/1938, p. 93.

¹⁵ *La tradición jurídica romano-canónica*. 2ª ed., 4ª reimp. México: Fondo de cultural económica, 1998, p.214.

¹⁶ *Introdução à ciência do direito*. Trad. bras. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 158.

¹⁷ Sobre essa curiosa forma de julgamento, ver: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 200.

Garapon¹⁸, na *"Idade Média o juiz usava toga durante todo o dia e em qualquer ocasião, 'até na sua residência'."*

É importante consignar que nos Juizados Especiais Cíveis os julgamentos são, na sua infinita maioria, prolatados através de decisões que o legislador constitucional nomina impropriamente como Juízes leigos. Impropriamente porque para o exercício como árbitro ou Juiz não togado, é necessário o exercício da advocacia por pelo menos cinco anos, razão pela qual bacharel em Direito, não se trata, por evidente, de leigo, do laico, que não tem conhecimento mas exerce empiricamente o mister.

Em tal contexto, estatisticamente se pode demonstrar que não poucos dos julgamentos em Segunda Instância, pelas Turmas Recursais, decorrem de reforma do comando do julgado em razão de má apreciação da prova por aqueles.

O Estado assumiu a responsabilidade pela pacificação social, a contribuição dos Juízes não togados à pronta prestação jurisdicional se nos afigura irreversível e é da maior relevância, entretanto, o Estado não tem o direito de realizar a prestação jurisdicional sem mecanismos de controle da jurisdição que possam implicar em uma prestação jurisdicional incorreta e inadequada.

A opção pela oralidade envolve escolhas muito mais complexas que aquelas que decorreriam simplesmente do resultado da afeição por esse ou aquele tipo de procedimento. Trata-se, no fundo, de confiar mais nos juízes e exigir deles maior qualificação, exatamente o que não ocorre quando se socorre de improvisos, como trazer profissionais advogados, não obstante abnegados, sem remuneração e vínculo hierárquico, para quando podem comparecer a realizar o desiderato; de exigir maior comprometimento do julgador com a causa e as pessoas nela envolvidas; de dar conteúdo político evidente à atuação da Justiça.

A discussão singela entre o processo oral e o escrito é o que se encontra na doutrina; hoje o tema passa a ser informado por novas tecnologias, por novos instrumentos que realizam o registro da informação, do que não se percebe enfrentamento pela doutrina, a qual de forma maniqueísta perde-se em considerações dissociadas da nova realidade, sem razoável precisão. Como opção axiológica, a precedência da oralidade sobre a escrita, no âmbito do procedimento judicial civil, não é algo que se possa considerar "certo" ou "errado", notadamente se analisada a questão em perspectiva histórica. A escrita desempenhou sua tarefa no momento histórico-político em que vicejou: contribuiu para a libertação do processo de rituais desprovidos de sentido lógico; garantiu, por sua precisão, que aquilo que era apenas tradição se transformasse em princípios jurídicos, muitos deles ainda hoje caros aos sistemas positivos; e, sem dúvida, não há nenhum elemento no horizonte que indique ou sequer sugira que a escrita será algum dia abandonada por completo. Modernamente, porém, é inegável que a escritura em excesso choca-se contra os movimentos de humanização do processo e efetividade da justiça, e é só a essa superabundância que os detratores da escrita dirigem suas acusações, embora nem sempre sejam claros a respeito, conforme sustenta MOREIRA REIS.

Giuseppe Chiovenda, que foi um grande entusiasta da oralidade, discorreu a respeito da matéria sem utilizar o então não existente computador, procurando reduzir a uns poucos postulados fundamentais toda a riqueza de idéias que o procedimento oral

¹⁸ *Bem julgar – ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. port. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 73.

encerra. Esses postulados se resolveriam, segundo ele, na aplicação das seguintes regras¹⁹:

a)prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e documentação;

b)imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar;

c)identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa;

d)concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas;

e)irrecorribilidade das interlocutórias em separado.

O predomínio da palavra oral sobre a escrita, provavelmente a razão mesma de sua denominação, não pode ser argumento para não se apreciar em Segunda Instância a prova produzida em Primeira Instância, sob o argumento que o prolator da decisão é que pode avaliar a prova.

Poderíamos retroceder ao tempo de Licurgo (600 a. C.), quando as leis não podiam ser escritas e o povo devia sabê-las de cor. Depois, facilmente se poderia criar confusão num diálogo oral sobre pontos cuja precisão é essencial para a regular tramitação de um processo: a) a quem o autor dirigiria um pedido oral? b) Se não fosse diretamente ao juiz, o que iria garantir que ele chegaria ao magistrado exatamente como foi formulado, se não fosse reduzido a escrito? c) E o réu, de que estaria realmente a se defender? d) Aliás, como citar o réu? e) Onde estaria a "cópia da inicial"? f) Finalmente, como recorrer de uma sentença que não fosse escrita? Poder-se-iam multiplicar indefinidamente as limitações práticas da oralidade *pura*, de modo que quando se fala na adoção da oralidade aqui, cogita-se realmente de predominância da fala sobre a escrita, nomeadamente na recepção da prova. Chiovenda afirmou que "*todo processo moderno é misto. Mas um processo misto se dirá oral ou escrito, segundo a hierarquia que se dê à oralidade e à escrita, e sobretudo segundo o modo em que sobre ele atua a oralidade*".

Conforme MOREIRA REIS, a imediação e a identidade física do juiz complementam-se. Significa a primeira que o magistrado deve, *pessoalmente*, estar presente no momento da produção da prova oral; deve ser ele mesmo o responsável por ouvir as partes, as testemunhas e eventualmente terceiros que possam ter algo a esclarecer no feito, dirigindo os trabalhos de modo a formar seu convencimento à luz de tudo que observar *diretamente*. Ora, está claro que a imediação seria, porém, destituída de sentido se aquele que fosse julgar efetivamente a causa pudesse ser outro juiz, diferente daquele que tomou as declarações das pessoas ouvidas, pois todas as impressões deixadas por estas desvaneceriam em meros escritos que porventura tivessem sido produzidos a título do registro dos atos processuais praticados em audiência, e, em semelhantes circunstâncias, o veredicto final em última análise redundaria fundado em papéis. Daí a importância da *identidade física do juiz*. Outra relevante consequência da imediação e da identidade física do juiz – características do procedimento de tipo oral – é que os indícios, as máximas da experiência, o conhecimento privado do juiz (para além dos *autos*), as presunções *hominis*, enfim as *provas atípicas* em geral ganham aqui um *status* inteiramente autônomo e prestigiado, a

¹⁹ *Instituições de direito processual civil*. Trad. bras. Campinas: Bookseller, 1998, t. III, pp. 75-76.

ponto de o magistrado poder fundamentar sua sentença exclusivamente nessa espécie de elemento, ao contrário do que se passa no processo escrito, em que, precisamente em vista da escassez de *contato real* com a causa e as pessoas nela envolvidas, o convencimento judicial precisa socorrer-se de provas que respondam mais facilmente à necessidade de explicitação lógica do caminho percorrido até o dispositivo da sentença.

Ora, se adotarmos como princípio que o Juiz não togado reduz a escrito a prova oral, prolata decisão, decisão que por expressa disposição legal pode ser emendada, alterada e, inclusive, ser substituída por outra da lavra do Juiz de Direito Supervisor, que não presidiu a instrução, como sustentar o argumento de que face ao princípio da oralidade as Turmas Recursais não devem conhecer de prova de fato... Com as novas tecnologias o desejo de que o juiz decida o caso sob a influência viva das impressões deixadas pelas pessoas ouvidas em audiência também é alcançado com a gravação da imagem e do som. Se, por um lado, a imediação exige presença física do juiz na colheita da prova o que diz da substituição da decisão do Juiz não togado por outra do Juiz de Direito Supervisor.

Se Chioenda, referindo-se ao princípio da imediação, conforme Luiz Guilherme MARINONI,²⁰ afirma que este princípio almeja *“que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral”* a conclusão é que melhor solução virá para o processo com o processo eletrônico.

Abrir-se para além desse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas, no qual nos aventuramos; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição, uma tarefa de risco, pois expõe aquele que pesquisa e é o que assumimos como compromisso desta tese.

Aos cientistas da era pós-moderna não podem se eximir dos novos desafios; de perseguirem, com determinação, a única meta viável que resta, qual seja, a de trazer à tona as instabilidades que se escondem até mesmo naquilo que, pela força de uma longa tradição, parece, para cada um de nós, o mais rigoroso de todos os discursos, a saber, o nosso próprio metadiscorso, desestabilizando, dess'arte, *todo* o discurso de metanarração.

A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências, estabelece definitivamente a informatização do processo judicial.

O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos de tal Lei. Aplica-se indistintamente aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

²⁰ **A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição.** Disponível na internet.

Segundo ela, considera-se meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado. Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

A lei autoriza os órgãos do Poder Judiciário a desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida na Lei.

Dentre inúmeros outros itens importantes, a conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico. Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

Aderimos a Will DURANT, quando discorre a respeito do Método Filosófico, buscando aplicar na elaboração da tese.

A ciência parece avançar sempre, enquanto a filosofia sempre parece perder terreno. Entretanto, é só porque a filosofia aceita a tarefa árdua e perigosa de lidar com problemas ainda não abertos aos métodos científicos, problemas como bem e mal, beleza e feiúra, ordem e liberdade, vida e morte.

Tão logo um campo de investigação produz conhecimento suscetível de formulação exata, recebe o nome de ciência. Toda ciência começa como filosofia e termina como arte; surge em hipótese e flui em direção da realização.

A filosofia é uma interpretação hipotética do desconhecido. . . ou do que é sabido sem exatidão. . . é a trincheira da frente no cerco à verdade.

A ciência é o território capturado; e à sua retaguarda estão as regiões seguras em que o conhecimento e a arte constroem nosso mundo imperfeito e maravilhoso.

A filosofia parece imobilizada, perplexa; porém, apenas por deixar os frutos da vitória às suas filhas, as ciências, passando, ela própria, divinamente descontente, ao incerto e inexplorado.

Vamos ser mais técnicos? Ciência é descrição analítica, filosofia é interpretação sintética.

A ciência deseja esclarecer o todo por partes, o organismo pelos órgãos, o obscuro pelo conhecido. Não indaga os valores e

possibilidades ideais das coisas, nem sua significação total e final.

Contenta-se em mostrar sua realidade e operação presentes, estreitando seu olhar resolutamente para a natureza e processo das coisas, como são.

O cientista é tão imparcial quanto a Natureza no poema de Turgenev: está tão interessado na perna duma pulga quanto nas agruras criativas de um gênio.

O filósofo, porém, não se contenta em descrever o fato; deseja averiguar sua relação com a experiência em geral e dali chegar ao seu significado e mérito; combina coisas em síntese interpretativa; tenta reunir, melhor do que anteriormente, aquela grande observação do universo que o cientista inquisitivo desmembrou analiticamente.

A ciência diz-nos como curar e como matar; reduz a taxa de mortalidade a retalho e depois, na guerra, mata por atacado; mas só a sabedoria – desejo coordenado à luz de toda experiência – pode dizer-nos quando curar e quando matar.

Observar processos e construir meios é ciência. Criticar e coordenar fins é filosofia.

E, nestes dias, porque nossos meios e instrumentos multiplicaram-se além de nossa interpretação e síntese de ideais e finalidades, nossa vida está cheia de som e fúria, sem nenhum significado. Pois um fato não é nada, exceto em relação ao desejo; não é completo, exceto em relação a um propósito e a um todo.

A ciência sem a filosofia, fatos sem perspectiva e avaliação, não nos podem salvar da devastação e do desespero.

A ciência dá-nos o conhecimento, porém só a filosofia pode proporcionar-nos sabedoria.²¹

"Deixarei contudo que o pouco que aprendi seja conhecido, de modo que alguém melhor do que eu possa adivinhar a verdade, provando e refutando meus erros com seu trabalho. Isso me dará prazer, pois terei sido um meio para trazer à luz a verdade."

Albrecht Dürer

CONCLUSÃO

- 1) O princípio da oralidade deve ser analisado à luz da lei que instituiu o processo eletrônico para definição de sua extensão e aplicabilidade; dentro de um perfil histórico dos recursos técnicos em que construído (pena e tinteiro) diante das novas tecnologias (filmagem) que possibilitam na fase recursal o perfeito conhecimento das expressões e palavras proferidas em audiência, sem que se perca conteúdo em razão de ditar o magistrado ao escrevente.

²¹ Reimpressão de *A história da filosofia*, de Will DURANT (New York : Simon and Shuster, 1926). Apud L. Ronald HUBBARD, *Dianética*, Ob. cit., pp.367-8.

- 2) É inconstitucional cercear o pleno conhecimento pelo órgão recursal da matéria de fato apreciada em primeira instância, sob o fundamento do princípio da oralidade.
- 3) Nos Juizados Especiais Cíveis considerando que a Lei 9.099/95 dispõe que o Juiz de Direito Supervisor poderá prolatar sentença em substituição a decisão de Juiz não togado, sem que renove a instrução, queda-se qualquer fundamento no sentido de obstar o conhecimento pela Turma Recursal da matéria de fato enfrentada em primeira instância, com a interpretação sistemática e teleológica.

A AÇÃO DE REVISÃO DOS CONTRATOS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO À LUZ DO ART. 50 DA LEI Nº 10.931/04

Jurandyr Souza Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

Pós-graduado em Direito Público/Administrativo

Professor da Escola da Magistratura do Paraná – Direito Processual Civil

1. A função social do contrato de financiamento habitacional e as distorções do sistema de crédito imobiliário

Não é circunstância recente a proliferação, perante os Tribunais, de demandas visando à revisão de contratos de financiamento imobiliário, em especial daqueles firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Isto se deve a inúmeras distorções em um sistema que, embora concebido para ser simples, resultou agravado com o decorrer do tempo, sobretudo por uma sucessão de crises e planos econômicos frustrados, bem como por algumas condições contratuais abusivas eventualmente praticadas por aqueles incumbidos da sua administração.

Em um primeiro momento, embora a proposta deste trabalho seja a de analisar esses litígios por uma perspectiva eminentemente processual, é necessário traçar, em síntese apertada e superficial, algumas linhas introdutórias sobre o mecanismo de funcionamento do contrato de mútuo habitacional vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação.

Vários foram os objetivos que moveram o legislador de 1964 a instituir o Sistema Financeiro de Habitação. O que se idealizou, naquela oportunidade, era instituir um sistema que beneficiasse não somente o cidadão comum, que pretendesse adquirir a moradia popular. A facilitação das condições de aquisição da casa própria também tinha como escopo a ampliação da demanda no mercado imobiliário, incentivando o crescimento da indústria da construção civil, que, por sua vez, geraria mais empregos e distribuição de renda, dando origem, em consequência, a um círculo virtuoso, de crescimento econômico e melhoria do bem-estar da população.

O mecanismo concebido para operacionalizar esse sistema era simples: os agentes financeiros, instituições pertencentes ao sistema financeiro nacional, teriam à sua disposição recursos oriundos das cadernetas de poupança, mais baratos que aqueles captados no mercado financeiro, para disponibilizar a título de empréstimo para os cidadãos que pretendessem adquirir a moradia popular, segundo as diretrizes do Sistema Financeiro de Habitação.

Enquadrado dentro dos requisitos necessários à fruição do benefício legal, poderia o mutuário pleitear a concessão do empréstimo mediante essa linha de crédito privilegiada, que consistia em um financiamento de longo prazo garantido por hipoteca sobre o imóvel adquirido. O principal diferencial dos contratos de mútuo imobiliário atrelados ao SFH, entretanto, residia na forma estipulada para o reajustamento das prestações do financiamento; a lei concedeu ao mutuário a segurança de que a atualização do valor das prestações mensais ficaria sempre atrelada à sua própria variação salarial. Assim, desde a contratação do financiamento, o devedor poderia estar seguro de que as parcelas a serem pagas mensalmente sempre estariam dentro dos limites de sua capacidade econômica. Em princípio, esse fato não prejudicaria a comutatividade do contrato, porque o reajustamento do saldo devedor permaneceria sendo realizado por meio dos índices aplicáveis às cadernetas de poupança. Ao final, caso a variação salarial do mutuário fosse inferior à flutuação monetária no período do contrato, o governo garantia a quitação do saldo devedor residual, por meio do Fundo de Compensação de Valores Salariais – FCVS, para o qual contribuía todos os mutuários. Em um segundo momento, porém, já como decorrência do agravamento da conjuntura econômica nacional, passou a ser insustentável para o governo federal a manutenção do FCVS, posto que a existência da dívida residual ao final do contrato passou a ser a regra. Assim, a responsabilidade inicialmente atribuída ao governo foi paulatinamente transferida para os próprios mutuários, mediante a exclusão da cláusula FCVS dos novos contratos firmados no âmbito do SFH. A partir desse momento, caso não fossem capazes de quitar imediatamente o saldo devedor residual, aos devedores passou a ser facultado optar pelo seu refinanciamento, também por longo prazo.

Embora o sistema subsidiado parecesse em princípio auto-sustentável, a comutatividade dos contratos não resistiu à sucessão de turbulências econômicas decorrentes de crises econômicas internacionais e de pacotes governamentais desastrosos. A partir dessas intempéries no cenário econômico, passou a ser freqüente que as prestações pagas mensalmente deixassem de ser aptas sequer para amortizar os financiamentos; assim, o principal da dívida ja-

mais se reduzia, e permanecia indefinidamente sofrendo a incidência de juros e variação monetária.

Some-se a essa circunstância perversa a utilização, por alguns agentes financeiros, de práticas contratuais abusivas, a exemplo da capitalização dos juros, que no decorrer do longo prazo previsto para a quitação do financiamento, pode multiplicar em muitas vezes o valor do débito.

Conseqüência lógica de tudo isso é que, muito embora o mutuário possa ter cumprido regularmente com o pagamento das prestações mensais que lhe eram exigíveis, ainda assim, freqüentemente o saldo devedor permanece sem ser amortizado, e o seu valor continua crescendo incessantemente. Em razão dessa disparidade, ao final do prazo do financiamento, e mesmo que pagas todas as prestações, não raro o saldo residual contabiliza quantia muitas vezes superior ao valor do próprio imóvel objeto do contrato. Diante dessa circunstância, no mais das vezes o mutuário se verá obrigado a realizar o refinanciamento deste débito. É de se notar, a propósito, que o simples pagamento das prestações desse novo financiamento não garante ao mutuário a segurança de ver o contrato quitado ao final do novo prazo concedido. De qualquer modo, o que normalmente ocorre é que, mesmo quando do pagamento regular das prestações, ao final do contrato, o saldo devedor residual redundará em uma dívida muito superior ao próprio valor do bem financiado, verdadeiramente impagável.

Assim, resultado inevitável de tudo isso é que, terminado o prazo do financiamento, o mutuário ainda se encontrará na iminência de perder o imóvel adquirido, mediante a execução hipotecária do saldo residual. Não é necessário realizar exercício mental muito elaborado para perceber que este desfecho afronta diametralmente a própria finalidade social concebida para o financiamento imobiliário, que visa precipuamente a facilitação do acesso do cidadão à moradia popular. De outro vértice, saliente-se que nem mesmo o agente financeiro verá integralmente satisfeita a sua contraprestação, posto que, nos termos do art. 7º da Lei nº 5.741/71, a adjudicação do imóvel dado em hipoteca exonera o devedor do pagamento de todo o restante do débito.

Nesse cenário, não obstante inexistam perspectivas de se atingir a finalidade social a que se destinava o contrato, também é de se observar que ambas as partes restam insatisfeitas ao término da relação jurídica: o mutuário, porque mesmo tendo pago regularmente todas as prestações, ver-se-á, ao final, expropriado de sua moradia própria; e, a instituição financeira,

porque jamais obterá o retorno de todos os valores previstos quando da celebração da avença.

Diante dessa conjuntura perversa, não é de se estranhar o porquê da notória multiplicação de ações judiciais visando à revisão de contratos de crédito imobiliário, sobretudo quando se trata daqueles firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

2. A necessidade de uma segura disciplina processual para os litígios sobre contratos de crédito imobiliário

Como já mencionado, são milhares as novas ações intentadas todos os dias por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, com o objetivo de se ver declarada a nulidade de condições contratuais consideradas nulas ou abusivas, ou mesmo para que seja simplesmente restaurada a comutatividade contratual.

Pedido muito comum nesse tipo de demanda é aquele em que se requer o deferimento liminar do depósito do valor das prestações, segundo os critérios de cálculo elaborados pelo próprio mutuário. Esse tipo de solicitação tem sido invariavelmente deferido pelos Tribunais, sobretudo ante a probabilidade de ocorrência de práticas ilegais no decorrer da execução do contrato de mútuo habitacional.

Entretanto, também não são raras as ocasiões em que mutuários de má-fé procuram se privilegiar da tutela jurisdicional para reduzir artificialmente os custos da sua parcela mensal, durante toda a morosa tramitação do processo. Este tipo de atitude é de sobremaneira prejudicial para a manutenção do sistema de crédito imobiliário, porquanto o depósito judicial irrisório dificulta o retorno do capital investido pelo agente financeiro. Neste particular, também é de se ver que não é só o banco que resulta onerado pela medida liminar; considerando que são centenas de milhares as ações revisionais que tramitam perante o Poder Judiciário, a imposição de óbices ao retorno do capital investido significa a redução da disponibilidade de dinheiro para novos empréstimos, encarecendo-os e prejudicando os futuros mutuários. Aqui, nota-se que essa “indústria de liminares” também é absolutamente indesejável, sobretudo porque, considerada em um plano conjuntural, prejudica – e muito – a manutenção do sistema de crédito imobiliário.

Por essa razão é que era absolutamente necessária uma regulamentação legal mais precisa sobre o regime da concessão de liminares nos litígios envolvendo os contratos de mútuo habitacional, o que finalmente ocorreu com o advento da Lei nº 10.931/04.

3. O acesso à justiça, a efetividade da tutela jurisdicional, e a solução dos litígios surgidos nas relações vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação

Dentre outros objetivos, a Lei nº 10.931/04 teve por escopo atender à necessidade que se tinha de uma disciplina mais aprimorada do regime das ações em que se discutem os contratos de crédito imobiliário, especialmente aqueles vinculados ao regime do Sistema Financeiro de Habitação.

Como não poderia deixar de ser, entretanto, a interpretação da novel regra legal tem sido objeto de calorosos debates entre os agentes financeiros e os mutuários, o que tem inevitavelmente repercutido em posições divergentes na doutrina e jurisprudência.

Os mutuários não raro têm defendido a inconstitucionalidade da nova disciplina processual da matéria, ao argumento de que a sua aplicação resultaria na imposição de excessivo ônus para aqueles que pretendem discutir o contrato em juízo, praticamente inviabilizado a propositura das ações revisionais. A perspectiva dos agentes financeiros, de outro lado, é a de que o artigo 50 do referido diploma surgiu apenas para finalizar com a tão propalada “indústria de liminares”, da qual se serviam alguns mutuários de má-fé, com o objetivo de fraudar o cumprimento dos contratos, prejudicando assim a própria manutenção do Sistema Financeiro de Habitação.

Em que pesem as considerações normalmente expostas pelos sujeitos parciais desse tipo de litígio, em verdade, parece que a finalidade precípua da disciplina processual imposta pelo art. 50 da Lei nº 10.931/04¹ é justamente a de garantir maior grau de previsibilidade e segurança para os processos que versam sobre a revisão dos contratos de crédito imobiliário.

¹ *In verbis*: Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido.

§ 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

Como já mencionado, é fato notório que a comutatividade dos contratos vinculados ao SFH tem freqüentemente resultado prejudicada, sobretudo por conta de efeitos gravosos decorrentes de pacotes econômicos governamentais, e pela utilização, por parte dos agentes financeiros, de práticas contratuais reconhecidamente abusivas. Entretanto, também é involvidável que a longa pendência dos procedimentos revisionais pode prejudicar a própria reprodução do sistema de crédito imobiliário, porquanto os agentes financeiros efetivamente dependam do retorno do capital investido para disponibilizá-lo a novos mutuários adquirentes da moradia própria.

Posto o problema, em um primeiro momento, cabe observar que o enfrentamento da inovação legislativa deve ser feito na perspectiva do máximo prestígio ao *princípio do acesso à justiça*; partindo-se da premissa de que o processo é o meio apto de que o jurisdicionado dispõe para tornar efetivo o seu direito material potencialmente violado, em contrapartida, naturalmente incumbe ao Estado-Juiz o dever de prestar a tutela jurisdicional de maneira *efetiva e adequada*². Vale dizer, o processo jamais pode servir de óbice para a distribuição da justiça, mesmo porque a própria finalidade do *due process of law* é de natureza instrumental, ou, em outras palavras, é de proporcionar meios idôneos e legítimos para a solução do conflito de direito material surgido entre as partes.

§ 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

² Nesse sentido, é pertinente esclarecer que a idéia de adequação e efetividade da tutela jurisdicional é intimamente conectada com o princípio constitucional do acesso à justiça. Para os processualistas Marinoni e Arenhart, “O art. 5º, XXXV, da CF, afirma que ‘nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Este, que é o chamado ‘princípio da inafastabilidade’, atualmente é compreendido como o princípio constitucional garantidor do acesso à justiça. O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva (...) Há tutela adequada quando, para determinado caso concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material. O procedimento especial que serve à tutela, por exemplo, de reintegração ou manutenção de posse, prevê tutela antecipatória que deve ser deferida pelo juiz, antes da ouvida do réu, se a petição inicial estiver devidamente instruída (art. 928 do CPC) (...) Essa tutela diferenciada atende, como é óbvio, a determinada situação de direito material. (...) No caso do procedimento criado para a correta tutela da posse, a tutela antecipatória, antes da ouvida do réu, deve ser deferida em razão de ser ‘adequada’ para a tutela possessória. Por outro lado, apresenta-se como ‘adequado’ o procedimento do mandado de segurança, que também possui liminar em seu bojo, para o cidadão que tem um direito ameaçado ou violado pelo Poder Público, e que pode demonstrar o seu direito de plano ao apresentar a petição inicial (...) Quando se fala em tutela ‘efetiva’, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou condenar o demandado (na verdade exortar o réu a adimplir a sentença, que, em caso de não-observância espontânea, apenas se sujeita à ação de execução)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz, *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. Ed. RT. São Paulo: 2005. p. 65 a 67).

É evidente que o devido processo legal pressupõe a observância das formalidades pré-estabelecidas na lei processual, mesmo porque isto significa a própria garantia das partes a um processo justo e isento. Entretanto, suplantar o objetivo precípua do processo, concebido como o meio de atuação da jurisdição, por um exacerbado – e injustificável – apego ao formalismo, significaria entender o processo como uma abstração, como se este tivesse um fim em si próprio. Nessa hipótese, embora a solução jurisdicional efetivamente possa ser formalmente perfeita, em realidade, a prestação de direito material proporcionada terá sido uma verdadeira *não-tutela*, porque inútil e ineficaz para os interessados.

Divorciar o processo de sua perspectiva teleológica, que é a própria pacificação do conflito entre os agentes sociais, significa lançar em verdadeiro descrédito o próprio Poder Judiciário, que, preocupado unicamente com questões de método, acaba por deixar de cumprir o seu *munus* institucional concernente à distribuição da justiça. Em última análise, isso acaba por distanciá-lo do jurisdicionado, que o aciona sempre com o objetivo de ver solucionado o seu problema surgido no plano do direito material, e não para discutir minúcias relativas ao processamento de sua demanda.

Tudo o que se disse foi com a intenção de determinar a premissa básica deste estudo: sempre que o jurisdicionado aciona o Estado-Juiz em busca de uma solução para o litígio de direito material, em nome do *acesso à justiça*, e da *prestação jurisdicional efetiva e adequada*, a este incumbe o dever de buscar, dentro do sistema, os meios necessários para a satisfatória solução da controvérsia. Em outras palavras, *não é o direito material que deve ser tutelado na medida das limitações do processo, mas o processo que deve fornecer os meios aptos para a efetiva e adequada tutela do direito material*.

No que toca à específica questão que envolve as ações revisionais de contratos de mútuo imobiliário, portanto, a interpretação da disciplina do artigo 50 da Lei nº 10.931/04 deve necessariamente visar à máxima efetividade da tutela jurisdicional. Cumpre mencionar, todavia, que a máxima efetividade a que nos referimos não significa prestigiar tão-somente os interesses dos mutuários, normalmente os autores das demandas, sendo certo que, como já mencionado anteriormente, são igualmente dignos de relevância jurídica os interesses defendidos pelos agentes financeiros.

Em suma, o que se pretende estabelecer é o melhor ambiente possível para a discussão judicial do contrato de crédito imobiliário, na mesma medida em que se garante que a pendência desta discussão repercuta sobre o sistema da forma menos onerosa possível.

4. A natureza jurídica do novel instituto

Passadas essas ponderações iniciais, a primeira questão que surge é sobre a natureza das regras instituídas pelo dispositivo em comento. Considerando que o seu *caput* faz referência indistinta a todas e quaisquer “ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários”, parece adequado concluir que se trata de procedimento especial de jurisdição contenciosa (a exemplo de tantos outros já legalmente previstos, especialmente no Livro IV do Código de Processo Civil). Posto isso, é possível dizer que o procedimento foi elaborado com a específica finalidade de atender a esta peculiar necessidade de direito material – a revisão de contratos de financiamento imobiliário. Assim, tal como acontece nos demais tipos de procedimentos especiais, a lei impõe às partes uma série de prerrogativas e restrições normalmente inexigíveis nos procedimentos tidos como ordinários, tudo com vistas a garantir a máxima efetividade e segurança na prestação da tutela jurisdicional.

Outra consideração oportuna neste momento, é que muito pouco se inovou no processo estabelecido para essas ações revisionais, porquanto grande parte das suas regras decorra da institucionalização legislativa do que já ocorria na prática forense, bem como do que já vinha consagrado como posição pretoriana dominante.

5. A quantificação e o imediato pagamento dos valores incontroversos – A exegese do art. 50, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.931/04

Aspecto muito discutido nos litígios envolvendo os contratos de mútuo habitacional vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação é a questão atinente à legitimidade da variação monetária aplicada pelo agente financeiro sobre as prestações dos financiamentos. Com efeito, em decorrência do enorme número de contratos por eles administrados – o que inegavelmente prejudica que se empregue tratamento individualizado a cada mutuário –, não raro os agentes financeiros acabam aplicando, sobre as prestações dos financiamentos, índices de atualização monetária que ultrapassam os limites da capacidade salarial dos mutuários. Não obstante, aca-

so ao final da demanda se verifique a abusividade de algum encargo contratual, a sua anulação também tem a potencialidade de repercutir na redução do valor das prestações do financiamento.

Por essas razões, sempre foi muito comum que os mutuários apresentassem, junto à petição inicial, cálculo unilateral da evolução do financiamento e das prestações, com o específico objetivo de obter tutela antecipatória, no sentido do deferimento do depósito judicial dos valores que reconhecem devidos.

Essa sistemática não foi alterada com o advento da nova legislação. A regra do *caput* do artigo 50 da Lei nº 10.931/04 simplesmente formalizou o que já era prática comum, estabelecendo que, sob pena de inépcia, o autor deverá quantificar já na petição inicial o valor que entende como incontroverso. A rigor, nesse aspecto o dispositivo legal inovou muito pouco. De qualquer modo, a imposição dessa especificação como condição de processamento da demanda parece salutar, sobretudo porque o pedido se torna melhor determinado, facilitando ao juízo e à parte contrária a compreensão, desde o início, da exata extensão da controvérsia instaurada.

O mesmo é possível dizer em relação ao § 1º da norma em análise; via de regra, as demandas revisionais são propostas com pedido de antecipação de tutela, onde se requer o deferimento do depósito judicial dos montantes que os mutuários entendem devidos (valores incontroversos). A jurisprudência sempre foi reiterada em admitir a realização desses depósitos, mesmo porque, não obstante exonerassem o devedor da mora exclusivamente em relação aos valores consignados, a medida beneficiava o próprio agente financeiro, posto que, a partir da consignação, o descumprimento da obrigação passava a ser apenas parcial.

A única modificação introduzida pelo mencionado § 1º, neste particular, foi a determinação para que o devedor não se desfaça dos valores incontroversos por meio de *depósito judicial*, mas sim, através do imediato *pagamento*, realizado agora diretamente para o agente financeiro, no tempo e modo contratados.

Aqui, o legislador visou a privilegiar os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas. O procedimento passou a ser mais eficiente; além de não infligir qualquer gravame adicional para o mutuário – que continua lançando mão unicamente dos montantes que reconhece devidos –, ao agente financeiro passou a ser possível o acesso mais

simplificado aos valores incontroversos, vez que deixou de ser necessária a intermediação do juízo para o respectivo levantamento.

Tudo isso contribui para o aperfeiçoamento do sistema; a uma, porque estimula o devedor a permanecer adimplindo a parcela incontroversa de sua obrigação³; e, a duas, porque este capital não precisa ficar imobilizado na conta vinculada ao juízo, retornando imediatamente para o agente financeiro, que poderá, desde logo, disponibilizá-lo para novos adquirentes da casa própria.

6. A natureza jurídica do depósito judicial dos valores controvertidos – Art. 50, § 2º, da Lei nº 10.931/04

Este dispositivo talvez seja o aspecto mais tormentoso da novel disciplina legislativa. A regra estabelece que “a exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados”. Conjugado com o § 4º do mesmo artigo, que dispõe que “o juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor”, alguns intérpretes desatentos foram induzidos a crer que o depósito do valor controvertido caracterizaria uma verdadeira condição para o processamento da demanda revisional. Essa conclusão parte da premissa de que, via de regra, o devedor não poderia deixar de consignar o valor controvertido, dependendo a sua dispensa da ocorrência de circunstâncias excepcionais, reconhecidas pelo prudente arbítrio do juiz.

³ Neste particular, oportuno mencionar também a perspectiva de Luiz Rodrigues Wambier, para quem, em um plano material, a inovação legislativa nada mais significa que a consolidação do postulado da boa-fé objetiva: “Pode-se dizer, assim, que os arts. 49 e 50 da Lei 10.931 consagram, explicitamente, o princípio da boa-fé objetiva, já que estabelecem, de modo expresso, que devem coincidir as condutas esperada e devida, isto é, devem as cláusulas contratuais ser respeitadas, naquilo em que não houver controvérsia entre as partes. Nesse caso, assim como o Código do Consumidor impõe ao fornecedor um comportamento ético de prestar a informação adequada acerca do serviço prestado, na *formação* do contrato (CDC, art. 6º, inc. III), impõem as normas jurídicas ora examinadas um *comportamento ético* ao devedor, na fase de execução do contrato. Como explica Álvaro Villaça Azevedo, em razão do princípio da boa-fé objetiva, devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, ‘cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato’. Caso, diversamente, se permitisse àquele que discute apenas uma parte da prestação devida deixar de cumprir toda a obrigação, estaria irremediavelmente rompido o princípio da boa-fé objetiva. Com efeito, o comportamento da parte que se vale do processo judicial para, a pretexto de discutir *parte da dívida*, deixar de cumprir *integralmente sua obrigação*, consiste em um *exercício abusivo de uma posição jurídica*, que deve ser reprimida pelo Poder Judiciário” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Boa-fé objetiva e adimplemento da obrigação incontroversa – Notas sobre os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. In: *Revista Jurídica*. n. 341. Ed. Fonte do Direito. Porto Alegre: mar/06. p. 30).

Entretanto, de uma análise mais acurada do § 2º daquela regra legal, percebemos que não existe disposição sobre a eventual inadmissibilidade da demanda, acaso ausentes os depósitos dos valores controvertidos. Por esse motivo, parece mais apropriado concluir que *o depósito dos valores controvertidos se refere unicamente à suspensão da exigibilidade da obrigação*, não se tratando, portanto, de condição de procedibilidade da ação revisional.

A única condição especial de admissibilidade deste tipo de ação, vale repetir, é aquela mencionada no *caput* do artigo 50, já referida neste trabalho, e que determina a quantificação dos valores incontroversos.

O entendimento nem poderia ser diferente; a disposição que estabelecesse a capacidade financeira do autor como uma das condições específicas da ação esbarraria necessariamente no princípio constitucional do *acesso à justiça*. Seria de todo indevida a vinculação da admissibilidade da ação revisional ao pagamento do valor incontroverso, e, ao mesmo tempo, ao depósito do montante controvertido. Interpretado dessa forma, o devedor, então, ver-se-ia obrigado a se desfazer mensalmente do valor integral da prestação exigida pelo banco, sendo a única diferença, a de que uma parte seria imediatamente paga para o credor, e, a outra, depositada em Juízo. Todavia, exigência nesse sentido praticamente inviabilizaria a utilização deste tipo de demanda, porquanto seja certo que, no mais das vezes, os mutuários recorrem ao Judiciário quando já não mais têm condições de arcar com as parcelas do financiamento, na forma calculada pelo banco, sem o grave comprometimento da sua economia familiar.

Nesse sentido, determinar que o valor controvertido seja desde logo depositado em juízo significaria prestar uma verdadeira *não-tutela*, vez que o devedor continuaria compelido a se desfazer mensalmente do valor integral da parcela, durante toda a morosa tramitação da demanda.

A melhor interpretação do § 2º, portanto, parece ser a de que essa regra veio unicamente para consolidar a jurisprudência que já era praticamente unânime em nossos Tribunais, no sentido de que o depósito parcial do valor das prestações exonera o devedor dos efeitos da mora, porém, somente na exata medida do montante depositado, não suspendendo, assim, a exigibilidade do restante. Segundo o entendimento pretoriano corrente até o advento da Lei nº

10.931/04, o depósito parcial do débito era sempre possível, porém, na prática, não era apto para impedir que o credor promovesse a execução hipotecária pelo restante⁴.

Sem embargo, observe-se que inexistente razão plausível para que seja diferente após a vigência da lei nova. Uma vez proposta a ação revisional pelo mutuário, desde logo este deve quantificar os valores sobre os quais pretende controverter. O valor incontroverso deverá permanecer sendo pago no tempo e modo contratados.

Quanto ao montante controvertido, são-lhe abertas duas opções: a primeira, de depositá-lo em juízo, suspendendo a sua exigibilidade; e, a segunda, de não fazê-lo, ocasião em que assume o risco de ser acionado judicialmente pelo agente financeiro, por exemplo, via a ação de execução hipotecária regida pela Lei nº 5.741/71.

Neste último caso, proposta a demanda executiva, e após garantido o juízo, a ação revisional passa a fazer as vezes dos embargos do devedor, mesmo porque a absoluta identidade de matérias fatalmente acabaria induzindo os embargos à conexão ou continência, ou mesmo à extinção em função da litispendência.

Esta solução já existia no bojo do sistema e era amplamente aplicada pela jurisprudência⁵, sendo certo que a lei nova surgiu com o único intento de trazê-la à evidência. Com

⁴ Nesse sentido, há muito tempo a jurisprudência paranaense já é mansa e pacífica: "...O direito do devedor depositar em Juízo o valor que entende devido, com a pretensão de se precaver contra os efeitos da mora até que o valor da dívida seja em definitivo composto na ação judicial em trâmite, vem sendo admitida de maneira pacífica pela jurisprudência. O *periculum in mora* é inegável. Não, é evidente, para impedir que o Agravado ajuíze ação executiva, mas para evitar os efeitos decorrentes da mora do valor oferecido, ou compeli-lo a proceder pagamento de valor danoso aos seus interesses, sendo a providência, essencialmente reversível e nenhum prejuízo importa ao credor, a quem desde logo é assegurado o pagamento da parte da dívida incontroversa. Cabe lembrar, ainda, que não se trata de impedir o Agravado de propor execução, pois, a teor do art. 585, § 1º, do CPC, 'a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução', nada obstando que a parte recorra ao Judiciário na tentativa de fazer valer o seu direito decorrente do título, conforme é assegurado pela Constituição Federal. Ademais, sendo o depósito efetuado à conta e risco do depositante, ele não tem efeito liberatório enquanto não decidida a lide, de forma que o credor não fica impedido de cobrar a dívida no valor, ou na diferença, que interprete como pertinente..." (TJPR, Ag. nº 289.269-3, 12ª C.Cv., rel. Des. Jurandyr Souza Junior, DJ 02.09.2005); "...O depósito parcial dos valores devidos, em sede de ação declaratória, induz apenas afastamento parcial da mora do devedor, não sendo capaz de obstar o direito do credor de propor a ação executiva (CF, art. 5º, XXXV, e art. 585, § 1º, do CPC)..." (TJPR, Ap nº 275.144-2, 12ª C.Cv., rel. Des. Jurandyr Souza Junior, DJ 24.06.2005).

⁵ No Superior Tribunal de Justiça, são inúmeros os julgados nesse sentido, valendo destacar: "...I. Fixa-se o entendimento mais recente da 4ª Turma em atribuir à ação revisional do contrato o mesmo efeito de embargos à execução, de sorte que, após garantido o juízo pela penhora, deve ser suspensa a cobrança até o julgamento do mérito da primeira. II. Caso, todavia, em que oposta pela devedora exceção de pré-executividade para suscitar tal questão prejudicial, a execução deverá prosseguir até o aperfeiçoamento da aludida constrição, em garantia do juízo, suspendendo-se o feito, somente após a penhora. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (STJ, 4ª Turma, REsp nº 610.286/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ 17.10.2005); "Agravamento Regimental. Ação revisional de contrato bancário. Execução. Suspensão. 1. À ação de revisão de contrato bancário atribui-se

efeito, a única forma de fazer desaparecer a exigibilidade do crédito do agente financeiro é mediante o seu pagamento ou consignação judicial, ocasião em que se fulmina o interesse do credor em mover a execução hipotecária. Isto porque, nessas hipóteses, uma vez reconhecida razão ao agente financeiro ao final da ação revisional, poderá requerer o imediato levantamento dos montantes até então controvertidos, sendo desnecessária, portanto, a expropriação do imóvel hipotecado.

Como se vê, a sistemática que se concebeu anteriormente à vigência da Lei 10.931/04 é plenamente compatível com a dicção do § 2º de seu artigo 50. Além disso, esta parece ser a interpretação mais recomendável, mesmo porque, não obstante estabeleça procedimento simples e seguro, também proporciona o melhor e mais efetivo acesso das partes à tutela jurisdicional, com a vantagem de que não se desprestigiam quaisquer garantias processuais dos litigantes.

7. As ações propostas com fundamento na quitação do saldo devedor

É muito comum que os mutuários ingressem com a ação objetivando a suspensão integral do pagamento das prestações, ao argumento de que, acaso não contabilizados os encargos reputados abusivos, o financiamento já estaria efetivamente quitado. Nessa específica hipótese, o valor incontroverso, para efeitos do § 1º do art. 50 da Lei 10.931/04, equivale a zero, sendo controvertido o total da prestação exigida pelo banco⁶.

Aqui, o problema se resolve por meio da simples aplicação das regras dos §§ 1º e 2º daquela norma. A rigor, a única diferença é que não haverá o pagamento direto ao mutuante, uma vez que não existem valores reputados incontroversos⁷. De outro lado, e a exemplo do

o efeito de embargos, suspendendo o processo de execução após a garantia do juízo. 2. Agravo regimental improvido.” (STJ, 4ª Turma, AgRg no AI nº 434.205/TO. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 09.05.2005).

⁶ Esta concepção já foi adotada em alguns julgados, valendo destacar: “...Sistema Financeiro da Habitação. Refinanciamento do saldo devedor. Alegação de cobrança abusiva. Suspensão dos pagamentos das prestações mensais. Ausência de discriminação do valor incontroverso. Art. 50, *caput*, da Lei nº 10.931/2004. Inépcia da inicial. Inocorrência (...) 1. Ausência de discriminação do valor incontroverso – Inépcia da inicial. Embora a novel disciplina legal exija que o devedor discrimine logo na inicial o valor incontroverso do débito, e, conseqüentemente, continue o pagando, é evidente que a exigência é dispensável quando o mutuário lança dúvidas sobre todo o montante da suposta dívida...” (TJPR, 12ª C.Cv., MC 260.926-1/01, Rel. Des. Jurandyr Souza Junior, j. 17.08.2005).

⁷ *Mutatis mutandis*, raciocínio análogo já tem sido utilizado pela jurisprudência para o deferimento de medidas liminares para a retirada das inscrições em cadastros de restrição ao crédito: “...Portanto, não há como negar a presença do *fumus boni iuris*, quando a existência da própria dívida está sendo discutida em juízo. Neste mesmo compasso, como inclusive já consignado, a manutenção da inscrição nos cadastros, enquanto se discute a exigibi-

que normalmente deve acontecer nos demais casos, a ausência do depósito das importâncias controvertidas significa que o mutuário decidiu assumir o risco de se ver acionado pela via executiva.

Como já visto no capítulo anterior, somente o depósito do *valor controvertido* pode suspender a exigibilidade do débito, porque assim se elimina o interesse do credor em agir pela via executiva. Não sendo este o caso, porém, não poderá ser admitida a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação.

O artigo 585, § 1º, do CPC traz disposição expressa no sentido de que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”. Inegavelmente, eventual medida liminar com conteúdo suspensivo da exigibilidade do crédito controvertido violaria a regra transcrita, posto que subtrairia do credor o direito de promover a execução hipotecária. Não obstante, o mais grave é que a retirada da exeqüibilidade da obrigação, por meio de medida liminar, também pode ser concebida como verdadeira restrição ao direito do agente financeiro em obter o amplo *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), vez que este se veria impossibilitado de lançar mão dos meios aptos e adequados para a defesa do seu direito.

Além disso, a liminar que suspende a exigibilidade da obrigação contraria os próprios interesses da administração da Justiça. Na prática, a propositura da ação executiva não acarreta maiores gravames para o mutuário, uma vez que, após garantido o juízo, a ação revisional passa a fazer as vezes de embargos do devedor.

Assim, quanto antes for proposta a ação executiva, mais cedo serão praticados os atos visando à garantia do juízo da execução, e tanto melhor – e mais célere – será a eficácia da prestação jurisdicional. Nesse cenário, se em definitivo julgada procedente a demanda do mutuário, a conseqüência será a extinção – total ou parcial – da ação executiva proposta pelo

lidade da dívida, pode levar a uma negatização indevida da agravante, causando-lhe danos irreparáveis ao seu direito creditório... Registre-se, por fim, que, realmente, existem julgados considerando a necessidade de presença de três requisitos para a retirada do nome do devedor dos serviços de proteção ao crédito, a saber: a) a existência de ação impugnando integral ou parcialmente o débito; b) demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e c) depósito do valor tido por incontroverso. Todavia, vê-se que, a uma, a agravante refuta todo o débito que a entidade bancária diz existir e, a duas, impossível estabelecer, aqui, um *quantum* que possa ser considerado incontroverso. Exigir depósito, na espécie, é exigir o impossível” (TJPR, Ag nº 183.964-7, 6ª C.Cv., Ac. 15.147, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. 25.10.2005).

agente financeiro, mesmo porque os valores nela reivindicados não poderão mais ser tidos como certos e/ou exigíveis.

8. A expressa vedação à suspensão liminar da exigibilidade do crédito – art. 50, § 5º da Lei nº 10.931/04

A norma do dispositivo em epígrafe também não passa de uma consolidação do entendimento pretoriano já há muito dominante. A vedação à concessão de medidas liminares que visavam à suspensão da exigibilidade da obrigação principal, a pretexto da futura compensação de valores, extrai-se da própria lógica do sistema constitucional, civil e processual, não decorrendo de um simples capricho do legislador, ou do tão propalado lobby das instituições financeiras.

Primeiramente, note-se que é princípio elementar do Direito Civil que a compensação somente se faz possível entre dívidas *liquidas e exigíveis* (art. 369 do Código Civil). Além disso, o crédito a compensar deve ser necessariamente *certo*, uma vez que o mecanismo do artigo 368 do Código Civil pressupõe que os dois sujeitos envolvidos *efetivamente* se qualifiquem enquanto credor e devedor, reciprocamente.

Por outro lado, o crédito que o mutuário potencialmente possui contra o mutuante normalmente decorre do reconhecimento de um ilícito contratual, concernente à violação de disposições legais inerentes ao financiamento habitacional. Em outras palavras, por decorrer do *reconhecimento* de um ato ilícito, a *certeza* sobre o possível crédito do mutuário depende de uma *declaração judicial*. Assim, até que seja proferido o provimento declaratório, não é possível dizer claramente *o quanto* o agente financeiro deve para o mutuário, ou mesmo *se* existe algo efetivamente devido.

Esse aspecto é de suma importância; a rigor, o nosso sistema processual não concebe a possibilidade da antecipação da tutela declaratória, até porque esse tipo de provimento, que por essência visa à dissipação de um estado de incerteza, é absolutamente incompatível com a natureza provisória do instituto. Assim, não havendo a competente declaração judicial sobre a existência e liquidez do crédito do mutuário, e não dispondo o mutuário de documento que

institua esta presunção, tal como o agente financeiro⁸, as regras relativas à compensação são absolutamente inaplicáveis ao caso.

A propósito, tal como ocorre nos demais tipos de lides revisionais, a eventual concessão da tutela suspensiva da exigibilidade seria contraproducente, mesmo porque inútil e inoportuna. Proposta a ação revisional pelo mutuário, cumulada a pedido de repetição de indébito, de regra, poderá o agente financeiro intentar a execução hipotecária, salvo se realizado o depósito dos montantes controvertidos. Concretizada a penhora, o prosseguimento do executivo normalmente será suspenso até o desfecho da lide ordinária (que, como dito, assume a eficácia de embargos do devedor), que, se julgada procedente, constituirá de pleno direito o título judicial favorável ao mutuário.

Uma vez declarada em favor do mutuário a existência de crédito líquido e exigível, nada o impedirá, então, de solicitar a sua compensação com o crédito já em execução pertencente ao agente financeiro, na exata forma dos artigos 368 e ss. do Código Civil.

9. A questão da execução extrajudicial – Decreto-Lei nº 70/66

Antes de tudo, é importante destacar que aqui não se pretende abordar o já exaurido debate sobre a constitucionalidade do procedimento de que trata o Decreto-Lei nº 70/66, mesmo porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se consolidou positivamente sobre a matéria⁹.

Repudiada a alegação de inconstitucionalidade daquele diploma legal, fato é que *legem habemus*; necessário, portanto, analisar precisamente como este procedimento pode integrar com a nova disciplina legal das ações de revisão de financiamentos imobiliários.

Inicialmente, é oportuno mencionar que, por ser conduzido de maneira sumária, e em seara administrativa, o procedimento executivo extrajudicial é absolutamente gravoso para o mutuário, que praticamente fica destituído de defesa. Tendo isso em perspectiva, e sopesando os direitos em jogo, a jurisprudência já assentou de forma praticamente pacífica que não se pode permitir o prosseguimento da execução extrajudicial, quando na pendência do julgamen-

⁸ Art. 585, II, do CPC.

⁹ “...1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-Lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal. 2. Agravo regimental improvido.” (STF, 2ª Turma, AI-AgR 514.565/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24.02.2006).

to da ação revisional de contrato¹⁰. Neste particular, note-se que, via de regra, sequer se tem exigido a prestação de contracautela para esta suspensão, mormente porque o crédito permanece garantido pela hipoteca do imóvel¹¹.

Oportuno observar que não se aplicam à execução extrajudicial os argumentos alinhavados quando da discussão sobre a possibilidade de propositura da execução hipotecária. Embora denominado como tal, o procedimento do Decreto-Lei nº 70/66 não se enquadra no conceito jurídico-processual de *execução*, sobretudo porque se trata de simples procedimento extrajudicial conduzido em seara administrativa, e não de uma ação propriamente dita, que pressupõe a deflagração em juízo e a observância de todas as demais garantias do processo civil.

Destarte, por não se enquadrar ao conceito de ação de execução, o procedimento extrajudicial certamente não se encontra acobertado pela disposição do artigo 585, § 1º, do CPC, e, muito menos, pela garantia do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Note-se, neste específico aspecto, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário [e dele somente] a lesão ou

¹⁰ “Agravo de instrumento. Revisão de contrato. SFH. Tutela antecipada deferida. (...) Suspensão da execução extrajudicial (...) 2. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Decreto-Lei 70/66, não é inconstitucional. Todavia, tem-se que propositura da ação de revisão contratual impede a execução ou suspende-a quando já instaurada...” (TJPR, 14ª Câmara Cível, Ag.290.005-6, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, DJ 23.09.2005)

¹¹ “Processual civil. Agravo de instrumento. Medida cautelar incidental. Ação revisional de contrato de financiamento imobiliário. Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Procedimento cautelar. Requisitos. *Fumus boni juris* e *periculum in mora*. Presença. Caução. Contra-cautela. Teoria do risco. Regime de garantia ou prevenção. Exegese do art. 804 do CPC. Liminar cautelar. Suspensão de execução extrajudicial - DL.70/66. Revogação. Falta de prestação de caução. Inexistência de outros bens. Garantia real hipotecária. Depósito das prestações vincendas. Ação revisional discutindo o valor das prestações. Recurso provido. 1. Processo cautelar. Liminar. A concessão de liminar, *inaudita altera pars*, pode ser autorizada se preenchidos objetivamente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Aspectos subjetivos e receios infundados não configuram os requisitos necessários ao provimento cautelar. 2. Requisitos da tutela cautelar. A expressão *fumus boni juris* significa aparência de bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base no *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que no processo cautelar nada se decide acerca do direito da parte. O risco da demora tornar ineficaz o resultado é o que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se pleiteia ou, depois de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia. 3. Caução. Impende ressaltar que a caução tem a finalidade de assegurar o ressarcimento de possíveis prejuízos a serem suportados pelo autor na eventualidade de improcedência da ação, a teor do art. 804 do Código de Processo Civil. Com a contra-cautela, o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco. 4. Teoria do risco. Em aplicação à teoria do risco, tem-se que tanto a ausência de concessão da liminar nestes casos de risco de perda do imóvel pela via de leilão extrajudicial, em que se levante dúvidas quanto à certeza e exigibilidade do crédito pela via de ação revisional; quanto a exigência de contra-cautela, não possuindo o mutuário outros bens disponíveis, gerariam a imposição de riscos de danos irreparáveis, inviabilizando o direito do mutuário” (TJPR, Ap. nº 317.849-4, Rel. Des. Jurandyr Souza Junior, DJ 07.04.2006).

ameaça a direito”, sendo plenamente possível a imposição de restrições à tutela privada, ainda que seja esta expressamente prevista em lei.

Do mesmo modo, insustentável a versão de que a suspensão da execução extrajudicial pressupõe o depósito dos valores controvertidos, pois, como já dito, a regra do § 2º do artigo 50 se refere à exeqüibilidade judicial da obrigação. Diferente fosse, novamente nos depararíamos com o problema da prestação de tutela ineficaz; por não prever maior amplitude de defesa para o devedor, o procedimento extrajudicial é extremamente célere, inexistindo para o mutuário quaisquer perspectivas de ver a ação revisional julgada antes do seu desfecho. Assim, o devedor seria naturalmente compelido a depositar os valores controvertidos em juízo, independentemente de sua capacidade financeira, sob pena de se ver imediatamente expropriado do imóvel hipotecado. Nesse cenário, a tutela jurisdicional prestada ao final lhe seria obviamente ineficaz; mesmo que fosse reconhecida razão ao seu pleito, já teria sido destituído da propriedade sobre o imóvel por ocasião do trânsito em julgado da sentença.

Por essa razão, plenamente possível – e, no mais das vezes, até mesmo aconselhável – o deferimento da medida liminar, com o efeito de impedir a propositura ou o prosseguimento da execução extrajudicial. Para tanto, como já mencionado, o pressuposto será a discussão judicial do débito.

Aspecto interessante sobre o tema é que a expressão *discussão judicial do débito* não se confunde exatamente com a simples pendência da demanda revisional. O débito que efetivamente se encontra em discussão judicial é aquele tido como controvertido na ação revisional. Essa circunstância é de toda relevância, se analisada à luz das regras do *caput* e § 1º do artigo 50, que determinam que “[...] o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso [...]” e que “o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados”.

Assim, certo é que, embora exista demanda revisional sobre o contrato, *a discussão judicial não abrange o valor incontroverso*, que, inclusive, deve permanecer sendo pago no tempo e modo contratados. Acaso o devedor deixe de dar cumprimento à disposição do § 1º, portanto, deve ser cassada a medida liminar suspensiva do leilão extrajudicial, sendo permitido ao agente financeiro o seu prosseguimento, na exata forma prelecionada pelo Decreto-Lei nº 70/66. Esse entendimento parece evidente, mesmo porque, neste caso, o mutuário estará deixando de honrar com o pagamento de valores reconhecidamente devidos. A propósito, o

legislador não descuidou dessa circunstância, tendo estabelecido no artigo 49, da própria Lei nº 10.931/04, que, no caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato, ou de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspenso encargos dele decorrentes.

10. A aplicação do § 4º do artigo 50 da Lei nº 10.931/04

Considerada a interpretação defendida nos capítulos anteriores, em um primeiro momento, a impressão que fica é a de que se esvaziaria de sentido a norma do § 4º do mencionado artigo 50 da Lei nº 10.931/04. Esta norma estabelece que o juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

Entretanto, como já visto, a melhor interpretação do § 2º daquele dispositivo é a de que incumbe ao próprio mutuário decidir sobre a conveniência de efetivar – ou não – o depósito dos valores controvertidos; nesse sentido, caso não o realize, assumirá o risco de se ver acionado pelo agente financeiro, inclusive, por meio da execução hipotecária prevista na Lei nº 5.741/71, uma vez que o débito permanecerá exigível de pleno direito.

Assim, a decisão sobre a efetivação do depósito consiste em *direito potestativo* do mutuário, sendo absolutamente desnecessária, para tanto, a prévia autorização do juiz. Neste particular, não faz sentido relegar a sua dispensa ao arbítrio judicial, mesmo porque, não realizado o depósito, existem meios processuais aptos para que o credor pleiteie os valores em aberto. Se ao mutuário incumbe o direito de decidir livremente sobre a conveniência do depósito dos valores controvertidos, é certo que, qualquer que seja, essa opção não pode ser submetida à aprovação do arbítrio judicial.

De outro vértice, também não há como se relacionar o § 4º com o § 2º, com o objetivo de extrair o entendimento de que seria possível a tutela antecipada suspensiva da própria exigibilidade do crédito, e independentemente do depósito dos montantes controvertidos. Co-

mo já mencionado, este entendimento violaria diretamente a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que se estaria subtraindo do agente financeiro o direito de propor a ação executiva.

Em realidade, a redação dada ao § 4º do artigo 50 apresenta-se deficitária. De todo modo, aqui também vale a conhecida regra hermenêutica pela qual não se concebe que a lei possa conter disposições inúteis. Por esse motivo, é de se crer que o dispositivo deve ser interpretado dentro do contexto apropriado, para que dele seja possível extrair a sua verdadeira significação, mais condizente com a efetividade e adequação da tutela jurisdicional.

A única conclusão que se pode extrair da análise da regra em comento é a de que, ao dispor que o juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, apenas reiterou-se sobre a possibilidade de concessão de medidas cautelares ou antecipatórias solicitadas pelo mutuário, independentemente do depósito dos valores controvertidos, desde que relevante a fundamentação.

São muito freqüentes nas lides revisionais os pedidos dos mutuários no sentido da concessão de medidas liminares, para que se suspendam os leilões extrajudiciais (Decreto-Lei nº 70/66), ou para que se retirem os seus nomes dos cadastros de restrição ao crédito (Serasa, Cadin etc.), durante a pendência de julgamento da revisão do contrato.

Observados os requisitos inerentes às tutelas de urgência, e constatada pelo magistrado a efetiva verossimilhança nas alegações do autor-mutuário, sempre será aconselhável a concessão da tutela liminar, suspendendo o leilão extrajudicial ou a inscrição negativa. Tem-se, aqui, a aplicação das teorias do risco e da proporcionalidade do dano, considerando que o credor tem garantia hipotecária em seu favor, bem como o direito de propor a cobrança judicial do débito.

Ressalte-se, como já mencionado, que no mais das vezes a verossimilhança das alegações do mutuário poderá ser constatada pela simples pendência da controvérsia judicial sobre a legitimidade do débito, sobretudo porque já são notórias as distorções encontradas no sistema de crédito imobiliário¹².

Entretanto, vale dizer que a presunção de verossimilhança das alegações do mutuário, pela tão só pendência da controvérsia judicial, não é de modo algum absoluta. Não se pode

¹² P. ex., ver nota nº 7.

negar que cabe ao juiz verificar, no caso concreto, se os argumentos que fundamentam a demanda são efetivamente aptos para instaurar a *controvérsia judicial efetiva*¹³.

Em outras palavras, se é do autor a prerrogativa de instalar a discussão sobre os valores do financiamento, também o assiste o dever de utilizar o processo em vista de uma finalidade lícita, isto é, para atingir objetivo de acordo com a lei e com os postulados da lealdade, probidade e boa-fé. Assim o é porque, muito embora a todos seja constitucionalmente garantido o direito de acesso à jurisdição, o ordenamento não protege aquele que o exercita de maneira abusiva, com o exclusivo escopo de se utilizar da morosidade do processo para retardar a realização do direito da parte adversária. Neste particular, a utilização abusiva do processo vai de encontro à própria idéia de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

A título de exemplo, vale citar que é muito comum que os devedores de má-fé ingressem em juízo com esse tipo de demanda, com o exclusivo objetivo de postergar a realização dos valores devidos, e de permanecer gratuitamente na posse do imóvel durante a morosa tramitação do processo¹⁴. Para tanto, sabedores que carecem de razão, no mais das vezes se servem de fundamentos manifestamente inadmissíveis, destituídos de quaisquer perspectivas de vitória.

Nessas circunstâncias, por intermédio de um juízo de cognição sumária, incumbe ao juiz o dever de apreciar a validade dos fundamentos delineados na petição inicial, e se estes são efetivamente capazes de lançar dúvidas sobre o débito questionado. Muito embora o pedido infundado não possa dar ensejo à inépcia da demanda, porque a verossimilhança das alegações não é uma de suas condições de procedibilidade, esse juízo será relevante quando da ava-

¹³ Evidentemente, aqui não nos referimos ao vocábulo “controvérsia” em sentido processual, que pressupõe a efetiva constituição do processo, e que, em uma dimensão subjetiva, compreende a participação de seus três sujeitos: o autor, o juiz e o réu. A controvérsia a que nos referimos é aquela pertencente ao plano do direito material, e que se torna evidente já no momento da propositura da ação, haja vista que, por meio da quantificação de que trata o *caput* do artigo 50, são desde logo verificáveis os encargos e valores efetivamente impugnados pelo devedor.

¹⁴ O legislador de 2004 fez questão de externar a sua preocupação com a proliferação de lides temerárias, cujo escopo resida única e exclusivamente na postergação da realização do direito do credor. Circunstância que acontecia com muita frequência antes da promulgação da Lei nº 10.931/2004 era que alguns mutuários, sem perspectivas de quitar o saldo devedor, serviam-se das liminares obtidas nas ações revisionais para residir gratuitamente no imóvel hipotecado, e deixavam de realizar, por vários anos, o pagamento das suas despesas fiscais e condominiais. Assim, ao tempo da sua expropriação, a verba levantada acabava destinada ao pagamento dos créditos privilegiados, restando, por vezes, saldo irrisório para a quitação do crédito hipotecário. Em atenção a este problema é que se estabeleceu, no artigo 49 daquele diploma, a possibilidade de cassação das medidas liminares concedidas no bojo da ação revisional, sempre que o devedor descuidar do pagamento das dívidas inerentes ao imóvel hipotecado.

liação dos pedidos cautelares e/ou antecipatórios, normalmente solicitados no curso do processo.

Ao receber um pedido de concessão de tutela cautelar ou antecipatória, seja para a suspensão de leilão extrajudicial, seja para a retirada do nome do devedor de cadastros restritivos de crédito, caberá ao juiz analisar, em sede cognitiva sumária, se existem perspectivas de acolhimento da impugnação levantada sobre a validade dos encargos contratuais. Deve apenas verificar, portanto, se os fundamentos do pedido revisional são aptos para tornar o débito controverso, ou seja, se não consistem em simples *abuso de direito de defesa*.

Acaso a ação revisional se ampare em pretensão manifestamente infundada¹⁵, a medida pleiteada poderá ser desde logo indeferida. Esta concepção não é propriamente inovadora, sendo certo que encontra seguro amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Cabe dizer, ainda, que mesmo quando a demanda se fundamentar em argumentos infundados, o § 4º não impõe vedação absoluta à concessão das tutelas cautelar e antecipatória,

¹⁵ Pretensão infundada é aquela destituída de razoabilidade, cujo objetivo primário não se identifica com a melhoria da situação de direito material do postulante; pelo contrário, há deliberada intenção de prolongamento do estado de indefinição que envolve as partes, justamente porque o autor reconhece intimamente que razão não lhe assiste. A elaboração de pretensão infundada é amplamente repelida em nosso ordenamento, sendo que o artigo 14, inciso III, do Código de Processo Civil estabelece que “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo... não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”. Neste aspecto, a lei coloca nas mãos do juiz um poderoso instrumento de efetividade da tutela jurisdicional; sempre que verificado que o pedido se sustenta em pretensão infundada, a parte adversária poderá pleitear o favorecimento pela tutela provisória, com fundamento no abuso do direito de defesa.

¹⁶ O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que, embora a controvérsia judicial do débito seja apta para impedir a inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito, para tanto não basta a simples propositura de ação revisional de contrato, sendo necessário que a pretensão do devedor seja minimamente verossimilhante: “Civil. Serviços de proteção ao crédito. Registro no rol de devedores. Hipóteses de impedimento. A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa frequência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso. Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido” (STJ, REsp nº 527618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.03).

mesmo porque esta também pode ser determinada mediante o depósito dos valores em discussão.

Em última análise, toda essa construção trata apenas de *distribuir o ônus do tempo do processo*, com fundamento na teoria do abuso do direito de defesa. Por distribuição do ônus do tempo do processo entende-se que, em certos casos, não é razoável imputar a só uma das partes os prejuízos pelo moroso trâmite da ação judicial. Assim, identificada a elaboração de pretensão ou defesa abusiva, tutela-se provisoriamente aquele direito que, desde logo, revela-se mais evidente¹⁷.

A esse propósito, em discussão sobre a técnica de antecipação de tutela com fundamento no art. 273, II, do CPC, Marinoni e Arenhart alertavam que, “no caso de um direito evidente e de defesa infundada, é correto supor que o réu está requerendo prova apenas para retardar a realização do direito, o que não pode ser permitido quando se deseja construir um processo que realmente garanta o direito constitucional à tutela jurisdicional tempestiva. É por isto que as duas técnicas antes referidas, exigindo evidência do direito e defesa infundada que requer instrução dilatória, são baseadas no art. 273, II, *já que ambas partem do pressuposto que o réu abusa de seu direito de defesa quando, protelando o processo para a verificação de uma defesa infundada, retarda a satisfação de um direito evidente*” (destaque no original)¹⁸.

¹⁷ Luiz Rodrigues Wambier pondera que: “...assim como não se tolera, à luz do direito obrigacional, que o devedor deixe de adimplir a obrigação tida por incontroversa, semelhantemente não se permite que o devedor, em uma ação judicial, crie obstáculos à realização imediata do direito do credor. Há, no CPC, técnicas processuais específicas, destinadas a realizar, pragmaticamente, o direito incontroverso do credor. Sob este prisma, o art. 273, § 6º do CPC (na redação da Lei 10.444/2001) dispõe que *‘a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso’*. São vários os fundamentos do referido dispositivo legal: a) inexistente fundamento ou princípio (moral, ético ou jurídico) que justifique o não-cumprimento de obrigações não controvertidas, enquanto tramita a ação judicial – a ação judicial não pode ser empregada como mecanismo que justifique o *descumprimento* das obrigações, já que o processo existe *para realizar o direito material*, e não para *impedir a sua realização*; b) o processo não pode servir ao abuso de direito – evidentemente, *quanto mais demorar o processo, mais ele será usado por aquele que pode extrair disso vantagens econômicas*, ainda que não tenha direito. Entendemos que, mesmo antes de o § 6º ter sido inserido no art. 273 do CPC pela Lei 10.444/2002, a antecipação dos efeitos da tutela poderia ser concedida, com base no inc. II do art. 273. É que, não havendo controvérsia sobre parcela do pedido, *o intuito do réu em evitar o cumprimento da parte incontroversa da obrigação consistia, a nosso ver, abuso do direito de defesa*, o que justificaria a concessão da medida, a despeito de inexistir a disposição do § 6º do art. 273. De todo modo, o § 6º do art. 273 do CPC deixou claro que o sistema jurídico-processual não tolera que o devedor deixe de adimplir a obrigação tida por incontroversa, não se permitindo que o devedor crie obstáculos à realização imediata do direito do credor. O procedimento estabelecido pelos arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 está evidentemente ligado aos mesmos princípios...” (WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit. p. 32/33).

¹⁸ Op. cit. p. 229/230.

A diferença do regime do artigo 273 do CPC para o das ações revisionais de mútuo habitacional, é que, nestas, quem detém o direito mais evidente é o réu-agente financeiro, cujo crédito é representado pelo título executivo extrajudicial. Não obstante, como já antes observado, a pura e simples instituição da controvérsia judicial, se idônea, já é elemento hábil para a concessão das medidas liminares (sustação da inscrição em cadastros de maus pagadores, suspensão da execução extrajudicial etc.).

Assim, desde logo se percebe que *a pretensão obstativa do direito* não pertence ao réu, mas ao autor-mutuário¹⁹; tendo isso em consideração, quando verificado no caso concreto que a demanda revisional tem como único escopo postergar a realização do direito do credor, a esta não poderá ser emprestada a eficácia suspensiva (do leilão, das inscrições em cadastros etc.). Neste caso, por ser infundada, a pretensão veiculada caracterizará abuso do exercício do direito de defesa.

Evidentemente, é oportuno ressaltar que a aplicação deste entendimento deve ser reservada às circunstâncias em que realmente se constatar, no caso concreto, que o pedido é *manifestamente infundado*. A título de exemplo, é possível citar as hipóteses em que o pedido é proposto em sentido flagrantemente contrário à disposição de súmula dos tribunais superiores. Tendo em vista que as controvérsias relativas aos contratos de mútuo imobiliário têm sido discutidas há décadas perante os tribunais, as questões sumuladas são entendimentos já consolidados, frutos de discussões muito reiteradas, e no mais das vezes já exauridas.

Destarte, veiculado pedido contrário a enunciado sumulado, sabe-se, *ab initio*, que são remotíssimas as suas chances de sucesso, sendo injustificável que se transfira ao agente financeiro o ônus pela morosa tramitação do processo. Em outras palavras, carecerá o pedido do mutuário de suficiente verossimilhança, a autorizar que a medida cautelar ou antecipatória seja deferida independentemente do depósito.

11. Considerações finais

¹⁹ “...a ação movida pelo mutuário contra a instituição financeira implica nitidamente forma de *resistência* do devedor, especialmente quando pretende debater apenas sobre parcela da dívida, *mas espera suspender a exigibilidade de toda a dívida*. Constata-se, assim, que as posições processuais das partes, neste tipo de ação, *não correspondem, rigorosamente, à posição das partes na relação obrigacional...*” (WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit. p. 34).

Apesar das divergências doutrinárias a respeito, reafirma-se que o procedimento instituído pelo artigo 50 e §§ da Lei nº 10.931/04 é extremamente simples, e muito pouco inovou em nossa ordem jurídico-processual. De todo modo, não se pode negar a relevância da regra legal, que sintetiza, de forma concisa e coerente, as conclusões assumidas após muitos anos de laboriosa construção doutrinária e jurisprudencial.

Corretamente interpretado, esse diploma normativo certamente contribuirá para um significativo avanço na forma de processamento das ações revisionais dos contratos de financiamento imobiliário, reduzindo o surgimento de circunstâncias processuais tumultuosas, bem como conferindo a ambas as partes maior segurança e efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

A publicidade do medicamento na Europa e seus reflexos no ordenamento jurídico português

Mário FROTA*

I GENERALIDADES

O tema é em si controverso, tanto mais que o medicamento é, em princípio, um produto ético insusceptível de se confundir com os produtos e serviços em geral disponíveis no mercado.

Mas – mais por razões de natureza *mercadológica* que de **saúde pública** – a dicotomia *medicamentos sujeitos* (obrigatoriamente) *a prescrição clínica* e *não sujeitos* a tal (a receita médica) perturba a percepção dos termos da questão.

Os Códigos da Publicidade ou as leis que regem em domínio tão sensível das relações entre empresas e consumidores proclamam à uma

“é proibida a publicidade a medicamentos e a tratamentos médicos”.

Porque se entende exactamente que se trata de um segmento que releva da saúde pública e que interesses mercantis - sejam de que espécie¹ forem - jamais poderão afectar ou afrontar.

O facto é que os fármacos não são em si inócuos e, por conseguinte, nem sempre de uma perspectiva científica se justifica a fractura conceptual entre *medicamentos sujeitos* e *não sujeitos* a prescrição médica.

Tanto mais quanto medicamentos fundados em um mesmo **princípio activo** figuram com nomes de fantasia distintos em ambas as listas... o que é fruto ou da *incúria* dos governos que as convertem em lei ou da *distracção* dos sábios de cuja pena emanam as propostas de constituição das tabelas a que os medicamentos se adscrevem.

-
- Fundador e primeiro presidente da AIDC – *Associação Internacional de Direito do Consumo*
 - Fundador e primeiro vice-presidente da AEDPh – *Association Européenne de Droit Pharmaceutique*
 - Fundador e presidente do CEDC – *Centro de Estudos de Direito do Consumo* –
 - Primeiro Presidente eleito do *Conselho Nacional da Publicidade do Medicamento* (Portugal)
 - Professor da Faculté de Droit à l’Université de Paris XII (Créteil)
 - Director da RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* -
 - Fundador e presidente da Comissão de Instalação do Centro Ibero-Americano de Estudos de Direito do Consumidor

¹ O artigo 152 do Tratado da União Europeia define exactamente que “*A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses*”.

A Directiva 92/28/CEE, do Conselho, de 31 de Março de 1992, estabeleceu na Comunidade Europeia, pela vez primeira, o regime jurídico da publicidade dos medicamentos para uso humano.

Cerca de uma década depois, a Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, revogou o anterior instrumento normativo, codificando as normas aplicáveis aos medicamentos², inscrevendo o regime da publicidade que lhes quadra nos seus artigos 86 a 100³.

As directivas, conquanto emanadas das instâncias legiferantes da União Europeia, carecem, porém - para que se imponham na ordem interna de cada um dos Estados -, de um processo normativo de transposição. Tal processo, a desencadear *intra muros* (a União Europeia está ainda distante do modelo federalista que tantos advogam como figurino político desejável)⁴, é imprescindível para que as normas se tornem, em princípio, efectivas e vinculem os seus destinatários no espaço jurídico de que se trata.

O regime aprovado pela directiva por último enunciada, e que recobre em geral as regras da que a precedeu, não se aplica

- à rotulagem e ao folheto informativo (bula) que acompanham os medicamentos para uso humano;

- à correspondência, a que se anexe eventual documento de pendur não publicitário, necessária à resposta a uma pergunta específica sobre determinado medicamento;

² A Directiva 2001/83/CE, de 6 de Novembro de 2001, foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo DL 176/2006, de 30 de Agosto pretérito, aí se coligindo a legislação mais pertinente ao medicamento.

³ A Directiva, nos seus *consideranda*, reflecte a ideia de que os “Estados-membros adoptaram medidas específicas relativas à publicidade... a medicamentos [...] registam-se disparidades entre tais medidas [...] essas disparidades têm repercussões no funcionamento do mercado interno, na medida em que a publicidade difundida num Estado-membro pode produzir efeitos nos outros Estados-membros”.

E no *considerandum* imediato - o (44) - regista: “A Directiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros [atinentes] ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, proíbe a publicidade televisiva de medicamentos que apenas sejam “vendidos” mediante receita médica no Estado-membro a cuja esfera de competência pertence o organismo de radiodifusão televisiva. Justifica-se generalizar este princípio, tornando-o extensivo a outros meios de comunicação”.

O propósito é, pois, o de **harmonizar** as regras vertidas em cada um dos ordenamentos jurídicos (que não **uniformizar**, como se tem por pacífico, porque, a ser assim, o figurino normativo seria o do **regulamento** que não o da **directiva**), conquanto neste particular, a não haver uma mesma bitola para a aferição das listas de medicamentos **sujeitos** e **não sujeitos** a prescrição médica obrigatória, o que num dos Estados-membros figura no rol dos sujeitos a receita, noutro pode bem constar da lista dos **não sujeitos** a prescrição imperativa. O que em termos de publicidade transfronteiras pode originar sérias perturbações.

Curial seria que as listas fossem concertadas no seio da Agência Europeia do Medicamento por forma a obviar às disparidades observadas no quotidiano...

⁴ De qualquer sorte, haveria sempre a hipótese de uniformizar o regime do medicamento na União Europeia, através de regulamentos que se aplicáveis a todos os Estados-membros sem que de modo directo e imediato haja a possibilidade de alteração unilateral das regras por cada um dos aludidos Estados.

- às informações concretas e aos documentos de referência susceptíveis de concretizar alterações de embalagem, às advertências sobre efeitos adversos no âmbito da farmacovigilância, bem como aos catálogos de venda e às listas de preços, desde que não contenham informação sobre o medicamento;
- às informações relativas à saúde humana ou a doenças humanas, desde que não façam referência, ainda que de forma indirecta, a um medicamento.

II A PUBLICIDADE DO MEDICAMENTO “*STRICTO SENSU*”

Considera-se, porém, **publicidade dos medicamentos** “qualquer acção de comunicação, de informação, de prospecção ou de incentivo destinada a promover a sua prescrição, dispensa, venda ou consumo”.

Abrange, em especial:

- a publicidade dos medicamentos junto do público em geral⁵,
- a publicidade dos medicamentos junto das pessoas habilitadas a receitá-los ou a fornecê-los,
- a visita de delegados de propaganda médica a pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos,
- o fornecimento de amostras de medicamentos,
- o incentivo à prescrição ou ao fornecimento de medicamentos, através da concessão, oferta ou promessa de benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando o seu valor intrínseco seja insignificante,
- o patrocínio de reuniões de promoção a que assistam pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos,
- o patrocínio de congressos científicos em que participem pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos, nomeadamente a tomada a cargo das respectivas despesas de deslocação e estadia nessa ocasião.

No plano das proibições ou das restrições, assinale-se:

- a proibição da publicidade de medicamentos cuja autorização de introdução no mercado não haja sido concedida
- a proibição condicionada de publicidade de medicamentos cuja dispensa dependa obrigatoriamente de receita médica: a proibição é, porém, relativa
- atinge inexoravelmente a publicidade que haja por universo-alvo o grande público; admite-se em publicações técnicas ou em suportes de informação

⁵ No que tange à denominada publicidade “grande público”, pondera-se no preâmbulo da Directiva que “A publicidade junto do público em geral de medicamentos [dispensados] sem receita médica poderia afectar a saúde pública se fosse excessiva e irreflectida. Tal publicidade, aquando da sua autorização, deve portanto satisfazer determinados critérios essenciais, que importa definir”.

E no corpo da directiva avultam os critérios cuja observância se impõe e de que o texto se faz eco.

exclusivamente destinados aos facultativos (médicos) ou aos mais profissionais da saúde.

A publicidade, porém, qualquer que seja (tomando por base os medicamentos *sujeitos* ou *não imperativamente* a receita médica) condicionada se acha a um sem número de restrições, a saber:

- deve promover o uso racional dos medicamentos, fazendo-o de forma objectiva e sem que se exagere as suas propriedades;
- deve ser concebida de maneira que a mensagem publicitária apareça claramente expressa, indicando tratar-se de um medicamento;
- não pode divergir das informações constantes do resumo das características do medicamento, tal como foi autorizado;
- não pode ser enganosa.

A publicidade que os laboratórios de especialidades farmacêuticas ou quaisquer outros operadores intentem efectuar - e se destina ao universo de consumidores - tem de oferecer um sem número de elementos, a saber:

- o nome do medicamento, bem como a denominação comum, caso o medicamento contenha apenas uma substância activa;
- indicações terapêuticas e precauções especiais;
- informações indispensáveis ao uso adequado do medicamento;
- aconselhamento ao utente para ler cuidadosamente as informações constantes da embalagem externa ou do folheto informativo e, em caso de dúvida, consultar o médico quando persistam os sintomas.

A publicidade carregada, porém, aos facultativos, ou seja, aos prescritores terá de incluir imperativamente o que segue:

- um resumo das características do medicamento;
- a classificação do medicamento para efeitos de dispensa, nomeadamente indicação de prescrição médica obrigatória, se for, caso disso;
- o preço das várias apresentações;
- o regime de participação.

Se de medicamento susceptível de participação, os valores suportados pela administração pública e pelo consumidor ter-se-ão de discriminar em moeda com curso legal, atentos os distintos regimes de participação.

No que tange, porém, à **publicidade** que por alvo tiver o universo de consumidores, há elementos que de todo o regime em vigor veda⁶.

⁶ A publicidade dos medicamentos homeopáticos está sujeita de análogo modo às disposições que se aplicam aos medicamentos em geral, ainda que não haja AIM.

No entanto, na publicidade de tais medicamentos só se pode usar os elementos que se exige para a rotulagem, eventualmente, para a bula, como segue:

- *denominação científica da(s) matéria(s)-prima(s), seguida do grau de diluição, utilizando os símbolos da farmacopeia adoptada, de acordo com o n.º 5 do artigo 1.º,*
- *nome e endereço do titular do registo e, se for caso disso, do fabricante,*
- *modo de administração e, se necessário, via de administração,*
- *prazo de validade explícito (mês, ano),*

Na realidade, a lei coíbe que as mensagens contenham elementos que:

- levem a concluir que a consulta médica ou a intervenção cirúrgica é desnecessária, em particular sugerindo um diagnóstico ou preconizando o tratamento por correspondência;
- sugiram que o efeito do medicamento é garantido, sem efeitos secundários, com resultados superiores ou equivalentes aos de outro tratamento ou medicamento;
- sugiram que o estado normal de saúde da pessoa possa ser melhorado através da utilização do medicamento;
- sugiram que o estado normal de saúde da pessoa possa ser prejudicado caso o medicamento não seja utilizado, excepto no que diga respeito às campanhas de vacinação;
- se dirijam exclusiva ou principalmente a crianças;
- façam referência a uma recomendação emanada por cientistas, profissionais de saúde ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de medicamentos;
- tratem o medicamento como um produto alimentar, produto cosmético ou qualquer outro produto de consumo;
- sugiram que a segurança ou eficácia do medicamento é devida ao facto de ser considerado um produto natural;
- possam induzir, por uma descrição ou representação detalhada da anamnese, a um falso autodiagnóstico;
- se refiram de forma abusiva, assustadora ou enganosa a demonstrações ou garantias de cura;
- utilizem de forma abusiva, assustadora ou enganosa representações visuais das alterações do corpo humano causadas por doenças ou lesões, ou da acção de um medicamento no corpo humano ou em partes do corpo humano;
- refiram que o medicamento recebeu uma autorização de introdução no mercado.

-
- . *forma farmacêutica,*
 - . *capacidade do modelo para venda,*
 - . *precauções específicas de conservação, se for caso disso,*
 - . *advertência especial no caso de o medicamento assim o exigir,*
 - . *número do lote de fabrico,*
 - . *número de registo,*
 - . *“medicamento homeopático sem indicações terapêuticas aprovadas”,*
 - . *aviso aconselhando o paciente a consultar o médico se persistirem os sintomas durante a utilização do medicamento.*

É lícito, porém, aos Estados-membros proibir, nos termos de artigo 100 da Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, qualquer tipo de publicidade aos medicamentos homeopáticos para os quais não se haja criado um processo de registo simplificado especial.

No entanto, assinale-se que só se acham sujeitos a um processo de registo simplificado especial os medicamentos homeopáticos que preencham cumulativamente as condições a seguir enunciadas:

- . *via de administração oral ou externa,*
- . *ausência de indicações terapêuticas especiais no rótulo ou em qualquer informação relativa ao medicamento,*
- . *grau de diluição que garanta a inocuidade do medicamento; em especial, o medicamento não pode conter nem mais de uma parte por 10 000 da tintura-mãe nem mais de 1/100 da mais pequena dose eventualmente utilizada em alopatia para as substâncias activas cuja presença num medicamento alopatóico acarrete a obrigação de apresentar uma receita médica.*

No entanto, veda ainda a norma europeia se insiram indicações terapêuticas susceptíveis de conduzir os destinatários à automedicação, em particular de patologias como:

- Tuberculose;
- Doenças transmitidas sexualmente;
- Outras doenças infecciosas graves;
- Câncer e outras doenças tumorais;
- Insónia crónica;
- Diabetes e outras doenças do metabolismo.

Proíbe-se ainda na publicidade dirigida ao grande público os medicamentos em cuja composição se integrem estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

A **publicidade comparativa**, porém, que a ordem jurídica da União Europeia ora admite – e o facto remonta a 1997⁷ – é vedada sob qualquer das formas susceptíveis de se revestir.

III A PROMOÇÃO ATRAVÉS DE AMOSTRAS

De análogo modo, a publicidade – ou antes, a promoção – assente na distribuição gratuita de medicamentos é proibida se de amostras dirigidas aos consumidores se tratar⁸.

⁷ A Directiva CE 97/55/CE, de 6 de Outubro, do Parlamento Europeu e do Conselho, que introduziu modificações na Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, aditou o artigo 3º-A, em que se consagra a admissibilidade, em geral, da publicidade comparativa, em dados termos, a saber:

“1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

- a) Não ser enganosa nos termos do nº 2 do artigo 2º, do artigo 3º e do nº 1 do artigo 7º;
- b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;
- c) Comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
- d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;
- e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;
- f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
- g) Não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
- h) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

2. Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada.”

As amostras gratuitas restringir-se-ão, a título excepcional, aos facultativos habilitados a prescrever, sujeitando-se, porém, uma tal faculdade a um sem número de pressupostos.

· Só podem, pois, ser cedidas amostras gratuitas, observadas as condições seguintes:

· um número limitado de amostras de cada medicamento por ano e por técnico habilitado a prescrever, a definir na autorização de introdução no mercado do medicamento;

· serem objecto de pedido escrito, datado e assinado, feito pelo destinatário;

· não serem superiores à apresentação de menor dimensão que for comercializada;

· conterem a menção “*amostra gratuita*” e “*proibida a venda ao público*”, ou outras semelhantes.

As amostras de medicamentos sujeitos a receita médica só podem ser cedidas durante os dois anos subsequentes à data da introdução no mercado.

Não poderão, porém, ser cedidas amostras de medicamentos que contenham estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

As entidades que entendem ceder amostras gratuitas deverão adoptar um sistema adequado susceptível de assegurar e garantir um controlo irrestrito e a inerente responsabilidade (que pode assumir, como no caso português, a feição de ilícitos de mera ordenação social passíveis de coimas de carácter pecuniário, sem deixar de se considerar a sanção acessória da inibição de publicidade do medicamento até dois anos).

Sem que se observe o *ne bis in idem*, a responsabilidade contra-ordenacional não prejudica a responsabilidade disciplinar que ao caso couber.

IV A PUBLICIDADE DO MEDICAMENTO UNIVERSO-ALVO: MÉDICOS E FARMACÊUTICOS

⁸ A proibição de amostras gratuitas aos consumidores em geral para efeitos de promoção do medicamento é, pois, vedada expressamente, apenas se consentindo, nos limites estreitos definidos no artigo 96 da Directiva, a sua outorga aos prescritores desde que legalmente habilitados a fazê-lo. No mais, as restrições e ou proibições neste passo contidas equivalem-se às prescrições constantes dos códigos auto-regulatórios a que noutra ponto se fará referência (*cfr. infra VII*). *Vide*, porém, no que toca à dispensa de amostras gratuitas aos facultativos, o *considerandum* 51, segundo o qual “*importa que possam ser fornecidas amostras gratuitas de medicamentos, observando determinadas condições restritivas, às pessoas habilitadas a receitar ou fornecer medicamentos, por forma a que se familiarizem com os novos medicamentos e adquiram experiência da sua utilização*”.

A publicidade dirigida aos médicos e a mais técnicos qualificados⁹ é mister incluir, como se assevera, elementos determinados, para além de dever ser observado um sem número de requisitos no que tange à documentação a proporcionar a facultativos e farmacêuticos:

- A documentação que seja transmitida como promoção destinada a técnicos habilitados a prescrever ou a dispensar medicamentos deve incluir, no mínimo, as informações essenciais que se compaginem com
 - . o resumo das características do produto
 - . a classificação do medicamento para efeitos de fornecimento
 - . eventualmente, o preço de venda ou a tarifa indicativa das várias formas de apresentação
- e
- .as condições de reembolso pelos organismos de segurança social,

para além de indicar a data em que foi estabelecida ou revista pela última vez.

· A informação contida na documentação referida no passo precedente deve ser exacta, actual, verificável e suficientemente completa para permitir ao destinatário fazer uma ideia correcta do valor terapêutico do medicamento.

· As citações e o material ilustrativo retirados de publicações médicas, ou trabalhos científicos que se destinem a ser usados na documentação prevista neste particular devem ser correctamente reproduzidos e indicada a respectiva fonte.

1. Informação e seus pressupostos

A informação do medicamento, que se mescla neste passo com a publicidade, conquanto de domínios distintos se trate, assume peculiar relevância neste congenho.

Neste passo avulta, pois, quer um amálgama de responsabilidades funcionais do titular da autorização de introdução no mercado como da empresa responsável no mercado em geral pela promoção do medicamento¹⁰.

Os promotores de informação médica, vulgo, os delegados funcionalmente dependentes dos laboratórios da indústria farmacêutica, devem, porém, dispor de formação científica adequada e de saberes bastantes que lhes permitam fornecer pontualmente informações precisas e tão completas quanto possível sobre os

⁹ No particular da publicidade de medicamentos no círculo dos que habilitados se achem a prescrever ou dispensar, realce para a proposição segundo a qual – *considerandum* (47) – tal “*contribui para a [sua] informação: importa, todavia, submetê-la a condições estritas e a um controlo efectivo, com base nomeadamente nos trabalhos efectuados no âmbito do Conselho da Europa*”.

¹⁰ Aí os instrumentos normativos dispõem que: “*O titular da autorização de introdução no mercado ou a empresa responsável pela promoção do medicamento devem manter um serviço científico responsável pela informação relativa aos medicamentos que colocam no mercado, o qual deve dispor de toda a informação científica relativa aos mesmos e à publicidade realizada, em fichas que mencionam os destinatários, modo e data da primeira difusão*”.

medicamentos que lhes cumpre apresentar aos técnicos habilitados a prescrever e a dispensar.

Aos delegados de informação médica incumbe apresentar aos facultativos visitados (e a quem habilitado se ache a prescrever) ou tornar disponível o resumo das características de cada um dos fármacos apresentados, informações sobre os preços praticados e, se for o caso, as condições de comparticipação da administração pública.

Aos delegados compete ainda – no quadro, de resto, das funções de farmacovigilância que ora lhes cabem também, ainda que de modo residual, que não de menor relevância – transmitir ao departamento científico do laboratório de produtos farmacêuticos que representam quaisquer informações acerca do uso dos medicamentos que promovem, em particular no que se prende com as reacções adversas que cheguem à sua esfera de conhecimento pelo contacto pessoal com os facultativos e outros profissionais de saúde.

Trata-se de uma função relevante que se assaca, em particular, aos delegados de informação médica pela posição privilegiada que assumem neste congenho. E que não pode ser descurada, em homenagem à saúde pública que mister é assumida a relevância que se lhe reconhece no quadro da protecção do consumidor, como em outro passo se assinalou.

A exigência de um tal dever funcional, se negligenciada, é susceptível de importar, consoante os casos, responsabilidade penal ou disciplinar.

V

A PROBLEMÁTICA DOS PRÉMIOS, OFERTAS E OUTROS BENEFÍCIOS

Sucessivos escândalos que envolveram farmacêuticas (laboratórios de especialidades farmacêuticas) e médicos de distintas formações impuseram que em um sem número de países se disciplinasse de forma estrita um tal domínio, de molde a obviar às distorções que situações de análogo jaez inevitavelmente acarretam¹¹.

¹¹ Como alude um articulista – Beja Santos - in “*Diário de Aveiro*”, em edição de 1 de Setembro: “*Não é de ontem que surgem críticas aos comportamentos menos éticos de uma boa parte da indústria farmacêutica. Quem ler “O Grande Segredo da Indústria Farmacêutica” (por Philippe Pignarre, Campo da Comunicação, 2004) verificará a consistência de queixas a procedimentos lesivos do dinheiro público e das expectativas dos doentes: medicamentos iguais vendidos com comparticipação ou não prescritos, com o apoio das autoridades nacionais para aligeirar a factura da Segurança Social, fidelização do prescriptor através de compensações aos médicos; crescimento das relações promiscuas entre a imprensa, congressos e laboratórios farmacêuticos; desenvolvimento de campanhas de saúde pública determinam na consulta médica e na toma de medicamentos; financiamento de conferências e reuniões em temas onde a indústria julgue ir obter ideias para cativar os poderes públicos e a classe médica (caso do tratamento da esquizofrenia). Recorde-se que o mais importante inquérito em Portugal depois do 25 de Abril, ainda não concluído, incide sobre as relações promiscuas entre os médicos e os laboratórios. Vale a pena ler o livro do Prof. Pignarre para conhecer melhor as estratégias comerciais dos laboratórios.*

A Consumers International, Federação de Organização de Consumidores, que se consagra à escala mundial na promoção desta política de desenvolvimento humano, com o apoio da Direcção-Geral do Emprego da União Europeia, procedeu a um estudo sobre o marketing da indústria farmacêutica que acaba de ser publicado sob o título “As Receitas-Milagre dos Laboratórios: o ponto de vista dos consumidores sobre a responsabilidade social, a promoção dos medicamentos e a indústria

Daí que se haja regrado segmentos como os dos prémios, ofertas ou brindes, o da participação em eventos científicos e profissionais e as acções de promoção de medicamentos, precisando-se o conceito de custos e acolhimento dos profissionais de saúde, *maxime* dos discípulos de Hipócrates, amiúde assediados pelas farmacêuticas no quadro, afinal, da promoção dos medicamentos e em vista de uma prescrição maciça¹².

farmacêutica na Europa". O acesso à versão integral do estudo pode ser feito no site www.consumersinternational.org/pharma <<http://www.consumersinternational.org/pharma>>. Os elementos que aqui se avançam reflectem os principais problemas detectados pela Consumers International.

A promoção dos medicamentos preocupa os consumidores, já que é público e notório uma série de situações em que o marketing afecta a saúde, pode induzir o aumento indevido do consumo de medicamentos, gera opacidade de mercado, manipulação da prescrição médica e lesões profundas ao princípio da informação objectiva do doente e do utente de saúde. Dentro dessas situações temos o caso do Vioxx, um poderoso analgésico fabricado pela Merck em que se veio a apurar que o laboratório já estava há vários anos ao corrente das reacções adversas, tendo manipulado estudos em revistas científicas, a ponto de manipular informações sobre os efeitos cardiovasculares do medicamento. Este caso faz destacar a falta de ética na promoção dos medicamentos, impedindo a informação segura e levando a mortes e sofrimentos evitáveis. No anexo do estudo, que envolve os laboratórios mais representativos que operam no território da União Europeia, o leitor encontrará irregularidades nos comportamentos de laboratórios tais como AstraZeneca, Boehringer Ingelheim, BMS, Eli Lilly, Johnson & Johnson ou Novartis."

¹² No que em particular se prende com os estímulos ou incentivos facultados a prescritores e a quem incumba a dispensa de medicamentos nos espaços próprios - farmácias de oficina ou outros -, o *considerandum* (50) é expresso em consignar que "as pessoas habilitadas a receitar medicamentos devem ser capazes de exercer essas funções com toda a objectividade, sem serem influenciadas por estímulos financeiros directos ou indirectos".

E no corpo da Directiva sobressai dos artigos 94 e ss disciplina específica a um tal propósito.

Contemplemos o artigo 94:

"1. No âmbito da promoção de medicamentos junto das pessoas habilitadas para os receitar ou fornecer, é proibido conceder, oferecer ou prometer a essas pessoas quaisquer prémios, benefícios pecuniários ou benefícios em espécie, excepto quando se trate de objectos de valor insignificante e não estejam relacionados com a prática da medicina ou da farmacologia.

2. Nas acções de promoção de vendas, o acolhimento deve ser sempre de nível razoável e ter um carácter acessório em relação ao objectivo principal da reunião; não pode ser alargado a pessoas que não sejam profissionais da saúde.

3. As pessoas habilitadas a receitar ou fornecer medicamentos não podem solicitar nem aceitar qualquer dos incentivos proibidos por força do n.º 1 ou contrários ao n.º 2.

4. As medidas ou práticas comerciais existentes nos Estados-Membros em matéria de preços, margens e descontos não são afectadas pelos n.ºs 1, 2 e 3."

E o que no artigo 95 se plasma:

"O disposto no n.º 1 do artigo 94º não obsta ao acolhimento de forma directa ou indirecta, em manifestações de carácter exclusivamente profissional e científico; esse acolhimento deve ser sempre de nível razoável, ter um carácter acessório em relação ao objectivo científico principal da reunião e não ser alargado a pessoas que não sejam profissionais da saúde."

Trata-se de preocupação descortinável também na Directiva 92/28/CEE, de 31 de Março de 1992, nos artigos 9º e 10º que se tornaram mais instantes após as ocorrências deploráveis registadas no final dos anos 90 do século transacto ante a forma despudorada como se processavam relações promíscuas entre *capitães de indústria e discípulos de Hipócrates...*

Os escândalos – de incalculável projecção – redundaram em processos judiciais de alcance vário, uns conclusos, outros pendentes e que buliram, com efeito, com o prestígio da classe médica, dotada, em geral, de uma aura que o sumo exercício da medicina lhe granjeara e de uma sacralidade levada à exclusão de eventuais responsabilidades até em hipóteses de preterição das *leges artis*¹³.

No quadro estrito que, entretanto e de modo imperioso, houve que refazer, ainda se conferiu suficiente margem para que os facultativos participem de eventos científicos - autênticos, autónomos e genuínos -, como extensão de uma formação para a vida (*formação permanente* ou *contínua*). Já que a alternativa seria a de se impor ao Estado assegurasse *intra vires* a indispensável formação a médicos, farmacêuticos e demais profissionais da saúde, se fosse o caso, ou, se de funções exclusivamente privadas se tratasse, a expensas dos próprios, como se tem por curial.

Em Portugal, o Decreto-Lei 48/99, de 16 de Fevereiro, regrou de modo draconiano domínio tão sensível cujos traços importa revelar¹⁴.

E as normas então editadas não se limitaram aos facultativos, antes se estendem aos farmacêuticos hospitalares ou de oficina que por missão têm a da dispensa de medicamentos aos pacientes, uma vez prescritos.

Daí que se haja proibido¹⁵ *dar* ou *prometer*, directa ou reflexamente, a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos, *prémios, ofertas, benefícios pecuniários ou em espécie*, excepto quando se trate de objectos relacionados com a prática da medicina ou da farmácia e de valor intrínseco insignificante.

A proibição não obsta, porém, a que o **titular** da AIM e bem assim a ERPM - **empresa** responsável pela **promoção do medicamento** - suportem *custos de acolhimento* de pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos em eventos científicos e acções quer de formação quer de promoção de medicamentos, desde que - em qualquer caso - tais incentivos não dependam ou constituam contrapartida da prescrição ou dispensa de fármacos.

Não obsta ainda, de análogo modo, a satisfação de honorários aos profissionais a que se alude pela participação científica activa em eventos tais.

Por participação científica activa se considera a apresentação de comunicações científicas, de “*posters*” ou de intervenções de qualquer natureza ou espécie no quadro das actividades de medicina ou farmácia desenvolvidas.

¹³ Charles Nicolle, prémio Nobel da Medicina e professor do Colégio de França, asseverava “*La société humaine délègue à certains de ses membres un mandat. Les médecins reçoivent mission de veiller à la santé des hommes. Ils exercent cette mission dans la plénitude de leur conscience. La sagesse est de s’en remettre à eux* » in Jean-François Lemaire et Jean-Luc Imbert, « *La Responsabilité Médicale* », Presses Universitaires de France, Paris, mai 1985, pág. 5.

¹⁴ Que o DL 176/2006, de 30 de Agosto, reitera, no ensejo da transposição da Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, nos seus artigos 158 e ss..

¹⁵ Ao titular da AIM (*autorização de introdução no mercado*) ou à ERPM (*empresa responsável pela promoção do medicamento*), se distinta daquele.

Ponto é que os honorários deferidos, nos termos do período anterior, não constituam do mesmo passo dependência ou contrapartida da prescrição ou dispensa de medicamentos¹⁶.

A despeito do que nos passos precedentes se grafou, a lei veda ainda às pessoas legalmente habilitadas a prescrever e a dispensar fármacos¹⁷ que *peçam* ou *aceitem de modo directo ou reflexo* prémios, ofertas, brindes ou outros benefícios pecuniários ou em espécie ao (ou do) titular da AIM e das ERPM (empresas responsáveis pela promoção do medicamento).

E tal proibição subsiste ainda que os artigos, produtos (ou o que quer que seja) procedam de qualquer outro Estado-membro ou de países fora de tal círculo, ao abrigo de legislação estrangeira.

A lei estabelece ainda, no quadro restritivo imposto em consequência do desalinhamento observado, em particular com médicos sujeitos a corrupção passiva pelos laboratórios farmacêuticos, que

“sem prejuízo das atribuições e competências das entidades públicas, é proibido efectuar, por qualquer meio e a qualquer título, a recolha, o tratamento e a concessão de informações referentes à prescrição de medicamentos por determinada pessoa habilitada a prescrevê-los”.

Claro que neste particular é ao Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento, em Portugal, que incumbe uma tal atribuição e/ou competência, não sendo lícito, pois, a quem quer que seja promover tais recolhas ou estudos como forma de preservar os médicos do seu estatuto, no seu diuturno exercício.

O quadro restritivo que ora se oferece permite conciliar deveras o interesse da saúde pública, do erário público e o da formação científica proporcionada em permanência a facultativos e boticários, alvo fácil de cosmo-empresas a que os interesses materiais

¹⁶ O n.º 3 do artigo 9.º do DL 48/99, de 16 de Fevereiro, era expressivo ao vedar uma tal prática:

“Não constitui, igualmente, violação do n.º 1 o pagamento, por parte do titular da autorização de introdução no mercado ou da empresa responsável pela promoção do medicamento, de honorários a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos pela participação científica activa destes, nomeadamente através da apresentação de comunicações científicas em eventos desta natureza ou em acções de formação e de promoção de medicamentos, desde que, em qualquer caso, o aludido pagamento não fique dependente ou seja contrapartida da prescrição ou dispensa de medicamentos”.

E o n.º 1 referia:

“É proibido ao titular da autorização de introdução no mercado, bem como à empresa responsável pela promoção do medicamento, dar ou prometer, directa ou indirectamente, a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos, prémios, ofertas, benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando se trate de objectos relacionados com a prática da medicina ou da farmácia e de valor intrínseco insignificante.”

A disciplina alusiva a tal regime consta agora do artigo 158 do DL 176/2006, de 30 de Agosto, que revoga o referenciado diploma.

¹⁷ E, neste passo, registre-se que é indiferente que se trate de medicamentos sujeitos obrigatoriamente a receita médica, pois os outrora denominados, com impropriedade embora, *“medicamentos de venda livre”*, numa tradução grosseira de OTC (*“Over The Counter”*), também se incluem no rol.

importam particularmente, a despeito da CARTA DE RESPONSABILIDADE SOCIAL em que o primado ético se afirma de modo inequívoco e que - tantas! -, com uma hipocrisia a roçar a desfaçatez mais cruenta, subscrevem e proclamam... para a abjurar!

VI
EVENTOS CIENTÍFICOS E ACÇÕES DE FORMAÇÃO E PROMOÇÃO
DE
MEDICAMENTOS “*STRICTO SENSU*”

Na rubrica precedente - ainda que de modo incidental - referência genérica ao ponto se produziu.

Cumpre, no entanto, determo-nos de forma mais circunstanciada ante as exigências específicas da lei.

O titular da AIM ou a ERPM, que assegure o patrocínio de acções (de formação e de promoção de medicamentos) e eventos científicos (tais como congressos, simpósios, seminários, jornadas, ...) tem imperativamente de constar da documentação de promoção ou divulgação de tais manifestações e bem assim do rol em que figuram os participantes e dos trabalhos ou relatórios publicados após a realização de acções e eventos.

O titular da AIM e a ERPM manterão, no entanto, no departamento científico do laboratório farmacêutico de que se trata, pelo lapso de cinco anos e de molde a poderem ser sindicados a qualquer instante pelos serviços públicos competentes (Inspeção-Geral da Saúde, Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento, Polícia Judiciária...), documentação pertinente a cada uma das acções e/ou eventos científicos que hajam sido por si patrocinados.

O documento deve, de forma completa e fidedigna, incluir os elementos que a seguir se enunciam:

- programa de acções e eventos científicos
- identificação da entidade que promove, patrocina e organiza as acções em epígrafe
- cópia das comunicações científicas ou de índole profissional efectuadas
- mapa das despesas e eventuais receitas e respectivos documentos justificativos.

O ministro da Saúde define, por despacho, o modo de elaboração e as condições de acesso à documentação a que se alude no passo precedente sempre que em causa se ache a participação em acções (de formação e de promoção de medicamentos) e eventos científicos de quem esteja adstrito ao Serviço Nacional de Saúde.

Ignora-se se a administração pública neste *interim* - de 1999 a esta parte - exerceu as competências que o diploma lhe defere.

No entanto, em termos pragmáticos, ou os escândalos cessaram ou, ao menos, não se configuram como tal pelo silêncio de que a comunicação social se dá mostras ao longo dos 7 anos já cumpridos após os ditames oficiais vertidos a propósito.

Os processos de antanho, não se acham, porém, decididos de todo... como é o caso do “*affaire*” Pequito, assim denominado pelo facto de haver sido desencadeado contra uma multinacional farmacêutica pelo delegado de informação médica, de sua graça João Pequito, de que lhe valeu, por óbvio, o despedimento!

1. Encargos com o acolhimento de médicos e farmacêuticos

Num dos pontos por que se desdobra a parte segunda do presente trabalho se aludiu que, a título excepcional, é lícito que o titular da AIM, bem como da ERPM suportem - parcelar ou integralmente - os custos de acolhimento em acções e / ou eventos científicos.

A lei, porém, não se basta com a enunciação genérica do ponto. E vai ao extremo de recortar de forma extensa e profunda o conceito.

Aí se considera qualquer dos encargos emergentes da inscrição, deslocação e estada em manifestações de carácter exclusivamente científico e ainda em acções de formação e promoção de fármacos (ou produtos farmacêuticos, *maxime*, de medicamentos) que comportem uma efectiva mais-valia científica ou um real proveito formativo para os respectivos participantes.

E a lei vai anda mais longe: define o *dies a quo* e o *dies ad quem* da estada.

“A estada não deverá exceder o período compreendido entre o dia anterior ao do início e o dia seguinte ao do termo do evento ou das acções de formação ou de promoção de medicamentos nem comportar benefícios de carácter social, prevalentes sobre o objectivo científico e profissional”.

A *ratio legis* é a de evitar que o denominado *turismo médico*, tão em voga no período em que os escândalos estalaram, prosseguisse de forma equívoca ou dissimulada, com prejuízos manifestos quer para a assiduidade dos prescritores e dispensadores de medicamentos com reflexos na saúde individual e colectiva das pessoas, quer para o reforço do saber dos destinatários das acções e eventos.

Na realidade, os laboratórios foram incriminados por propiciarem o “*turismo médico*” de forma generalizada e/ou de presentearem, sobretudo os médicos, com uma gama de electrodomésticos para uso pessoal de renomadas marcas e de modelos de eleição como contrapartida para a prescrição de fármacos determinados.

O que obriga ainda se defina o perfil do “acolhimento”.

O acolhimento deve ser sempre de “*nível razoável e ter um carácter acessório em relação ao objectivo principal da reunião, não devendo ser alargado a pessoas que não sejam profissionais de saúde destinatários dos mesmos*”.

Neste passo o que se visa é evitar que os familiares, como soía acontecer, se aproveitem também, de modo directo ou reflexo, das deslocações com intuitos científicos ou formativos para se avantajarem com benefícios que decorrem da oferta de digressões turísticas que se proporcionam *a latere* a cônjuges, acompanhantes, descendentes, parentes outros ou afins...

A lei é restritiva e põe ponto final nas promiscuidades que também aí se detectavam de modo incontroverso.

As exigências postam-se ainda a outros níveis, nomeadamente ou especificamente no que tange aos locais em que decorrem acções e eventos.

As opções pelos locais em que se consumarão as acções de formação e promoção e os eventos científicos e a organização dos programas sociais complementares, se os houver, mister será que obedeçam a critérios adequados de uma perspectiva laboral e científica.

Mas força é que envolvam também - no que a níveis de hospitalidade se refere, designadamente - custos financeiros de montante equilibrado, como o prescreve a lei, numa contenção de gastos que não exorbite dos objectivos imbricados nas acções *sub judice*.

À administração pública cabe assegurar-se da observância das prescrições em realce, importando significar que o afrontamento a tais normas constitui ilícito de mera ordenação social passível de coima susceptível de atingir ± os 45000 euros.

VII CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA “*lato sensu*”

Ante o deprimente quadro que se nos deparou em Portugal a propósito das relações promíscuas entre os laboratórios da indústria farmacêutica e os médicos, a associação de interesses económicos que agrega as distintas unidades de produção em laboração no País apressou-se a definir, em termos auto-regulatórios, regras de feição deontológica que passaram, entretanto, a vigorar nas relações *inter partes*.

Para além do Convénio que a Federação Europeia das Indústrias Farmacêuticas e o Comité Europeu dos Médicos celebraram.

E que assumem, de resto, carácter transnacional, à dimensão europeia.

Os termos firmados entre a *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* (EFPIA) e o *Standing Committee of European Doctors* (CPME) constam de um convénio de boa-vontade alçado a Código Deontológico com repercussões na esfera de cada um dos subscritores e valimento *intra muros* de cada um dos Estados-membros da União Europeia.

Aí se aparelham medidas tendentes a subtrair às relações entretecidas o espectro de suspeição que constituiu, em múltiplos cenários, a dominante na promiscuidade

subsistente, a macular de forma impressiva a reputação e a fidedignidade dos facultativos.

E é óbvio que se não pode tomar a *núvem por Juno* ou confundir a *árvore com a floresta...*

No entanto, os aspectos desviantes puseram em causa - e em geral - a imagem que o *vulgo* tinha dos médicos.

De entre os deveres a que se adscrive a indústria, figuram no texto que se impõe *inter pares* no espaço preenchido pela União Europeia, entre outros:

- não oferecer hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e têm de estar associados à prática clínica.

Aos médicos, no documento de que se trata, incumbe, porém:

- não solicitar brindes/benefícios à indústria
- não aceitar hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e devem estar associados à prática clínica.

Às reuniões sob a égide ou o patrocínio da indústria (ou em que se envolva ou promova) presidem regras muito estritas, a saber:

- as Companhias Farmacêuticas podem organizar ou patrocinar reuniões médicas: tais eventos devem ter uma vertente/componente claramente pedagógica; a informação transmitida em qualquer reunião deverá ser baseada em dados médicos e científicos relevantes.
- actividades que façam parte do desenvolvimento profissional contínuo e sistemático devem ser avaliadas e certificadas por entidades relevantes.
- quando da divulgação, o objectivo do evento deve ser devidamente especificado: quando apropriado, será também indicado se o evento é avaliado e certificado.
- o local da reunião deve ser apropriado para o objectivo científico da reunião e não deverá envolver deslocações além das necessárias.
- a Indústria Farmacêutica poderá pagar a palestrantes, material de estudo e instalações necessárias para a realização da reunião: poderá também pagar a viagem e o alojamento dos participantes, mas não o dos acompanhantes.
- a recepção durante as reuniões deve ser aceitável na generalidade, razoável e estritamente limitada ao objectivo do evento: patrocinar ou organizar eventos desportivos ou de entretenimento está proibido.

A Indústria Farmacêutica, em Portugal, elaborou, entretanto, um Código Deontológico que rege as práticas promocionais dos produtos que lança no mercado.

O documento contém, porém, a data de 28 de Setembro de 2005 e figura em anexo (II).

Nos artigos 13 e seguintes se espraiam as regras estabelecidas em específicos domínios, a saber, *eventos e hospitalidade, ofertas e incentivos, patrocínio de profissionais de saúde e amostras* (de fármacos).

E aí se plasmam regras estritas que no tocante a eventos científicos se compaginam com os que os instrumentos internacionais e a lei em vigor em Portugal imperativamente consagram.

Cumpre reter a tal propósito:

- todas as reuniões, congressos, conferências, simpósios e outros eventos de natureza promocional, científica ou profissional (“evento”) organizados ou patrocinados por uma empresa titular de autorização de introdução no mercado ou promotora de um medicamento têm de ser realizados num local adequado condizente com o fim principal do evento, e só podem proporcionar hospitalidade quando a mesma for adequada e cumprir as disposições legais em vigor.
- nenhuma empresa pode organizar ou patrocinar eventos que se realizem fora do seu país de origem (“evento internacional”), salvo se:
 - a maior parte dos participantes for de fora do seu país de origem e, tendo em conta os países de origem da maior parte dos convidados, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país; ou
 - tendo em conta a localização dos recursos ou conhecimentos relevantes que constituem o objecto ou tema do evento, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país,
- a hospitalidade proporcionada em relação a eventos promocionais, profissionais ou científicos deve restringir-se às viagens, refeições, alojamento e custos de inscrição; todavia os aspectos sociais e ou estritamente culturais que possam complementarmente existir não podem de qualquer forma coincidir com qualquer reunião de trabalho,
- a hospitalidade não deverá exceder o período compreendido entre o dia anterior ao início e o dia seguinte ao do termo do evento, e só pode ser oferecida a profissionais de saúde que sejam participantes por direito próprio,
- a hospitalidade proporcionada a profissionais de saúde deve ter um nível razoável e restringir-se estritamente ao objectivo principal do evento. Como regra geral, a hospitalidade proporcionada não deve exceder o que os profissionais de saúde participantes no evento estariam preparados para pagar eles próprios,
- a hospitalidade não pode incluir o patrocínio ou a organização de eventos com carácter de entretenimento (v.g. desportivos ou de diversão), e as empresas devem evitar escolher locais/empreendimentos conhecidos pelas suas instalações para diversão.

No que tange a brindes, ofertas, prémios e incentivos, realce para:

- não podem ser fornecidas, oferecidas ou prometidas ofertas, vantagens pecuniárias ou benefícios em espécie aos profissionais de saúde, que de qualquer forma, directa ou indirectamente, os incentive a prescrever, fornecer, vender ou administrar um medicamento,
- sem prejuízo do disposto no número anterior, nos casos em que os medicamentos sejam promovidos junto de profissionais de saúde, podem ser fornecidos ou oferecidos benefícios em espécie a essas pessoas, unicamente se forem de baixo valor pecuniário e relevantes para a prática da medicina ou farmácia e/ou envolvam um benefício para o doente,
- as ofertas podem conter apenas o nome e logotipo da empresa, o nome do medicamento e/ou a sua denominação comum internacional, quando esta exista, ou a marca comercial. Se com elas se pretender dar informação adicional sobre o medicamento, esta tem que observar o disposto particular da AIM,
- não devem ser oferecidas nem proporcionadas ofertas para benefício pessoal dos profissionais de saúde, tais como bilhetes para eventos de entretenimento,
- Entende-se por baixo valor pecuniário um valor que não deverá exceder um quarto de unidade de conta de custas judiciais¹⁸.

O patrocínio de manifestações científicas segue estrita prescrição, a saber, a do artigo 15, cujos termos se enunciam:

- sempre que uma empresa patrocine um simpósio, congresso ou qualquer outro programa de saúde, médico ou educacional, deverá levar em consideração os seguintes princípios:
 - o patrocínio deve ser claramente anunciado previamente ao acontecimento identificado, durante o mesmo e na fase pós-realização. Todo e qualquer material de informação, impresso, audiovisual ou informático que saia de tais encontros, deve reflectir correctamente as comunicações e discussões;
 - o apoio à participação a profissionais de saúde não deve estar condicionado à obrigação de promover qualquer medicamento.
 - se o programa for reconhecido para efeitos de formação profissional pós-licenciatura, por organização médica reconhecida ou outra qualquer organização de profissionais de saúde, igualmente reconhecida, deverá ser revelado, se o houver, o apoio da Indústria Farmacêutica.
 - é considerado adequado o pagamento de honorários e o reembolso de despesas, incluindo viagens, aos oradores e moderadores dos encontros.

No particular das amostras, o regime é conformemente à directiva estrito:

- as amostras só serão fornecidas a instâncias do médico

¹⁸ Ora fixada em 88 euros.

- as empresas disporão de sistemas de controlo e contabilização das amostras
- as amostras não podem ser maiores que a apresentação menor lançada no mercado
- as amostras terão de conter a menção “*amostra médica grátis – venda proibida*”.

E há restrições no que tange à própria natureza dos fármacos, a saber, proíbe-se a dação de:

- medicamentos que contenham substâncias definidas como psicotrópicas ou estupefacientes por uma convenção internacional, tal como as Convenções das nações Unidas de 1961 e 1971.
- outros medicamentos para os quais não seja adequado fornecer amostras, tal como determinado pelas autoridades competentes em cada momento.

A relevância do tema avulta em momento em que a dissolução dos valores grassa por toda a parte e paradigmas outros mesclados de poderosos interesses egoísticos tendem a sobrepujar os bens, interesses ou valores jurídicos fundamentais imbricados na saúde pública.

Ponto é que não campeie a hipocrisia institucional na concreta aplicação dos normativos, quer se trate dos que emanam de instâncias legiferantes nacionais e / ou internacionais ou da “*soft law*” a que as associações, *soit disant* de classe e as de interesses económicos, conferem expressão para observância *inter partes*.

Ponto é que haja suficiente vigor para contrariar as violações que amiúde ocorrem e os desvios deploráveis a que se assiste numa reverberável subversão dos quadros e dos propósitos neles consignados.

VIII
A PUBLICIDADE AO MEDICAMENTO
E CONEXOS
NO
ANTEPROJECTO DO DENOMINADO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Ao domínio de que se cura, o anteprojecto português, ora em debate, consagra, em rigor, um só artigo – o 104.

Nele se contém o comando que segue:

“É proibida a publicidade a tratamentos médicos e a medicamentos que apenas possam ser obtidos mediante receita médica, com excepção da publicidade incluída em publicações técnicas destinadas a médicos e outros profissionais de saúde.”

No entanto, à semelhança do que ora ocorre com o Código da Publicidade em vigor no ordenamento jurídico nacional, e no que tange, em geral, à **saúde** dispõe o normativo em epígrafe, no artigo 97, o que segue:

“1. É proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança, designadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria.

2. A publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica.

3. O disposto nos números anteriores deve ser particularmente acautelado no caso da publicidade especialmente dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes.”

E no que se prende com os **efeitos benéficos de produtos e serviços milagrosos**, realce para o que o artigo 98 do anteprojecto encerra (“*menção de efeitos benéficos*”), a saber:

“Sem prejuízo da aplicação geral das disposições relativas à publicidade enganosa, são especialmente proibidas as menções a efeitos benéficos para a saúde ou para o ambiente, feitas com o intuito de promover produtos ou serviços, cuja veracidade não esteja cientificamente comprovada.”

E no que se refere a **produtos e serviços milagrosos**, confira-se o artigo 109 que, em sentido análogo ao do artigo 22º-B do Código da Publicidade, é do teor seguinte:

“1. É proibida, sem prejuízo do disposto em legislação especial, a publicidade a bens ou serviços milagrosos.

2. Considera-se publicidade a bens ou serviços milagrosos, para efeitos da presente secção, a publicidade que, explorando a ignorância, o medo, a crença ou a superstição dos destinatários, apresente quaisquer bens, produtos, objectos, aparelhos, materiais, substâncias, métodos ou serviços como tendo efeitos específicos automáticos ou garantidos na saúde, bem-estar, sorte ou felicidade dos consumidores ou de terceiros, nomeadamente por permitirem prevenir, diagnosticar, curar ou tratar doenças ou dores, proporcionar vantagens de ordem profissional, económica ou social, assim como alterar as características físicas ou a aparência das pessoas, sem uma objectiva comprovação científica das propriedades, características ou efeitos propagandeados ou sugeridos.

3. O ónus da comprovação científica a que se refere o número anterior recai sobre o anunciante.

4. As entidades competentes para a instrução dos processos de contra-ordenação e para a aplicação das medidas cautelares e das coimas podem exigir que o anunciante apresente provas da comprovação científica a que se refere o nº 2, bem como da exactidão material dos dados de facto e de todos os benefícios propagandeados ou sugeridos na publicidade.

5. A comprovação científica a que se refere o nº 2, bem como os dados de facto e os benefícios a que se refere o número anterior, presumem-se inexistentes ou inexactos se as provas exigidas não forem imediatamente apresentadas ou forem insuficientes.”

A televisão é, em particular, visada pelas restrições do anteprojecto, nele se plasmando (**vendas à distância: pela televisão**) doutrina segundo a qual:

“1. Considera-se televenda, para efeitos da presente secção, a difusão de ofertas directas ao público, realizada por canais televisivos, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações, mediante remuneração.

2. São aplicáveis à televenda, com as necessárias adaptações, as disposições previstas nesta secção para a publicidade, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

3. É proibida a televenda de medicamentos sujeitos a uma autorização de comercialização, assim como a televenda de tratamentos médicos.

4. A televenda não deve incitar os menores a contratarem a compra ou aluguer de quaisquer bens ou serviços.”

O Código da Publicidade, transposto para o anteprojecto do denominado Código do Consumidor, não é, pois, pródigo em normas pertinentes à publicidade do medicamento.

As disposições que se lhe referem constam de diploma autónomo: *in casu* o DL 176/2006, de 30 de Agosto, que reúne a maior parte dos dispositivos em que se plasma o regime jurídico do medicamento.

Afigura-se-nos, porém, que o Código de Direitos do Consumidor, na sua versão definitiva, deveria comportar o regime inteiro da publicidade, independentemente da natureza dos produtos e serviços em especial.

E não é essa, ao que parece, a orientação, com inúmeros aspectos parcelares a eximir-se do diploma matriz do estatuto do consumidor...

IX CONCLUSÃO

- A publicidade aos medicamentos de uso humano (alopáticos como homeopáticos) está, no seio da União Europeia, disciplinada por uma directiva que veda mensagens dirigidas ao grande público de medicamentos sujeitos obrigatoriamente a receita médica.

- Tais medicamentos podem, porém, ser objecto de publicidade em publicações exclusivamente destinadas a profissionais de saúde de distintos estratos com tal correlacionados.

- A publicidade, porém, de medicamentos não sujeitos a receita médica é livre, conquanto a lei estabeleça condicionantes, na esteira, de resto, da natureza não intrinsecamente mercantil dos fármacos, indissolvelmente imbricados na saúde pública e cuja dispensa exige peculiares cuidados.

- No que tange, porém, aos prémios, ofertas, brindes e mais benefícios, também é vedado dar ou prometer, como pedir ou aceitar, ainda que a *praxis*, noutros países, seja permissiva, com ou sem suporte nos ordenamentos de origem.
- No domínio das acções de formação e de promoção de medicamentos e bem assim no dos eventos científicos em que se congregam médicos e ou farmacêuticos, quer os honorários pela apresentação de comunicações científicas ou outras, quer os encargos advenientes da inscrição, deslocação e estada susceptíveis de ser assegurados pelos titulares da AIM e da ERPM, são lícitos, desde que se observem condições de transparência que a administração pública põe a cargo tanto de quem assume o patrocínio como de quem realize sob sua égide tais manifestações de formação, promoção ou de índole científica “*tout court*”.
- As condições estabelecidas obedecem a critérios de transparência, de adequação e proporcionalidade, que a lei estabelece de forma estrita.
- É vedado alargar o benefício da deslocação e do alojamento (e o mais) a quaisquer pessoas que se situem fora da órbita das manifestações de que se trata por forma a encerrar definitivamente o “*turismo médico*” a lugares privilegiados de vilegiatura que se proporcionava em larga escala sobretudo a médicos, familiares e ou a acompanhantes outros.
- As associações europeias de médicos e as das indústrias farmacêuticas coenvolveram-se em iniciativas auto-regulatórias tendentes a consignar regras de conduta assentes no plano ético de molde a não desvirtuar a natureza das coisas e a não permitir que os interesses materiais subvertam as directrizes mais adequadas.
- O anteprojecto do denominado Código do Consumidor reitera, em múltiplas normas, preocupações do estilo e veda, em geral, a publicidade a medicamentos, como a que encoraja comportamentos nocivos à saúde ou à segurança, como as menções a efeitos benéficos para a saúde com o intuito de promover produtos ou serviços, como ainda a produtos ou serviços miraculosos, em exploração da ignorância, medo, crença ou superstição do universo-alvo a que se dirija.
- A prossecução de esforços em ordem à tutela de tais princípios e valores é missão essencial para que se convocam, sem reservas nem tergiversações, os cidadãos-consumidores.

X ANEXOS

ANEXO I

Convénio para a Relação entre a Classe Médica e a Indústria Farmacêutica a nível Europeu e Nacional

INTRODUÇÃO

1. A classe médica, representada pelo *Standing Committee of European Doctors (CPME)* e a Indústria Farmacêutica representada pela *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*, cientes das suas responsabilidades em relação aos doentes e à sociedade, consideram essencial o estabelecimento de um conjunto de princípios básicos que sirva como orientação quer a nível europeu quer a nível nacional para a relação entre a classe médica e a indústria farmacêutica.

2. A cooperação entre a classe médica e a indústria farmacêutica é importante e necessária a todos os níveis do desenvolvimento e do uso de medicamentos, por forma a assegurar a segurança dos doentes e a eficácia da terapêutica.

3. É de vital importância que a colaboração entre a classe médica e a indústria farmacêutica seja baseada em princípios gerais por forma a garantir elevados padrões de ética e os direitos dos doentes bem como respeitar as expectativas da sociedade, ao mesmo tempo que garante a independência de ambas as partes no exercício das suas actividades.

4. Por forma a garantir a independência e credibilidade de ambas as partes é necessária total transparência; assim, qualquer relação que provoque – ou possa vir a provocar – conflitos de interesse deverá ser publicamente divulgada.

5. As autoridades competentes estabeleceram um conjunto de princípios básicos no qual a colaboração em algumas áreas é regulada. Adicionalmente às provisões legais, o CMPE e a EPFIA consideram necessário o fortalecimento da aderência de ambas as partes aos seus respectivos princípios éticos.

Os princípios desta declaração conjunta não põem em causa o estipulado nos regulamentos e normas de orientação nacionais. Por exemplo, os regulamentos nacionais podem exigir que os médicos que estão empregados, informem e/ou solicitem aprovação por parte do empregador, quando aplicável, antes de entrarem em acordos com uma Companhia ou aceitarem patrocínios.

A classe médica e a indústria farmacêutica adoptaram ambas princípios éticos aplicáveis ao exercício das suas actividades. Esta declaração conjunta identifica princípios comuns para ambas as partes nos aspectos mais importantes a serem implantados em qualquer cooperação.

6. As áreas cobertas por esta declaração são:

1. Informação do produto e promoção de medicamentos aprovados
2. Reuniões organizadas ou patrocinadas pela Indústria
3. Investigação clínica
4. Consultoria e ligações

Informação sobre produtos e promoção de medicamentos aprovados

7. A informação fornecida aos médicos pela Indústria é essencial para uma boa gestão dos doentes. A independência clínica dos médicos quando das tomadas de decisão médicas deve ser garantida. O conteúdo da informação e dos materiais promocionais deve ser verdadeiro e preciso.

Assim, ambas as partes devem respeitar os seguintes princípios:

8. A Indústria deve:

- a) Fornecer informação honesta e devidamente actualizada acerca dos seus produtos, que descreva de modo preciso as vantagens e desvantagens baseadas em evidências científicas actuais.
- b) Assegurar que toda a Força de Vendas, assim como outras pessoas ligadas à Indústria que fornecem informação estejam devidamente treinadas e qualificadas para o fazer.
- c) Divulgar informação científica clinicamente relevante acerca dos seus produtos a pedido dos médicos.
- d) Divulgar relatórios clínicos e científicos relativamente aos seus produtos após o medicamento estar disponível no mercado e revelar sem demora informações importantes aos médicos;
- e) Evitar publicitar qualquer medicamento antes de lhe ter sido garantida uma AIM.
- f) Não oferecer hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e devem de estar associados à prática clínica.

Os médicos devem:

- a) Não solicitar brindes/benefícios à Indústria
- b) Não aceitar hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e devem de estar associados à prática clínica.
- c) Reportar as reacções adversas aos medicamentos.

Reuniões organizadas ou patrocinadas pela Indústria

9. As Companhias Farmacêuticas podem organizar ou patrocinar reuniões médicas. Tais eventos devem ter uma vertente/componente claramente pedagógica. A informação transmitida em qualquer reunião deverá ser baseada em dados médicos e científicos relevantes.
10. Actividades que façam parte do desenvolvimento profissional contínuo e sistemático, devem ser avaliadas e certificadas por entidades relevantes.
11. Quando da divulgação, o objectivo do evento deve ser devidamente especificado. Quando apropriado, será também indicado se o evento é avaliado e certificado.
12. O local da reunião deve ser apropriado para o objectivo científico da reunião, e não deverá envolver deslocações além das necessárias.
13. A Indústria Farmacêutica poderá pagar a palestrantes, material de estudo e instalações necessárias para a realização da reunião. Poderá também pagar a viagem e o alojamento dos participantes, mas não o dos acompanhantes.
14. A recepção durante as reuniões deve ser aceitável na generalidade, razoável e estritamente limitada ao objectivo do evento. Patrocinar ou organizar eventos desportivos ou de entretenimento está proibido.
15. Os princípios desta declaração devem ser aplicados também nas actividades fora do UE, EFTA e países da EEA, quando médicos da UE, EFTA e EEA estão envolvidos.

Investigação científica

16. A cooperação entre a Indústria Farmacêutica e a classe médica na execução de ensaios clínicos, estudos fármaco-epidemiológicos e fármaco-genómicos é essencial para o desenvolvimento de produtos medicinais, para o aprofundamento do seu conhecimento e para a optimização do seu uso em prol do doente.
17. Os seguintes princípios devem ser respeitados em todos os ensaios clínicos:
 - a) Todos os envolvidos num ensaio clínico devem seguir os princípios e orientações ético-profissionais tais como a Declaração de Helsínquia e as Boas Práticas Clínicas do ICH.

- b) Cada ensaio deve ter um objecto científico e terapêutico relevante. Nenhum ensaio deve ser realizado essencialmente com objectivos promocionais. O objectivo do ensaio deve ser sempre no sentido do aperfeiçoamento da terapia, métodos de diagnóstico e/ou conhecimentos médicos em prol do doente.
- c) O objectivo do ensaio deve ser estabelecido antecipadamente. Os protocolos de investigação devem ser desenhados por forma a assegurar o atingimento do objectivo e que as conclusões do estudo sejam válidas.
- d) A identidade do patrocinador deve ser revelado aos doentes envolvidos no estudo.
- e) Nenhum médico deverá receber pagamentos ou outros benefícios apenas pela referência de doentes para os ensaios clínicos.
- f) Um médico pode receber compensação pelo seu trabalho no ensaio. Qualquer que seja a compensação ela deve estar relacionada com o trabalho efectuado e deverá ser revelada à Comissão de Ética que avalia o protocolo do Estudo.
A compensação não deverá estar relacionada com qualquer resultado esperado do estudo.
- g) Todos os resultados de eficácia e segurança referentes aos produtos comercializados devem ser publicados com honestidade, independentemente dos resultados, pelo menos sob a forma de resumo na Internet no prazo de um ano após o produto ter recebido a autorização de introdução no mercado. Também outros resultados de importância clínica devem ser publicados da mesma forma.
- h) Em publicações, palestras e outras apresentações, o patrocinador ter de ser revelado.
- i) O médico pode receber uma compensação pela prelecção acerca do ensaio e seus resultados.
- j) Quando da apresentação de resultados de ensaios clínicos o médico deve revelar as suas relações com todas as companhias na área terapêutica em causa.

Consultoria e Ligações

- 18. A Indústria farmacêutica pode solicitar a médicos para intervirem como consultores. Neste contexto eles podem prestar serviços e dar opinião especializada à Indústria.
- 19. As relações deste tipo com a Indústria Farmacêutica não devem comprometer a autonomia clínica do médico que presta consultoria ou com quem estabeleceu ligação. O médico deve reger-se sempre pelo dever ético de tomar decisões médicas de forma independente e praticar a medicina em benefício dos doentes.
- 20. O pagamento da consultoria deve ser em função do trabalho desempenhado. Quando os médicos consultores estão a apresentar pontos de vista ou resultados a terceiros, directamente relacionados com consultoria no campo médico-farmacológico, deve ser apresentada uma declaração de interesses por forma a assegurar uma transparência para qualquer das partes.

ANEXO II

CÓDIGO DEONTOLÓGICO PARA AS PRÁTICAS PROMOCIONAIS DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

As questões deontológicas devem constituir, e têm constituído, ao longo dos anos uma preocupação séria da Indústria Farmacêutica portuguesa. Desde 1987 que a APIFARMA se regula por Códigos Deontológicos que, com o passar dos anos, têm sofrido alterações, fruto da evolução legislativa nacional e comunitária e da permanente necessidade de clarificar conceitos e práticas. Por outro lado, as várias versões do Código Deontológico foram também influenciadas pelos Códigos Deontológicos da IFPMA (Federação Internacional das Associações da Indústria

Farmacêutica) e da EFPIA (Federação Europeia da Indústria Farmacêutica), de que a associação é membro.

A presente versão corresponde à quarta revisão introduzida no texto inicial de 1987 e funde num corpo único, renovando e actualizando, as versões anteriores do Código e o recente Código Deontológico da EFPIA aprovado em Novembro de 2004, não deixando todavia a legislação actual sobre a publicidade do medicamento.

Aproveitou-se a oportunidade, decorrente da aprovação do código comunitário, para melhorar o sistema de auto regulação e torná-lo mais eficaz, através da consagração de princípios e normas de conduta internas, que decorrem da necessidade permanente de agilizar processos de forma a tornar essa auto-regulação mais eficiente, na linha, aliás, das congéneres Associações Europeias.

O Código Deontológico da APIFARMA não tem por objectivo restringir a promoção de medicamentos numa forma que prejudique a livre concorrência. Em vez disso, procura assegurar que as empresas farmacêuticas associadas façam uma promoção ética, evitando práticas enganadoras e potenciais conflitos de interesse com profissionais de saúde, sempre no cumprimento das leis e dos regulamentos aplicáveis e tudo em benefício do nome e do prestígio da Indústria Farmacêutica que importa salvaguardar.

O objectivo do Código da APIFARMA é portanto o possibilitar um ambiente em que o público em geral possa estar seguro de que as escolhas relativas aos seus medicamentos são efectuadas com base no mérito de cada produto e nas necessidades clínicas dos doentes.

As regras aqui consagradas foram livremente discutidas e voluntariamente aceites, obrigando todas as empresas associadas da APIFARMA.

ARTIGO 1.º

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1. O presente Código Deontológico tem como objecto definir um conjunto de normas que traduzem a aplicação às práticas de promoção e comercialização de medicamentos de um nível ético adequado nesta actividade, através do qual se pretendem salvaguardar critérios de independência e transparência, no respeito pela saúde e vida dos doentes, pela integridade dos profissionais de saúde e pela imagem e idoneidade da Indústria Farmacêutica.

2. Porque a actividade da Indústria Farmacêutica na promoção e comercialização de medicamentos não se esgota no cumprimento das normas deste Código, o seu cumprimento deverá ser feito sem prejuízo do integral respeito das disposições legais e regulamentares aplicáveis, as quais, de um ponto de vista deontológico devem, também, ser integralmente respeitadas.

3. O presente código não se aplica:

- a. à etiquetagem de medicamentos e aos folhetos informativos, que estão sujeitos às disposições legais aplicáveis;
- b. à correspondência, eventualmente acompanhada por material de natureza não promocional, necessária para responder a uma questão específica sobre um medicamento em concreto;

- c. anúncios informativos factuais e materiais de referência relativos, por exemplo, a alterações da embalagem, avisos de reacções adversas como parte das precauções gerais, catálogos comerciais e listas de preços, desde que não incluam reivindicações relativas aos produtos;
- d. informação não promocional relativa à saúde humana ou a doenças;
- e. publicidade institucional das empresas, nomeadamente dados financeiros, descrições de programas de investigação e desenvolvimento e a análise de desenvolvimentos normativos que afectem a sociedade e os seus produtos.

ARTIGO 2.º

AUTORIZAÇÃO DE INTRODUÇÃO NO MERCADO

1. Entende-se por medicamento toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças humanas ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma acção farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas.
2. O medicamento só pode ser promovido para as respectivas indicações aprovadas, depois da concessão de uma autorização de introdução no mercado que permita a sua venda ou dispensa.
3. A promoção deve ser consentânea com os elementos identificados no resumo das características do medicamento.
4. Exclui-se do previsto no numero 2, o direito das empresas farmacêuticas de informarem a comunidade científica dos avanços no campo do Medicamento e da Terapêutica, podendo divulgar para o efeito os resultados da Investigação Científica que se encontrem a realizar.

ARTIGO 3.º

INFORMAÇÃO A DISPONIBILIZAR

1. Todos os materiais promocionais relativos a medicamentos sujeitos a receita médica devem incluir, de forma clara e legível, o seguinte:
 - a) informação, devidamente referenciada, consentânea com o resumo das características do medicamento, indicando a data em que o resumo das características do medicamento foi elaborado ou revisto pela última vez;
 - b) a classificação de fornecimento do medicamento;
 - c) o preço de venda ao público, o valor a pagar pelo utente e as condições para participação pelo Ministério da Saúde; e
2. Quando a informação se destinar exclusivamente a uma chamada de atenção para o nome do medicamento, são dispensadas as indicações previstas no n.º 1.

ARTIGO 4º

PROMOÇÃO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

1. A informação sobre as características dos medicamentos não devem exceder os limites garantidos pelas provas científicas disponíveis e na sua elaboração devem ser evitadas quaisquer ambiguidades.
2. A informação contida em material promocional ou destinada à boa utilização do medicamento deve:
 - (a) fundamentar-se numa avaliação actualizada de todas as provas científicas disponíveis e consentânea com o disposto no resumo das características do medicamento;
 - (b) estar de acordo com a autorização de introdução no mercado; e
 - (c) não dar origem a conclusões incorrectas ou erradas.
3. Os dados científicos de apoio a declarações sobre as características dos medicamentos devem ser disponibilizados aos prestadores de serviços de saúde quando estes os solicitarem.
4. A promoção deve incentivar o uso racional dos medicamentos, apresentando-os numa forma objectiva e sem exagerar as suas propriedades.

5. Todos os elementos promocionais, incluindo gráficos, ilustrações e quadros de estudos publicados e integrados em materiais promocionais devem:

- a) indicar claramente a fonte ou fontes exactas dos elementos promocionais;
- b) ser reproduzidos fielmente. Em caso de necessidade podem ser adaptados, devendo fazer-se indicação da adaptação.

ARTIGO 5.º

PROMOÇÃO EM GERAL

1. A palavra “seguro” nunca deve ser utilizada para qualificar um medicamento.
2. A palavra “novo” não deve ser utilizada para qualificar um medicamento ou apresentação que esteja disponível há mais de um ano, nem uma indicação terapêutica que tenha sido promovida ou lançada há mais de um ano.
3. Não deve ser indicado que um medicamento não tem efeitos secundários, riscos de toxicidade, viciação ou dependência.

ARTIGO 6.º

PUBLICIDADE COMPARATIVA

1. A publicidade comparativa só é permitida junto dos profissionais de saúde.
2. As comparações entre diferentes medicamentos devem basear-se em aspectos relevantes e comparáveis dos mesmos, não devendo ser enganadoras nem difamatórias.
3. As comparações entre diferentes medicamentos só podem ser feitas tendo em consideração elementos que constem dos respectivos resumo das características dos medicamentos ou que tenham por base estudos clínicos credíveis de comparação directa.

ARTIGO 7.º

UTILIZAÇÃO DE CITAÇÕES NA PROMOÇÃO

As citações de literatura médica ou científica ou de comunicações pessoais devem ser reproduzidas fielmente e devidamente referenciadas.

ARTIGO 8.º

ACEITABILIDADE DA PROMOÇÃO

A promoção deve ser feita de acordo com níveis éticos adequados, por forma a que dela resulte *o valor social* do medicamento e da Indústria Farmacêutica e se reconheça a sua natureza especial e a situação profissional de quem o prescreve ou dispensa.

ARTIGO 9.º

DIVULGAÇÃO DE PROMOÇÃO

1. A informação relativa a medicamentos sujeitos a receita médica só deve ser endereçada às pessoas em relação às quais se possa assumir com razoabilidade que necessitam dessa informação ou que têm interesse na mesma.
2. O uso de faxes, correio electrónico, sistemas de chamada automática, mensagens de texto e outros meios de comunicação electrónica só são permitidos com autorização prévia ou a solicitação do profissional de saúde, devidamente comprovada.
3. As listas de envio de correspondência, referidas no número anterior, têm de ser mantidas sempre actualizadas, devendo ser elaboradas de acordo com a lei nacional em vigor. Os pedidos de profissionais de saúde para serem retirados de listas de envio de correio promocional devem ser respeitados.

ARTIGO 10.º**TRANSPARÊNCIA DA PROMOÇÃO**

1. A promoção não deve ser subliminar ou oculta.
2. Os estudos ou programas sobre utilização de medicamentos, designadamente programas de farmacovigilância, experiências pós-comercialização e estudos pós-autorização, não podem ser utilizados como uma forma disfarçada de promoção de medicamentos.
3. Os materiais promocionais publicados em jornais ou revistas, por iniciativa de uma empresa, não se devem assemelhar a artigos editoriais com carácter independente.
4. Os materiais relativos a medicamentos e aos seus usos, de natureza promocional ou não, que sejam patrocinados por uma empresa devem indicar claramente o nome da entidade patrocinadora.

ARTIGO 11.º**PROMOÇÃO ATRAVÉS DA INTERNET**

1. A promoção de medicamentos destinada a profissionais de saúde que se difunda através da Internet deverá basear-se em princípios técnico-científicos e profissionais.
2. As empresas devem adoptar medidas que garantam que a promoção é acedida apenas por profissionais de saúde.

ARTIGO 12.º**ACONSELHAMENTO EM MATÉRIAS CLÍNICAS PESSOAIS**

As empresas titulares de autorização de introdução no mercado ou promotoras de medicamentos devem, sempre que consultadas pelo público em geral, solicitando conselhos sobre assuntos clínicos pessoais, recomendar a consulta de um profissional de saúde.

ARTIGO 13.º**EVENTOS E HOSPITALIDADE**

1. Todas as reuniões, congressos, conferências, simpósios e outros eventos de natureza promocional, científica ou profissional (“evento”) organizados ou patrocinados por uma empresa titular de autorização de introdução no mercado ou promotora de um medicamento têm de ser realizados num local adequado condizente com o fim principal do evento, e só podem proporcionar hospitalidade quando a mesma for adequada e cumprir as disposições legais em vigor.
2. Nenhuma empresa pode organizar ou patrocinar eventos que se realizem fora do seu país de origem (“evento internacional”), salvo se:
 - (a) a maior parte dos participantes for de fora do seu país de origem e, tendo em conta os países de origem da maior parte dos convidados, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país; ou
 - (b) tendo em conta a localização dos recursos ou conhecimentos relevantes que constituem o objecto ou tema do evento, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país.
3. A hospitalidade proporcionada em relação a eventos promocionais, profissionais ou científicos deve restringir-se às viagens, refeições, alojamento e custos de inscrição; todavia os aspectos sociais e ou estritamente culturais que possam complementarmente existir não podem de qualquer forma coincidir com qualquer reunião de trabalho.
4. A hospitalidade não deverá exceder o período compreendido entre o dia anterior ao início e o dia seguinte ao do termo do evento, e só pode ser oferecida a profissionais de saúde que sejam participantes por direito próprio.
5. A hospitalidade proporcionada a profissionais de saúde deve ter um nível razoável, e restringir-se estritamente ao objectivo principal do evento. Como regra geral, a hospitalidade proporcionada não deve exceder o que os profissionais de saúde participantes no evento estariam preparados para pagar eles próprios.
6. A hospitalidade não pode incluir o patrocínio ou a organização de eventos com carácter de entretenimento (v.g. desportivos ou de diversão), e as empresas devem evitar escolher locais/empreendimentos conhecidos pelas suas instalações para diversão.

ARTIGO 14.º**Ofertas e Incentivos**

1. Não podem ser fornecidas, oferecidas ou prometidas ofertas, vantagens pecuniárias ou benefícios em espécie aos profissionais de saúde, que de qualquer forma, directa ou indirectamente, os incentive a prescrever, fornecer, vender ou administrar um medicamento.
2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos casos em que os medicamentos sejam promovidos junto de profissionais de saúde, podem ser fornecidos ou oferecidos benefícios em espécie a essas pessoas, unicamente se forem de baixo valor pecuniário e relevantes para a prática da medicina ou farmácia e/ou envolvam um benefício para o doente.
3. As ofertas podem conter apenas o nome e logotipo da empresa, o nome do medicamento e/ou a sua denominação comum internacional, quando esta exista, ou a marca comercial. Se com elas se pretender dar informação adicional sobre o medicamento esta tem que observar o disposto no art. 2.º, n.º 1.
4. Não devem ser oferecidas nem proporcionadas ofertas para benefício pessoal dos profissionais de saúde, tais como bilhetes para eventos de entretenimento.
5. Para efeitos do disposto neste artigo, entende-se por baixo valor pecuniário um valor que não deverá exceder um quarto de unidade de conta de custas judiciais.

ARTIGO 15.º**Patrocínio de profissionais de saúde**

1. Sempre que uma empresa patrocine um simpósio, congresso ou qualquer outro programa de saúde, médico ou educacional, deverá levar em consideração os seguintes princípios:
 - 1.1. O patrocínio deve ser claramente anunciado previamente ao acontecimento identificado, durante o mesmo e na fase pós-realização. Todo e qualquer material de informação, impresso, audiovisual ou informático que saia de tais encontros, deve reflectir correctamente as comunicações e discussões;
 - 1.2. O apoio à participação a profissionais de saúde não deve estar condicionado à obrigação de promover qualquer medicamento.
 - 1.3. Se o programa for reconhecido para efeitos de formação profissional pós licenciatura, por organização médica reconhecida ou outra qualquer organização de profissionais de saúde, igualmente reconhecida deverá ser revelado, se o houver, o apoio da Indústria Farmacêutica.
 - 1.4. É considerado adequado o pagamento de honorários e o reembolso de despesas, incluindo viagem, aos oradores e moderadores dos encontros.

ARTIGO 16.º**Amostras**

1. Em resposta a um pedido por escrito datado e assinado pelo médico, pode-lhe ser fornecido, no sentido de o familiarizar com o produto, um número razoável de amostras, durante o período legalmente previstos.
2. As empresas devem ter sistemas de controlo e contabilização das amostras que distribuem para todos os medicamentos manuseados pelos seus representantes
3. As amostras não podem ser maiores que a apresentação menor comercializada.
4. As amostras devem ter marcado “amostra médica grátis – venda proibida” ou palavras para o mesmo fim e devem ser acompanhadas duma cópia do resumo das características do medicamento.
5. Não podem ser fornecidas amostras dos seguintes medicamentos: (a) medicamentos que contenham substâncias definidas como psicotrópicas ou estupefacientes por uma convenção internacional, tal como as Convenções das Nações Unidas de 1961 e 1971; e (b) outros medicamentos para os quais não seja adequado fornecer amostras, tal como determinado pelas autoridades competentes em cada momento.

ARTIGO 17.º**Delegados de informação Médica**

1. Cada empresa deve assegurar-se que os seus delegados de informação médica, incluindo o pessoal empregue a título de contrato com terceiros e outros representantes da empresa que visitem profissionais de saúde, farmácias, hospitais ou outras instalações de saúde em ligação com a promoção de medicamentos (individualmente, um “delegado de informação médica”) estejam familiarizados com os requisitos do código deontológico e com todas as normas aplicáveis.
- 1.2. Os delegados de informação médica devem ser devidamente formados pelas empresas e possuir conhecimentos científicos suficientes para poder prestar informações precisas e completas sobre os medicamentos que promovem.
- 1.3. Os delegados de informação médica devem cumprir todos os princípios do código deontológico e de todas as normas aplicáveis, e as empresas são responsáveis por assegurar o seu cumprimento.
- 1.4. Os delegados de informação médica devem encarar os seus deveres com responsabilidade e ética.
- 1.5. Durante cada visita e nos termos das leis e regulamentos aplicáveis, os delegados de informação médica devem fornecer aos profissionais de saúde, ou ter disponíveis para uso destes, um resumo das características dos medicamentos que apresentem.
- 1.6. Os delegados de informação médica devem transmitir imediatamente aos departamentos científicos da sua empresa eventuais informações que recebam em relação ao uso dos medicamentos que promovem, especialmente relativos a acontecimentos adversos.
- 1.7. Os delegados de informação médica devem assegurar-se de que a frequência, calendarização e duração das visitas a profissionais de saúde, farmácias, hospitais ou outras instalações de saúde, assim como a forma como são efectuadas, estão de acordo com a ética, o Código Deontológico e todas as normas aplicáveis.
- 1.8. Os delegados de informação médica não devem recorrer a incentivos ou subterfúgios para conseguir uma entrevista. Durante uma entrevista ou aquando da sua marcação, os delegados de informação médica devem assegurar-se de que não induzem em erro os profissionais das instituições de saúde quanto à sua identidade ou à identidade da empresa que representam.

ARTIGO 18.º**colaboradores da empresa farmacêutica**

1. Todos os colaboradores da empresa e o pessoal empregue a título de contrato com terceiros, relacionado com a preparação ou aprovação de materiais ou actividades promocionais deve estar familiarizado com os requisitos do Código Deontológico e demais normas aplicáveis.
2. Em cada empresa tem de existir um departamento científico encarregue das informações sobre os seus medicamentos. Este departamento científico tem de incluir um médico ou um farmacêutico, que serão responsáveis pela aprovação de todos os materiais promocionais antes da sua distribuição.
3. Os profissionais referidos no número anterior têm de atestar que:
 - a) examinaram os materiais promocionais na sua forma final e que consideram que estão de acordo com os requisitos do Código Deontológico e de todas as normas em vigor incluindo as da publicidade;
 - b) são consentâneos com o resumo das características do medicamento; e
 - c) constituem uma apresentação fiel e verdadeira dos factos sobre o medicamento.
4. Cada empresa deve nomear pelo menos um empregado com uma categoria sénior, que será responsável por supervisionar a empresa e as suas subsidiárias, por forma a assegurar que o Código Deontológico e as restantes normas são cumpridas.

ARTIGO 19.º**SANÇÕES**

1. No caso de se identificar uma violação de acordo com as previsões do Código Deontológico, a Associação deve solicitar à empresa infractora que ponha fim, de forma imediata, à actividade irregular e que se comprometa por escrito a não reincidir nessa prática.
2. A este procedimento acrescerá a sanção que vier a ser aplicada em função da infracção e das suas circunstâncias.
3. As sanções aplicadas, bem como a natureza da infracção serão objecto de publicação pela APIFARMA.

Lisboa, 28 de Outubro de 2005

APLICAÇÃO DA PENA: ERROS DE ATIVIDADE E DE JULGAMENTO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS¹

MÁRIO HELTON JORGE²

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Dos erros jurisdicionais. III. Procedimento para aplicação da pena. IV. O dever de motivar a decisão e os vícios. V. Defeitos ou erros de motivação na aplicação da pena. VI. Erro na dosagem da pena-base. VII. Conseqüências dos vícios de procedimento e de julgamento. VIII. Breves conclusões.

I. INTRODUÇÃO

A aplicação motivada da pena, em cumprimento ao princípio da individualização da sanção penal, como conseqüência automática do juízo condenatório, é, das etapas da sentença, a que se reveste de extrema dificuldade pela complexidade da verificação e da constatação concreta de seus elementos, mister a pena-base, em face das circunstâncias judiciais.

E, decorrente da complexidade e da dificuldade da aplicação da pena, advém o erro judiciário, sendo constatável na adoção do procedimento (método), na fundamentação (demonstração dos dados concretos) e na dosagem da pena.

Pretende-se, pois, discorrer sobre os erros judiciários, constatáveis, especificamente, na fixação da pena-base, e as suas conseqüências, no âmbito processual penal, com o objetivo de despertar o interesse pelo estudo e aprofundamento da matéria, de extraordinária importância para o aperfeiçoamento da correta prestação jurisdicional.

II . DOS ERROS JURISDICIONAIS

¹ Eventuais contribuições para o aperfeiçoamento e o aprofundamento do tema podem ser enviadas para o e-mail: mario.jorge@avalon.sul.com.br.

² Mestre em Direito pela PUC-PR e Juiz Substituto em Segundo Grau no tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A propósito, o juiz sendo o terceiro sujeito da relação processual *inter partes*, que se substitui aos litigantes no interpretar a norma legal e no aplicá-la, deve ser imparcial.

Realiza, pois, o juiz a aplicação do direito, por haver faltado a aplicação voluntária, que se apresentava como dever ao particular (determinação), em razão da incidência dos fatos da vida ao suporte fático da norma.

No entanto, a posição do juiz, no processo, em face do seu poder-dever jurisdicional, não se limita ao julgamento de fundo (aplicação do direito material), porque, até chegar à sentença, o magistrado e as partes têm que desenvolver atividades, através da prática de atos processuais, preparativos do julgamento final, tido como o ponto final da jurisdição: declaração do direito para a sua aplicação. Neste percurso, são seguidas regidamente as normas de procedimento para possibilitar a aplicação das normas de conduta.

A propósito, é o Direito Penal que estabelece normas de conduta, isto é, estabelece, previamente, as conseqüências para determinados comportamentos. As necessidades da vida inspiram a atuação dos homens no grupo social, limitando-se o direito material a valorá-la, segundo o critério político-jurídico adotado à época.

No entanto, no Direito Processual Penal, o legislador não seleciona comportamentos humanos para lhes emprestar relevância jurídica. Determina forma única de comportamento, vedando os demais. No processo, a atividade é predeterminada, descritiva, sendo a única lícita. É o itinerário a ser percorrido, desde a denúncia até a sentença³...

Nesse sentido, tudo o que o juiz deve fazer, ou pode fazer, no processo, está predeterminado nas normas processuais. Havendo desvio de itinerário, desbordando dos limites traçados, *pratica ato ilegal*, passível de ser sancionado de nulidade⁴.

Dentre os deveres do juiz, traçados nas normas processuais, destacam-se: (a) o de impulsionar o processo para que ele chegue ao fim, de acordo com o itinerário previamente traçado; (b) de sentenciar sobre o mérito (aplicação do direito material) da demanda, uma vez constituída regularmente a relação processual; (c) o dever de motivar a decisão de mérito (razões de convencimento) ou a razão de não poder julgar a pretensão, pela falta de pressupostos processuais (aplicação do direito formal).

Qualquer *omissão* do juiz no dever formal de agir caracteriza a violação *in omittendo* da lei processual. Assim, a ação do juiz deve ser na forma da lei; se, no seu agir, violar a norma processual, configurada está a violação *in faciendo*.

Como visto, a atividade do juiz é delineada pelas normas processuais, sempre traduzida em declaração e comunicação de vontade, revestida de resolução. Os pronunciamentos podem se apresentar sob forma de decisões definitivas, ou terminativas.

³ Evidente que se houver recurso, o magistrado deverá continuar observando o procedimento até a fase final do julgamento.

⁴ A nulidade pode ser buscada através do Habeas-Corpus, mesmo após o trânsito em julgado da decisão (art. 648, VI, CPP).

Dentre as atividades processuais do juiz, a doutrina classificou a natureza do juízo emitido pelo magistrado. Não há dúvida de que o juiz emite juízos da sua própria atividade, como antecedentes necessários ao seu comportamento no processo; se defeituosos, conduzem a vícios de atuação, que se traduzem em violação da lei processual, classificado como *error in procedendo*. O impulso processual é decorrente do agir do juiz. No decidir questões processuais, o pronunciamento contém juízo sobre a atividade das partes. As normas processuais destinam-se às partes, enquanto partes, porque determinam as respectivas atuações, e ao juiz para fazer atuar a jurisdição. *O error in procedendo, portanto, pode dizer respeito à validade do processo ou da própria sentença.*

O *juízo de mérito* diz respeito ao comportamento do réu, ou de sua conduta, fora do processo, isto é, o juiz julga a conduta do réu descrita na denúncia, aplicando a norma específica do tipo legal violado (direito objetivo). A decisão definitiva (sentença condenatória ou absolutória) é o objetivo perseguido, não só pelas partes, como pelo Estado-juiz.

Concluída, portanto, a instrução, após coletado todo o material que se fez possível ao pronunciamento de fundo, a sentença (emissão de juízo sobre a conduta do réu descrita na denúncia) não desponta como conseqüência lógica de todos os atos processuais realizados, porque se faz necessário o exame de todo o material colacionado sobre os fatos, à luz das normas reguladoras.

O trabalho lógico desenvolvido no plano do pensamento e exposto na sentença (conclusão) constitui o juízo, que nada mais deve ser do que a vontade concreta da lei.

Pode ocorrer que não haja coincidência entre a vontade da lei com a vontade concreta expressada na sentença, cuja divergência pode ser decorrente de erro na atividade intelectual do julgador, caracterizando a sentença, dita, injusta, derivada de um erro ocorrido no raciocínio, na fase decisória. Aqui fica evidenciado o que a doutrina denomina de *error in judicando*.

Portanto, o *error in procedendo* diz respeito à *validade* do processo (ex:ausência de citação), ou da sentença (exemplos:*ultra petita, extra petita, infra petita*, ausência ou deficiência de fundamentação etc.), enquanto que o *error in judicando* diz respeito à justiça da sentença, a qual *não interfere na sua validade, podendo ser corrigido em grau de recurso.*

Assim, especificamente, na aplicação da pena – que faz parte integrante da sentença condenatória - pode ocorrer tanto o erro de procedimento, pela não observância da metodologia, principalmente no que se refere à fundamentação, como o erro de julgamento, na quantificação da pena, nas suas três fases (pena-base, pena intermediária, pena final).

III – PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DA PENA

Para a aplicação da pena, existe um método, que está definido nos artigos 68 e 59 do Código Penal (modelo legal), em razão do Princípio da Individualização da Pena (art. 5º XLVI, CF).

Assim, a pena deve ser fixada em três fases distintas, dito sistema trifásico, sendo que, por primeiro, se fixa a **pena-base**, com amparo nas 8 circunstâncias judiciais; após, por segundo, a **pena-intermediária**, levando-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes e, finalmente, a **pena-final** pela incidência das causas de aumento e de diminuição (art. 68, CP).

A *pena-base* é fixada com a observância de *oito circunstâncias judiciais* (art. 59, CP), de acordo a variação da quantidade da pena *in abstracto*, prevista no tipo legal violado, seguindo-se a definição do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito e, se for caso, a suspensão condicional da pena (*sursis*).

Portanto, é o itinerário (caminho) formal para a aplicação da pena. O desvio do caminho configura vício de atividade do juiz, isto é, *error in procedendo*, que configura um defeito processual, que *poderá*⁵ levá-lo a sanção de nulidade do ato, sem dúvida.

Ademais, é necessário esclarecer como e porque a sanção foi fixada na sentença, da mesma forma a definição do regime penitenciário, ou mesmo a substituição das penas. Isto é, dizer às partes as razões do convencimento do juiz; justificar a posição adotada com **dados concretos** extraídos das provas produzidas nos autos, cumprindo assim o dever de motivação.

Por outro lado, além do itinerário (método) a ser seguido na individualização da pena, cada fase que a defina deve ser motivada. Pode, destarte, ocorrer no caminho percorrido o *erro de procedimento*, viciando o ato, por ausência de fundamentação, má fundamentação e insuficiência de fundamentação, segundo abalizada doutrina.⁶

Já, no que se refere ao *iter* da aplicação da pena-base, examina-se a *culpabilidade*, que é o pressuposto para a imposição da pena. A sanção, ou pena, somente será imposta, quando for positivo, ou possível, o *juízo de reprovabilidade* sobre a **conduta do agente**, sendo então a circunstância considerada desfavorável ao agente.

A dosagem da pena suficiente e necessária é mérito (aplicação do direito material motivado). Na fixação da *pena-base*, cada circunstância deve ser valorada com amparo em dados concretos, subtraídos do acervo probatório, produzido na instrução.

Nesse sentido, podem ser constatados *erros in procedendo* ou *in judicando*. Ocorre o *error in procedendo*, por ausência ou deficiência de motivação; *in judicando*, pela imposição de pena com base em circunstância inexistente ou ainda por imputação de pena exacerbada (injusta), pela inobservância da diretriz: necessidade e suficiência.

A importância na definição da espécie de erro está no plano da validade e da eficácia. Se for erro essencial de atividade, acarreta ao ato a sanção de nulidade; por sua vez, se for erro essencial de julgamento, o ato pode ser revisto, reformado, não se lhe aplicando a sanção de nulidade, em sede recursal.

⁵ O termo utilizado está colocado no sentido de que, se houver recurso de apelação da sentença pelo órgão de acusação, o tribunal *ad quem* não poderá decretar a nulidade do ato se este não for objeto do recurso (Súmula 160, do STF), a menos que seja para favorecer o condenado.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos – nulidade. Revista Jurídica, 216, p. 5/10.

Assim, somente os vícios de atividade, na aplicação da pena, podem levar a nulidade integral da sentença, mister por falta de fundamentação.

Destaca-se, a propósito, a posição adotada por Antônio Magalhães Gomes Filho:⁷

... tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, *devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta*, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado (destaquei).

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição de pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave, quando existir outro mais favorável ao condenado.

Também, segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena aplicada no mínimo legal ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença.

IV. O DEVER DE MOTIVAR A DECISÃO E OS VÍCIOS

Especificamente, o artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ao estabelecer o conteúdo da sentença, exigiu do julgador “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

A condenação perseguida no processo penal é juízo de mérito, eis que se refere a uma conduta ilícita do acusado, como parte na relação processual. A pena é a consequência do juízo condenatório, prevista no artigo 387, inciso III, do Código de Processo Penal: “*aplicará as penas, de acordo com essas conclusões, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias*”.

Portanto, não só o juízo condenatório⁸, mas, também, o juízo da aplicação da pena deve ser motivado; isto quer dizer que o julgador deve sempre indicar com a suficiente clareza os motivos em que se funda a sua decisão, pois só assim o acusado pode exercer o seu direito de impugnação, pelos meios disponíveis.

A motivação – exigência formal do ato decisório - constitui-se como elemento que dá a transparência da justiça, inerente aos atos decisórios dos órgãos jurisdicionais, além de assegurar o respeito efetivo ao princípio da legalidade. No entanto, de se destacar que inexistente um critério seguro e infalível para se afirmar da efetividade da motivação, apto a resolver todas as questões.

⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.216/217.

⁸ Exclui-se a exigência da motivação as decisões dos juízes leigos componentes do tribunal do júri. No entanto, ao aplicar a pena, o Juiz Presidente deve motivar a aplicação da pena.

A propósito, Athos Gusmão Carneiro adverte que não é tão simples expressar exatamente o conceito de decisão *não* fundamentada, para distingui-lo de decisão *mal* fundamentada e de decisão *insuficientemente* fundamentada, e precisar em que casos o vício existente na decisão poderá resultar na sanção de nulidade.⁹

No entanto, a motivação deve oferecer elementos concretos para a aferição da imparcialidade e a independência do julgador, verificação da legitimidade da decisão e para que as partes possam examinar se as suas teses foram suficientemente examinadas, bem assim em que medida o juiz levou em conta o acervo probatório produzido, devendo a justificação ser convincente e persuasiva, com base nos fatos demonstrados.

Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁰ destaca a existência de três espécies de vícios intrínsecos da sentença, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre a fundamentação e o decisório.

No entanto, conclui a talentosa doutrinadora, Tereza Arruda Alvim Wambier,¹¹ que “todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram a nulidade da sentença. Isto porque ‘fundamentação’ deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, ‘fundamentação’ que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!”

Especificamente, Antônio Magalhães Gomes Filho¹² identifica os vícios da motivação: (a) inexistência de motivação¹³; (b) motivação incompleta¹⁴; (c) motivação não-

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. In Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada - conceitos - nulidade. Revista Jurídica nº 216(out/95), p. 5/10.

¹⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004, p.335.

¹¹ idem ob.cit.

¹² ob.cit, p. 174/185

¹³ Haverá, pois, (a) *inexistência* de motivação não só a absoluta ausência de qualquer discurso em que o juiz enuncie as razões do provimento, revelando que a decisão não foi fruto de uma reflexão, mas também os casos em que, sob aparência de motivação são apresentados textos que nada dizem, ou até mesmo ocultam dolosamente as efetivas razões de decidir. Ob.cit. 186 e 174/185;

¹⁴ A motivação será (b) *incompleta* quando, embora exista documentalmente um discurso - apenas aparente -, não atende os requisitos estruturais da motivação, tais como: (1) *integridade* (que é a adequação do discurso justificativo dos temas que são efetivamente objeto da decisão, devendo estar justificadas todas as opções adotadas ao longo do percurso decisório, como a escolha e interpretação da norma, os estágios do procedimento da verificação dos fatos, a qualificação jurídica dos fatos, os critérios jurídicos, hermenêuticos, cognitivos e valorativos, que presidiram a escolha do juiz, em face de cada um desses componentes); (2) *dialeticidade* (devem estar justificadas pontualmente as escolhas parciais que conduziram a decisão e os critérios empregados, devendo ficar demonstrados que foram levados em conta todos os elementos potencialmente úteis á decisão); (3) *correção* (é a correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo - adequação cognitiva); (4) *racionalidade interna ou logicidade* (é a validade dos diversos argumentos justificativos e a coerência entre eles - congruência entre motivação e decisão -, afastando em sentido contrário a contradição); (5) *racionalidade externa* (*congruência normativa e congruência narrativa* - exige-se do juiz, primeiro, que, ao selecionar as normas e precedentes relevantes para a sua decisão, verifique se os valores e princípios do ordenamento conferem um sentido às regras para a solução do caso; depois, quando as últimas são utilizadas para justificar a decisão, tem-se a aplicação analógica dos mesmos princípios e valores, havendo, portanto, uma decisão congruente em relação ao ordenamento jurídico. Verifica-se principalmente por ocasião da interpretação do dispositivo legal. Por outro lado, a congruência narrativa está ligada à atividade

dialética¹⁵; (d) falta de correspondência com os dados existentes nos autos¹⁶; (e) contradição interna¹⁷; e (f) contradição externa (incongruência normativa e narrativa).¹⁸

Ainda, o renomado doutrinador, Antônio Magalhães Gomes Filho,¹⁹ procurou estabelecer a distinção entre *vícios e defeitos da motivação*. Assim, os vícios examinados caracterizam de qualquer forma a própria *falta de motivação*, enquanto que os *defeitos da motivação*, em face da incongruência, não podem ser equiparados *a uma falta de motivação*, já que existe, ainda que não seja a melhor. Conclui, daí, o doutrinador, que:

não é possível afirmar, categoricamente, que a constatação de tais incongruências deve levar à invalidação da decisão: é mais sensato, salvo casos aberrantes, falar nessas situações em decisão *mal fundamentada*, seguindo a terminologia de Athos Carneiro, e admitir que se faça uma possível correção pelos meios normais de impugnação.

Portanto, a motivação da pena aplicada, em qualquer de suas fases, deve ser considerada viciada: *pela inexistência; pela incompletude; pela não-dialecicidade e pela falta de correspondência com os dados existentes nos autos*, se concretizadas, tendo por consequência a violação à norma constitucional, prevista no artigo 93,IX, da CF/88, cuja sanção de nulidade absoluta independe de provocação das partes, podendo ser pronunciada *ex officio*, nas instâncias ordinárias, quando o vício for evidente, observada a restrição contida na Súmula 160 do STF.

V – DEFEITOS OU ERROS DE MOTIVAÇÃO, NA APLICAÇÃO DA PENA

A aplicação da pena resulta do cumprimento de três fases. A primeira fase refere-se à *pena-base*,²⁰ que é definida por 8 circunstâncias judiciais; a segunda, *pena-intermediária*²¹, é definida pelas circunstâncias agravantes e atenuantes e a terceira, *pena-final*, é definida pelas causas de aumento e de diminuição localizadas na parte especial e geral do Código Penal.

probatória, mister a justificação racional do julgamento sobre os fatos, quando se verifica se a versão adotada faz sentido em face dos fatos considerados provados pela decisão. Ob.cit. 188/189;

¹⁵ A *(c) motivação será não-dialética* quando não forem consideradas, na decisão, as atividades dos participantes do contraditório. No entanto, admite-se motivação implícita, quando se acolhe fundamentadamente a pretensão de uma das partes e rejeita-se o pedido da parte adversa..Ob. cit.189/193;

¹⁶ A *(d) motivação sem a correspondência com os dados constantes dos autos* refere-se à ausência de correção, que nada mais é do que a utilização de dados inexistentes, ou que, de outro modo, não deveriam ter servido para a formulação do julgamento. Aqui se insere a utilização de provas ilícitas para a formatação da decisão, as quais são vedadas pelo ordenamento jurídico, ficando caracterizado o vício, não se tratando de erro na apreciação dos dados, que comportaria reforma no juízo *ad quem*, ensejando a sua renovação, Ob.cit.193/194.

¹⁷ A *(e) motivação contraditória interna* resulta da incongruência entre a motivação e a decisão. Por exemplo: reconhece-se a inexistência do fato em tese delituoso ou atipicidade da conduta imputada, mas absolve-se o acusado por insuficiência de provas; reconhece-se a primariedade e os bons antecedentes do réu, mas em face da reincidência nega o direito ao recurso em liberdade. Ob.cit. p.196;

¹⁸ A *(f) motivação contraditória externa* ocorre quando não atende as exigências de congruência normativa ou congruência narrativa.

¹⁹ Ob.cit, p. 196

²⁰ a pena-base poderá ser a definitiva, desde que inexistam circunstâncias legais e causas de aumento e ou de diminuição;

²¹ a pena intermediária poderá ser a definitiva, desde que inexistam causas de aumento e ou de diminuição.

Para a aplicação da pena-base (juízo de mérito), o julgador deve motivar (regra de procedimento) todas as 8 circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivo, conseqüências do crime, circunstâncias do crime e comportamento da vítima, de acordo com o artigo 59, do Código Penal.

O *quantum* de pena-base (juízo de mérito) está embasado no conjunto das oito circunstâncias judiciais, as quais têm pesos *equivalentes* na dosimetria, desde que sejam desfavoráveis. Aliás, destaque-se, porque oportuno, que não há compensação ou preponderância entre as circunstâncias desfavoráveis e as favoráveis. Por exemplo: a circunstância desfavorável dos antecedentes criminais não se compensa com a circunstância favorável da conduta social. No entanto, podem ser compensados os elementos positivos e negativos dentro da própria circunstância judicial. Por exemplo: na conduta social podem existir elementos desfavoráveis e favoráveis. Assim, havendo preponderância dos favoráveis, a circunstância deve ser favorável ao agente e vice-versa.

Portanto, as circunstâncias judiciais *desfavoráveis* são os motivos concretos utilizados sempre para a *elevação da pena*, partindo-se, como regra, inicialmente, do mínimo até o máximo, de acordo com a sanção prevista no tipo penal incriminador.

Registre-se, porque oportuno, que é equivocado se iniciar a fixação da pena-base a partir do termo-médio, isto é, a média da pena prevista *in abstracto* no tipo legal, somando-se a pena mínima com a pena máxima dividindo o resultado por dois. Exemplo: furto simples, reclusão de 1 a 4 anos. Termo médio: 2 anos e 6 meses. A pena deve ser graduada em sua elevação de acordo com a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis. *Ad argumentandum*, para aqueles que entendem que a pena-base se inicia pelo termo médio poderão estar equivocados na hipótese de que nenhuma circunstância judicial seja desfavorável ao acusado, acarretando, daí, um apenamento injusto, passível de correção.

5.1. Por outro lado, a primeira circunstância judicial a ser motivada, pela ordem prevista no art. 59, do Código Penal, é a da **culpabilidade**, que, aqui, é tomada como *fundamento* para fixação da pena-base, seguida pelas demais.

A *culpabilidade*, por ser polêmica a sua valoração, se faz necessário traçar algumas considerações preliminares, porquanto há entendimentos doutrinários de que a culpabilidade *não* é critério para medir o juízo de reprovação, mas, sim, *é o próprio juízo de reprovação*, sendo que a inclusão da culpabilidade como elemento de orientação, na formulação do juízo de reprovação (dosado pela pena), representa uma impropriedade metodológica, pois constitui a conclusão do processo analítico fundado na metodologia jurídica do crime²².

A propósito, a culpabilidade (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta²³ diversa²⁴) aparece no Direito Penal como: (a) *limitador* da

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 239.

²³ Conduta é a ação ou a omissão humana dirigida a determinada finalidade, sendo seus elementos: um ato de vontade dirigido a uma finalidade e uma atuação exteriorizada positiva ou negativa dessa vontade. Ou seja, a conduta nada mais é do que a manifestação de vontade; a atuação. O resultado é a conseqüência da conduta. A conduta não se confunde com o ato, que representa um momento daquela. Exemplo: se um agente fere outro com vários golpes de faca, há vários atos, mas apenas uma conduta. Assim a conduta típica é descrita pelas elementares do tipo penal.

responsabilização criminal (art. 26,CP)²⁵, com vistas à *imposição da pena* ao sujeito; (b) *limitador* da pena (art. 29,CP); e um dos (c) *fundamentos* da pena-base (art. 59,CP).

Assim, constata-se que, *num primeiro momento*, o julgador se depara com a constatação da existência dos elementos da *culpabilidade*, para concluir se houve, ou não, a configuração da prática delitiva (pressuposto da punibilidade-imposição de pena). Num *segundo momento*, após a condenação, por ocasião da aplicação da pena, o julgador necessita, mais uma vez, recorrer ao exame da *culpabilidade*, agora, para *limitar a quantidade da pena* (nas suas três fases) e da própria pena-base, como circunstância judicial (na fixação da sanção penal, a qualidade e a quantidade estão vinculadas ao grau de censurabilidade da conduta - culpabilidade).

No entanto, na aplicação da pena, a análise da *culpabilidade* exige maior esforço do julgador, pois já não se trata mais de um *exame de constatação* (já evidenciado pela condenação e imposição de pena) mas, sim, de um *exame de valoração, de graduação...*

Portanto, deve o juiz, nessa oportunidade, *dimensionar a culpabilidade pelo grau de intensidade da reprovação penal*, expondo sempre os fundamentos (**dados concretos**) que lhe formaram o convencimento²⁶.

A *graduação* da reprovação da conduta sancionada pode ser aferida a partir de dois dos elementos inerentes à culpabilidade: *o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa*.

Exclui-se da análise, nesse momento, *o grau de imputabilidade*, pois, quando reduzido, implicará na incidência de causa de diminuição da pena (art. 26, parágrafo único, do Código Penal), cujo cômputo dar-se-á na terceira etapa da dosagem da pena.

A respeito da análise *da consciência, ou do potencial conhecimento da ilicitude*, destaca-se que, se o agente estiver prejudicado pelo erro de proibição evitável (artigo 21, *in fine*, do Código Penal), este será sopesado, somente, na terceira fase da fixação da pena, por constituir causa de diminuição²⁷.

No mais, o juiz deve dispensar especial atenção, quando da *valoração da culpabilidade* (verificação do *maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta*), às características pessoais do agente, dentro do exato contexto das circunstâncias fáticas, em que o crime ocorreu (a prática do crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigente na comunidade, tal como expresso na lei).

²⁴ Teoria Normativa.

²⁵ Estabelecida a culpabilidade como elemento definidor do delito, renova-se o juízo de censura em diferentes estágios da fixação da pena, o que é natural: o conteúdo do art. 59 é utilizado tanto pra a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão do sursis, concessão do regime aberto etc). In. Individualização da pena. Guilherme de Souza Nucci,São Paulo|:Revista dos tribunais,2005, p. 190.

²⁶ AZEVEDO, David Teixeira de. Dosimetria da Pena. São Paulo. Malheiros, 1998, p. 79.

²⁷ GALVÃO, Fernando. Aplicação da Pena. Belo Horizonte. Del Rey, 1995, p. 143.

Assim, o comportamento será tanto mais reprovável, quanto maior for a frustração da expectativa da autodeterminação do agente²⁸. A avaliação deve levar em conta o conjunto dos elementos subjetivos, que atuaram para a deflagração do delito (os motivos; os fins e as condições pessoais, analisados de acordo com o sentimento ético da comunidade).

Guilherme de Souza Nucci²⁹ destaca que:

Tarefa fácil certamente não é, exigindo do magistrado dedicação, colheita minuciosa da prova, voltando-se aos dados componentes da vida e da situação pessoal do acusado, acolhendo, de forma aberta e interessada, a prova trazida pelas partes, sem desdenhar da importância da discricionariedade, embora juridicamente vinculada, que lhe foi conferida pelo legislador. A medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição, que também integra o processo de conhecimento e descoberta de dados na avaliação da prova.

Luiz Flávio Gomes³⁰, por sua vez, ao se referir às circunstâncias judiciais, para a aplicação da pena, destaca a da culpabilidade:

1ª) culpabilidade do agente: aqui no art. 59 a palavra culpabilidade tem a função de fator de graduação da pena. Essa função nada tem a ver as demais que a culpabilidade cumpre no Direito Penal: (a) de fundamentação da pena; (b) de limite da pena. Como fator de graduação da pena, a culpabilidade conta com o seguinte sentido: o juiz no momento da sua aplicação deve levar em conta a posição do agente frente ao bem jurídico violado: (a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); (b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de (c) de descuido (que está presente nos crimes culposos). É isso que o juiz deve valorar no momento da aplicação da pena. O que antigamente se chamava de ‘intensidade do dolo’, na verdade, nada mais é que a posição de menosprezo ou indiferença do agente frente ao bem jurídico. O que antes se denominava graus de culpa tem relevância penal: é fundamental saber qual foi o nível de descuido do agente frente ao bem jurídico. Culpa grave, gravíssima, leve ou levíssima é importante para a fixação da pena. O juiz deve valorar tudo isso, para quantificar a pena.

Por sua vez, José Antonio Paganella Boschi³¹ expressa seu entendimento sobre o exame da reprovação da conduta do agente:

²⁸ Ismair Roberto Poloni assevera que “diante de uma situação, o réu responde, com ação ou omissão, a qual foi tipificada como ilícito penal. De conformidade com as condições pessoais do réu, tanto as do passado como as do momento do fato, em cotejo com as circunstâncias do fato, como e de que forma ocorreu, retira-se a reprovabilidade de sua conduta (omissiva ou comissiva), buscando-se, naquela situação, qual conduta seria de se esperar do réu. Se deveria o réu, de conformidade com a inferência intelectual do juiz, agir de modo menos intenso, menos grave, a reprovabilidade será maior e, portanto, a sua culpabilidade também. Será, aí, então, possível, partir-se acima do mínimo legal da norma, devidamente fundamentado pelo juiz. Por outro lado, porém, se a conduta do réu houve de forma normal para aquele evento, assim aferindo e registrando o juiz, na fixação da pena, não poderá ele estabelecer a pena acima do mínimo legal. A culpabilidade, sinônimo de reprovabilidade da conduta do réu, deve, pois, ser enfrentada não de conformidade com a lógica do razoável, mas sim pelo bom-senso, isto é, pela apreciação daquilo que seria mais coerente e razoável conforme entendimento da maioria daquela sociedade. In Técnica estrutural da sentença criminal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 183.

²⁹ Ob.cit., p. 190

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal – Parte Geral – Culpabilidade e Teoria da Pena, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.75

³¹ Das penas e seus critérios de aplicação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 193

...o juiz estaria autorizado, destarte, a concluir pela maior reprovação do agente que executa um crime depois de longo e frio planejamento (dolo direito) e pela menor censura daquele que o faz influenciado pelas circunstâncias do momento – por exemplo, depois de provação (dolo de ímpeto), conquanto tais considerações guardem pertinência, em verdade, com um dos elementos da culpabilidade... no caso de exigibilidade de conduta diversa. Sem dúvida, o dolo direito indica mais claramente o nítido e deliberado propósito de violação da ordem jurídica que o dolo indireto ou, em relação também a este último, a culpa *strictu sensu* em que o resultado ilícito entra na mente do indivíduo só como mera possibilidade, embora não desejada.

Portanto, quanto maior for a exigibilidade da conduta diversa, aferível com base em dados concretos, maior será a reprovação do agir do agente criminoso, devendo ser excluída, quando o agente agiu sob coação moral irresistível (art.18, 1ª parte, CP).

5.1.2. Erros, ou defeitos, constatáveis, no exame circunstância da culpabilidade³²:

5.1.2.1. *ausência completa de fundamentação*: o juiz nada disse a respeito do grau da reprovação da conduta, tal como: “ tendo em vista a *culpabilidade*, antecedentes e conduta social... fixo a pena pouco acima do mínimo legal...”;

5.1.2.2. *referência à gravidade da infração*, quando esta já foi considerada para a escolha da natureza e dos limites da pena;

5.1.2.3. *avaliação do grau de censurabilidade com base no dolo do agente*. O dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir ou omitir-se, no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. No entanto, existem entendimentos que admitem a apreciação da "*intensidade do dolo*" ou do "*grau de culpa*", que são expressões utilizadas na redação antiga da lei, por se constituírem ambos indicativos da censurabilidade da conduta sancionada. Guilherme de Souza Nucci entende adequada a utilização da intensidade do dolo na circunstância judicial da personalidade.³³

5.1.2.4. *repetição do juízo de constatação da culpabilidade e de seus elementos*: "o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia"; "o réu agiu com vontade e consciência de praticar o crime, sendo absolutamente reprovável a conduta, pois era plena e evidentemente exigível que se pautasse de outra forma"; "a intensidade do dolo de agredir a cabeça da vítima, com um machado, objetivando matá-la e o grau de reprovação de seu agir refletem a necessidade de elevação da pena em 6 meses...". São expressões estereotipadas, pois, se o agente não tivesse agido com culpabilidade, por certo não teria sido condenado; ou, da mesma forma, se não tivesse a consciência da ilicitude do seu agir...

5.12.5. *repetição do juízo de censura*: De igual forma, não pode ser fundamentado o exame da culpabilidade, para a exasperação da pena-base, na alegação de que o acusado agiu de forma livre e consciente, pois, se a ação não fosse consciente e deliberada, inexistiria dolo: " O réu tinha consciência da ilicitude do ato"; "é imputável"; "era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta"; "era-lhe esperada conduta diversa..."; " é censurável

³² dados constatados do exame de sentenças, em sede de recurso de apelação.

³³ Ob.cit. p. 191/192.

em relevante nível, posto que tinha pleno conhecimento da ilicitude de seu proceder, exigindo-lhe conduta diversa, sendo grande a reprovabilidade, vez que desrespeitou o direito de as vítimas disporem de seu próprio corpo...”; “A conduta do réu foi reprovável, tendo em vista que, nas circunstâncias em que o delito ocorreu, tinha todas as condições estruturar sua vontade e consciência de acordo com o direito e estava em plenas condições de entender o caráter ilícito de sua conduta. Agiu, portanto, de modo diverso ao que preceitua o mandamento legal, praticando conscientemente o ato ilícito, ceifando uma vida humana”. Trata-se de um *chavão* que nada se refere ao grau de reprovação da conduta do agente.

5.1.2.6. *utilização de palavras monossilábicas*: “a culpabilidade é mínima”, ou “grave”, “intensa”, “normal a espécie etc”, são vazias de conteúdo, sendo desacompanhadas dos elementos de sustentação. A fundamentação é vaga.

5.1.2.7. *repetição de fundamentos para as demais circunstâncias*: a culpabilidade avaliada como desfavorável não deve ser realizada com o(s) mesmo(s) fundamento(s), que alicerçará(o) a(s) análise(s) negativa(s) de outra(s) das sete circunstâncias seguintes. Se assim ocorrer, há, sem dúvida, violação ao princípio “*non bis in idem*”, que proíbe a consideração de uma mesma situação, por mais de uma vez, para o agravamento da pena que está sendo aplicada. Situação comum observada é a utilização de uma circunstância qualificadora para definir a quantidade de pena do tipo legal e ao mesmo tempo utilizá-la como circunstância judicial do motivo fútil.

5.1.2.8. *fatores que constituam ou qualifiquem o crime, ou, ainda, que caracterizem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena, a serem sopesadas nas etapas subseqüentes*: Nesse sentido, não pode ser considerado elevado o grau de culpabilidade, por exemplo, no delito de estelionato, pelo fato de “o agente ter agido de má-fé, sem importar-se com seu semelhante que sofreu o prejuízo”, porque a má-fé do agente e o prejuízo (e a indiferença para com a vítima, por conseguinte) são circunstâncias que já constituem o próprio delito e que, portanto, já estão devidamente “sancionadas” pela pena abstrata, ainda que no mínimo legal. Às vezes, a circunstância que se quer analisar não está aparente no tipo penal. É preciso, então, fazer uma interpretação mais apurada do tipo e de suas frequentes circunstâncias, para não incorrer em erro. Dessa forma, em se tratando da prática de crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, a condição de empresário revelada pelo acusado não pode acentuar a sua culpabilidade, para o efeito de exigir-lhe maior consciência da ilicitude de sua conduta e fundamentar a exasperação da pena-base, tendo em vista que, no crime em exame, a responsabilidade normalmente recai sobre empresários. Nem mesmo o fato de centralizar as decisões da empresa pode ser considerado circunstância desfavorável, pois consiste em pressuposto para o reconhecimento da própria autoria delitiva. Destaca-se, ainda, como exemplo, a valoração da culpabilidade como “elevada” ao agente, em razão da “reiteração criminosa”, quando, logo a seguir, aumenta-se a pena pela continuidade delitiva (art. 71, do CP). Ora, os atos delituosos, ao se prolongarem no tempo, configuram a continuidade delitiva, não podendo ser considerados, também, nas circunstâncias judiciais do art. 59, sob pena de incidir-se em “bis in idem”. Na hipótese, deve-se considerar o aumento do art. 71 do CP, pois “a continuação dimensiona a reiteração”

5.1.2.9. *repetição dos elementos considerados na culpabilidade a co-autor*: “a culpabilidade do co-réu é idêntica a do réu...”. Não existem as mesmas condições subjetivas entre os agentes do delito, devendo sempre ser individualizadas. Mister destacar que, para fins de fixação da pena-base, no concurso de agentes, deve ser observada a determinação do art.

29, do Código Penal, que estabelece que o indivíduo só pode responder pelo crime, na medida de *sua* culpabilidade.

5.1.2.10. *utilização dos fundamentos da culpabilidade comum aos demais crimes praticados em concurso material ou em continuidade delitiva*: é usual a utilização da culpabilidade comum para uma série de crimes, sem que haja qualquer relação entre as diversas condutas.

5.2. Antecedentes judiciais: consideram-se antecedentes todos os fatos ou episódios da vida do réu, próximos ou remotos, bons ou maus, que possam interessar de qualquer modo a avaliação subjetiva do crime, porque repercutem na punibilidade. Assim, os antecedentes são fatos que registram o comportamento anterior do réu, fazendo parte integrante de sua história de vida, e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento; serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes, em relação com a prática do crime.

Portanto, somente os *fatos anteriores*³⁴ à prática do delito, que se está punindo, podem caracterizar antecedentes, pois os demais configuram fatos "*subseqüentes*". Os fatos antecedentes, de natureza "desabonadora", que digam respeito à vida privada do condenado, não podem ser considerados como antecedentes judiciais, podendo, quando muito, se pertinentes, ser sopesados na análise da "*conduta social*³⁵", ou, talvez, até da "*personalidade*" do apenado. Os mais recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça registram o entendimento de que, "ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como *maus antecedentes* os registros policiais e judiciais em nome do réu, para efeito de majorar a pena-base, ou ainda, " na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como *maus antecedentes*, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Praticamente, ficaram qualificados como maus antecedentes, somente, as *condenações com trânsito em julgado, após a conduta em exame*.

5.2.1. Erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância dos antecedentes:

5.2.1.1. *ausência de fundamentação*: faz-se menção aos maus antecedentes, sem demonstrá-los concretamente, ou ainda não se faz qualquer menção a eles (tendo em vista os antecedentes e a conduta social desfavoráveis....fixa-se a pena acima do mínimo legal);

5.2.1.2. *inclusão da reincidência* (art. 63,CP):a reincidência deve ser sopesada, somente, na segunda fase da dosimetria da pena, por se constituir em circunstância legal agravante (art. 61³⁶, I, do CP), pelo critério da especialidade;

5.2.1.3. registro de *antecedentes não judiciais*;

5.2.1.4. *fatos subseqüentes ao da data da prática do delito*. Incluem-se delitos praticados após o que está sendo processado.

³⁴ STJ-HC 42442-RJ. T5. Min. Gilson Dipp, DJ. 12.12.2005.

³⁵ STJ-RESP 754161-RS. T5. Min. Laurita Vaz, DJ 7.11.2005.

³⁶ Art. 61 . São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime.

5.2.1.5. *consideração de instauração de inquéritos policiais e processos criminais em andamento;*

5.2.1.6. *sentença penal condenatória não transitada em julgado;*

5.2.1.7. *inclusão de fatos ocorridos antes da maioridade penal do condenado:* o agente menor é inimputável, não podendo constituir qualquer gravame na culpabilidade. Aliás, nem poderia constar qualquer certidão relativamente aos atos praticados por ocasião da menoridade, porque o processo corre em segredo de justiça;

5.2.1.8. *condenações cuja pena foi cumprida ou extinta há mais de cinco anos da prática delitiva:* depuradas pela ocorrência do prazo quinquenal, eis que sequer caracterizam a reincidência (art. 64, I, CP), sendo passível de reabilitação (art.93,CP). Importante destacar que os antecedentes não podem se perpetuar no tempo;

5.2.1.9. *as propostas de suspensão condicional do processo e de transação penal e, ainda, os acordos civis extintivos da punibilidade:* são medidas despenalizadoras, instituídas pela Lei nº 9099/95, que não possuem natureza condenatória nem há, nelas, qualquer admissão de culpa pelo autor do fato;

5.2.1.10. *fatos delitivos alcançados pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em outra ação penal:* fundamenta-se no princípio da presunção de inocência, posto que, quando ocorre a prescrição pela pena em abstrato, ou pela pena em concreto, resta prejudicada a análise do mérito. Diferentemente, dá-se com a extinção da pretensão executória, pelo advento da prescrição, onde subsiste a condenação.

5.2.1.11. *os fatos contravencionais:* as contravenções não são espécie de crimes, mas espécie de delitos. No entanto, exceção a essa regra, é o caso do agente que está sendo julgado por prática de contravenção penal e que já possuía anterior condenação por contravenção: aí será considerado reincidente, como dispõe o artigo 7º da LCP.

5.2.1.12. *ausência de prova incontroversa dos antecedentes:* os maus antecedentes provam-se com a certidão do cartório criminal, devendo constar a data do trânsito em julgado da eventual condenação, ou mesmo da extinção da punibilidade. Assim, serão indicados os elementos constantes dos autos, que caracterizam os maus antecedentes, não podendo, simplesmente, afirmar que o acusado os possui. Outro aspecto relevante é a existência de homônimos. Existindo dúvidas, o registro deve ser desconsiderado;

5.2.1.13. *inclusão dos crimes que integram o crime continuado em julgamento:* “Conflita com a ordem jurídica em vigor considerar-se para a majoração da pena-base, e sob o ângulo das circunstâncias judiciais, processos que desaguaram na conclusão sobre a continuidade delitiva”³⁷

5.3. Conduta social: A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho *na sociedade, em família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário*, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato

³⁷ STF, HC 76631/SP, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio.

digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal. Devem ser levados em conta os elementos indicativos da falta de adaptação, ou do bom relacionamento do agente perante a sociedade, em que está integrado, ou seja, quando o ambiente em que o agente se inserir for, por exemplo, uma favela, não lhe poderá ser exigido comportamento típico das classes sociais mais abastadas. É o comportamento do agente em seu meio social. Nestes campos da vida, pode-se analisar: o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rispidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável. O fato de o agente ter vasta folha de ocorrências policiais, processos em andamento, não lhe retira o direito de ser respeitado e querido em seu ambiente social.

A propósito, José Eulálio de Almeida³⁸ leciona que:

o juiz deve colher da prova produzida nos autos: "...a vocação do acusado para o trabalho ou para a ociosidade; a afetividade do mesmo para com os membros que integram a sua família, ou o desprezo e indiferença que nutre por seus parentes; o prestígio e a respeitabilidade de que goza perante as pessoas do seu bairro ou da sua cidade, bem como o índice de rejeição de que desfruta entre os que o conhecem socialmente; o seu entretenimento predileto (...) ou se prefere a companhia constante de pessoas de comportamento suspeito e freqüente, com habitualidade, locais de concentração de delinqüentes, casas de tolerância, lupanares ou congêneres; o seu grau de escolaridade, tal como a assiduidade e a abnegação pelo estudo ou o desinteresse pelo mesmo, assim como o respeito e o relacionamento com funcionários, professores e diretores do estabelecimento escolar."

Gilberto Ferreira³⁹ adota, como critério para a valoração da conduta social, a caminhada de vida percorrida pelo agente. Avalia, com esmero, como se comportava o agente na condição de estudante, de pai, de trabalhador, de componente da vida social: "...um mau aluno, um pai irresponsável, que deu causa à separação e não paga alimentos aos filhos, ou que se entrega constantemente à embriaguez ou a uma vida desregrada. Um empregado que vive encrocando com seus colegas de trabalho. Uma pessoa insensível que não tem a menor consideração para com o próximo, vivendo à margem da sociedade."

Deve-se ponderar, todavia, que o uso freqüente de bebida alcoólica, por si só, não justifica valoração negativa da conduta social do agente, pois o alcoólatra é um doente que carece de tratamento⁴⁰.

5.3.1. Erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância da conduta social:

5.3.1.1. *ausência de fundamentação*: não se faz qualquer referência à conduta social;

5.3.1.2. *fundamentação vaga*: Afirmação de má conduta social, sem demonstração de qualquer elemento concreto extraído dos autos: "o réu possui má conduta social...";

³⁸ Sentença Penal. Belo Horizonte:Del Rey,2002, p. 68.

³⁹ Aplicação da pena, p. 86.

⁴⁰ Código Penal e sua Interpretação Judicial. 7ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2001, p. 1053.

5.3.1.3. *má conduta social com fundamento em periculosidade*: o réu revela-se “perigoso”, pela probabilidade de voltar a delinquir. No entanto, a contradição está em que os perigosos são absolvidos, embora submetidos à medida de segurança;

5.3.1.4. *exame dos antecedentes criminais como má conduta social*: a valoração da conduta social, também, não se confunde com o exame dos antecedentes, porquanto existem sujeitos com registro de antecedentes criminais, mas de conduta social elogiável. Outrossim, é possível encontrar situações em que o sujeito, sem qualquer passado judicial imaculado, seja temido na comunidade em que vive!;

5.3.1.5. *fato desabonador isolado*: os fatos desabonadores devem revelar um comportamento *habitual*. A constatação de um fato *isolado* na vida do condenado não revela sua conduta social, que é sempre permanente;

5.4. Personalidade: A personalidade é formada pelo conjunto dos dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que ele herdou, ou adquiriu, e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida diária.

No dizer de Cezar Roberto Bitencourt⁴¹, personalidade:

Deve ser entendida como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou de não eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

De modo geral, a personalidade refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, o modo de comportar-se, inclusive os seus aspectos físicos e de que forma todos esses aspectos se integram, organizam-se, conferindo-lhe peculiaridade e singularidade.

Por outro lado, o “temperamento” deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica, que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade ou emotividade dos indivíduos; o “caráter” utiliza-se para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como na referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca pessoal de alguém; o “traço de personalidade” refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado, etc). Os traços são inferidos a partir do comportamento da pessoa.

De modo geral, em síntese, a personalidade é definida pela doutrina como a índole do agente, sua maneira de agir e de sentir, seu grau de senso moral, ou seja, a totalidade de traços emocionais e comportamentais do indivíduo, elemento estável de sua conduta, formado por inúmeros fatores endógenos ou exógenos.

Como visto, a valoração desta circunstância não é nada simples, pois exige-se conhecimentos de psicologia e de psiquiatria, além da presença de todos os elementos fáticos

⁴¹BITENCOURT. Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo. Saraiva, 2002, p.209.

identificados doutrinariamente, além do contato pessoal do julgador com o réu, que nem sempre ocorre, porque muitas vezes o magistrado recebe os autos para somente proferir a sentença.

O Juiz de Direito, Gilberto Ferreira⁴², adverte que:

No Brasil, a realidade revela que o Juiz não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso, por quatro principais motivos: Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe, o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque como não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque, em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.

No dizer de Paganella Boschi⁴³, o juiz, na obrigação legal de valorar a circunstância da personalidade, “acaba por fazê-lo de forma precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações como ‘personalidade desajustada’, ‘ajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, as quais, tecnicamente, nada informam”.

Portanto, diante da complexidade da avaliação da circunstância, afigura-se razoável afirmar que, pela ausência de elementos suficientes, nos autos, para o exame da personalidade, ou, ainda, tendo o Juiz a consciência de sua inaptidão para valorá-la não deve hesitar em declarar que não há como examiná-la e abster-se de qualquer elevação de pena, neste ponto. Melhor será reconhecer a carência de elementos, ou a própria inaptidão profissional, do que acabar exacerbando a pena do sentenciado por uma valoração equivocada, pobre de provas, ou injusta.

5.4.1. Erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância da personalidade:

5.4.1.1. *ausência de fundamentação*: não se faz qualquer referência à personalidade; isto é, ignora o exame da circunstância;

5.4.1.2. *fundamentação vaga*: afirmação de “personalidade deformada”, “alta periculosidade”, sem demonstração de qualquer elemento concreto, extraído dos autos, que a justifique;

5.4.1.3. *personalidade voltada à prática de delitos*: afirmação sem elementos concretos, de forma vaga;

5.4.1.4. *equiparação de igualdade da personalidade quando existe pluralidade de agentes*: a personalidade do agente é característica individual, sendo, praticamente, impossível, repetir-se, identicamente, em terceiros, de igual forma e intensidade;

⁴² ob.cit, p.86/87

⁴³ ob.cit. p.210.

5.4.1.5. *personalidade hereditária*: a personalidade do agente não pode ser equiparada ao dos ancestrais do réu ou do agrupamento social do qual participa, em face da individualidade dos caracteres;

5.4.1.6. *fatores que constituam ou qualifiquem o crime, ou, ainda, que caracterizem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena, a serem sopesadas nas etapas subseqüentes*: não se deve utilizar fatos que já foram valorados, negativamente, em outra circunstância judicial, para não incidir em *bis in idem*, ou ainda, afirmar-se da existência de personalidade deturpada em razão da reiteração criminosa, quando houver aumento de pena relativo ao crime continuado, para não incidir em *bis in idem*.

5.5. Motivos do crime. São os precedentes causais de caráter psicológico da ação. Os motivos são os fatores que animaram o agente a praticar o delito (o por quê?).

Não se confundem os motivos do crime com o elemento subjetivo do tipo do crime (dolo ou culpa). Estão ligados à *causa da conduta* (agiu impelido pelo ódio à vítima) e não se referem à *finalidade*, porventura perseguida (matou para encobrir a autoria de outro delito, por vingança, por motivo político, por ciúmes, por sadismo etc.). Por exemplo: no crime de homicídio mediante paga, a motivação pode ser a ganância (recebimento do dinheiro), tendo por escopo o cumprimento de seu compromisso, sendo que o objetivo é o de eliminar a vítima. Podem ser nobres, ou vis, e dentro dessa linha de valores devem ser avaliados, contando, ainda, a sua intensidade para a determinação da ação. Não existe conduta humana desprovida de motivos. Assim, os motivos podem qualificar a conduta do agente (homicídio por motivo fútil), para diminuir a pena (homicídio privilegiado por motivo de relevante valor social), ou para agravar a pena (lesão corporal por motivo de vingança).

O renomado mestre Nélson Hungria⁴⁴ indica alguns dos motivos que devem ser sopesados, nesta fase dosimétrica:

Motivos imorais ou anti-sociais e motivos morais ou sociais, conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade. O amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra a injustiça, as paixões nobres em geral podem levar ao crime; mas o juiz terá de distinguir entre esses casos e aqueles outros em que o *'movens'* é o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a *'auri sacra fames'*, o espírito de vingança, a empolgadura de vícios.

Roberto Lyra, em suas lições⁴⁵, esclarece que:

O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo para indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se liga à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda, incessantemente, dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia); porém, a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (a consciência e a vontade de produzir a morte).

Não há dúvidas de que, conforme a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável. No exame da circunstância judicial, deve-se indagar acerca da natureza e da qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar

⁴⁴ RF 89/14.

⁴⁵ Comentários ao Código Penal, vol.2.p.218

a infração penal. Não se trata, portanto, de analisar a intensidade do dolo ou culpa⁴⁶, mas de descobrir se a qualidade da motivação do agir do agente merece mais ou menos reprovação.

A propósito, o agente que furta para satisfazer a necessidade de alimentar o filho tem motivação menos reprovável (porque nobre) do que aquele que furta para prejudicar o desafeto (por inveja ou por vingança), ou mesmo para a compra de substâncias entorpecentes. O médico que facilita a morte do paciente, diante de seu desmedido e incompatível sofrimento, possui motivo menos reprovável do que o agente que mata o irmão, para que seja o único sucessor do patrimônio do ascendente.

Os motivos diversos dos normais à espécie delitiva é que devem ser valorados. No mais, deve-se agir com cautela para, no exame dos motivos, não incorrer em dupla valoração (*bis in idem*).

5.5.1. Erros ou defeitos constatáveis no exame da circunstância da motivação:

5.5.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência aos motivos;

5.5.1.2. fundamentação vaga: afirmação de determinado motivo, sem demonstração de qualquer elemento concreto extraído para comprová-lo: “o réu agiu por motivo fútil” (qual é o dado concreto?);

5.5.1.3. motivo normal à espécie de delito: ausência de relação fática (o por quê);

5.5.1.4. quando o motivo integrar a definição típica, circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena: “a circunstância é desfavorável porque o motivo do crime foi por vingança...”. Não se deve valer de fatos que já foram utilizados na valoração negativa de outra circunstância judicial, para não incidir em *bis in idem*, mesmo porque devem ser valorados, nas fases próprias; a qualificadora; por exemplo, quando única, já tem a sua dose de pena no próprio tipo penal; “motivo normal à espécie”: não pode ser valorado negativamente, tendo em vista que já possui a censura, prevista no próprio tipo penal considerado. Toda conduta criminal é motivada, porquanto ninguém furta por furtar, pois do nada surgiria um impulso capaz de levar o agente a subtrair algo de alguém. Certo é que, na figura básica do delito, o legislador ao estabelecer um patamar mínimo de pena já levou em conta a motivação, sem, contudo, destacá-la, tal como o faz, quando dá relevância, no tipo penal dessas circunstâncias. Na hipótese “*o furto foi praticado pelo desejo de obtenção de lucro fácil*” não se deve elevar a pena em razão dessa circunstância judicial, pois, frequentemente, este é o motivo dos crimes de furto (assim como a satisfação da lascívia, nos crimes de estupro; o enriquecimento, nos crimes fiscais...).

5.6. Circunstâncias do crime: Por circunstâncias judiciais da infração penal, indicadas no artigo 59, do Código Penal, entendem-se todos os elementos do fato delitivo, acessórios, ou acidentais, não integrantes do tipo, embora relacionadas ao delito. Quando as circunstâncias estão expressamente previstas na lei, denominam-se de “legais” (agravantes e atenuantes). Quando genericamente previstas, devendo ser fundamentadas pelo juiz, denominam-se de “judiciais”. Portanto as circunstâncias judiciais têm caráter *residual*, ficando delas excluídas as circunstâncias qualificadoras, as agravantes e as causas de aumento.

⁴⁶ GALVÃO, Fernando. Aplicação da Pena, p.151

Compreendem, portanto, as singularidades do fato, as quais cabe ao juiz ponderar desfavorável ou favorável ao réu.

Alberto Silva Franco sugere que, na análise das circunstâncias do delito, o Juiz analise: "*o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso*"⁴⁷. Por sua vez, Gilberto Ferreira acrescenta a esses fatores a maior ou menor insensibilidade do agente e o seu arrependimento⁴⁸.

Com base nesses entendimentos, é mais censurável a conduta do agente que matou alguém na igreja, ou na casa da vítima, do que aquele que a matou em sua própria casa. Por outro lado, é menos censurável o agente que se demonstrou sinceramente arrependido da prática delitativa, do que aquele que comemorou o evento embriagando-se⁴⁹. Assim, o número de tiros, ou golpes de faca, no homicídio simples, pode ser avaliado como circunstância desfavorável, bem assim a quantidade de entorpecentes encontrada em poder do usuário ou do traficante⁵⁰.

5.6.1. Erros, ou defeitos, constatáveis no exame das circunstâncias do crime:

5.6.1.1. ausência de fundamentação: não se faz qualquer referência à circunstância;

5.6.1.2. insuficiência de fundamentação: "a circunstância não desfavorece ao réu"; "agiu de modo bárbaro", "agiu com exagero". Constata-se que inexistente qualquer relação fática que justifique a afirmativa;

5.6.1.3. bis in idem: valoram-se as circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime (assassinato da vítima, com o emprego de veneno, configura qualificadora do crime nos termos do art. 121, §2º, III, do CP); "as circunstâncias foram aptas a ludibriar a boa-fé da vítima, que realizou a venda para o réu acreditando que iria receber a contraprestação devida" (estelionato); ou, ainda, caracterizam agravante ou causa especial de aumento de pena, ou valoram-se fora das fases corretas as agravantes (2ª fase) e as causas de aumento (3ª fase). Por exemplo: "As circunstâncias judiciais, relativas aos motivos ('desejo de possuir mais do que lhe pertence por direito') e às circunstâncias do crime ('recebimento do numerário, na condição de advogado da vítima, sem o correspondente repasse'), não podem ser consideradas para aumentar a pena-base, pois se encontram ínsitas ao próprio tipo penal".

5.7. Conseqüências do crime: As conseqüências do crime podem variar substancialmente sem modificar a natureza do resultado, ainda que este integre o tipo. Sob esse tópico, é comum distinguir entre a tentativa de homicídio, com lesão qualificada, que tem conseqüências graves, e a tentativa branca, quando o disparo não atinge a vítima, embora os dois crimes realizem o mesmo tipo e tenham os mesmos limites de pena. Assim, a vítima que deixou 12 filhos completamente ao desamparo, também o furto de pequena quantia de quem

⁴⁷ Código Penal e sua Interpretação Judicial, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.1054

⁴⁸ ob.cit. p.92;

⁴⁹ Adalberto Dias Tristão. Sentença Criminal: Prática de Aplicação da Pena e Medida de segurança. 4ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p.55.

⁵⁰ STJ, HC 22.791/RJ, 5ª T., 22.10.2002, rel. o Min. Felix Fischer; idem: STJ, HC 19.508/RJ, 5ª T., 26.03.2002; idem: 10.615/MS, 5ª T. No HC 13.231/MS, 5ª T., em acórdão de 22.8.2000, rel. o Min. José Arnaldo.

pouco possui, ou de quem necessitava do numerário para a aquisição de remédios (um aposentado do INSS que é assaltado na saída do banco , logo após ter recebido os seus proventos...) podem constituir circunstâncias desfavoráveis.

O dano causado pela infração penal, na lição de Gilberto Ferreira, pode ser material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. Por outra banda, o dano moral implicará dor, abrangendo tanto os sofrimentos físicos, quanto os morais⁵¹.

No exame das conseqüências da infração penal, o Juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, ou aos seus familiares. No entanto, cumpre lembrar o ensinamento de Paganella Boschi, de que devem ser sopesadas, apenas, as conseqüências que se projetam "para além do fato típico", sob pena de incorrer-se em dupla valoração⁵². José Eulálio de Almeida⁵³ e Adalto Dias Tristão⁵⁴ referem-se, ainda, ao clamor público causado pela infração penal na ponderação das conseqüências. Todavia, há que se considerar o fato de que o clamor público nem sempre se dá em razão da gravidade do delito, mas, por outros motivos como, por exemplo, o prestígio ou a posição social do agente ou da vítima; ou, ainda, o interesse circunstancial da imprensa na divulgação do delito.

5.7.1. Erros ou defeitos constatáveis no exame da circunstância das conseqüências:

5.7.1.1. ausência de fundamentação: não se faz referência à circunstância;

5.7.1.2. insuficiência de fundamentação: “a circunstância não desfavoreceu ao réu”; “a vítima sofreu prejuízo de monta...” , pois constata-se que inexiste qualquer relação fática que justifique as afirmativas;

5.7.1.3. bis in idem: valoram-se as circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime: “as conseqüências foram graves, porque a vítima perdeu a vida” ; “ a vítima não recuperou a *res furtiva*, ficando no prejuízo”; “ a vítima sofreu prejuízos de grande monta”.

5.8. Comportamento da vítima. A importância atribuída à circunstância do comportamento da vítima decorre dos estudos de vitimologia, pois, algumas vezes, o ofendido, sem incorrer em injusta provocação, provoca acirramento de ânimos, ou em, outras vezes, estimula a prática de delito. Por exemplo, a vítima exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; a vítima agressiva atrai o homicídio e as lesões corporais; o mundano, atrai os crimes sexuais; o velhaco atrai o estelionato, não querendo afirmar que as vítimas não estejam protegidas pela lei penal, mas que a pena, em face desta circunstância judicial, não deve ser agravada. Se, por outro lado, a vítima recatada e tímida é violentada sexualmente em seu recanto domiciliar a pena deve ser elevada.

É relevante o exame da circunstância, porque o comportamento da vítima “não pode ser separado do momento em que o juiz apreciará a própria culpabilidade, pois ao instigar,

⁵¹ Ob.cit.p.93.

⁵² Ob.cit. 221.

⁵³ Ob.cit.p.86

⁵⁴ Ob.cit.p.55

provocar ou desafiar o agente, a vítima, direta ou indiretamente, intencionalmente, ou não, termina por enfraquecer a determinação do agente em manter-se obediente ao ordenamento jurídico”.⁵⁵

Nesse contexto, a doutrina classifica a vítima como inculpável, parcialmente culpável e culpável. A *vítima inculpável* é aquela que não tem participação alguma na atividade criminosa. Exemplo: a pessoa que é atingida por um vaso de flores atirado da altura de um edifício de apartamentos. A pena deve ser elevada. *Vítima parcialmente culpável*, por ignorância ou imprudência, é aquela que contribui de alguma forma para o delito. Exemplo: mulher que morre em decorrência de aborto por ela consentido. A pena não deve ser elevada. *Vítima culpável* é aquela que contribuiu para a ocorrência do crime, por provocação. Exemplo: agressor que morre em face de legítima defesa da pessoa agredida. Aqui não haverá punição do agente.

5.8.1. Erros, ou defeitos, constatáveis no exame da circunstância da conduta da vítima:

5.8.1.1. *ausência de fundamentação*: não se faz referência à circunstância;

5.8.1.2. *insuficiência de fundamentação*: “a circunstância não desfavoreceu ao réu”, pois, nota-se que inexistente qualquer relação fática que justifique a afirmativa;

5.8.1.3. *bis in idem*: valoriza-se duplamente a circunstância por ocasião da culpabilidade do réu e a do comportamento da vítima;

5.8.1.4. *quando definição constante de circunstância agravante ou atenuante ou causa especial de aumento ou diminuição de pena*: “a vítima não concorreu para o delito, pois estava impossibilitada de se defender (art. 61, II, CP);” a vítima provocou no réu repulsa considerada de relevante valor moral ou social, ou de tê-lo provocado injustamente”(art. 121, § 1º, 129, § 4º, CP).

Importante registrar que todas as circunstâncias judiciais devem ser fundamentadas, não bastando a simples menção de que todas são favoráveis ao réu, considerando, por outro lado, que o órgão acusador tem o direito de saber como o julgador chegou a essa conclusão, até para, eventualmente, impugnar a decisão.

VI. ERRO NA DOSAGEM DA PENA-BASE

A fixação correta da pena-base dá-se após e de acordo com o exame das 8 circunstâncias judiciais, levadas em conta somente as desfavoráveis ao réu. As circunstâncias favoráveis já o beneficiam, na medida em que não elevam a pena, razão pela qual é inadmissível se pretender a compensação entre as favoráveis e as desfavoráveis, por óbvio, podendo acarretar grave distorção, no sentido de se atender o binômio da necessidade e suficiência da reprimenda.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005, p.228.

Portanto, a função das circunstâncias judiciais é de elevação da pena, sendo evidente que pendem nesse sentido tão-somente as desfavoráveis, concretizando o princípio da individualização da pena, na sua exata medida (art. 29, CP).

Assim é que, exemplificativamente, em um crime de furto simples, praticado por dois agentes, é possível que as penas sejam quantitativamente diversas, para cada um deles, desde que o conjunto de circunstâncias judiciais desfavoráveis seja desigual, daí a razão de não ser admissível a utilização das mesmas circunstâncias judiciais para réus diversos (*error in procedendo*).

Mas, por outro lado, a dosagem da pena-base aplicável à conduta delitiva submete-se ao poder discricionário do julgador, após sopesar as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Entretanto, não há dúvida, sob o aspecto da estrita legalidade, que a pena a ser aplicada está inserida no limite do tipo penal violado e varia entre o seu mínimo e o máximo previsto. Afigura-se, pois, equivocada a criação de qualquer parâmetro inicial de aplicação da pena (termo médio), a não ser aquele em que se inicia a partir do mínimo legal.

Portanto, entre o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade, de multa ou de restritiva de direitos, cumuladas ou não, deve ser fixada a quantidade da pena, sendo indiscutível que todas as circunstâncias judiciais concorrem *igualmente* para essa determinação. Não existe qualquer sinalização de que haja preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras (STF-RT 550/406), tal como ocorre no concurso de circunstâncias legais (art. 67,CP). Portanto, todas as oito circunstâncias devem ser valoradas e motivadas pelo julgador, sob pena de nulidade (art. 93,IX, da CF)⁵⁶.

Assim considerando, para fins de dosimetria da pena-base, pode-se afirmar que cada *circunstância judicial* pode *elevantar* a pena mínima em até o máximo 1/8 da variação prevista no tipo penal. Exemplificando: no crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129,§ 3º,CP), a pena mínima é de 04 anos e a máxima é de 12 anos, de reclusão. A diferença (variação) entre os extremos é de 8 anos (12 – 4 =8). Portanto, cada circunstância judicial tem peso máximo de elevação, partindo da pena mínima, de até 01 ano (8 anos: 8 circunstâncias = 1ano), na fixação da pena-base⁵⁷.

Para demonstrar a importância do peso máximo de cada circunstância judicial (= 1/8, da variação da pena do tipo legal), com vistas a possibilitar a verificação da correção (justiça) da pena aplicada, observe-se o exemplo, extraído de um caso concreto. Um crime de homicídio culposo (trânsito) a pena-base e final foi fixada em 2 anos e 6 meses de detenção e a de proibição de dirigir veículos em 01 ano (o artigo 302, CTB, prevê a pena de 2 a 4 anos de detenção e restritiva de direitos de 2 meses a 5 anos de proibição de dirigir veículos...), fundamentada em uma única circunstância judicial: **elevada culpabilidade**.

A doutrina é unânime ao afirmar que a fixação da pena fica ao prudente arbítrio do julgador, com a qual não concordo, pois não pode ficar sob a sua apreciação subjetiva pura e

⁵⁶ A jurisprudência tem procurado amenizar os efeitos da nulidade: “ as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP são da discricionária apreciação do magistrado, que ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem” (STF-RT 641/397-8).

⁵⁷ O juiz, de acordo com a fundamentação da circunstância judicial desfavorável (mínima, média, máxima) dosará a pena, que pode alcançar a elevação máxima de até um ano.

simples, embora se admita certa dose de *discricionariedade*, na prática do ato, porquanto existem parâmetros a serem observados. Assim, retornando ao exemplo, a elevação de 6 meses da pena, acima do legal, estaria, a primeira vista, bem dosada ao prudente arbítrio do julgador. No entanto, deve ser aferido qual é o peso de cada circunstância para o tipo penal aplicado. A variação entre a pena mínima (2 anos) e a máxima (4 anos) é de 2 anos de detenção, que corresponde a 24 meses. Assim, 24 meses é o teto da elevação da pena, entre o mínimo e o máximo, desde que altamente desfavoráveis as 8 circunstâncias judiciais. Neste caso, cada circunstância judicial tem um peso máximo, na elevação da pena, de 3 meses de detenção (24 meses: 8 = 3 meses).

Pode-se concluir que a circunstância judicial da culpabilidade, considerada elevada para a espécie de homicídio culposo, tem um peso máximo de 3 meses. No entanto, foi valorada em 6 meses, extrapolando-a em 3 meses. Portanto, a pena final justa seria de 2 anos e 3 meses.

Outro erro comum é a desproporcionalidade entre as penas previstas no mesmo tipo legal, quando aplicadas cumulativamente. Nesse mesmo exemplo, a pena privativa de liberdade fixada foi de 2 anos e 6 meses de detenção, enquanto que a restritiva de direitos foi de 12 meses. Como as penas estão inseridas no mesmo tipo legal, devem ser fixadas levando em conta os mesmos parâmetros, mister os da pena-base. Portanto, se a pena mínima da restritiva de direitos é de 2 meses e a máxima é de 5 anos (= 60 meses) a variação entre elas é de 58 meses, que dividido por 8 circunstâncias obtém-se o peso de cada uma em 7 meses e 7 dias, aproximadamente. Portanto, a pena restritiva de direitos, calcada, apenas, na *elevada culpabilidade*, não poderia variar acima do mínimo legal (de 2 meses) mais do que 7 meses e 7 dias. A pena final correta seria, então, a de 9 meses e 7 dias, *mas não em 12 meses*.

A fórmula para a obtenção da proporção entre as penas previstas, cumulativamente, no mesmo tipo legal, é a regra de três simples. Observe-se, no exemplo: Crime de furto simples(art. 155,CP): penas de reclusão de 01 a 04 anos e multa (de 10 a 360 dias-multa). A variação da pena de reclusão entre o mínimo e o máximo é de 3 anos(4 anos –1 ano= 3) ou 36 meses. A variação da pena de multa entre o mínimo e o máximo é de 350 dm (360dm-10dm= 350). Assim temos:

$$\begin{aligned} 36 \text{ meses reclusão} &= 350 \text{ dias-multa} \\ 1 \text{ mês reclusão} &= \underline{x} \text{ dias-multa} \\ x &= \frac{350}{36} = 9 \end{aligned}$$

Temos, pois, que a cada 01mês de variação da pena de reclusão, a pena pecuniária varia de 9 dias-multa. Portanto, se a pena privativa de liberdade do crime de furto foi aplicada em 01 ano e 6 meses de reclusão, a pena de multa corresponderá a 64 dias-multa (10 (mínimo) + variação de 54 (6 x 9)). Outro exemplo: homicídio culposo de trânsito (art. 302,CTB): pena de detenção de 2 a 4 anos e pena restritiva de direitos de 2 meses a 5 anos (=60 meses). A variação da pena de detenção é de 2 anos (= 24 meses), enquanto que a variação da pena restritiva é de 58 meses (60-2). Na relação de proporcionalidade, temos:

$$24 \text{ meses de detenção} = 58 \text{ meses de restritiva}$$

$$1 \text{ mês} = x \text{ meses de restritiva}$$

$$x = \frac{58}{24} = 2 \text{ meses e } 14 \text{ dias de restritiva}$$

Tem-se, portanto, que a cada 01 mês de variação da pena de detenção, a pena restritiva de direitos varia em 2 meses e 14 dias. Se for aplicada uma pena de 2 anos e 2 meses de detenção, a pena restritiva corresponderá a 6 meses e 28 dias (2 meses (mínimo) + variação de 4 meses e 28 dias (2 x 2 m e 14 d))

O que se admite concluir, no contexto, é que a fixação da pena-base ficaria mais transparente, se o julgador destacasse a quantidade de pena correspondente à cada circunstância judicial⁵⁸ - a qual não pode ultrapassar a 1/8 da variação entre o mínimo e o

⁵⁸ A título ilustrativo destaco a fixação da pena-base, na sentença prolatada nos autos nº 410/2002, de DELITO DE RECEPÇÃO (art. 180 § 1º e § 2º. CP, pena mínima de 3 anos de reclusão e 10 dias multa) na Comarca de São José dos Pinhais (PR), pelo Juiz Roberto Luiz dos Santos Negrão: "**Culpabilidade:** o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu é acentuado... Assim elevo a pena-base em 06 meses de reclusão e 05 dias multa; **Antecedentes:** pelas certidões juntadas aos autos verifica-se que o réu é primário e não registra antecedentes desabonadores. **Personalidade:** não há nos autos elementos suficientes para avaliar a personalidade do réu, restando, pois, prejudicada a análise dessa circunstância. **Conduta social:** em que pese os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, tem-se que o envolvimento do réu com a recepção de veículo de procedência ilícita, está a demonstrar o seu desrespeito ao patrimônio alheio, e, portanto, não se pode dizer que tenha ele um bom comportamento social. **Motivos do crime:** foi a busca do lucro fácil, em detrimento do patrimônio alheio. Motivo normal para o crime de recepção. **Circunstâncias do crime:** O réu mantinha em depósito no interior do imóvel onde funcionava a sua oficina mecânica o veículo Opala, placa BGH 0241, cuja procedência sabia ser ilícita, além de placas e agregados de outros veículos. **Conseqüências do crime:** as conseqüências do crime foram de relativa gravidade, sobretudo em relação à vítima Nivaldo que teve seu veículo modificado contra a sua vontade. Sendo que o prejuízo foi estimado na ordem de R\$ 1.000,00, ou seja, 1/5 do valor avaliado do veículo. Assim e considerando que não houve ressarcimento dos prejuízos causados, elevo a pena base em 04 meses de reclusão e dois dias multa. **Comportamento da vítima** as vítimas em nada contribuíram para a conduta ilícita praticada pelo réu. PENA BASE: 03 ANOS E 10 MESES E 17 DIAS-MULTA".

No mesmo sentido: sentença prolatada nos autos 157/99, da Comarca de Cianorte, pelo Juiz de Direito Fabrício Priotto Mussi:" a) culpabilidade - para o efeito de cálculo do montante da pena, é a medida, o grau da reprovabilidade da conduta do agente, o qual entendo ser normal na espécie, vez que o agente praticou o fato movido pelo intuito de prejudicar a Administração. **Não representa aumento na pena-base;** b) antecedentes - são as condenações anteriores transitadas em julgado não geradoras de reincidência. Consoante certidões de fl.78 e 81, o acusado não registra condenações com trânsito em julgado. **Não representam aumento na pena-base;** c) conduta social - é a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos). Com exceção do fato que é objeto deste processo, não consta qualquer outro elemento desabonador da conduta social do acusado nos autos, razão pela qual esta circunstância **não representa aumento da pena-base;** d) personalidade do agente - é a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, favorecendo o agente quando se verifica que o fato foi um acontecimento isolado em sua vida, e o prejudicando quanto tal ocorre, quando se verifica que a sua personalidade é voltada para a prática do delito. Não constam dos autos quaisquer elementos objetivos que permitam determinar a adequação ou não da personalidade do acusado ao fato praticado. **Não representa qualquer aumento sobre a pena-base;** e) motivos - são o móvel impulsionador do delito e são avaliados em razão da reprovação que merecem (morais e sociais, ou imorais e anti-sociais). Os motivos são reprováveis porquanto o agente praticou o fato cedendo a capricho da empresa contratada. **Representa um aumento de (4) quatro meses da pena-base;** f) circunstâncias - são todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, modo de execução... enfim, da facilidade ou dificuldade para cometer a infração. Na espécie, nada de relevante se faz presente, **razão pela qual não representa aumento da pena-base;** g) conseqüências - excluídos os elementos constitutivos do tipo (como a morte no homicídio), é o que o fato representou para a vítima ou seus familiares, para a sociedade. O fato deixou conseqüências à vítima, na medida em que ficou privada de recursos durante mais de um ano, sem que a obra tivesse começado. Representa um aumento de 04(quatro) meses na pena-base; h) comportamento da vítima - é o exame do fato de acordo com a conduta da vítima; se restar inerte ou tentar evitar

máximo da pena prevista *in abstracto* - de modo a torná-la mais transparente, além de facilitar o exame de sua correção (justiça), ou seja, se bem dosada, evitando-se a elaboração de outros cálculos aritméticos.

Por outro lado, num conjunto de várias circunstâncias judiciais desfavoráveis, de mesma graduação, sem a identificação da elevação da pena, pode-se compreender que a elevação da pena foi uniforme, isto é, igualmente para cada circunstância. Exemplificando, num furto qualificado, a pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão, tomando-se como fundamentos a culpabilidade, os antecedentes, os motivos e as circunstâncias desfavoráveis. Se a pena do crime de furto qualificado varia entre 2 a 8 anos, tem-se que cada circunstância judicial tem peso máximo na elevação da pena de 9 meses (variação de 6 anos = 72 meses : 8 = 9 meses). Portanto, se existiram apenas 4 circunstâncias desfavoráveis a elevação máxima admitida seria de 3 anos (4 x 9 meses = 36 meses). Assim, a pena final máxima admissível seria de **5 anos** (2 anos (pena mínima) + 3 anos - elevação), caracterizando *error in judicando*.

VII. CONSEQÜÊNCIAS DOS VÍCIOS DE PROCEDIMENTO E DE JULGAMENTO

Como já ficou evidenciado, após a prolação da sentença condenatória, com aplicação de pena privativa de liberdade, pecuniária ou restritiva de direitos, podem ser constatados *erros de procedimento e de julgamento*, mister no que se refere à aplicação da pena-base.

Havendo *erro de procedimento*, relativamente às circunstâncias judiciais, podem as partes, acusação e defesa, buscar o saneamento através dos *embargos de declaração*, com vistas a suprir as omissões, contradições ou obscuridades existentes na atividade processual.

No entanto, se assim não o fizerem, ainda resta o recurso de apelação, com vistas à cassação da decisão, com pedido específico da parte. De se observar que, se não houver pedido específico para a cassação da decisão, ainda que se revista o vício de nulidade absoluta, existe obstáculo ao órgão *ad quem* de decretar a nulidade do ato *ex-officio*, de acordo com o teor da Súmula 160, do STF: “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvada os casos de recurso de ofício”.

Enfim, essa sistemática sumulada pela Suprema Corte advém do caráter instrumental das formas processuais, onde o órgão julgador não precisa sanar o vício, ou repetir o ato, quando puder decidir a causa em favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

Nessa ótica, as nulidades que prejudiquem a acusação, ainda que absolutas⁵⁹, só podem ser reconhecidas pelo tribunal *ad quem* se forem invocadas no respectivo recurso. Em recurso da defesa, não pode ser reconhecida de ofício nulidade que tenha prejudicado a acusação. Mas, julgando recurso da acusação, pode o tribunal *ad quem* reconhecer *ex-officio* nulidade absoluta, que tenha *prejudicado* o réu. Ainda, impossível é a revisão do ato

o fato, a circunstância influi na pena-base aumentado-a; se induzir a prática do crime, diminui. No caso concreto, verifico que a vítima restou inerte, não colaborando para o fato, pelo que **representa um aumento de quatro(4) meses na pena-base**. Desse modo, fixo a pena-base em 01 ano e 03 meses...”

⁵⁹ Sem recurso do Ministério Público não se anula sentença com erro de fixação da pena se pode significar *reformatio in pejus*.

processual *pro societate* no sentido de decretar nulidade, ainda que absoluta, mas em prejuízo à defesa.

Portanto, eventual nulidade não argüida pelas partes, somente pode ser decretada *ex-officio* se for para beneficiar o réu. Assim, se a pena-base, deficientemente fundamentada, porquanto existiriam elementos concretos, nos autos, para arrimar a elevação da sanção aplicada, se não for objeto de pedido de decretação de nulidade, por parte da acusação, o órgão *ad quem* não poderá fazê-lo *ex officio*. Igualmente, se a defesa recorrer para obter a nulidade da fixação da pena-base, por vício de fundamentação, o órgão *ad quem* deverá sopesar o benefício que auferirá o acusado, o que não ocorrerá se a pena aplicada for no mínimo, porquanto existe a vedação da *reformatio in pejus*.

Por outro lado, pode ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória, que aplicou a pena exacerbada ao acusado, mas com vício na fundamentação dos elementos da pena-base. Nessa hipótese, subsiste a nulidade latente, sendo que o ato processual produz seus efeitos.

Não obstante, para o réu ainda existem duas possibilidades para a cassação do ato viciado; uma é a do hábeas corpus⁶⁰, cujo exercício não está limitado à coisa julgada⁶¹; a outra é a da revisão criminal⁶², onde se pode pleitear a rescisão da sentença, na parte viciada, ou a rescisão e o re-julgamento, na hipótese de a pena aplicada ter sido exacerbada⁶³.

Não subsiste, pois, dúvida de que qualquer vício na fundamentação da aplicação da pena-base, sem a observância da metodologia estabelecida no artigo 59, do Código Penal, contamina a sentença de nulidade: “Indispensável, sob pena de nulidade, a fixação da pena com apreciação e fundamentação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sempre que a reprimenda for fixada acima do mínimo legal” (STF-RT 641/378).

No entanto, colhe-se da jurisprudência soluções diversas, as quais contornam o enfrentamento do vício:

- a. “É satisfatória a fundamentação da pena se esta vem não só no tópico que lhe é destinado na sentença, mas, também, ao longo desta, onde são indicadas as

⁶⁰ A via do habeas corpus somente pode ser utilizada para a obtenção da nulidade do ato viciado, mas não para a revisão da pena (STF-HC 80822—1-RJ, de 10.8.2001).

⁶¹ “Alegação de nulidade da sentença e do acórdão que a confirmou, por ausência de fundamentação idônea para majoração da pena-base acima do mínimo legal, e a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para caracterização de maus antecedentes do réu. Ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base. Precedentes. Não se prestam a justificar a majoração da pena-base as afirmações genéricas de “intensa culpabilidade” e que os motivos do crime “não se justificam”, se não demonstrada de forma concreta situação que sustente um acréscimo referente a tais circunstâncias judiciais. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau, tão somente no tocante à dosimetria da pena, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, para que uma nova sentença seja proferida de forma fundamentada, excluindo-se a majoração relativa aos maus antecedentes. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator” (STJ-HC 48340-MG.T.5. Min. Gilson Dipp, em 2.5.2006).

⁶² Na revisão criminal o ato viciado é rescindido em face da nulidade processual.

⁶³ *No que tange à redução da pena, nunca é demais insistir que ‘somente em casos excepcionais, de manifesta injustiça ou de inobservância de técnica é que o pedido revisional deve ser atendido para o fim de modificação a favor do réu, da dosimetria fixada pelo juízo inferior’* (RT 436/418).

circunstâncias legais e judiciais que justificam a fixação da pena a ser aplicada” (STF-RT 741/533).

b. “Não há nulidade na sentença pelo fato de a pena ter sido fixada sem especificação das circunstâncias justificadoras do quantum, pois tal omissão pode ser corrigida em grau de recurso” (TJMG-RT 615/340).

c. “A aplicação da pena mínima torna desnecessária a fixação da pena-base e a fundamentação obrigatória, nos termos do artigo 59, do Código Penal” (STF-RTJ 68/348).

d. “Tendo a pena sido fixada no mínimo legal, não há que se falar em nulidade em favor do réu por falta de fundamentação de sua dosagem” (STF-RT 675/447).⁶⁴

e. “Impõe-se a redução da pena se o juiz não avaliou com critério os motivos e fatores recomendados no artigo 59 do CP” (TJPR- RT 565/347).

f. “O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* configura obstáculo à *reformatio in melius* diante de recurso exclusivo da acusação, pleiteando o agravamento da pena” (STF-TTJ 114/416).

VIII. BREVES CONCLUSÕES

8.1. Os vícios ou defeitos do ato da aplicação da pena-base podem decorrer tanto de erro de procedimento, como de erro de julgamento;

8.2. Os vícios de procedimento, mister os de fundamentação das circunstâncias da pena-base, caracterizam a nulidade do ato, passível de cassação, em grau recursal;

8.3. Os erros de julgamento, especificamente os das penas aplicadas, são passíveis de reforma, em sede recursal;

8.4. Embora a aplicação da pena seja uma imposição da sentença condenatória, sendo uma fase do ato decisório, a jurisprudência dominante pacificou-se no sentido de reconhecer apenas a nulidade da fase, sem contaminar o restante da decisão (ato condenatório);

8.5. Ainda que o vício de procedimento caracterize a nulidade absoluta, a decretação somente ocorrerá pelo órgão *ad quem*, desde que haja pedido específico da acusação;

8.6. O órgão *ad quem* não decreta a nulidade do ato viciado, senão aquela que acarrete prejuízo ao acusado;

⁶⁴ Admissível essa decisão, porquanto da nulidade nenhum proveito reverteria em favor do réu, assim considerando que a nova decisão não poderia elevar a pena além daquela já fixada, em face do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

8.7. Entre as penas cominadas, no mesmo tipo legal, deve haver proporcionalidade; assim, desde que não exista a correspondência, ocorre erro de julgamento, passível de reforma pelo órgão *ad quem*;

8.8. Os erros de fundamentação das circunstâncias judiciais decorrem da má instrução processual e da própria complexidade da matéria, cujas divergências são acentuadas tanto na doutrina, quanto na jurisprudência;

8.9. A fórmula aritmética de graduar a elevação da pena tem por objetivo dar a indispensável transparência ao ato praticado pelo magistrado e convencer a acusação e a defesa de sua correção;

8.10. Tão graves são as conseqüências dos vícios de procedimento e de julgamento, na aplicação da pena-base, que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, o ato processual é passível de ser cassado, via *habeas corpus crime*, ou rescindido e re-julgado, através a ação de revisão criminal, por iniciativa exclusiva do réu;

8.11. Existe a necessidade de os órgãos jurisdicionais se aprimorarem no exercício da aplicação da pena, com vistas a obter a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional.

INSTALAÇÃO DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS¹

Nilson Naves²

Em dez ou quinze minutos, vou falar-lhes de duas idéias... de duas idéias e de duas realidades. Estarei também falando, é verdade, de um sonho, de um sonho que criou o futuro (o tempo é sempre o tempo!), o sonho de Sálvio de Figueiredo. A vida é um sonho, não é, Sálvio?

Somos feitos de memória – somos, ao mesmo tempo, início, meio e fim. Se essa a nossa essência, então somos feitos de lembranças várias, de recordações que guardamos do princípio – antes mesmo do princípio – dos nossos trabalhos nesta Casa.

Do sonho à realidade, não é mesmo?

Senhoras e Senhores, uma idéia – uma realidade.

Era novembro, ou outubro, não me lembro, mas chovia e ventava um pouco, naquela manhã de 1987, quando, estando à frente de nós Rolemberg e Dantas (era eu o mais moderno dos Ministros presentes àquele momento), ouvíamos dos membros da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo uma idéia diferente dos conceitos já acertados pela Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, e a idéia daqueles membros da Assembléia Constituinte não era, vejam bem, a do Tribunal Superior Federal, tal como proposta pelo nosso Tribunal Federal de Recursos, aliás, também pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, a de um tribunal destinado simplesmente a unificar a jurisprudência dos tribunais regionais, tribunal ao qual competiria ainda algo mais a propósito das causas oriundas dos tribunais estaduais. Em boa verdade, a idéia daqueles constituintes – que se tornou realidade – era a criação do Superior Tribunal de Justiça. A mim, desde aquela manhã de 1987, pareceu-me tratar-se de significativo projeto, e grande, no qual nos envolveríamos de corpo, alma e coração. Se a muitos não faltou disposição desde que conhecida a idéia, a mim, particularmente, antes mesmo de seu anúncio, não faltou; não faltou, porém, mesmo no Federal de Recursos, alguma hesitação, algum receio, alguma preocupação.

¹ Palavras proferidas em 12.4.07.

² Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor-Geral da Enfam.

Anunciadas foram as boas-novas. Era o resultado concreto da vontade comum de implementar avanços na Justiça brasileira, reordenando-se a sua estrutura, principalmente os órgãos de superposição. Operosa vontade, diria eu, e feliz idéia – com cheiro de progresso, sabor de conquista e feição de democracia! Idéia de convergência da magistratura – magistratura de feição unitária e de caráter nacional.

Instalado em 1989, ao longo dos dezoito anos de existência, o Superior Tribunal tem buscado aproximar-se da sociedade e promovido a cidadania, cumprindo, de modo eficaz, a missão da efetiva prestação da justiça, embora, é bom que se diga, já lhe andem faltando forças diante dos processos que, diariamente, chegam-lhe às braçadas, ou melhor, por atacado. De fato, grande tem sido a tarefa, maiores, contudo, as alegrias, e razões muitas temos nós, apesar de acharmos que o Superior Tribunal ainda não está no seu verdadeiro caminho. Foi das salas dele, todavia, que saíram inúmeras proposições para um Judiciário melhor; vejam que do texto da Reforma constavam sonhos grandes como a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, daqueles que carregamos desde muito, pelas noites e dias – o Ministro Sálvio de Figueiredo que o diga!

Ali, então, nascia outra idéia.

Outra idéia – outra realidade.

Sucedem que o descompasso entre vontades – de nossa parte, a certeza dos benefícios empurrava e cobrava a aprovação da Reforma; da parte de outros, a dúvida advinda de interesses corporativistas freava o exame das propostas –, isso nos fez esperar anos a fio de debates na Câmara e no Senado. Conquanto valiosas medidas não tenham sido aprovadas – e algumas das aprovadas não agradaram a muitos, a mim particularmente –, a emenda que o foi pôs, diante de nós, caminho irreversível (estávamos predestinados a isso) e desafio irrecusável: o de contribuir para o aperfeiçoamento da magistratura brasileira, procurando dar-lhe harmonioso corpo e a correspondente alma. Refiro-me à instituição da Escola, a funcionar junto ao Superior Tribunal, com a imprescindível e eficaz colaboração dos tribunais estaduais e dos regionais. Irmanados, teremos um único e mesmo ideal, a saber, a excelência da prestação jurisdicional, e isso mediante o recrutamento de pessoas com verdadeira vocação. Em tal sentido, ser juiz é exercitar o sacerdócio – quem escolhe a magistratura não caminha, porventura, em solo sagrado? Daí a questão não está em saber se pode o juiz tudo fazer, mas está em, se puder fazer algo, fazê-lo sempre no estrito exercício de suas funções; fazê-lo de modo consciente e apropriado, construindo sempre em nome da igualdade e da justiça, enfim,

do bom direito e do postulado ético fundamental do homem, que é evitar a guerra e promover a paz, apaziguar o conflito e disseminar o bem.

Com efeito, a nossa Escola veio com o intuito de regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira da magistratura. Esse objetivo, por si e somente, isto é, pelo que nele se encerrou, bastaria para responder à pergunta “que tipo de magistratura queremos?”. Indagação que nos sugere outra: por que não haveremos também de estabelecer regras para os concursos? É de pessoas vocacionadas que estamos à procura.

Não são de agora, todos sabemos, são de muito tempo as críticas – e severas, diga-se de passagem – à metodologia de ensino adotada nos cursos de graduação deste país afora, concentrada tão-somente em exposições teóricas (como se o juiz disso resultasse!). A mim, em todo o tempo, pareceu inconciliável essa realidade com a responsabilidade da Justiça (lembrem-se do que já foi dito? A quem muito é dado muito se lhe pedirá). Entendo, às claras, que não há como o Judiciário melhorar sem que antes os homens que nele lidam bem se formem e mais se aprimorem. Ora, do juiz espera-se a garantia da eficácia das leis, a realização da justiça e a proteção das liberdades individuais, sobre o que repousa a melhor das democracias. Suas mãos trazem escrito um vaticínio inevitável: cumprir tão nobre missão. Mais que nunca, a função de julgar deve honrar e revelar a sabedoria dos que a exercem. Creio, assim e portanto, que paradigmas haverão de ser definitivamente quebrados para dar lugar a uma profunda renovação. E, a propósito dessa ingente tarefa, não posso fechar os olhos, repito, para o trabalho que já vem sendo desenvolvido pelas escolas de magistratura instituídas pelos tribunais estaduais e pelos regionais. Com efeito, o Poder Judiciário é a totalidade dos órgãos do Estado. Embora estejamos numa federação – vale a lembrança do respeitável entendimento de Castro Nunes –, o Judiciário não é nem federal nem estadual, é eminentemente nacional, ainda que os órgãos instituídos possam trazer a marca dessa distinção. Aliás, a isso me referi linhas atrás.

É nesse cenário que o papel institucional e constitucional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados se reveste de grande significado. Papel que há de ser melhor definido pelas incumbências que lhe foram atribuídas, a saber: definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados; fomentar pesquisas sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários; promover intercâmbio com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino e pesquisa, bem como entre o Judiciário brasileiro e o de outros países; formular sugestões para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, etc. Tudo isso visando ao aprimoramento da cultura jurídica e das

instituições. A Escola haverá de ser como farol a nortear rumos, definindo posições que permitam aos magistrados, além do conhecimento jurídico de alto nível, um saber transcendente, que se traduz na perícia em fazer sábias escolhas e no domínio de metodologia e de técnica profissional que garanta a segurança jurídica. O destino da Escola será precipuamente o de regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira. E por que não definirmos conceitos e regras, repito, se não específicas, regras gerais para os concursos (não é una a magistratura?), deixando que cada unidade da Federação estabeleça, de acordo com as suas peculiaridades, regulamento específico de ingresso na carreira?

Hoje, talvez mais que ontem, andamos entendendo que o aumento das exigências da Justiça (entre outras, celeridade, efetividade) soa como imperativo de aperfeiçoamento. Neste Brasil de tantas culturas, de realidades tão dessemelhantes, de diferenças tão palpáveis, é preciso, mais do que nunca, encurtar distâncias, retificar caminhos e fixar diretrizes para uma prestação jurisdicional precisa e perfeita. Para isso, o nosso empenho. Essa, a nossa tarefa. Este, o nosso sonho: ver, naqueles que a Escola continuamente aperfeiçoará nas diversas matérias, magistrados que, em todas as circunstâncias, de maneira intangível, velem pelo que venho dizendo, isto é, pela boa interpretação e pela melhor aplicação da lei e pela proteção das liberdades individuais.

Teremos prédio; já temos, aliás, projetos prontos; haverá quadro de servidores; já estamos, também, apresentando os projetos de lei; e disporemos de orçamento, é claro! Mas estamos falando de tempo futuro. Enquanto ele não chega, haveremos de iniciar com o que temos em mãos – afinal, os que nunca vivem o momento presente são os que não vivem nunca. Como dizia, é pouco o que hoje temos, porém o bastante: acompanham-me pessoas que pensam “grande” e que sabem exercer o poder. Tal realidade, então, deixa-me mais tranqüilo diante da obra, que é grande e altamente significativa. Quanto a isso, que não haja modéstia! Pensaremos alto. Exerceremos todas as nossas competências. Temos consciência de que os dois primeiros anos, de implantação, serão cruciais. É nossa, também, a certeza de que, ao fim desse período, a Escola estará estabelecida. Terá valido a pena!

Creio, Sr. Presidente, que esse empreendimento é parte da resposta às indagações que nos têm acompanhado nas nossas idas e vindas pelas salas e corredores do Judiciário, em que depositados sonhos, direitos e haveres das pessoas que por ali circulam à espera de uma prestação jurisdicional mais ágil, transparente e eficaz, como bem frisou V. Exa. em seu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal. Reconhecendo as deficiências existentes, estou plenamente convencido de que não nos faltará – a nós magistrados todos,

todos deste Brasil imenso – disposição para cooperar no alcance do compromisso de servir, e da melhor forma possível, à comunidade, adequando-nos às exigências dos novos tempos.

Considero-me um homem de sorte: sorte por ter visto o Superior Tribunal nascer, por ter ajudado a construí-lo – as pedras invisíveis são indestrutíveis! –; sorte por ter gerado, juntamente com outros ilustres Colegas, o sonho que hoje toma forma e adquire a estatura de casa de oleiro – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; sorte por integrá-la e por viver este momento. Folgo em me ver nesta posição, e isso digo porque estamos no enalço de significativa transformação.

Creio sejam também esses os sentimentos do Ministro Humberto Gomes de Barros – amigo e colega –, que comigo, de perto, compartilhará esforços e trabalhos, esperança e verdades, enfim, o que for necessário para que, em breve, possamos nós todos nos referir à Escola como Machado se referiu à sua Academia. Afinal, a Escola vai sendo aceita, amada e estimada.

Eis as duas idéias e as duas realidades – somos ou não somos feitos de memória?

MEIO AMBIENTE E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Paulo Affonso Leme Machado¹

1. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem essencial à sadia qualidade de vida (art. 225 CF). A defesa do meio ambiente é obrigação do Poder Público e da coletividade (art. 225 CF), sendo essa defesa realizada mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, VI CF).

Não há uma definição constitucional de meio ambiente. Empregamos aqui a definição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I). Compõem o meio ambiente: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (art. 3º, V).

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez em nossa história constitucional, utiliza a locução “meio ambiente” e o faz pelo menos quatorze vezes (art. 23, VI; art. 24, VI; art. 24, VIII; art. 129, III; art. 170, VI, art. 174, III; art. 200, VIII; capítulo VI do Título VIII; art. 225; art. 225, § 1º, IV; art. 225, § 1º, V; art. 225, §2º; art. 225; § 3º e art. 225, § 4º).

A locução “meio ambiente” tem um sentido jurídico unitário e abrangente, pois nela também está inserido o ser humano, além da flora, da fauna e do solo, das águas e da atmosfera. Em certos tópicos da Constituição Federal, quando se abordam os temas da competência, encontram-se a locução “meio ambiente” e a menção de alguns de seus elementos, indicados separadamente.

¹ Professor de Direito Ambiental na Universidade Metodista de Piracicaba. Autor dos livros: *Direito Ambiental Brasileiro* (14ª ed.), *Ação Civil Pública e Tombamento*, *Estudos de Direito Ambiental*, *Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional* e *Direito à Informação e meio ambiente*. Professor na UNESP – Universidade Estadual Paulista (1980-2004) e Professor na Universidade de Limoges – França (1986-2003). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Robert Schuman, de Strasbourg (França), Doutor *Honoris Causa*, pela UNESP e Doutor em Direito, pela PUCSP. Prêmio Internacional de Direito Ambiental “Elizabeth Haub” (1985).

2. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

2.1 O FEDERALISMO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Em 1891, os “representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte” promulgaram a nova Constituição, que diz em seu art. 1º -“A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1989, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil”. Essa Constituição explicita o direito e o dever de os Estados exercerem o governo próprio e diz: “Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu governo e administração; a União, porém prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar” (art. 5º).

A intervenção da União nos Estados consta como uma exceção, afirmando-se como princípio geral que “o Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados...” (art. 6º CF/1891). Com os mesmos termos está disposto na Constituição Federal de 1934 (art. 12). Observe-se que já nos primeiros cinquenta anos da República Federativa foram demarcados expressamente campos de atuação diferentes entre a União e os Estados, como se vê na fórmula utilizada - “negócios peculiares aos Estados”.

Peculiaridade é a “característica de alguém ou de algo que se distingue por traços particulares; originalidade, singularidade, particularidade”². Desde o início da vida federativa do país reconheceu-se a realidade de que os Estados não tinham, e nem eram obrigados a ter, a mesma realidade geográfica, histórica, econômica e cultural, isto é, tinham peculiaridades próprias.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da competência concorrente, prescreve que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades (art. 24, § 3º).

O federalismo veio para conservar a união da nação, o que não implicou, nem implica, a necessidade de instaurar-se um regime jurídico único para todo o país. Visando a harmonizar os diferentes níveis de intervenção, através da competência de legislar, formulou-se um tipo especial de competência – a competência concorrente.

² HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Editora Objetiva Ltda. Versão 1.0.dez. 2001. CD-ROM.

2.2. O FEDERALISMO NA DOCTRINA

“A competência federal não é uma competência de princípio, mas de atribuição. Isso significa que a esfera de competência das autoridades federais encontra-se constitucionalmente garantida e que o princípio da ‘subsidiariedade’³ dá a estrutura para o federalismo. Em síntese, o sistema federal não se caracteriza por uma hierarquia, um nível comandando o outro, como num sistema piramidal. A figura geométrica mais apropriada seria de dois círculos, com circunferências desiguais.”⁴

“O princípio constitucional no qual se baseia o Estado federal é a pluralidade de centros de poder soberanos coordenados entre eles, de modo tal que ao Governo federal, que tem competência sobre o território inteiro da federação, seja conferido uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federais, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes.”⁵

A Argentina – integrante do MERCOSUL e também federalista – reformou sua Constituição em 1994, inserindo no art. 41: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. A reforma constitucional argentina coincide com a doutrina exposta, pois se concedeu à Nação, isto é, ao poder central, competência para legislar sobre os fundamentos mínimos de proteção ao meio ambiente. A Nação Argentina tem o dever de estabelecer os alicerces da proteção ambiental, mas não pode querer ela mesma levantar todo o edifício legislativo, pois isso é missão das Províncias. Além disso, a reforma constitucional foi expressa em apontar que as normas nacionais não têm poderes de alterar as “jurisdições locais”. Nem excesso de descentralização, onde se notava a ausência do Estado Nacional, nem a centralização de poderes, com esvaziamento dos poderes periféricos.

³ O termo “subsidiariedade” não integra ainda a língua portuguesa. Em francês, “le Principe de subsidiarité, limite les pouvoirs de la Communauté européenne considérés comme subsidiaires (1^o) par rapport à ceux des États membres et des régions” Petit Robert. (O princípio da subsidiariedade limita os poderes da Comunidade Européia, considerados subsidiários (art.1^o) em relação àqueles do Estados membros e das regiões.) – tradução nossa. Em espanhol, Subsidiariedad (De *subsidiario*) Sociol. Tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo a las actividades privadas o comunitarias”. Dicionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21.ed. Madrid: Espasa Calpe, 1992.

⁴ FELDMAN, Jean-Philippe. Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain. *Revue du Droit Public*. Paris: L.G.D.J. n. 4 p. 879-901. 2006.

⁵ LEVI, Lúcio. Federalismo. BOBBIO, Norbert, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 12. ed. 2004, p. 475-486.

3. O EXERCÍCIO DE ALGUMAS COMPETÊNCIAS PRIVATIVAS E A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DE LEGISLAR SOBRE O MEIO AMBIENTE

Legislar sobre águas, energia, telecomunicações, atividades nucleares, jazidas, minas e outros recursos minerais, trânsito e transporte, entre outras matérias, é competência privativa da União, como se lê no art. 22 CF/1988.

O termo “privativo” significa “peculiar, próprio”⁶, “que é peculiar a um indivíduo ou grupo; característico, específico, exclusivo”⁷. A competência privativa não pode ser interpretada do mesmo modo no regime unitário e no regime federativo. No sistema unitário não há um dever constitucional de repartir competências, pois estas são concentradas no poder central. Já no regime federativo o normal é que as competências sejam compartilhadas, com maior ou menor intensidade. É, portanto, lógico entender-se que no regime federativo o grau de exclusividade vai depender de um balanço entre o exercício da competência privativa e da competência concorrente. Essa ponderação de competências leva em conta a existência de matérias que interajam numa e noutra competência.

O legislar sobre águas não pode ficar isolado do legislar sobre a proteção do meio ambiente; o legislar sobre telecomunicações (por exemplo, sobre ondas eletromagnéticas e antenas para telefones celulares) não pode excluir o legislar sobre a proteção e defesa da saúde. Vêm-se aí típicos casos em que as competências privativa e concorrente devem integrar-se. Uma regra que teria um caráter de norma única, no exercício da competência privativa, passa a ter a característica de norma geral, uma das qualidades da competência concorrente.

Uma razoável interpretação integradora das duas competências nada mais faz do que observar os fins do federalismo que é a união “perpétua e indissolúvel” dos entes federados. Os ideais dos primeiros republicanos devem persistir na busca do bem comum da União, dos Estados e dos Municípios.

Uma visão integradora das normas federais e estaduais, em primeiro plano, vê que, na dúvida de interpretação, não deve prevalecer o isolamento legislativo da União, isto é, não se

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. – 3^a. ed. totalmente revista e ampliada. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. CD-ROM.

⁷ HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Editora Objetiva Ltda. Versão 1.0.dez. 2001. CD-ROM.

deve aplicar rigidamente a competência privativa, mas é razoável o exercício da competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º). A dúvida na partilha da competência no sistema federativo, diferentemente do sistema unitário, deve levar à comunhão no exercício da competência e não à exclusividade da competência.

Na competência concorrente, “a norma geral federal deve deixar espaço para que os Estados e os Municípios exerçam sua competência suplementar. A norma geral federal não pode ser completa, que tudo prevê e tudo dispõe, caso contrário a norma geral converte-se em norma exclusiva ou em norma privativa”⁸.

A Constituição Federal de 1988 ao inserir a competência suplementar, não a conceitua. Adequado pesquisar-se o conceito inserido em Constituições anteriores, como a Constituição Republicana de 1934: “As leis estaduais, nesses casos, poderão atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.” (art. 5º, § 3º).

No federalismo cooperativo, o conceito da Constituição de 1934 continua valendo atualmente, pois a norma federal ambiental não fica adstrita à sua auto-suficiência, mas admite que as normas estaduais possam suprir as lacunas ou deficiências dessa norma federal, sem que se dispensem as suas exigências.

4. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA ADMINISTRAR O MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal diz ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora”. (art. 23). Trata-se da competência de implementar a legislação ambiental, pondo em prática o direito e o dever de tomar as medidas administrativas para prevenir e reparar os danos ambientais, exercendo o controle público através do estudo prévio de impacto ambiental, licenciamento ambiental, monitoramento e auditoria ambientais e aplicação das penalidades administrativas. Em suma, na competência comum do art. 23 CF está o poder de fazer a gestão ambiental e de implementar políticas públicas pertinentes.

⁸ MACHADO, Paulo A. L. Federalismo, Amianto e Meio Ambiente. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Ano II – n. 9 – p. 169-177. out/dez. 2003.

Merece análise o emprego do termo “comum” na locução constitucional “competência comum” do caput do art. 23. Os dicionaristas apontam uma das acepções como “pertencente a todos ou a muitos”⁹ e “que pertence a dois ou a mais de dois, à maioria ou a todos os seres ou coisas”¹⁰. A União, os Estados o DF e os Municípios têm, portanto, os mesmos poderes no tocante à competência nas matérias arroladas no referido art. 23 CF. “Competência comum” significa que a prestação de serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população”¹¹.

A matéria enseja duas questões específicas: qual a norma apta para repartir a competência comum e qual a norma adequada para criar licenças ou autorizações ambientais?

5. A NORMA APTA PARA REPARTIR COMPETÊNCIA

Repartir competências entre os entes federados foi tarefa que a Constituição da República tomou para si. Essa divisão de poderes está presente no título III da Constituição, que trata da Organização do Estado. A legislação infra-constitucional não tem a função de criar competências ou inovar nessa matéria, a menos que a própria Constituição lhe dê essa possibilidade. Duas possibilidades, somente, foram previstas: no art. 22, parágrafo único¹² e no art. 23, parágrafo único da Constituição¹³. Nas duas hipóteses, o instrumento que poderá inovar o já disposto na Constituição é a lei complementar, que deve ser aprovada por maioria absoluta (art. 69 CF).

Não se menosprezam as leis ordinárias, os decretos e as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Evidentemente, cada um desses diplomas tem a função devida. Mas são inócuos e impróprios para repartir as competências dos entes federados. Não podem conceder competência, retirar competência e nem limitá-la. Contudo, têm acontecido essas impropriedades, que mesmo antes de serem declaradas inconstitucionais, merecem ser

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. – 3ª. ed. totalmente revista e ampliada. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. CD-ROM.

¹⁰ HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Editora Objetiva Ltda. Versão 1.0.dez. 2001. CD-ROM.

¹¹ SILVA, José A. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores. p. 273. 2005.

¹² Art. 22, Parágrafo único CF: Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

¹³ Art. 23, Parágrafo único: Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacional.

marginalizadas pelos que têm consciência do valor de um texto constitucional na vida de uma nação.

6. SUGESTÕES PARA UM PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

6.1 As matérias de baixo impacto ambiental e de interesse local devem ser atribuições dos Municípios

“A direção dos assuntos ou negócios de todos pertence a todos, isto é, aos representantes e delegados de todos. O que não interessa senão a uma parcela do todo deve ser decidido por essa parcela: aquilo que não tem relação senão com o indivíduo, somente deve ser submetido ao indivíduo”¹⁴. Há graus de interesse no exercício das competências constitucionais e deve-se buscar a identificação o mais precisa possível do espaço em que esse interesse se situa – privado ou público – e de sua localização territorial.

6.2. Quando houver interesse nacional e interesses estaduais que se interpenetrem é prudente e eficiente que a competência comum seja exercida pela União e pelos Estados.

A busca de resultados benéficos para a coletividade, que é um dos fins do licenciamento ambiental, indica como vantajosa a cooperação, nessa atividade, entre União e Estados. “A administração pública tem de dispor também da capacidade de controlar os ciclos produtivos, as instalações e os projetos, com competência técnica e científica superior à das indústrias, pois com uma competência inferior, tal controle não teria sentido”¹⁵. Não podemos por de lado a desigualdade econômico-financeira dos Estados Brasileiros, o que aconselha que ambas as entidades – União e Estados – respeitando suas respectivas autonomias, possam licenciar usando laboratórios e dados fornecidos somente por uma das instituições. O interesse regional não se isola do interesse nacional e este daquele, observando-se o respeito da independência administrativa e política de cada um dos entes. Quando a vontade destes for a mesma, o licenciamento ambiental será concedido e quando houver discrepância nos

¹⁴ CONSTANT, Benjamin. Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France, 1815, in id. *Écrits politiques*. Marcel Gauchet (éd). Gallimard, 1997, XII, p. 423, apud FELDMAN, Jean-Philippe. Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain. *Revue du Droit Public*. Paris: L.G.D.J. n. 4 p. 879-901. 2006. (tradução nossa).

¹⁵ CONTI, Laura. Política e Ecologia. BOBBIO, Norbert, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 12. ed. 2004, p. 976-980.

entendimentos, o pedido não será deferido, enquanto os impedimentos ou deficiências não estiverem superados.

6.3 Devem ser tomadas medidas especiais de controle social e público nos casos de auto-licenciamento ambiental.

Esse tipo de licenciamento ambiental ocorre quando os órgãos públicos forem licenciar obras ou atividades financiadas pelo próprio ente federado licenciador (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). Exemplifique-se com hipóteses, que devem ser evitadas: a União licenciar sozinha a transposição de rios federais (que banhem diversos Estados), a localização e o funcionamento de portos, estradas e aterros de rejeitos radioativos; os Estados licenciarem com exclusividade as estradas, que necessariamente passem por diversos Municípios; Municípios que queiram licenciar isoladamente depósitos de rejeitos perigosos.

O que se questiona é a impessoalidade ou imparcialidade do ato administrativo, condição indispensável para que esse ato sirva realmente à coletividade (art. 37 CF). Aplica-se aqui a máxima de que ninguém pode ser juiz na causa em que tem interesse. A lei complementar, que deverá regrar a competência comum, haverá de exigir, nesses casos, um duplo ou tríplice licenciamento ambiental, evitando-se um licenciamento deturpado, enfraquecido ou mistificador.

Do julgamento liminar de improcedência

Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso¹

SUMÁRIO: 1. O art. 285-A no sistema do Código de Processo Civil – 2. A destinação do art. 285-A para a solução de conflitos de massa – 3. O devido processo legal e o contraditório – 4. A apelação contra a sentença liminar de improcedência – 5. Sentença liminar e coisa julgada – 6. Outras considerações sobre o art. 285-A – 7. Conclusões

RESUMO

O julgamento liminar de improcedência previsto no novel artigo 285-A, acrescido ao Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, não viola os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Trata-se de dispositivo adequado ao sistema processual vigente e com especial destinação para a rápida solução de demandas atomizadas que envolvam direitos individuais homogêneos. O contraditório é postergado para eventual e futura fase recursal, quando haverá a citação do réu. O julgamento liminar de improcedência decide o mérito com cognição exauriente e recebe os efeitos da coisa julgada material em relação ao autor. Quanto ao réu, os efeitos da coisa julgada material serão sentidos somente na hipótese da apelação interposta ser rejeitada.

Palavras-chaves: julgamento liminar de improcedência; constitucionalidade; contraditório; devido processo legal; direitos individuais homogêneos; coisa julgada; apelação.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná, Especialista em direito processual civil pela Universidade Federal do Paraná, Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina, Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Londrina.

1. A inserção do art. 285-A no sistema do Código de Processo Civil.

O art. 285-A, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277 de 07/02/2006, parece ser o que tem suscitado maiores controvérsias dentre todas as recentes alterações.

A polêmica em torno do novo dispositivo legal, que permite ao juiz declarar de plano a improcedência do pedido, dispensada a citação do réu, quando a matéria deduzida na inicial for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos, pode ser justificada, em grande parte, pelo fato dele ser, aparentemente, conflitante com o sistema do CPC.

O Código de Processo Civil de 1973, fruto do projeto do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, consistiu na normatização da dogmática.

Na evolução histórica do direito processual, na fase da autonomia do direito processual em relação ao direito material, foi criado um sistema de princípios e regras processuais que caracterizaram a dogmática.

Fiel à ciência processual dogmática, o nosso Código de Processo Civil adotou a *ordinariedade*, isolou as funções jurisdicionais e consagrou a *cognição exauriente*, com amplo contraditório em todas as fases do procedimento, para que a sentença declarasse a certeza do direito²

A vinculação à dogmática foi expressamente confessada na exposição de motivos apresentada por Alfredo Buzaid para justificar a separação das funções jurisdicionais de conhecimento, de execução e cautelar.

A *ordinariedade* implicou a adoção de um rito padrão, o procedimento ordinário, para todas as espécies de pretensões, sendo que os procedimentos especiais foram relegados ao Livro IV do CPC.³

A *ordinariedade*, com amplo contraditório em todas as fases procedimentais, visa a permitir que o Estado Juiz declare o direito e que esta declaração receba certificação de coisa julgada, tornando-se imutável.

O isolamento das funções jurisdicionais era patente na versão original do CPC, onde o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar estavam separados

¹ A sentença poria fim ao processo, não permitindo a prática de atos executórios no processo de conhecimento, recebendo a certificação da coisa julgada, consoante redação primitiva do artigo 463 e art. 467.

³ O procedimento sumário, denominado *sumaríssimo* quando da entrada em vigência do CPC, possui apenas um rito mais célere, mas também alberga um contraditório amplo e *cognição exauriente*.

em livros distintos, sinalizando que no processo de conhecimento não haveria atos executivos e acautelatórios, e que nos processos de execução e cautelar não haveria conhecimento (declaração de direito).⁴

Outra característica decorrente da dogmática presente no nosso Código de Processo Civil é sua natureza individualista.

O Código de Processo Civil de 1973 se prestou a fornecer um instrumental que permitisse ao Estado solucionar os conflitos de interesses subjetivos entre autor e réu (*lide*).

Não obstante nascido em uma época em que o Brasil já se apresentava como uma sociedade industrial e urbana, o Código de Processo Civil não incorporou mecanismos para a solução de conflitos de massa, o que somente veio a ocorrer de forma efetiva com o Código de Defesa do Consumidor de 1990.⁵

Nesse contexto, não é de se estranhar que um dispositivo legal que, aparentemente, rompe com os paradigmas da *ordinariedade*, da *cognição exauriente*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, e que foi inserido em um diploma que tutela direitos subjetivos individuais, cause tanta discussão.

2. Da destinação do art. 285-A para a solução de conflitos de massa.

Ao dispor que o julgamento de improcedência do pedido deduzido na inicial poderá ser proferido *initio litis*, dispensada a citação do réu, quando já houver sido proferida sentença de total improcedência *em outros casos idênticos*, o art. 285-A do CPC deixa evidenciar que sua aplicação destina-se, primordialmente, àquelas hipóteses em que um determinado ato ou fato atinja a esfera jurídica de um número indeterminado de sujeitos.

Estes sujeitos que se sentirem lesados, ou ameaçados de lesão, poderão buscar a proteção de seus direitos subjetivos e deduzir suas pretensões perante o Judiciário em demandas individuais autônomas.

Fácil concluir que é no âmbito dos denominados direitos individuais homogêneos que o novel art. 285-A terá campo fértil de aplicação.

⁴ O isolamento das funções jurisdicionais foi rompido inicialmente com a introdução da técnica de antecipação dos efeitos da tutela operada pela Lei nº 8.952/94, que permitiu atos executórios no âmbito do processo de conhecimento, e restou definitivamente sepultada com a Lei nº 11.232 de 22/12/2005 que tornou a execução da sentença condenatória uma fase do processo de conhecimento.

⁵ Embora a Lei de Ação Civil Pública também tutelasse direitos e interesses coletivos e difusos, foi com o microsistema criado a partir do CDC que a ação civil pública passou a ser utilizada em larga escala e com maior efetividade.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, os direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles que decorrem de uma origem comum.

Consoante escólio de WATANABE et al (2001, p. 745 e 746), a origem comum pode ser de fato ou de direito, próxima ou remota.

Diz o autor que a origem comum não exige uma unidade fatural ou temporal, podendo decorrer de um fato que se prolongue no tempo e que se manifeste em diversos lugares, como o exemplo de uma propaganda enganosa de um produto nocivo que venha a causar danos em um número indeterminado de consumidores.

A origem comum próxima estaria na hipótese de vítimas da queda de uma aeronave; remota ou mediata seria o caso de um dano à saúde imputado a um produto potencialmente noviço, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto.

Outras situações que podem originar direitos individuais homogêneos encontram-se no âmbito do direito administrativo, do direito previdenciário, do direito do trabalho e do direito tributário.

Um tributo instituído por um determinado ente federativo ou um ato administrativo de autoridade que venha a ser reputados ilegais podem ensejar um sem número de ações individuais.

Não obstante no âmbito do direito do consumidor o do direito administrativo o micro sistema formado pelo CDC e pela Lei de Ação Civil Pública permitam o uso da ação coletiva, não há vedação às ações individuais (art. 103, §§ 1º, 2º e 3º do CDC), que poderão ser ajuizadas em larga escala.⁶

É justamente nestas situações de direitos individuais homogêneos, em que a matéria debatida for unicamente de direito e em que hajam reiteradas decisões de improcedência total, que o julgamento com base no art. 285-A do CPC poderá ser aplicado com maior ênfase.

É esta a razão pela qual alguns comentaristas defendem que a nova regra deveria ter sido acrescida ao Código de Defesa do Consumidor ou à Lei de Execução Fiscal, e não ao Código de Processo Civil onde já há a previsão de julgamento antecipado da lide quando a matéria controvertida for unicamente de direito (art. 330 do CPC).

⁶ O art. 1º, § ún. da Lei de Ação Civil Pública veda sua utilização para veicular pretensões que envolvam matéria tributária.

Contudo, a norma em comento não se destina unicamente às ações que versem sobre questões tributárias a justificar sua inclusão na Lei nº 6.830/80 ou no Código Tributário Nacional.

De seu turno, o Código de Defesa do Consumidor dispôs sobre as ações coletivas, remetendo ao Código de Processo Civil a disciplina das ações individuais (art. 90).

Não obstante se afirme que é no âmbito dos direitos individuais homogêneos que o art. 285-A encontrará terreno fértil, isto não significa que não possa ser aplicado em outras hipóteses de casos idênticos, mas que não decorram de uma origem comum.

Imagine-se que uma determinada tese jurídica versando sobre alguma modalidade de contrato ganhe repercussão e que diversas ações judiciais passem a ser ajuizadas. Firmado pelo juízo o entendimento de sua improcedência, após o julgamento de casos idênticos seria possível a incidência da regra do art. 285-A.

Assim, para que a regra do julgamento de improcedência *initio litis* possa ser invocada em todos os ramos do direito cível (civil, consumidor, previdenciário, tributário, administrativo, empresarial), tem-se como correta sua inserção no Livro I do Código de Processo Civil.

3. Do devido processo legal e do contraditório.

Muitas são as vozes que reputam o art. 285-A inconstitucional por violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal, argumento este que, inclusive, serve de fundamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 11.277/2006 ajuizada pela OAB.

Abstraindo-se um possível interesse corporativo⁷, os argumentos invocados pelos defensores da referida inconstitucionalidade não procedem.

Em primeiro plano é preciso destacar que mesmo antes da Lei nº 11.277/2006 o Código de Processo Civil já albergava hipóteses de julgamento de mérito antes da citação do réu.

Assim ocorria quando, ao examinar a inicial, o juiz proferia sentença de improcedência declarando a decadência ou a prescrição (art. 295, IV).

Apesar do Código de Processo Civil ter adotado a teoria eclética de Liebman sobre as condições da ação, cada vez mais ganha campo a tese de que a ilegitimidade de parte e a

⁷ Como o julgamento liminar ocorre sem a citação do réu, não haverá condenação do autor no pagamento de honorários advocatícios.

impossibilidade jurídica do pedido reportam-se ao mérito da causa⁸, de sorte que também haveria julgamento de improcedência *inaudita altera pars* quando o juiz indeferisse a inicial com fulcro no art. 295, II e 295, § ún., III.

Logo, a possibilidade de prolação de sentença de improcedência antes da citação do réu se amolda perfeitamente ao nosso sistema processual civil.

Conforme exposto supra, o julgamento de improcedência *initio litis* terá especial importância no âmbito dos direitos individuais homogêneos.

Da homogeneidade e da origem comum decorre o fato destas ações, quando ajuizadas em larga escala, dirigem-se contra um réu comum, que será devidamente citado em cada juízo, quando do ajuizamento das primeiras demandas.⁹

Nesta senda, antes que o julgamento liminar do art. 285-A possa ser utilizado pelo juízo, outras ações idênticas contra o mesmo réu já terão sido ajuizadas, contestadas e julgadas improcedentes.

Este réu comum terá, portanto, exercido o contraditório e o direito de defesa.

O julgamento liminar virá em seu favor, evitando o dispêndio de tempo, energia e dinheiro com a citação, contratação de advogado e apresentação de uma defesa padronizada, cujos argumentos já foram conhecidos e acolhidos pelo juízo para o julgamento de improcedência das ações precedentes.

Mesmo fora do âmbito dos direitos individuais homogêneos em que os casos idênticos envolvam partes diversas, não se vislumbra a pretensa inconstitucionalidade.

⁸ O Prof. Ovídio Baptista da Silva exemplifica que na ação proposta pelo falso credor, a sentença que declara a ilegitimidade ativa decide o mérito daquela lide, pois a relação jurídica existente entre o verdadeiro credor e o devedor constitui um novo e completamente distinto “conflito de interesse”, *in verbis*: “Daí porque a questão da legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*), definida como a pertinência ao autor (legitimação ativa) e ao réu (legitimação passiva) real e efetiva da relação jurídica *afirmada* como existente, é *questão de mérito* e a sentença que declarar inexistente a legitimidade do falso credor, decidirá, com força de coisa julgada sua pretensão face ao réu... Dizer o juiz, em sua sentença, que o falso credor realmente o é, não significa apenas afirmar que ele não é titular da relação jurídica material existente entre o verdadeiro credor e o devedor. Significa – afirmar que ele – o falso credor – não tem direito, nem pretensão e menos ainda ação (de direito material), contra o réu. O falso credor realmente *carece de ação*, por carecer de qualquer direito! Afirmar-se que a sentença que o declara sem ação (carecedor de ação) contra o réu, não julga a lide, é tentar puxar para o processo dele a relação jurídica existente entre o credor verdadeiro e o réu, na suposição de que de o *mérito daquela outra lide* pudesse ser decidido nesta causa. A sentença que declara o falso credor parte ilegítima *ad causam*, fará coisa julgada material contra ele e, naturalmente, a seu favor; e também contra a outra parte, que ficará impedida igualmente de rediscutir a questão em processo posterior, em que ambas novamente se envolvam, como partes.” (BAPTISTA, 1998, p. 241 e 242).

⁹ Podemos imaginar os seguintes exemplos: a empresa que teria promovido uma propaganda enganosa; o ente federativo que teria instituído um tributo inconstitucional; a pessoa jurídica de direito público que não teria repassado um reajuste previsto em lei; uma empresa que teria causado lesão aos seus empregados; a entidade autárquica que não teria implantado determinado benefício; a instituição financeira que estaria cobrando encargos ilegais.

Entendido o contraditório como o direito do réu de não ter sua esfera jurídica, seu patrimônio material e imaterial atingido por ato judicial, sem que lhe seja assegurada a possibilidade de ter ciência da demanda contra si proposta, de influir na formação da convicção do juiz através da apresentação de seus argumentos e de participar do processo com igualdade de armas em relação ao autor, é possível afirmar que o art. 285-A do CPC não viola o princípio da bilateralidade da audiência.

Refere Marinoni, com fundamento em Cândido Rangel Dinamarco, que “a defesa constitui, fundamentalmente, direito às alegações e provas que possam influenciar o espírito do julgador, ou, ainda, na possibilidade efetiva de agir em juízo para fazer valer as próprias razões”. (MARINONI, 1993, p. 143)

Ora, se o art. 285-A restringe a possibilidade de julgamento liminar aos casos de total improcedência da pretensão do autor, a supressão da oportunidade de defesa, ou seja, da possibilidade do réu influenciar o convencimento do juiz não acarreta nenhum prejuízo.

Sem diminuir a importância do princípio do contraditório, deve-se ter em mente que o processo civil moderno é regido pelo princípio da instrumentalidade, segundo o qual se deve buscar o máximo de resultado com o menor dispêndio de atos e de tempo.

Nas palavras de Alfredo Buzaid, o processo deve ter tantos atos quantos sejam necessários para dar razão a quem efetivamente a tem.

Assim, diante de inúmeras demandas que versam apenas matéria de direito, com fundamento e pedido idênticos, já julgadas totalmente improcedentes, é razoável permitir que o juízo julgue liminarmente as novas ações repetitivas que lhe forem distribuídas.

Do julgamento de mérito *inaudita altera pars* não resulta nenhum prejuízo para o réu, na exata medida em que sua citação e a oportunidade de contestação são dispensáveis para que o juízo dê razão a quem efetivamente a tem, no caso o próprio demandado.

O argumento de que o art. 285-A ofenderia o princípio do devido processo legal ao impedir o reconhecimento do pedido e a reconvenção ou pedido contraposto também não merece guarida.

Eventual pretensão que o réu pudesse exercer pela via reconvenicional ou através de pedido contraposto, poderá ser objeto de ação autônoma.

Quanto ao reconhecimento do pedido, o julgamento de improcedência não obsta que o réu satisfaça a pretensão do autor extrajudicialmente.

Proferida a sentença liminar de improcedência, o autor poderá apelar, abrindo-se ao juiz duas alternativas: exercer o juízo de retratação para receber a inicial e dar prosseguimento à ação ou manter a sentença.

Em qualquer destas hipóteses haverá a citação do réu e a formação completa da relação processual.

4. Da apelação contra a sentença liminar de improcedência.

Da sentença liminar de improcedência cabe apelação com possibilidade de juízo de retratação.

Interposta a apelação e exercido o juízo de retratação positivo, a demanda seguirá seu curso normal.

Ao inverso, mantida a sentença liminar de improcedência, o réu deverá ser citado para apresentar contra razões ao recurso – art. 285-A, § 2º.

Cientes, autor e réu, de que o art. 515, § 3º do Código de Processo Civil autoriza o tribunal a julgar desde logo a lide quando a causa versar sobre questão exclusivamente de direito, as razões de apelação e as contra razões deverão, além de abordar os pressupostos para o julgamento liminar pelo juízo de primeiro grau (matéria controvertida unicamente de direito e julgamento de total improcedência de casos idênticos anteriores), versar também sobre o mérito.

O réu, por força do princípio da eventualidade presente no art. 330 do CPC, deverá alegar nas contra razões todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, inclusive as preliminares do art. 301 e as exceções de incompetência, impedimento e suspeição (art. 304). Estas também poderão ser invocadas pelo autor em suas razões recursais.

De igual forma, deverá o réu instruir as contra razões com os documentos que dispuser.

Com a resposta do apelado, deve ser permitido ao juiz exercer novamente o juízo de retratação, evitando-se que os autos subam desnecessariamente ao tribunal, o que viria em prejuízo dos escopos da instrumentalidade e da celeridade da atividade jurisdicional.

Convicto do acerto quanto ao julgamento liminar, como na fase recursal não há previsão de impugnação pelo apelante, caberá ao juízo de primeiro grau remeter os autos ao tribunal.

O relator, ao examinar as contra razões, deverá assegurar ao apelante o direito de se manifestar sobre fatos modificativos, impeditivos ou extintivos eventualmente argüidos pelo

réu-recorrido (art. 326), sobre as preliminares (art. 327) e sobre os documentos que acompanham as contra razões (art. 398), em respeito ao contraditório.

Na segunda, instância poderá ser reconhecido que a matéria debatida não é exclusivamente de direito, hipótese em que a sentença deverá ser anulada e os autos baixados para seu normal andamento. As contra razões farão às vezes de contestação e não haverá necessidade de nova citação.

Quando o tribunal entender que a ação em mesa não guarda identidade com as demandas anteriores consideradas pelo juízo de primeiro grau para o julgamento liminar de improcedência, abre-se duas possibilidades.

Se a questão debatida exigir instrução, a sentença deverá ser cassada e os autos devem retornar ao juízo de primeiro grau para seu regular processamento.

Não caberá ao tribunal proceder a instrução do feito, pois não se aplica aqui a regra do art. 560, § ún. do CPC, restrita ao saneamento de nulidade relativa.

Entretanto, embora ausente a identidade com os casos anteriores, se a matéria controvertida for unicamente de direito¹⁰, o mérito deverá ser julgado pelo tribunal com supedâneo no art. 515, § 3º do CPC. Trata-se da aplicação do princípio *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Este julgamento poderá ser de procedência total, de procedência parcial ou de improcedência.

Entendendo o tribunal que o feito efetivamente comportava o julgamento liminar, poderá confirmar a sentença ou reformá-la integral ou parcialmente.

Ressalte-se que o julgamento poderá ser proferido exclusivamente pelo relator nos casos do art. 557 do CPC.

Em qualquer destas situações de julgamento pelo tribunal não haverá ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, uma vez que ao apelar e ao contra arrazoar, autor e réu estarão cientes de que o tribunal está autorizado pelo art. 515, § 3º do CPC a julgar o mérito.

A possibilidade do tribunal julgar a lide decorre da própria exigência de citação do réu estabelecida no parágrafo segundo do art. 285-A, exigência esta que não existe no caso de indeferimento da inicial sem julgamento de mérito (art. 296, § ún.).

Contudo, não se deve olvidar da ressalva contida na parte final do parágrafo terceiro do art. 515.

¹⁰ Se houver matéria de fato que não exige outras provas além da documental já produzida pelas partes, deverá haver o julgamento da lide.

O julgamento do mérito pelo tribunal somente deve ocorrer quando a causa estiver em condições de imediato julgamento.

Logo, se alguma preliminar (art. 301) ou a exceção de incompetência carecer de instrução, a solução será a anulação da sentença e retomada do procedimento em primeira instância.

No caso de ser invocado o impedimento ou a suspeição, caberá ao tribunal converter o julgamento em diligência para que o juiz que proferiu a sentença informe se reconhece ou não o impedimento ou a suspeição. Em caso afirmativo, a sentença será anulada e os autos remetidos ao substituto legal. Em caso negativo os autos retornarão ao tribunal.

Caso o direito debatido seja disponível, o réu poderá reconhecer a procedência do pedido em sede de contra razões.

Nesta situação caberá ao tribunal reformar a sentença para homologar o reconhecimento do pedido.

5. Da coisa julgada.

A sentença liminar de improcedência enquadra-se no art. 269, I do CPC e fará coisa julgada formal e material quando irrecorrida.

Não obstante a ausência de citação do réu, o julgamento liminar será proferido com cognição exauriente baseado em precedentes idênticos.

Verificado o trânsito em julgado da sentença, a lide não mais poderá ser rediscutida em outra ação judicial.

Observe-se, porém, que a extensão subjetiva da coisa julgada se projetará unicamente em relação ao autor.

Diz o artigo 472 do CPC que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada.

O conceito de parte é eminentemente processual.

Segundo Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.

Contudo, o réu somente se torna parte quando a relação processual linear entre autor e juiz se angulariza, o que se dá com a citação.

Consequentemente, o réu que não foi citado não integra a relação processual e não será atingido pela coisa julgada material.

Este réu será beneficiado pela coisa julgada, mas não estará sujeito aos seus efeitos¹¹.

Quando o julgamento da lide for proferido pelo tribunal nas hipóteses já abordadas, a coisa julgada incidirá sobre autor e sobre o réu, na medida em que terá havido a citação.

6. Outras considerações sobre o art. 285-A.

É certo que antes da contestação não há matéria controvertida no processo, o que indica a falta de técnica na redação da norma legal.

Para que o juiz se valha do art. 285-A basta que a matéria alegada pelo autor na inicial seja unicamente de direito.

Apesar do texto legal exigir que a matéria seja unicamente de direito, é possível que em alguns casos haja o julgamento liminar de improcedência quando a matéria de fato for provada por documento que acompanhe a inicial.

Assim poderá ocorrer, por exemplo, quando a prova documental for sobre a legislação local tida por ilegal ou inconstitucional (art. 337, CPC) ou quando o documento se destinar a provar o vínculo com o requerido (beneficiário do INSS, empregado de uma empresa, cliente de uma instituição financeira).

A sentença liminar somente pode ser proferida em caso de total improcedência.

Havendo cúmulo de pedidos, apenas se todos forem improcedentes poderá haver o julgamento *inaudita altera pars*, ficando vedada a decisão de improcedência de um pedido e a continuidade da ação em relação aos demais.

A regra do julgamento liminar de improcedência é dispositiva, e não imperativa.

Significa dizer que o juiz não está obrigado a proferir sentença liminar, ainda que a matéria seja unicamente de direito e em outros casos idênticos tenha proferido sentença de total improcedência.

Consequentemente, não terá o réu direito a recurso no caso do juiz deixar de proferir sentença liminar e determinar sua citação.

¹¹ “Proferida sentença de indeferimento liminar da petição inicial (CPC 295), pronunciando a decadência (CPC 269 IV), há declaração de que o autor já não mais possui aquele direito que pretende haver em juízo. Essa sentença que declara a decadência faz coisa julgada para o autor, que não pode mais repropor a mesma ação contra o réu. Este não participou do processo, mas é beneficiado pela coisa julgada, pois é terceiro interessado, atingido pela eficácia *erga omnes* da coisa julgada versando matéria de ordem pública, como é o caso da decadência.” (NERY e NERY, 2003, p. 808).

Na mesma linha, não há o efeito vinculante da sentença, ou seja, o fato do juiz ter julgado totalmente improcedentes demandas idênticas não impede que altere seu entendimento para acolher a pretensão do autor parcial ou integralmente.

Havendo a anulação da sentença pelo tribunal para que a demanda seja processada, nada obsta que o juiz mantenha a decisão de improcedência quando vier a julgar novamente a lide. A prolação de duas sentenças idênticas pelo mesmo juiz já ocorre quando, por exemplo, o tribunal cassa a primeira decisão por cerceamento de defesa e, complementada a instrução, o juiz não altera sua convicção.

Por “casos idênticos” devem ser entendidas ações com identidade de pedido mediato e de causa de pedir.

Causa de pedir idêntica deve ser interpretada como tese jurídica idêntica.

É natural que advogados diversos, quando proponham ações versando sobre a mesma matéria, produzam petições iniciais dessemelhantes. Contudo, a diversidade de argumentos para a defesa de uma mesma causa de pedir não impede que o juiz, convencido da impertinência das teses, valha-se do art. 285-A do CPC para proferir sentença liminar de improcedência.

Pode ocorrer que em uma demanda a parte apresente uma causa de pedir para fundamentar sua pretensão. Em outra demanda, com autor distinto e idêntico pedido mediato, repete-se a mesma causa de pedir e acrescenta-se outra. O juiz poderá proferir sentença liminar de improcedência nestas demandas, se em ações pretéritas já houver apreciado e refutado todas as teses. Se alguma das causas de pedir for inédita, deverá proceder a citação do réu.

Nesta seara, não se pode olvidar que, embora o juiz deva examinar todos os fundamentos relevantes deduzidos na inicial, ele não está obrigado a rebater, um a um os argumentos utilizados pelo autor, quando as razões de decidir adotadas bastem para justificar a conclusão do *decisum*.

Quanto ao pedido, deve ser admitido o julgamento liminar quando o pedido imediato, ou seja, a prestação jurisdicional buscada não seja idêntica à de outras demandas. Suponha-se a existência de diversas ações que postulem a condenação do Município a conceder um reajuste de vencimentos, todas julgadas improcedentes. Ajuizada uma ação com os mesmos fundamentos de fato e de direito, mas em que se peça apenas a declaração de que o reajuste é devido, não haverá óbice para o julgamento de improcedência *initio litis*.

Quanto às partes, se houver identidade nos pólos ativo e passivo estar-se-á diante das hipóteses de litispendência ou de coisa julgada, mas cumpre lembrar que nos casos de direitos individuais homogêneos a parte demandada poderá ser a mesma das ações pretéritas já julgadas.

Ao referir “outros casos idênticos”, a lei reclama a existência de mais de uma demanda em que tenha sido proferida sentença de total improcedência.

É recomendável que antes de se valer do art. 285-A o juiz já tenha julgado um número razoável de ações, especialmente quando os autores forem representados por advogados distintos, o que permitirá aquilatar com segurança se os pedidos e os fundamentos são efetivamente idênticos.

Por outro lado, não exige a lei que a decisão do juiz esteja em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

Entretanto, deve o juiz evitar julgar com base no art. 285-A do CPC quando seu entendimento confrontar súmula ou jurisprudência dominante, uma vez que fatalmente sua decisão seria anulada ou reformada, o que viria de encontro com o escopo de celeridade da prestação jurisdicional.

De outro lado, exigir do juiz que somente se valha do art. 285-A quando o julgamento estiver em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante reduziria em muito o emprego do julgamento liminar de improcedência.

Isto porque na prática forense é comum que ações idênticas passem a ser ajuizadas em determinada época, mormente quando o direito invocado tem origem comum (direitos individuais homogêneos). As primeiras ações serão processadas normalmente pelo juízo até serem julgadas na forma do art. 330 do CPC.

Até que os recursos cheguem aos tribunais, principalmente aos tribunais superiores, e se forme uma jurisprudência dominante ou a questão venha a ser sumulada, a maior parte das ações já terá sido ajuizada e processada, de sorte que em poucas demandas retardatárias seria possível o julgamento liminar.

Assim, tão logo o juiz tenha refletido suficientemente sobre a matéria posta em juízo e formado sua convicção, poderá passar a julgar improcedentes as ações idênticas sem necessidade de citação do réu.

Outro dado importante é que o art. 285-A se aplica no juízo (vara) em que já tenha sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Isto permite que o juiz substituto ou o juiz designado que venha a atuar em determinado juízo, com base no julgamento de improcedência de casos idênticos proferidos pelo juiz titular da vara, prolate sentenças de improcedência sem a citação do réu.

Em contra partida, o juiz que julgava improcedente determinado tipo de demanda, quando removido ou promovido para outro juízo, ainda que na mesma comarca, não poderá aplicar a regra do art. 285-A, salvo se o juiz anterior comungasse do mesmo entendimento.

Por fim, proferida a sentença liminar, se não houver recurso por parte do autor, é de rigor que o cartório intime o réu na forma do art. 219, § 6º do CPC, dando-lhe ciência da ação e da sentença proferida.

7. Conclusões.

O julgamento liminar de improcedência não rompe com o sistema do Código de Processo Civil, na medida em que este já ocorria quando o juiz indeferia a inicial com fundamento na decadência, na prescrição, na ilegitimidade de parte ou na impossibilidade jurídica do pedido.

A maior incidência do julgamento de improcedência antes da citação do réu deverá ocorrer no âmbito dos direitos individuais homogêneos, onde é comum o ajuizamento em larga escala de ações com o mesmo pedido e causa de pedir, não obstante possa ser aplicado em outras situações em que também se verifique a propositura de inúmeras demandas idênticas.

O julgamento liminar não viola o princípio do devido processo legal e do contraditório, uma vez que somente pode ser proferido para a improcedência total do pedido e tem por pressuposto o julgamento anterior de casos idênticos.

Havendo recurso contra a sentença liminar, angulariza-se a relação processual para permitir a participação efetiva do réu.

O tribunal poderá anular a sentença quando não estiverem presentes os requisitos para o julgamento liminar. Presentes os requisitos, o tribunal confirmará ou reformará a sentença, ainda que parcialmente.

Ainda que a ação posta em juízo não seja idêntica às demandas anteriores, o tribunal poderá julgar o mérito na forma do art. 515, § 3º.

O julgamento no tribunal poderá ser proferido pelo relator nas hipóteses do art. 557 do CPC.

A sentença liminar de improcedência julga o mérito e faz coisa julgada material. Se não houver recurso, a coisa julgada não atingirá a pessoa do réu.

Em casos excepcionais é possível o julgamento liminar de improcedência quando os fatos afirmados pelo autor estiverem provados pelos documentos trazidos com a inicial.

A regra do julgamento liminar de improcedência é dispositiva e o juiz pode rever seu entendimento para acolher a pretensão do autor.

Não é possível a prolação de sentença liminar de improcedência parcial.

A identidade de casos pressupõe a identidade do pedido mediato e da causa de pedir.

A lei não determina o número de ações idênticas que devem ser julgadas para permitir o julgamento liminar. Antes de se valer da regra do art. 285-A o juiz deve julgar um número razoável de ações que lhe permitam formar com segurança a convicção sobre a matéria.

Para o julgamento de improcedência *initio litis* não se exige a formação de jurisprudência dominante ou que a matéria esteja sumulada. Contudo, deve o juiz evitar o julgamento liminar quando seu entendimento contrariar súmula ou jurisprudência dominante.

O art. 285-A aplica-se ao juízo (vara) e não ao juiz.

Se o autor não apelar da sentença liminar, o réu deverá ser informado da existência da ação na forma do art. 219, § 6º do CPC.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1: Processo de Conhecimento.

CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução por: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RADAMÉS DE SÁ, D. M. e PIMENTA, H. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 133, p. 136-149, março 2006.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso Avançado de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AS CLÁUSULAS GERAIS E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS

Ruy Alves Henriques Filho¹

INTRODUÇÃO - 1. AS CLÁUSULAS GERAIS - 1.1 A AUSÊNCIA DE “MODELO” - 1.2 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS - 1.3 AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS - 2. EXEMPLOS DE CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL - 2.1 A UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS - 2.2 A SOFISTICAÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DO JUIZ - CONCLUSÃO PESSOAL – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É justamente em época de questionamentos em face do papel do Poder Judiciário perante a sociedade, em especial sua eficácia como instituição mantenedora da paz social pela justa distribuição da jurisdição, que surgem mecanismos legislativos destinados a viabilizar a concreção de normas abertas, em homenagem à efetividade das medidas judiciais, levando em estima os direitos fundamentais.

Em geral, perquire-se o papel clássico da jurisdição, notadamente, quanto ao seu significado etimológico, no sentido de dizer o “direito”, via provocação do órgão julgador pelos detentores de pretensões resistidas. Então, descerra-se a nova face da jurisdição no Estado Constitucional, de modo a permitir a leitura principiológica da tarefa do juiz, após o fim do positivismo e legalismo jurídico.

O pluralismo das normas fundamentais inseridas expressamente, ou não, na Constituição Federal, dá o tom da necessária releitura da atividade controladora da constitucionalidade das normas pelo juiz. O magistrado está autorizado a julgar o caso concreto, utilizando-se das ferramentas legislativas próprias, a fim de eliminar a inconstitucionalidade e a inadequação eventualmente presentes em lei-infraconstitucional,

¹ O autor é Juiz de Direito dos Juizados Especiais da Comarca Regional de Piraquara/PR. Especialista em direito público e Mestre em Processo Civil pela UFPR. Docente da Unicuritiba e da Escola da Magistratura do Paraná.

posto que neste contexto, tornam-se violadoras da norma maior, ferindo o princípio da proibição de insuficiência.

A jurisdição do neoconstitucionalismo deve permitir a convivência de direitos fundamentais, de forma que o magistrado se valha das técnicas de interpretação conforme, bem assim da declaração parcial de nulidade sem redução do texto legal, na intenção de criar ou adequar a norma jurídica inexistente ou inadequada a partir da interpretação de acordo com a Constituição Federal e da aplicação do controle da constitucionalidade desde o primeiro grau de jurisdição; para isso, o julgador se servirá do princípio da proporcionalidade, com intuito de estabelecer uma decisão em caso de colisão dos direitos fundamentais, tudo em prol da efetividade da sua medida.

Sempre haverá aquele que pretenda ver a atuação do Poder Judiciário de modo previsível, calculado e não integrativo ao sentimento da norma fundamental, proporcionando, ao seu especulador, “segurança jurídica” em detrimento ao clamor da efetividade da jurisdição e sua temporariedade.

A conclusão pela efetividade da jurisdição como obrigação – prestação do Estado Social, é determinada pela norma constitucional inserta no campo dos direitos fundamentais. Destarte, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela correlata ao direito material e, principalmente, à realidade social.²

Demais disso, encontraremos a indicação que a tarefa jurisdicional necessária somente será efetivada, em diversos casos, pela atividade executiva do julgador, via uso de normas processuais abertas; aí, sim, ele deferirá execução de suas decisões, maior efetividade, menor restrição e a esperada adequação que o caso concreto determina.

Neste quadrante, eis que as cláusulas gerais se tornam ferramentas especiais do direito (traduzido como integridade), quando nas mãos de operadores do direito; assim, natural concluir que os mecanismos positivados destinados a contribuir para a efetividade do processo, de modo algum, prescindem de uma leitura constitucional para seu manuseio. A concreção da norma aberta, é fato, liga, umbilicalmente, o exercício do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, seja no seu aspecto de complementaridade via decisão judicial, seja pela justa dinamização do tempo de duração do processo.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 58.

Parece-nos de bom alvitre, examinar as cláusulas gerais de conteúdo material e processual, apontando não só suas formas de implicação no caso concreto, mas, também seus parâmetros limitadores. Desta feita, restará ao sujeito do direito, a missão de encontrar os meios adequados e modernos para fazer o controle da atividade do julgador, o qual, na atualidade, desempenha seu papel com alto grau de subjetividade no que respeita à análise do caso concreto.

1. AS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais são compreendidas como uma novel modalidade legislativa, a qual impõe o preenchimento de suas lacunas pelo juiz, como se considerássemos a norma jurídica oriunda do exercício da interpretação e corolário da “atividade judicial criadora”.³

Com o advento do novo Código Civil e das reformas sofridas pelo Código de Processo Civil, a presença de um método eficaz para a socialização do Poder Judiciário se torna exigência legislativa obrigatória. As cláusulas gerais, ou, de conteúdo indeterminado, proporcionam a necessária coexistência entre o texto legal e as práticas sociais.

O surgimento das cláusulas gerais no texto do Código de Processo Civil, em especial, nos artigos 915, 461, 273 e 285 – A, esta última introduzida pela Lei n.º 11.277, datada de 7 de fevereiro de 2006, e em muitos outros, conferem ao operador do direito uma série de dificuldades no momento da exegese e da aplicação da nova modalidade legislativa. Para o julgador, surge a responsabilidade de adequar o modelo aberto à realidade de cada caso, sempre buscando interferir na realidade dinâmica dos fatos e atos jurídicos, bem como na verificação da prova judicial. Com a amplitude de medidas e interpretações construtivas, conseqüentes do novo sistema, sugere o legislador uma forma de modernizar o corpo de normas civis e processuais, adequando-as à realidade por intermédio da concreção.

Ao parafrasear o saudoso professor Miguel Reale, em homenagem aos princípios da eticidade, socialidade e operalidade, citamos, nesta fase, somente alguns artigos de conteúdo aberto, quais sejam: 113, 187, 422, 421, 423, 575, 720, 1.238, 1.239, 1.240, 1.242,

³ Ver ainda: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **A cláusula geral específica da inversão do ônus da prova e seu momento processual de efetivação**. 2003. Monografia de conclusão de curso (Especialização em Responsabilidade Civil e Consumo) - Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 2003.

1.228, todos do Código Civil, anotados pelo codificador-reformador, conforme seu pronunciamento na Academia Paulista de Letras, em 29.11.2001.⁴

No entanto, o mencionado saudoso cultor do direito deixou de precisar onde ou como serão aplicadas as disposições legais, dando ensejo, inclusive, a um possível descompasso entre a intenção da norma (fonte legislativa inicial) e a sua interpretação pelas mãos do julgador.

Tal hipótese pode até trazer uma seqüência de questionamentos e indefinições para os juristas, que sem saberem qual será o destino tomado pelo julgador, sequer poderão prever o desfecho de uma questão posta em juízo.

A idéia de cláusula geral não é muito recente, mas dentro do cenário brasileiro jamais foi tão longe sua implementação legislativa e sua força de incidência processual; aliás, como ferramenta de implementação da eficácia dos direitos fundamentais dentro do processo civil, tampouco foi abordada.

A utilização das cláusulas gerais processuais está inserida na idéia de jurisdição constitucional e é corolário do neoconstitucionalismo e da supremacia dos direitos fundamentais, haja vista o vigente ordenamento infraconstitucional. O processo que segue a jurisdição constitucional deverá ser controlado e conformado de acordo com a ordem suprema, de modo que a aplicação das normas de conteúdo indeterminado seguirá, também, os princípios constitucionais maiores.

Na medida em que o legislador abre a discussão sobre a forma de composição e integração da norma aberta em relação à realidade dos autos, está claramente fazendo uma opção pela modernização do corpo normativo, sem, contudo, dar ao julgador e intérprete, o *status* de criador.

E mais: o juiz não estaria criando porque concentraria sua tarefa na abertura conscientemente proporcionada pelo efetivo e real criador da norma (do certo ou errado), qual seja, o legislador ordinário.

O texto legal, fazendo com que a norma aberta possa se amoldar à vida cotidiana por muitos anos, sem a necessária modernização do texto jurídico positivado, já abarca uma forma especial de agir, conforme sonhavam seus idealizadores. O conceito de justiça,

⁴ Sobre a boa-fé no contrato, segundo Paulo Roberto Ribeiro Nalin na obra, Responsabilidade Civil: Descumprimento do Contrato e Dano Extrapatrimonial, nosso dispositivo legal se inspirou no § 242 do BGB. (NALIN, 1996, p. 140).

equidade, *procedural due process* e integridade dão o colorido e complemento a esta questão recentemente acrescida ao imaginário forense.

Todas estas amplitudes de disposições devem ser aplicadas de forma serena, pois, a abertura do sistema interpretativo, como nova modalidade de legislar, confere amplos poderes aos julgadores, posto que remete a eles a aplicação e integração de terminologia positivada, a exemplo de: “quando julgar necessário”; “a critério do juiz”; “meio mais adequado”; “poderá dispensar a citação”: “é facultado ao juiz”, entre outros termos já conhecidos.

Estas cláusulas de conteúdo indeterminado ou aberto são reflexos do Estado que agora defere ao julgador a adequação do processo como meio mais idôneo e adequado à realidade das partes, tudo sem olvidar da devida e necessária fundamentação – razão de fato e de direito – das decisões judiciais, proferidas em quaisquer instâncias ou colegiados.

As cláusulas gerais já eram conhecidas por Ronald Dworkin, pois no direito consuetudinário tal categoria normativa é comum, até mesmo em formas de julgamentos paradigmáticos. Portanto, nessa esteira, devemos entender que toda sistemática acima exposta se aplica ao nosso direito, sem que o juiz possa criar norma processual nova, ainda que responsável pela realização de uma interpretação construtiva, a partir dos princípios constitucionais mais elementares.⁵

Mesmo com aqueles princípios derivados e não escritos, estamos certos quanto à importante tarefa conformadora efetuada pelo magistrado diante das cláusulas de conteúdo aberto e sua integração (multidisciplinar) com as razões do legislador maior. Assim, a partir da interpretação construtiva, surgem subsídios doutrinários para se chegar à afirmação de que o juiz poderá utilizar o meio processual mais adequado e idôneo para atender o princípio da efetividade da jurisdição constitucional, sem esquecer que o limite entre as categorias interpretativas e criadoras é tênue e efêmero.

Não nos cabe, neste momento, ofertar as respostas para todos os questionamentos derivados desta modalidade legislativa, mas os exemplos que traremos adiante são alguns dos quais poderão ser entendidos como cláusulas gerais processuais a serviço da efetividade da jurisdição que certamente instigarão nossos estudos.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Ao juiz está deferida a possibilidade de julgar em consonância com a norma constitucional e, ainda, de acordo com a mesma regra em caso de insuficiência legislativa. A ele, caberá, quando verificar que o legislador não deu proteção suficiente, dar vida ao procedimento inicialmente inadequado e conformá-lo aos ditames superiores em benefício da jurisdição efetiva.

Nestes casos, deverá o juiz, controlar a regra negativa pela necessidade fática encontrada e não somente mediante a norma, salvando-a quase como um controle da constitucionalidade por omissão, criando a melhor norma que provenha da primeira tentativa frustrada do legislador.

Em caso de necessidade de aplicação do princípio da proibição de insuficiência, o Estado atua em defesa dos direitos fundamentais, violando a proibição de excesso e compelindo o legislador ou o juiz a dar proteção a direito fundamental, considerando, aqui, o maior princípio executivo – jurisdição efetiva.

Assim, o *case* deve ser resolvido pela ação positiva do julgador na falta da proteção do legislador ordinário, restando, ainda, a questão da “criação” para as razões da decisão de mérito.

Luiz Guilherme Marinoni já disse que nem todo procedimento, conquanto formalmente perfeito, atende à expectativa de todos os jurisdicionados, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição.⁶

Nesta perspectiva, tomemos como ponto inicial, a nova codificação civil. Sabemos que a dinâmica do Processo Civil supera a questão da normatividade material e, por este motivo, sentimos que as cláusulas gerais do direito civil são móveis, mas aquelas inseridas no livro processual são mais ligeiras e responsáveis pela vida e atendimento das primeiras.

Ao citar Bickel, Luís Roberto Barroso, defende a aplicação plena e irrestrita das cláusulas gerais, na busca da distribuição da justiça pelos juízes, porque podem interferir positivamente na dinâmica da sociedade, sem necessitar de especificidade de regras para cada caso:

Os tribunais têm certa capacidade para lidar com questões de princípios que o Legislativo e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores

⁶ Marinoni. Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: revista dos tribunais, 2004. p. 29.

permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor.⁷

Nasce uma obrigação criadora de paradigmas pelas mãos dos pretores, porque a abertura de forma e conceitos, determinará um maior cuidado ao definir temas e, conseqüentemente, julgá-los consoante tais significados.

Agora, com uma modalidade legislativa própria, as cláusulas gerais podem ser o diferencial para a aplicação do paradigma da “integridade” defendido por Ronald Dworkin, como veremos em seguida.

Retomando o momento do novo Código Civil, no Brasil, a “Revolução de 1964” trouxe consigo a necessidade de uma nova codificação civil, sendo escolhido, para completar os estudos e lançar o projeto que deu origem ao atual Código Civil, o professor Miguel Reale. A escolha se deu à época da ditadura militar brasileira, mas o tempero que surgiu das idéias, princípios e experiências do mestre Reale, revigorou o projeto que se arrastava na Casa das Leis.

Sua experiência, senão maestria de Reale, abrilhantou as colunas do ordenamento civil, que segundo os princípios de eticidade, culturalismo e mobilidade, retirou o caráter estático do modelo anteriormente utilizado; logo, deu-se oportunidade para o desenvolvimento de um dinamismo histórico para apreender o presente e, possibilitar no futuro, por meio destas “válvulas de abertura”, a efetiva modificação do mundo dos fatos, pela atuação do operador do direito.

Conseqüentemente, resta-nos entender estes princípios que justificam o surgimento das cláusulas gerais para, ao final, equacionarmos seus limites e darmos, ao jurista, certo sentimento de estabilidade e segurança jurídica.

1.1 A AUSÊNCIA DE “MODELO”

Um dos problemas que se impõe é a falta de um modelo de norma ou conceito pré-existente, porquanto será o Juiz o destinatário daquela subjetividade legal. Cria-se um modelo mais moderno ou vislumbra-se a insegurança jurídica pela ausência de paradigmas?

⁷ BICKEL, 1986 apud BARROSO. *Interpretação...*, op. cit., p. 165.

A tarefa de minimizar o hiato que o legislador conscientemente criou cabe aos operadores do direito, como já visto. Ao se conferir mobilidade segura ao novo ordenamento, já que não nos resta a crítica do estatuto positivado e vigente, porque inócua e sem reflexo efetivo para a lide forense, estaremos diante da construção interpretativa do meio processual mais idôneo e de menor gravame à disposição da parte pelas mãos do julgador.

A nova codificação civil que, seguramente, influenciou o processo, mistura a técnica legislativa clássica da casuística com aquela introduzida pelas cláusulas gerais; mais do que isso, faz uma verdadeira conexão interpretativa com as normas constitucionais, de modo que não mais se aplica o silogismo do preceito-sanção, nem mesmo na matéria probatória que é essencialmente pública.

A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formação de uma hipótese legal que, em temas de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve grupos particulares de casos na sua especificidade própria.

A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo, graças à sua generalidade e abertura, é tornar possível regular um vasto número de situações, onde, talvez, sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida.⁸

Trata-se de “metanorma” porque tem como finalidade remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou a outros espaços do sistema, mediante variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes, em determinada ambiência social.⁹

O principal destinatário da cláusula geral é, certamente, o juiz, já que tem a difícil missão de adequar o caso concreto ao modelo legislativo aberto; ao julgador, destina-se igualmente a prova. Nesse sentido, a sábia advertência de Ruy Rosado de Aguiar:

As normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam seja dado ao juiz o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências.¹⁰

⁸ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-185.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 119.

¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Discurso proferido por ocasião do lançamento do livro “a boa-fé no direito privado” de autoria de Judith Martins-Costa**. Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 29 nov. 1999. Acervo pessoal do autor.

Como bem anotou o Min. Vicente Cernicchiaro, em brilhante julgado, “a interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social”.¹¹

1.2 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS

Para o estabelecimento da estrutura da cláusula geral nos apegaremos aos ensinamentos da professora Judith Martins-Costa, que em texto paradigmático, por primeiro, enfrentou o assunto em tela.¹²

Basicamente, as cláusulas gerais têm a mesma estrutura, esteja ela inserida no livro civil ou no Código de Processo Civil. Elas são medidas multifacetárias e multifuncionais e podem ser divididas em: *a)* disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico; *b)* de tipo regulativo, que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a execução pelo meio mais adequado, sem disposição expressa de qual seria tal instrumento; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica, mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.

Ensina a professora Judith: “Seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 46.432/SP. Recorrente: José Arnaldo Macedo Alves. Recorrido: Cleomar Santos. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 13 de junho de 1994. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 19.576, 8 ago. 1994. Disponível: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400094434&data=08/08/1994>> Acesso em: 27 abr. 2006.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.”¹³

Ao mencionar Engisch, a escritora defende que aquele autor acredita que as cláusulas gerais não possuem "*qualquer estrutura própria*" do ponto de vista metodológico¹⁴, de maneira tal que estas não "existem" em sentido próprio, nada mais constituindo do que normas ou preceitos jurídicos, cujos termos são dotados de elevado grau de "generalidade".

Poderá existir ainda a afirmação de que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas por intermédio de referência às regras extrajurídicas.

Mas, na visão da mesma autora:

Consoante a primeira perspectiva de análise, as normas contidas em cláusulas gerais não exigiriam processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. Podem, nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de a previsão normativa, *Tatbestand* ou *fattispecie*, não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama ("generalidade") de casos definidos mediante determinada categoria, indicada através da referência a um padrão de conduta (v.g., "*conforme aos usos do tráfico jurídico*"), ou a um valor juridicamente aceito (v.g., *boa-fé*, *bons costumes*, *função social do contrato*).

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas (35), de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração (36). É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.¹⁵

As cláusulas gerais inserem um critério normativo ulterior, de modo a possibilitar ao julgador a utilização de argumentos e elementos multidisciplinares, na intenção de melhor adequar a aplicação processual a determinado direito material.

Finalmente, revela a autora em comentário:

Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao

¹³ MARTINS-COSTA. *O direito privado...*, op. cit., p. 130.

¹⁴ *Idem*, p. 132.

¹⁵ *Idem*, p. 140.

completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral.¹⁶

As cláusulas de conteúdo indeterminado carecem de uma *fattispecie* autônoma, e, em virtude disto, precisam ser progressivamente formadas pela jurisprudência; isto significa, também, que o juiz tem o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, a estatuição, item indicador de que ele deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral.

A *fattispecie* das normas de conteúdo indeterminado é completada por meio da concreção de elementos, cuja origem imediata estará situada na fonte jurisprudencial, na medida em que o julgador deverá adequar ao caso concreto, mediante utilização do procedimento mais idôneo, o exato significado da ordem contida na norma processual.

Segundo o ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a cláusula geral exige do juiz uma atuação especial, pois é por intermédio dela que se atribui uma mobilidade ao sistema; mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza conceitos para além do sistema, e, interna, quando desloca regramentos criados exclusivamente para um caso e os traslada para outras situações.¹⁷

1.3 AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS

A função primordialmente atribuída às cláusulas gerais, é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz.

O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* --- não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese --- mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas

¹⁶ MARTINS-COSTA. **O direito privado...**, op. cit., p. 141.

¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.¹⁸

As cláusulas gerais atuam como elemento de conexão ou "lei de referência" para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes.

Em todas essas situações, a decisão judicial que implica em concreção e estabelece o uso da norma de conteúdo indeterminado deverá estar adequadamente fundamentada. Contudo, a dispersão dos fundamentos utilizados, porque trata de elemento multidisciplinar, torna quase impossível a visualização da identidade *ratio decidendi*, segundo afiança a autora em comento.

Por isto, à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes, sem, todavia, olvidarmos que a concreção obrigatória varia de caso a caso, inserindo o julgador nos elementos de fato que serão (ou deverão ser) fornecidos pelos advogados, partes, peritos, testemunhas e, até, por informantes, posto que o juiz não é mero expectador do processo, mas preside sua instrução, buscando a verdade real que há muito superou o estigma da "verdade relativa do processo civil".

Nas palavras de Couto e Silva, "na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato".¹⁹

As cláusulas gerais viabilizam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre as normas infraconstitucionais e a Constituição.²⁰

¹⁸ MARTINS-COSTA. **O direito privado...**, op. cit., p. 142.

¹⁹ COUTO E SILVA., Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 53.

²⁰ Discorda deste entendimento Michele Taruffo, segundo o qual a norma contida na cláusula geral não reenvia a uma outra norma ou princípio do ordenamento jurídico, mas para fora do ordenamento, ou seja, a outros critérios não fixados no sistema de normas jurídicas. A norma em questão deve ser, pois, heterointegrada, ou seja, preenchida com base em critérios metajurídicos que "*segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade*" (in "La giustificazione delle decisione fondate su standards", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XIX, nº 1, 1989, p. 152). Esta é, contudo, uma concepção estreita de reenvio. A expressão abarca, como se viu, tanto a condução do juiz para fora do sistema quanto para dentro do sistema. Assim, exemplificativamente, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. (Apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 144).

É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, elas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto à necessidade da eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia.

Com efeito, em alargado campo de matérias --- notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos ---, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.²¹

O professor José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar do sistema processual brasileiro, indicou que a nova sistemática confere poderes de iniciativa probatória ao julgador e declara que:

Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões de contornos semânticos flexíveis, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra²². Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade.²³

Ao aplicar o conceito indeterminado, o magistrado não estará fazendo uso do “poder discricionário”, visto que ao decidir à luz dessas regras abertas, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.²⁴ O julgador as utilizará de acordo com os princípios da Constituição Federal, na conformação da norma aberta com os elementos meta-jurídicos, via procedimento idôneo e adequado, em face do direito material em evidência.

Completa Bedaque:

Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo

²¹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 145.

²² Cf. MOREIRA apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 147.

²³ Idem, p. 147.

²⁴ Ver ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, v. 50, p. 85-98, jan./dez. 1991.

legislador, conferindo-lhe significado compatível com as necessidades do processo civil moderno.²⁵

2. EXEMPLOS DE CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL

Iniciaremos este tópico com o apontamento do julgado do Superior Tribunal de Justiça onde dá os contornos de uma das formas de cláusula geral processual.

Administrativo e Processual Civil. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Custeio de tratamento médico. Moléstia Grave. Bloqueio de Valores em Contas Públicas. Possibilidade. art. 461 *caput* e § 5.º do CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

2. As medidas previstas no § 5.º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizam às peculiaridades de cada caso concreto.

3. Precedente da 2.ª Turma: “É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5.º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.” (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.

5. Agravo regimental improvido.”²⁶

Em face dos infundáveis casos de normas processuais indeterminadas, citamos aquela esculpida no artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil, já transformada em base de julgamento, conforme vimos acima.²⁷

²⁵ Cf. Bedaque, citando Eduardo Talamini, a suspensão dos efeitos da decisão agravada, previsto no artigo 558 do CPC caracteriza um conceito juridicamente indeterminado, cabendo ao juiz a determinação do seu sentido, caso em que inexistente poder discricionário. Essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa “liberdade” do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as máximas de experiência, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. (2000, p. 151).

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 723.281/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Procurador: Sérgio Severo e outros. Agravado: Iara Silveira da Silva. Relator: Ministro Castro Meira, 7 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 306, 20 fev. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501947970&dt_publicacao=20/02/2006>. Acesso em: 27 abr. 2006.

²⁷ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A questão sob exame envolve a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e a congruência no que tange à possibilidade de alteração do meio executivo de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento expresso da parte credora.

A ruptura do princípio da tipicidade executiva deferiu ao juiz, como cláusula geral processual, ainda, a não-adstrição ao meio executivo solicitado, porquanto o legislador, sensível às novas situações dos direitos materiais, outorgou maior mobilidade processual ao julgador, responsável para efetivação da tutela jurisdicional.

Como sabido, a técnica processual idônea é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, obrigação voltada, em especial, contra o Estado-Juiz, que diante do direito fundamental de prestação, não poderá aplicar procedimento defeituoso, cuja técnica processual seja imprestável para a efetivação do direito material posto em juízo.

Aduz Marinoni:

Quando se percebeu que, para bem tratar das novas situações de direito substancial, era necessário dar maior mobilidade ao juiz – até porque o Judiciário deixou de ser pensado como “inimigo público” – foi conferida ao autor a possibilidade de escolher o meio executivo adequado, e ao juiz não apenas o poder de admiti-lo, mas também o poder de, ao considerá-lo inidôneo, conceder outro. Vale dizer que, diante das cláusulas gerais executivas, além de a lei não definir o meio executivo que deve ser utilizado, dando ao autor a possibilidade de postular o que reputar oportuno, o juiz não está mais adstrito ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que lhe parecer o mais adequado ao caso concreto.²⁸

À luz dos direitos fundamentais, o julgador, destinatário da cláusula geral, deverá conformar o procedimento e adotar o meio mais idôneo e de menor restrição ao réu, de forma que a insuficiência legal não poderá ser óbice para a tarefa da jurisdição constitucional adequada e efetiva.

Na mesma via da interpretação construtiva de Ronald Dworkin, José Carlos Vieira de Andrade assevera:

O princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição”. Isto é, sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para que esse fim os concretize por via interpretativa.²⁹

§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (BRASIL. **Código de Processo Civil**, op. cit., art. 461, § 5º).

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.

²⁹ ANDRADE apud MARINONI. **A antecipação...**, op.cit., p. 300.

Como lembra Marinoni, na ausência ou insuficiência de norma legal, o juiz deverá suprir a deficiência do legislador, aplicando diretamente a fonte constitucional que instituiu o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, “mas sem deixar de considerar os demais direitos fundamentais processuais que possam com ele se chocar”.³⁰

Desta feita, ao determinar medidas que não estão explicitadas no livro da execução processual, ou, até mesmo, não positivadas, o juiz será responsável pela mudança de hábitos entre os operadores do direito, os quais deverão dar a ele, elementos para a concreção e determinação da medida executiva mais adequada e suficiente para o atendimento da expectativa legalmente embasada do credor.

A decisão mandamental derivada do artigo 461 do Código de Processo Civil não é única, porquanto poderá ser substituída por meio atípico que o juiz entender hábil para dar vida e efetividade ao direito fundamental prestacional de efetivação da jurisdição, encartado na norma de conteúdo indeterminado em tela, observando-se, neste passo, o princípio da necessidade e menor gravame.³¹

Quando a lei dá ao juiz determinado poder, por igual, o incumbe do dever de desempenhar esse poder adequadamente. Melhor dizendo: a lei só lhe confere um poder porque lhe impôs, num momento lógico anterior, um dever, que é o de proporcionar a adequada proteção a situações carentes de tutela jurisdicional.³²

Encerra o professor Marinoni:

Lembrem-se que as normas processuais abertas – como, por exemplo, a do art. 461 do CPC – devem ser concretizadas a partir das necessidades reveladas no caso concreto, pois se destinam a dar ao juiz poder para dar efetividade ao direito material. Isso quer dizer que, ao aplicar essas normas, o juiz tem o dever de encontrar uma técnica processual ou um “modo” processual que seja capaz de atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.³³

Não há qualquer dúvida que a determinação judicial fundada no artigo 461, § 5.º é mandamental, e, nesta perspectiva, de que não há qualquer opção de descumprimento por

³⁰ ANDRADE apud MARINONI. **A antecipação...**, op.cit., p. 300.

³¹ Cf. MARINONI, é a própria idéia de “justa medida” que obriga que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC sejam lidos no sentido de que o juiz deve determinar conduta diversa solicitada quando necessário para evitar gravame excessivo ao réu. (2003, p. 166.)

³² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 386.

³³ MARINONI. **A legitimidade...**, op. cit., p. 10.

parte do réu, posto que o caráter de mandamentalidade, segundo Georg Kuttener, está inserido na ordem judicial destituída de alternativa.³⁴

De todo modo, bem assevera o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, onde considera a constitucionalização do direito processual instrumento para garantia da efetividade num processo justo, onde não faz mais sentido falar em tipicidade ou atipicidade da ação, posto que a classificação da tipicidade se vincula ao resultado de mérito e não ao meio processual garantido pela norma constitucional.³⁵

A questão do artigo 915, § 2.º do Código de Processo Civil nos remete à cláusula geral do prazo para o réu ofertar suas contas (prestação de contas) em 48 (quarenta e oito) horas.³⁶

Se analisarmos o artigo em tela, verificaremos que na decisão da primeira fase da prestação de contas, onde o juiz declara a obrigação do réu em prestá-las no prazo legal, estamos diante de uma cláusula geral processual. O prazo normalmente é muito exíguo para contas extensas e antigas, como no caso de conta bancária. Em dois dias o banco não teria condições técnicas de apresentá-las e, portanto, não impugnariam aquelas apresentadas pelo autor, restado as mesmas corretas. O julgamento seria absolutamente técnico e embasado na norma processual, até porque alguns entendem que o prazo referido é peremptório e não

³⁴ Cf. Edson Ribas Malachini, fazendo referência ao mestre Barbosa Moreira, as sentenças que julgam procedente o pedido relativo a obrigação de fazer ou não fazer, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil são mandamentais porquanto emitem um ou mais ordens. Questiona-se se este elemento – ordem – é efetivamente obrigatório na sentença. Utilizando-se de estudo pretérito mas não menos atualizado, o escritor revela que a classe das ações executivas *lato sensu* e mandamentais não se subsumiam às classes definidas como declaratórias, constitutivas e condenatórias. Revela que o correto e lógico é falarmos em ação executiva *lato sensu*, não em sentença com tal denominação, restando os casos das decisões de ações com características especiais, onde davam lugar a sentenças que deveriam ser executadas de plano e por ofício judicial, como v.g. as de reintegração na posse e despejo.

No caso do artigo 461 do Código de Processo Civil, há uma tendência generalizada e injustificada de considerar esta decisão (mesmo que antecipatória), sempre mandamental.

As medidas do artigo 461 são cominatórias, na maioria das vezes, pois toda a essência das ações cominatórias está aí: pedido de imposição de um fazer ou não-fazer e cominação de pena pelo não atendimento. MALACHINI, Edson Ribas. Sentenças condenatórias, mandamentais e executivas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 441-473.

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 421 e ss.

³⁶ Art. 915. Aquele que pretende exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresente ou contestar a ação.

...

§ 2.º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.” (BRASIL. **Código de Processo Civil**, op. cit., art. 915, § 2º).

dilatatório. Assim, encontramos diversos julgados que apontam a necessidade de dilação do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para prestação de contas, já que consideram a necessidade de nele inserir elementos multidisciplinares, a exemplo da contabilidade necessária para a explicitação das contas.

Ao dilatar o prazo legal, anotamos alguns julgados que preferem aplicar a cláusula geral mediante a utilização do artigo 183, § 2.º do mesmo *codex*.³⁷ Entenderam os julgadores do Tribunal de Justiça do Paraná³⁸ pela dilação do prazo porque tal dispositivo (último referido) permite a dilação em razão da prova de impedimento da prática por justa causa. Acontece que, primeiro, não se trata de prazo dilatatório, porquanto o artigo 915, § 2.º do Código de Processo Civil revela ordem de sentença que implica em prazo peremptório e, por segundo, o artigo 183 do mesmo livro adjeto, fala de prazo para prática de ato processual, não em prazo para cumprimento de sentença.

Ao efetuar a manobra processual que implicou em concessão de maior prazo para a prestação de contas, o julgador realizou a concreção da norma encontrando um dispositivo legal que amparou decisão mais justa para o caso concreto e que não revelou, exatamente, uma norma de conteúdo indeterminado.

Vejamos o seguinte julgado:

Apelação Cível. Ação de Prestação de Contas. Primeira Fase. Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente. Preliminares de Ofensa ao Princípio da Dialecicidade, de Inépcia da Inicial e de Carência de Ação. Afastamento. Dever da Instituição Financeira de Prestar Contas quando o correntista as exige. Desnecessidade de Apontar os Lançamentos dos quais Discorda. Matéria Pertinente à Segunda Fase do Procedimento. Prazo de 48 (quarenta e oito) Horas para Apresentação das Contas. Possibilidade de Dilação, desde que Comprovada a Impossibilidade da Prática do Ato, por Justa Causa, consoante a Inteligência do Artigo 183, § 2.º do CPC. Providência que deve ser adotada no Comando Sentencial e Perante o juízo da causa. Recurso de Apelação Conhecido e Desprovido.³⁹

Se caso o julgador tivesse mantido o prazo peremptório de 48 (quarenta e oito) horas para a prestação de contas, estaria decretando a agressão ao princípio constitucional da ampla defesa e do devido processo legal substancial. O importante foi que, na colisão entre a

³⁷ Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

...

§ 2.º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar. (BRASIL. **Código de Processo Civil**, op. cit., art. 183, § 2º).

³⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 172715-7, Acórdão nº 15675, da 6.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Airvaldo Stela Alves. Revisor: Desembargador Duarte Medeiros, 14 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 3 mar. 2006.

³⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 181.937-2, Acórdão n.º 15408, da 6.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador: Milani de Moura. Revisor: Desembargador Airvaldo Stela Alves, 06 de dezembro de 2005. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 13 jan. 2006.

legalidade estrita e o princípio da justiça substancial, venceu este último, por força de uma manobra que caracteriza o tremendo senso de justiça dos julgadores paranaenses.

Outro caso é encontrado quando da edição da recente Lei n.º 11.277, datada de 07 de fevereiro de 2006, que modificou o artigo 285 do Código de Processo Civil. Ao dispor sobre a repetição de ações (casos idênticos) o legislador exprime a faculdade do juiz em dispensar a citação e julgar o mérito da ação de pronto.⁴⁰

Primordialmente, é conveniente salientar que não se trata de litispendência, pois a impropriedade do legislador salta aos olhos quando fala em “casos idênticos”. Outra impropriedade perpetrada é o uso da expressão “matéria controvertida” em caso onde sequer houve contestação. Como será verificada a matéria controvertida sem a resposta do réu?

Ainda, temos a sentença referida quando o juiz, ao entender idênticos os casos, julga de plano o processo. Será que ele julgará o mérito? Fala-se em recurso de apelação, mas não se resolveu a questão do trânsito em julgado sem a participação do réu.

A questão é mais intrincada quando o legislador adotou a cláusula geral processual da possibilidade de julgamento sem o devido processo legal e contraditório, bem como instituiu a sentença “*per relacione*” que implica em reconhecimento e encampação de texto (parecer ministerial, outra decisão semelhante, prova emprestada, etc.) na sua estrutura fundamental, tornando a parte encampada, parte da decisão, porquanto proferida em caso “idêntico”.

Sem falar na necessária relação do dispositivo em comento com a uniformização de jurisprudência, o julgador poderá dispensar a citação do réu e julgar, de plano, matéria que a parte também não tem obrigação de saber que já foi decidida naquele juízo.

Assim, aclara-se que em tal situação julgador deverá optar pela manutenção do devido processo legal e possibilitar o contraditório ou se render à alteração processual duvidosa.

A respeito do assunto, o professor Marinoni externa que:

Nesses casos não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação ao direito de ação, aí compreendido como o direito de influir sobre o

⁴⁰ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1.º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o artigo 285-A à Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 fev. 2006. Sec.1, p. 2.

convencimento do juiz. Para se evitar violação ao direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico.⁴¹

Somente a título de apontamento, o mestre citado anota ser é inadmissível uma sentença liminar de procedência antes da formação da relação jurídico-processual. Mas “a mesma lógica que obriga o juiz a decidir de acordo com a súmula para julgar uma ação idêntica liminarmente improcedente, obriga-lhe a decidir conforme a súmula, depois de estabelecido o contraditório, para julgá-la procedente, e, com isso, permitir execução imediata à sua sentença”.⁴²

2.1 A UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS

Não é estranho admitir que ao juiz é dirigida a aplicação das cláusulas gerais, bem como que este deverá ter em mente a efetividade da sua função jurisdicional para aplicação da nova modalidade legal.

A abertura do sistema normativo tem o objetivo de dar elementos sociais e multidisciplinares para a busca da efetividade da tarefa pelas mãos do Estado-Juiz. A concreção não é discricionária, mas atrelada a itens que proporcionam aos que lidam no expediente forense, maior mobilidade aos elementos do Processo Civil.

Em busca da adequação procedimental e utilizando-se das cláusulas gerais, os intérpretes da lei deverão exigir “excelente fundamentação” das decisões inspiradas na adequação fática do procedimento, em busca da maior efetividade das decisões judiciais. Neste aspecto repousa uma das mais intrincadas questões que circundam as “cláusulas gerais”, senão a de mais destaque entre elas: o controle do uso e imposição de limites ao julgador.

Conforme o anteriormente dito, é a própria parte, através do seu advogado, que levará ao juiz os elementos externos que serão sopesados no momento da utilização da norma aberta. Tais elementos são primeiramente fornecidos pelas partes, indicarão os limites da tarefa do juiz, uma vez que este deverá respeitar o princípio de menor gravame ao réu e o de

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso**: (Leis 11.276 e 11.277 de 8.2.06). p. 4. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

⁴² MARINONI. **O julgamento...**, op. cit., p. 4.

maior adequação da medida por ele determinada, segundo o procedimento mais idôneo em face do direito material.

Com efeito, é o autor que fará a exposição das suas razões de fato e de direito, a fim de que determinada medida não esculpida no livro processual seja ordenada pelo magistrado responsável pela presidência do processo. Estes elementos não são exclusivamente os do direito material mas, especialmente os fáticos, que darão os contornos exatos da ordem a ser cumprida pelo réu, independentemente de dispositivo legal ou no caso de sua ineficiência procedimental.

Levando em estima estes elementos externos e o direito fundamental prestacional (que jamais será desprezado), o aplicador do direito normativo determinará suas medidas em busca da eficiência real de sua tarefa, em nome do Estado.

Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na referida obra de Juarez Freitas.⁴³

Portanto, para que haja controle das cláusulas gerais, o julgador deverá “superjustificar” sua aplicação e expor a razão que justifique os meios utilizados para dar vida ao direito em jogo.

Relembrando que quem interpreta a norma coloca seus sentimentos próprios na atividade subjetiva do julgamento, não é tarde a verificação das etapas da interpretação esposadas por Ronald Dworkin.

Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Teremos de estabelecer uma distinção analítica entre as três etapas da interpretação que apresentaremos a seguir, observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso para cada etapa quando se tem em

vista o florescimento da atitude interpretativa. Primeiro, deve haver uma etapa pré-interpretativa na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (...) Mas é preciso haver um alto grau de consenso. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 271.

aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática. Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.⁴⁴

A interpretação que se impõe na atividade junto às cláusulas de conteúdo indeterminado é interpretativa, mas não criadora, pois em último caso, estará o julgador realizando a vontade do legislador constitucional no sentido de dar vida e efetividade à jurisdição constitucional.

A interpretação construtiva não deixa de ser um limite à anticriação para os juízes, de modo que com base na sua fundamentação saberemos os critérios adotados e encontraremos, ainda, a justificativa social do seu exercício jurisdicional.

O juiz, ao aplicar as cláusulas gerais fundamentará sua decisão pela necessidade do uso daquele instituto processual para melhor adequar a jurisdição à proteção do direito material em tela. A justificação especial deverá respeitar todos os elementos trazidos à baila pelos procuradores judiciais das partes somando-os aos elementos meta-jurídicos e multidisciplinares.

Sob a ótica de Robert Alexy, na obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, as conseqüências de cada regra, para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos, precisam ser aceitáveis para todos, sendo que todos devem concordar com a regra, a partir de um ideal de racionalidade.⁴⁵

As regras de justificação devem ser compreendidas por todos aqueles que tenham contato com a decisão e não somente pelos que fazem parte da relação jurídico-processual, afinal, busca-se a simplificação da linguagem jurídica como forma de democratizar o mundo do direito escrito e ampliar a participação democrática na ordem judicial.

O dispositivo de conteúdo indeterminado utilizado e a regra de justificação, portanto, serão adequadamente manejadas, quando capazes de convencer a todos os que conhecerem o assunto decidido pelo uso da cláusula geral, restando indubitável que ao julgador caberá a difícil parcela de adequação e concretização da norma aberta ao caso por ele resolvido.

⁴⁴ DWORKIN. **O império...**, op. cit., p. 82.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001. p. 198.

O juiz deve convencer as partes da interpretação construtiva levada a cabo pela cláusula geral, sem, contudo, ter a intenção de lhes persuadir, o que retirará dele o convencimento lícito e importará em declaração de ineficácia ou invalidade do argumento por ele utilizado.⁴⁶

Segundo se verifica o magistrado se sujeita ao ordenamento jurídico, este, visto como um sistema aberto, não mero servidor da lei formal, posto que o direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do direito; os postulados do direito natural; o sentimento de justiça; a exigência de equidade e todos aqueles vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.

No seu trabalho de aplicação do sistema aberto, o juiz cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção), em seu sentido construtivo. É um ato racional porque exige o conhecimento de elementos fáticos – fornecidos pelos advogados – valorativos e normativos.

O juiz faz uma opção e leva em conta, segundo o ministro Ruy Rosado de Aguiar:

- A) A norma individualizada imediatamente aplicável ao caso;
- B) Os princípios gerais do sistema jurídico vigente;
- C) Sofre muitas vezes por fatores múltiplos;
- D) Sente o efeito de suas convicções ideológicas, e;
- E) Reflete sobre as conseqüências reais de sua decisão.⁴⁷

E, aduza-se: o magistrado emprega o método empírico-dialético e, na leitura da norma aberta, possivelmente aplicável ao caso, revela quais os princípios que decidiu preservar.

Se coincidente com a norma positiva, a sua decisão apenas invocará a norma encontrada e justa para o caso. Entretanto, se o princípio escolhido para a decisão não tiver encontrado guarida na norma, deverá buscar na fundamentação a forma de justificar e legitimar sua atividade, restando a obrigação de explicitar todos os elementos levados em consideração para aquela tarefa de decidir.

No dizer de Recaséns Siches, nas raras ocasiões em que o juiz se confronta com a lei de modo que não possa interpretá-la ou redefini-la em conformidade com o valor da justiça para o caso concreto, terá duas alternativas: 1) renuncia à função; 2) contradiz a lei que viola as finalidades da instituição social ou que for contra a equidade, quando a solução apontada

⁴⁶ Idem, p. 135.

⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

pela norma fria acarrete conseqüências sociais inadmissíveis, segundo já vem decidindo o Tribunal Constitucional alemão.⁴⁸

Em geral, o juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia à lei, mas, assim procedendo, às vezes, ele amolda e modifica a mesma consciência que é chamada a interpretar. Há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial, conforme declara Bodenheimer.⁴⁹

Então, ocorre que, evidentemente, a subjetividade intrínseca do mecanismo utilizado causa insegurança jurídica, a qual deverá ser mitigada pela “especial forma de fundamentação” do aplicador da norma aberta, até para legitimar democraticamente sua atividade de Poder de Estado.

2.2 A SOFISTICAÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DO JUIZ

Mesmo ciente de nossa imperfeição técnica, nos atrevemos a sugerir um modelo de controlar a decisão pautada no uso das cláusulas gerais processuais deve passar, obrigatoriamente, por três estágios: i) no primeiro deles, será permitido seu uso, em caso de legislação que contenha a abertura da norma; ii) no seguinte, sua utilização será supletiva em caso de situação na qual se detecte ausência de proteção (aplica-se o princípio da proibição de insuficiência à luz do direito material em debate) e inadequação do procedimento descrito em lei; iii) e, no último, deverá haver uma superfundamentação especial, embasada nos princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto (concreção fulcrada, principalmente, nos fatos trazidos pelas partes).

Tendo em vista a necessária e particular forma de fundamentar e justificar o uso e inserção de elementos meta-jurídicos na norma aberta, o sobredito ministro do Superior Tribunal de Justiça revela:

“A sua fundamentação é exposta às partes e ao sistema judiciário, por onde tramitará o processo, com a possibilidade de sucessivos recursos e juízos de revisão. É um modo de controlar”.⁵⁰

⁴⁸ Idem, p. 9.

⁴⁹ BODENHEIMER apud AGUIAR JÚNIOR. **Interpretação...**, op. cit., p. 15.

⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR. **O poder judiciário...** op. cit., p. 11.

No controle feito pelas partes, juízes superiores e tribunais, também é aquilatada a utilização da técnica processual diante da norma processual aberta, condicionando a sua legitimidade a um prévio controle, onde considera tanto o direito do autor quanto o direito ventilado pelo réu.

Marinoni propõe que:

Esse controle pode ser feito a partir de duas sub-regras da proporcionalidade, isto é, das regras da adequação e da necessidade. A providência jurisdicional deve ser: i) adequada e ii) necessária. Adequada é a que, apesar de faticamente idônea à proteção do direito, não viola valores ou os direitos do réu. Necessária é a providência jurisdicional que, além de adequada, é faticamente efetiva para a tutela do direito material, e além disso, produz a menor restrição possível ao demandado; é, em outras palavras, a mais suave.⁵¹

É a necessária justificação e fundamentação que legitimará o uso da cláusula geral sem as desconfianças temidas pelos operadores do direito. A motivação deve ser capaz de expressar o raciocínio judicial para permitir o controle crítico sobre o poder do julgador, segundo o ensinamento do professor da Universidade de Pavia, Michele Taruffo.⁵²

Na aplicação da norma processual de conteúdo aberto, o seu aplicador terá em mira a adequação do procedimento, conforme os princípios constitucionais mais ligados à justiça substancial. A implementação da justiça requer, no juízo de Kolm, as motivações, o poder e as informações relevantes. Essas motivações estão subdivididas em três fontes possíveis, e, em geral, se apresentam mais ou menos em conjunto.

A primeira de tais fontes são as motivações diretamente morais, que se fundamentam em um senso de justiça ou nos sentimentos de respeito, equidade, solidariedade, comunidade, equanimidade, reciprocidade, benevolência ou obrigação. A segunda dessas fontes consiste na preocupação dos indivíduos com as opiniões de outras pessoas sobre eles e, finalmente, a terceira delas trata do interesse pessoal, quer através de uma coincidência com um juízo moral, quer mediante um equilíbrio do jogo social recorrente.⁵³

A questão do controle e fundamentação igualmente passa pelo texto legal vigente. Sugere o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para suprir suas deficiências no ato interpretativo, alguns pressupostos fundamentais do processo hermenêutico precisam observar

⁵¹ MARINONI. **A legitimidade...**, op. cit., p. 8.

⁵² TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168.

⁵³ KOLM, op. cit., p. 19.

um conjunto de elementos e condições: todo ato interpretativo tem necessariamente, que partir da própria legislação vigente.

Assim considerando, mesmo diante das cláusulas gerais (que são realidade legais e positivadas), o intérprete é livre no que tange aos aspectos subjetivos da exegese, enquanto o primeiro elemento se refere aos aspectos objetivos (vinculação à norma). O certo é que a interpretação tem caráter deontológico e normativo. Daí, sugere o ministro, que “não apenas estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem, e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidade interpretativas.”⁵⁴

O operador do direito deverá mudar sua mentalidade e se adaptar à nova sistemática, com o intuito de dar vida à nova e importante modalidade legislativa que, seguramente, contribuirá para um processo civil mais justo e adequado.

É neste sentir que Marinoni revela que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.⁵⁵

Com o reconhecimento de que as sub-regras da proporcionalidade são partes do raciocínio decisório, cresce o poder de atuação do magistrado e a necessidade simultânea da busca de um controle cada dia mais sofisticado para a recente sistemática processual, espelhando os novos direitos sociais e a mobilidade necessária da operação jurídica.

O juízo que trata da fundamentação nestes casos específicos, deve conter uma racionalidade peculiar, fundada nos aspectos fáticos fornecidos pelas partes à luz dos princípios constitucionais, notadamente àquele ligado à prestação da atividade jurisdicional do Estado, devendo este raciocínio dar destaque aos aspectos práticos e morais da medida adotada naquele momento pelo exegeta, que busca, sobretudo, a efetividade do processo.

Alexy já havia se pronunciado sobre a impossibilidade de teorias morais materiais, mas apontou a possibilidade doutrinária daquelas que formulam regras ou condições da argumentação ou decisão prática- racional, derivadas do procedimento judicial.⁵⁶

No caso de concretização de norma processual aberta, a exigência de justificativa quanto à utilização da técnica processual é, antes de tudo, decorrência da própria estrutura

⁵⁴ TEIXEIRA, op. cit., p. 8.

⁵⁵ MARINONI. **A legitimidade...**, op. cit., p. 7.

⁵⁶ ALEXY. **Teoria de los derechos...**, op. cit., p. 530.

dessa modalidade de norma, instituída para dar ao juiz poder necessário para atender as variadas situações concretas.⁵⁷

O discurso judicial embasado na meta-norma também é meta-discurso, na medida em que recai sobre um outro discurso que lhe serve de paradigma e traz consigo valores multidisciplinares para sua edificação.

Para a justiça da decisão, o professor Taruffo sintetiza três critérios a serem observados: 1) a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto; 2) a reconstrução fiel dos fatos relevantes do caso concreto; 3) a utilização de um procedimento válido e justo para chegar à conclusão, sendo que nenhum deles se basta. Todos os três critérios citados devem compor, juntos, a decisão justa, traduzindo a “melhor” dentre as várias hipóteses possíveis de decisão judicial.⁵⁸

Fatores como tempo de tramitação do processo e prazo para a sentença especial, adequação e preparo dos nossos universitários, bem como a estrutura humana e material dos tribunais para a operação das cláusulas gerais geram muita apreensão e dúvida.

Mas, é fato, todos nós teremos que enfrentar a boa mudança em benefício dos que ainda irão necessitar da justa justiça. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Nesse trabalho criador, o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar as suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa. Na verdade, a primeira e principal responsabilidade é a pessoal, pela qual o juiz é chamado a prestar contas perante sua própria consciência.⁵⁹

De acordo com a leitura da norma individualizada aplicável ao caso, tal norma estará mais ou menos ajustada aos princípios que o julgador decidiu preservar. Uma vez coincidentes, a fundamentação da sentença será a singela invocação do direito positivo que, por si, legitimará a decisão. No entanto, se houver divergência, o juiz deverá argumentar sobre o acerto e a adequação de sua decisão ao sistema jurídico, pois deverá encontrar ali fundamentação suficiente para a decisão que entende ser a mais justa e, portanto, a única cabível.⁶⁰

No manejo das cláusulas gerais o juiz tentará, sem descanso, a busca da decisão mais justa no caso concreto e, caso se defronte com uma lei que não possa ser interpretada e redefinida de conformidade com o valor “justiça”, ou renunciará à toga, como recomenda

⁵⁷ MARINONI. *A legitimidade...*, op. cit., p. 9.

⁵⁸ TARUFFO, 1997 apud CAMBI, op. cit., p. 116.

⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR. *O Poder Judiciário...*, op. cit., p. 11-13.

⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR. *Interpretação...*, op. cit., p. 17.

Recaséns Siches, ou, contrariará a lei, nas hipóteses em que ela viola a finalidade da instituição social que regula.⁶¹

O correto para todos os operadores do direito que buscam a distribuição da justiça integral é abandonar qualquer posição cômoda e inerte e assumir as rédeas do processo como instrumento de modificação social, utilizando, inclusive, as cláusulas gerais processuais. Tal necessidade pode ser encontrada, ainda, quando somos obrigados a intercalar mudanças processuais, como na eventual aplicação do *caput* do artigo 475, J nos feitos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis e precisam de maior agilidade para fazer voz à ordem constitucional.⁶²

Segundo o promotor de justiça e professor Eduardo Cambi:

Para o controle sadio, certamente lembraremos dos métodos de hermenêutica, valoração de princípios e regras jurídicas. A fundamentação estará no caminho correto quando: i) a solução encontrada puder se inserir na moldura do ordenamento jurídico; ii) a sua aplicação seja justificada por um processo anterior, com ampla oportunidade de participação dos juridicamente interessados, e com uma motivação considerada razoável para legitimá-la socialmente; iii) forem observados os valores dominantes no momento (histórico, ético, político, econômico, cultural, etc.) em que a decisão é tomada.⁶³

Encerra Marinoni, ao debater o paradigmático caso do artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil:

A justificação, obedecendo a esses critérios, dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional. A diferença é a de que, em tais situações, o controle da atividade do juiz é muito mais complexa e sofisticada do que aquela que ocorria com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos na lei. Mas essa mudança de forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de se dar maior poder ao juiz – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar as normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito, que submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais.⁶⁴

CONCLUSÃO PESSOAL

Com o advento da novel forma de aplicar o direito vivo, certamente a atividade judicante ficou muito mais complicada.

A realidade vivenciada nos tribunais e pelos juízes de primeiro grau de jurisdição impõe um ritmo de trabalho além do que humanamente se suportaria.

⁶¹ AGUIAR JÚNIOR. *Interpretação...*, op. cit., p. 18.

⁶² Ver ainda, o texto “**Aplicabilidade do caput do art. 475-J do CPC no sistema dos Juizados Especiais Cíveis**”. HENRIQUES FILHO. Ruy Alves. Revista de Processo n. 145. Março de 2007, p. 215-240.

⁶³ CAMBI, op. cit., p. 112.

⁶⁴ MARINONI. *A legitimidade...*, op. cit., p. 14.

Nesta esteira, é que o operador do direito deve torcer para que toda a mudança legislativa, uma boa e significativa mudança, seja efetivamente considerada pelos homens que compõem as cúpulas dos tribunais, isto, ao organizar e dividir as parcelas de jurisdição e atribuições ministeriais.

A vida que se dá aos ordenamentos constitucionais é a resposta ao clamor popular por mais justiça social, menos legalismo e especial efetiva à decisão judicial. A leitura que a cláusula geral determina está de acordo com a expectativa dos que lidam com o mundo do direito, bastando o interessado, colorir a moldura legislativa aberta com valores e conceitos fáticos, que permitam a concreção judicial.

A tarefa não será cumprida facilmente, mas está posta.

Conclui-se pela efetividade da jurisdição, tarefa estatal imprescindível não só para a manutenção da dignidade da pessoa humana, mas à democracia.

Dessume-se pela aplicação ousada e pontual do novo instituto reformador, enquanto este ainda vive.

A leitura do processo civil constitucional dá o tom das mudanças já implementadas, superando-se, por exemplo, o anacronismo da legislação voltada à execução de títulos, bem como funcionando como indicativo dos novos rumos vislumbrados pelo operador do direito – em busca da pacificação social derivada da mais pura essência normativa. Deve-se afastar as idéias legislativas de momento, bem como o horroroso trabalho do lobista. Repugnemos o fisiologismo pontual na busca do que a sociedade verdadeiramente quer e espera dos “homens do direito”.

A visão que temos do direito dever ser mais pragmática e menos formalista, sendo que nesta esteira, a Jurisdição, como fonte e exercício do Poder de Estado, deve providenciar mais do que uma simples resposta protocolar (dizer o direito), mas efetivar direitos (dar) e proporcionar esperanças àqueles que necessitam dos serviços judiciais do Estado.

“A cada dia que vivo mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca. E esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade.”

Carlos Drummond de Andrade

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Discurso proferido por ocasião do lançamento do livro “a boa-fé no direito privado” de autoria de Judith Martins-Costa**. Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 29 nov. 1999. Acervo pessoal do autor.

_____. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

_____. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1985.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 9, n. 851, p. 3, 1 nov. de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=754>. Acesso em: 10 jan. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o artigo 285-A à Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 fev. 2006. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 723.281/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Procurador: Sérgio Severo e outros. Agravado: Iara Silveira da Silva. Relator: Ministro Castro Meira, 7 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 306, 20 fev. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501947970&dt_publicacao=20/02/2006. Acesso em: 27 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 46.432/SP. Recorrente: José Arnaldo Macedo Alves. Recorrido: Cleomar Santos. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 13 de junho de 1994. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, p. 19.576, 8 ago. 1994. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400094434&data=08/08/1994>. Acesso em: 27 abr. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 1.417-7. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 abr. 1988. Disponível em: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?PROCESSO=1417&CLASSE=Rp&cod_classe=464&ORIGEM. Acesso em: 27 abr. 2006.

BUENO, Eduardo. A coroa, a cruz e a espada. **AJURIS**, Porto Alegre, Edição Especial, p. 33, dez. 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Morano, 1970.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Min. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CEFA – CENTRO DE ESTUDO EM FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.cefa.org.br/portal_filosofia/todasgt.asp>. Acesso em: 12 ago. 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Prefácio Fernando Limongi. Tradução Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University, 2000.

_____. **Takin rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Mass Havard University Press, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. **La justicia en España ante el siglo XXI.** Anales de la Academia de Ciências Morales y Políticas. LII, 2000.

GRUPO DE PESQUISA PRAGMATISMO E FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.marilia.unesp.br/atividades/pequisa/gr-pesq/grupos25.htm>. Acesso em: 12 ago. 2004

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre a factibilidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **A cláusula geral específica da inversão do ônus da prova e seu momento processual de efetivação.** 2003. Monografia de conclusão de curso. (Especialização em Responsabilidade Civil e Consumo) - Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 2003.

_____. **Julgamento por verossimilhança e o prontuário médico-hospitalar. A inversão do ônus da prova do profissional médico.** Revista de Direito Médico e da Saúde, Recife, Rápido. 2005, v. 1, n. 2, p. 6-20, abr. 2005.

_____. **A aplicabilidade do caput do art. 475-J do CPC no sistema dos Juizados Especiais Cíveis.** Revista de Processo. São Paulo. 2007, n. 145, p. 215-240, março 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria geral do estado.** Coimbra: Armênio Amado Editor, 1945.

_____. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça.** Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites pelo texto da lei. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 11, n. 43, p. 58, jul./set. 1986.

LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil:** homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MALACHINI, Edson Ribas. Sentenças condenatórias, mandamentais e executivas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil:** homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 441-473.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

_____. (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso: (Leis 11.276 e 11.277 de 8.2.06)**. p. 4. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. A jurisdição no Estado constitucional. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=6550>. Acesso em: 10 jan. 2006.

_____. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: WWW.PROFESSORMARINONI.COM.BR>. Acesso em: 21 nov. 2005.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

_____. **O método da concreção e a interpretação dos contratos: notas de uma leitura suscitada pelo código civil: escrito em homenagem ao jurista e professor Renan Lotufo**. Canela, RS: [s.n.], jun. 2005. Obra ainda não publicada.

_____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-185.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. _____. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

MONTORO, André Franco. O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais: perspectivas filosófica, sociológica e jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971.

MORELLO, Augusto Mario. **Proceso y realidad**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 56, p. 62-74, out./dez. 1989.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho constitucional**. Tradução Paulo Bonavides. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A função dos conceitos de ação e de jurisdição na aplicação do direito**. 1998. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

_____. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 172715-7, Acórdão nº 15675, da 6.^a Câmara Cível. Relator: Desembargador Airvaldo Stela Alves. Revisor: Desembargador Duarte Medeiros, 14 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 3 mar. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 181.937-2, Acórdão n.º 15408, da 6.^a Câmara Cível. Relator: Desembargador: Milani de Moura. Revisor: Desembargador Airvaldo Stela Alves, 06 de dezembro de 2005. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**, Curitiba, 13 jan. 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Portugal, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, v. 50, p. 85-98, jan./dez. 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação

SERGIO ALVES GOMES¹

Sumário: Introdução- **I.** O Ser Humano: natureza, características e necessidades- **II.** Indivíduo, Sociedade, Direito e Estado- **III.** O princípio da dignidade da pessoa humana e seu papel no Estado Democrático de Direito - **IV.** A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais - **V.** O direito fundamental à educação como exigência democrática. Conclusão.

“Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”.(J.J.Rousseau)

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente estudo consiste em desenvolver uma reflexão sobre as razões pelas quais o direito à *educação* deve ser considerado um *direito fundamental* e, em decorrência disso, merecer robusta proteção, por meio de medidas políticas e jurídicas que implementem a ação educacional e a torne acessível a todas as pessoas, da maneira mais ampla possível.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do tema apresenta um caráter interdisciplinar, na medida em que o estudo deste, em respeito à natureza do objeto, não se fecha em uma disciplina, mas busca ensinamentos no seio de várias esferas do conhecimento -

¹ Juiz de Direito aposentado (PR). Doutor em Direito: Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito e Especialista em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Professor Adjunto nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (especialização e mestrado) da Universidade Estadual de Londrina.

v.g. Antropologia Filosófica, Filosofia Política, Psicologia Social, Direito Constitucional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Filosofia do Direito... - indispensáveis à argumentação que se pretende construir.

Com isso, almeja-se estimular a superação de obstáculos de variadas matizes, em prol da máxima *efetividade do direito fundamental à educação*. Pois, sem esta não pode haver *democracia*.

A afirmação dos *direitos* faz-se em razão e a favor do *ser humano*. Daí a razão de ser de uma teoria dos *direitos humanos*² a entender que estes não podem sofrer retrocesso³, pois, considera-se que tais direitos são indispensáveis não só à *existência humana*, mas, também, ao contínuo *aperfeiçoamento* desta. Tem-se por pressuposto que o homem nasce dotado de natureza e potencialidades que o diferenciam dos demais seres vivos e inanimados; que em razão de tal natureza apresenta características e necessidades específicas a ela inerentes. São múltiplas as características e dimensões do ser humano. A preservação daquelas e o desenvolvimento destas não ocorre naturalmente. Exigem ambiente e recursos adequados.

Uma das necessidades básicas do homem consiste na sua natural predisposição para viver em sociedade⁴, isto é, a compartilhar sua existência com outras pessoas *semelhantes* a

² Em que pese a distinção técnica, a ser tratada adiante, que se estabelece entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, sabe-se que “de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos...”, consoante ensina Willis Santiago Guerra Filho (Cfr. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.38).

³ Comparato apresenta uma feliz síntese sobre a *irrevogabilidade* e a *complementariedade solidária* dos direitos humanos: “A consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os planos nacional e internacional, e até mesmo ao Próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”. (Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p.53).

⁴ Indelével é a observação de Aristóteles a respeito da sociabilidade humana: “É evidente, pois que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. No parágrafo seguinte acrescenta: “Claramente se compreende a razão de ser o homem um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos, nada faz em vão. O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em conseqüência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto...” (Cfr. A Política, cap. I, §§ 9 e 10).

ele, porém, ao mesmo tempo, *diferentes* em vários aspectos. Para que tal convívio seja pacífico e *produtivo*⁵ para todos há de ser *racionalmente organizado*.

Só o homem, dentre os animais, é dotado de razão, a qual é capaz de orientar suas demais faculdades (v.g. vontade, sentimentos).

Para realizar a organização do convívio necessário o homem cria *instituições*⁶ - Família, Estado, Escola, empresas, instituições religiosas, artísticas... - com finalidades específicas, estruturadas mediante *normas* que as orientam para o alcance de tais finalidades⁷.

O convívio em sociedade além de atender exigências da natureza biológica, social e espiritual do homem evidencia que este é um ser capaz de *aprender* e de *ensinar*. Aprende e ensina mediante variados meios (métodos). Ao *aprender* e ao *ensinar* elabora e transmite sua *cultura* às gerações sucessivas. Por meio deste processo contínuo vê-se capaz de *aperfeiçoar seu próprio ser* e de construir *civilizações*⁸.

É mediante a *aprendizagem* que o indivíduo passa a *compreender* a si mesmo, o outro e o mundo em que se encontra inserido. Tal compreensão é resultante de um *processo educativo* - este deve ser contínuo e permanente, mas está sujeito a obstáculos, embora passíveis de remoção, desde que haja efetivo esforço humano neste sentido. É esta compreensão que possibilita ao ser humano encontrar um *sentido para a vida*⁹ ao invés de ver-se como um objeto atirado ao vazio, ao nada.

⁵ Aqui pensa-se no conceito de produtividade desenvolvido por Erich Fromm, o qual ao analisar a natureza e o caráter do homem identifica *orientações improdutivas (receptiva, exploradora, acumulativa e mercantil)* e *orientação produtiva do caráter*. Para o renomado psicanalista e filósofo de Frankfurt a "orientação produtiva" da personalidade "refere-se a uma atitude fundamental, um *modo de relacionamento* em todos os setores da experiência humana. Abrange reações mentais, emocionais e sensoriais aos outros, a si mesmo e aos objetos. A produtividade é a capacidade do homem para usar suas forças e para realizar as potencialidades a ele inerentes." E complementa: "Se dizemos que ele *tem de usar suas* forças subentendemos que é livre e não dependente de alguém que controle essas suas forças. Subentendemos, ademais, que é guiado por sua razão, porquanto só poderá usar suas forças se as conhecer, souber como usá-las e para que usá-las". (Cfr. Análise do Homem, 12^a. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, pp.55/105).

⁶ Sobre a necessidade "original" das instituições para o homem, assim discorre o jurista português Batista Machado: "Ontogeneticamente *inacabado*, abandonado pelos instintos (nele muito rudimentares e inespecíficos), "aberto para o mundo" mas, por isso mesmo, inseguro e desorientado, *exposto* à tentação e ao caos - eis como os antropólogos visionam o ser hominal na perspectiva da antropobiologia. Daí a necessidade radical que o homem tem das *instituições*. Estas servirão de base a um consenso sobre o certo e o errado, sobre o justo e o injusto, sobre o que *vale* e o que *não vale*, garantindo assim a segurança nas relações entre os homens, ao mesmo tempo que permitem a cada homem encontrar-se e definir-se num contexto ou universo significativo (Cfr.MACHADO, J.Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1991, p.7).

⁷ Sobre o significado e a "especificidade das instituições jurídicas" cfr. BERGEL, Jean-Louis. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp229/249.

⁸ Cfr. Um amplo estudo desenvolvido pelo antropólogo Darcy Ribeiro enfoca o desenvolvimento do "processo civilizatório" (Cfr. RIBEIRO, Darcy. O Processo Civilizatório: Estudos de Antropologia da Civilização. Petrópolis: Vozes, 1987).

⁹ A indagação pelo "sentido da existência humana" levou Viktor E. Frankl a criar a Análise Existencial ou Logoterapia. Alfred Längel, médico, psicólogo e logoterapeuta observa que "viver com sentido significa

Este estudo pretende não só destacar a *dignidade e a fragilidade presentes simultaneamente no ser humano*, mas, sobretudo, tomá-las como principal motivo e justificação para o incremento da *educação* deste *ser*.

Nota-se no homem, ao lado de amplas *possibilidades* de sua realização, gamas de incertezas, temores e sofrimentos. Suas potencialidades, ao mesmo tempo em que são passíveis de *desenvolvimento* também estão sujeitas à *frustração*. Ele é um projeto de ser que “já é em si alguém”. Todavia, um alguém que embora já exista, anseia prosseguir na evolução do seu próprio ser, com a misteriosa sensação que o move a cada passo de que nem mesmo a morte se apresenta como barreira em sua busca de *plenitude*. Em relação a esta se percebe que o elemento fundamental a impulsionar sua busca e a lhe dar instrumentos para o contínuo evoluir é a *educação*. É a respeito do significado desta para o ser humano que se quer falar, considerado este como um ser especial, dotado de *dignidade*. Sabe-se que tal dignidade de todos os seres humanos nem sempre foi reconhecida pela sociedade e continua a ser vilipendiada de muitas formas. No entanto, para defendê-la criaram-se os direitos e as instituições que lhes dão sustentação. E dentre os mais significativos estão aqueles denominados de *direitos fundamentais*, em meio aos quais insere-se o *direito à educação*.

Tal direito, hodiernamente, está positivado tanto no âmbito de pactos internacionais quanto em textos constitucionais. Embora isso já represente um elevado saldo positivo em favor do acesso à educação, não basta apenas ver este descrito como direito nos textos jurídicos. Sua *efetividade* está a depender de um maior compromisso com seu significado. Por isso, cabe buscar uma argumentação que vá *além da* mera referência à *positivação* de tal direito. Uma argumentação que almeje ao convencimento de todos aqueles que exercem o *poder* em qualquer esfera - pública ou privada - e que por isso, com suas decisões afetam a qualidade de vida de milhões de pessoas que se vêem prejudicadas pela ausência de acesso a uma educação adequada ao *desenvolvimento integral da personalidade*. É preciso convencer tais agentes de que a educação deve ser melhor implementada por todos os meios possíveis a fim de que o viver e o conviver do ser humano seja, efetivamente, “menos desumano” do que

descobrir o melhor valor possível dentro de uma situação e realizá-lo. Não se trata de qualquer valor, escolhido ao acaso, mas aquele que, nesta situação, é considerado, pelo meu conhecimento e minha consciência, como sendo o melhor valor. O sentido é então sempre aquilo que *especificamente deveríamos fazer agora*." Adiante, acrescenta: " *O sentido é um curso de vida por um determinado período de tempo*. Seguindo este curso, percorre-se a pista em direção a "um valor pelo qual vale à pena viver" e assumem-se todos os riscos envolvidos. E, da mesma forma que toda viagem apresenta surpresas e privações temporárias, isto ocorre com o sentido" (Cfr. LÄNGEL, Alfried. *Viver com Sentido: análise existencial aplicada*. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 39 e 42; Cfr. também " FRAKL, Viktor et. al. *Dar Sentido à Vida: a logoterapia de Viktor Frankl*. Petrópolis: Vozes; São Leopoldo: Sinodal, 1990).

o presenciado no mundo contemporâneo. Isso não é tarefa fácil, porque tal convencimento está a depender do grau de *compreensão* que tais agentes do poder possuem sobre o fenômeno educacional. Assim, por exemplo, se estes não forem suficientemente educados para o exercício da convivência democrática, tendem a agir de modo autoritário, egoístico e dominador ou então com descaso em relação à própria educação a qual também lhes falta . Daí, a gravidade da questão democrática alusiva à escolha dos mandatários do poder político, pois quem os elege (povo ou massa?) nem sempre conhece - exatamente por *falta da educação política adequada* - as virtudes e os vícios dos escolhidos, sua efetiva formação, seus reais propósitos e o grau de sinceridade com que assumem os programas de ação que anunciam antes das eleições, em suas campanhas pelo voto popular.

Para evitar seus abusos não basta a existência de normas escritas. Há de se contar com uma população suficientemente educada para o convívio social a ponto de saber que, no regime democrático, cabe a ela, pelos meios institucionais adequados, fazer uso dos instrumentos jurídicos e políticos impeditivos e corretivos dos desvios do poder.

No entanto, só a educação possibilita tal conscientização e o pleno desenvolvimento da pessoa. Só ela é capaz de libertar o indivíduo e os povos das amarras da ignorância a respeito de seus próprios direitos, valores e dignidade, bem como sobre os direitos, valores e a dignidade do *outro*, de modo a ver neste um semelhante e não um inimigo. Só a educação forma o sujeito autônomo, pois somente ela é capaz de abrir-lhe os olhos para dimensões da realidade inacessíveis por outros meios.

Defende-se que somente se for levada em conta a natureza e a *dignidade da pessoa humana* e se a todo ser humano for possibilitado o acesso a uma integral educação - e aí cabem as questões: o que é a educação? Educação para quê? - então, certamente, as chances de um futuro melhor tanto para os indivíduos quanto para a sociedade serão aumentadas. O reconhecimento da importância da *educação* tem como dado objetivo as normas jurídicas já existentes que a positivam como um *direito de todos*. Mas, é preciso ir além, isto é, mister se faz "levar a sério" - lembrando Dworkin¹⁰ - o reconhecimento de tal direito e aprofundar a reflexão sobre os motivos que ensejam o *status* da educação como um "direito fundamental". São estes elementos que merecem ocupar maior espaço nas consciências de mandantes e mandatários, cidadãos e governos a fim de que o direito fundamental à educação seja melhor efetivado.

¹⁰ Referência à obra "Levando os Direitos a Sério" (Cfr. DWORKIN, Ronald. São Paulo, Martins Fontes, 2002).

Que esta reflexão some-se às vozes dos que desejam acordar consciências e vontades adormecidas. Pois, antes que seja tarde, urge proclamar que o menosprezo do direito à educação fere gravemente a *dignidade humana*, vista esta como a *base vital* dos ordenamentos jurídicos democráticos, razão de ser do *Estado democrático de Direito*.

Aos que não refletiram sobre isso e continuam preferindo a omissão, quando não a ação contrária aos *princípios fundamentais constitucionais* e aos *direitos fundamentais* e humanos, é oportuno lembrar que, no âmbito das ações humanas necessárias à transformação da realidade, sem o efetivo *querer* nada pode o *saber*. Este, sozinho, desvinculado de ação em prol do que *deve ser realizado*, apenas torna mais grave e abominável a ação ou a omissão dos que vierem a trair as legítimas expectativas do titular constitucional do poder soberano: *o povo*. Povo este que, no caso brasileiro a exemplo de tantos outros povos, já estabeleceu, via poder constituinte, na Lei Fundamental (Constituição), a exigência de contínua efetivação do direito fundamental à educação.

E tal exigência constitucional *vincula, jurídica e moralmente*, todos os responsáveis pelos destinos da educação.

I - O SER HUMANO: natureza, características e necessidades.

O ponto de partida de uma argumentação que pretende defender o direito à educação como *fundamental* há de consistir em considerações focadas no sujeito de tal direito: o ser humano. Cabe indagar sobre a natureza deste, suas características e inerentes necessidades. Pode-se fazer isso em relação ao homem, sem qualquer pretensão de conceituá-lo e menos ainda de defini-lo, pelo menos no âmbito de uma breve reflexão como a presente, dada a complexidade que envolve tanto a essência quanto a existência humanas.

Somente quando se olha para a natureza humana, buscando perceber seus dotes, caracteres, manifestações, necessidades, anseios e limitações, torna-se possível estabelecer uma *relação* entre a *pessoa humana e a educação*. Ou seja, somente a partir do conhecimento dos dois termos desta relação será possível concluir quanto ao grau de importância a ser dado ao processo educacional. Cabe observar se a educação exerce ou não algum efeito transformador sobre o indivíduo e, conseqüentemente, sobre a sociedade que este constitui com seus semelhantes. E mais: em caso afirmativo, perquirir sobre o sentido em que ocorre tal

transformação, ou seja, quais os resultados possíveis oriundos de uma educação integral do homem, bem como os decorrentes da ausência de tal educação.

Compete à Antropologia Filosófica perguntar “o que é o homem”?

A lista de respostas a tal questionamento é imensa. Tomar algumas delas para reflexão serve como aproximação deste complexo e apaixonante tema.

Para Erich Fromm¹¹, "o homem não é uma coisa; é um ser envolvido num processo contínuo de desenvolvimento. Em cada ponto de sua vida, ele ainda não é o que pode ser e o que ainda pode vir a ser".

Na visão bíblica¹², o homem é apresentado como um ser criado segundo à imagem e semelhança de Deus seu Criador.

Ao se buscar a identificação da natureza humana faz-se indispensável a análise das *características do homem*.

Abbagnano¹³ observa que “as definições que exprimem uma característica ou uma capacidade julgada própria do homem são numerosas e delas a primeira e mais famosa é aquela segundo a qual o homem ‘é animal racional’. Lembra que Aristóteles, na *Política* assevera que ‘o homem é o único animal que possui a razão’ “e que a razão serve para indicar-lhe o útil e o nocivo, portanto, também, o justo e o injusto”.

Aristóteles¹⁴ ressalta também a natureza política do homem, isto é, sua sociabilidade. Para ele, “é evidente...que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade...”.

Ernst Cassirer,¹⁵ levando em conta o significado dos símbolos para o homem, propõe conceituá-lo como um “animal symbolicum”.

Admardo Serafim de Oliveira¹⁶ aponta dez características que diferem o homem dos demais elementos da natureza.

¹¹ FROMM, Erich. *Análise do Homem*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p.130.

¹² Diz o texto bíblico: “Então Deus disse: façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra.” (Gen. 1,26).

¹³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p.488.

¹⁴ *A Política*, L. I, § 9. São Paulo: Edipro, 1995, p.14.

¹⁵ Segundo o autor de “A Filosofia das Formas Simbólicas”, “os grandes pensadores que definiram o homem como *animal rationale* não eram empiristas, nem pretenderam jamais dar uma explicação empírica à natureza humana. Com essa definição, estavam antes expressando um imperativo moral fundamental. A razão é um termo muito inadequado com o qual compreender as formas de vida cultural do homem em toda a sua riqueza e variedade. Mas todas essas formas são formas simbólicas. Logo, em vez de definir o homem como *animal rationale*, deveríamos defini-lo como *animal symbolicum*. Ao fazê-lo, podemos designar sua diferença específica, e entender o novo caminho aberto para o homem - o caminho para a civilização. (Cfr. CASSIRER, Ernest. *Ensaio Sobre o Homem*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp.49/50.

Estas são assim enumeradas:

- 1ª “O homem possui certas características que o distinguem dos outros animais;”
- 2ª “... o homem é um ser inventivo e progressivo”;
- 3ª “... o homem emprega uma linguagem proposicional”;
- 4ª “... o homem é um animal pensante”;
- 5ª “... o homem é uma criatura que possui um senso ético com uma consciência moral”;
- 6ª “... o homem é um ente reflexivo”;
- 7ª “... o homem é um ser religioso”;
- 8ª “... o homem é um ser dotado de emoção estética”;
- 9ª “... o homem é um animal social e político”;
- 10ª “... o homem é uma criatura finita e inacabada”;

Battista Mondin¹⁷, ao analisar a *fenomenologia do homem*, também vê nele dez dimensões:

- 1ª: corpórea (*homo somaticus*);
- 2ª: da vida humana (*homo vivens*);
- 3ª: a do conhecer sensitivo e intelectual (*homo sapiens*);
- 4ª: dimensão da vontade, da liberdade e do amor (*homo volens*);
- 5ª: dimensão da linguagem (*homo loquens*);
- 6ª: dimensão social e política (*homo socialis*);
- 7ª: dimensão cultural (*homo culturalis*);
- 8ª: do trabalho e da técnica (*homo faber*);
- 9ª: do jogo e do divertimento (*homo ludens*);
- 10ª: dimensão religiosa (*homo religiosus*).

A decorrência das características com as quais o ser humano encontra-se dotado é a presença de variadas *necessidades* por ele experimentadas e que clamam por satisfação. *Necessidade* aqui significa exigência da própria natureza humana, por apresentar um modo de *ser carente de complementação*, inacabado e não auto-suficiente. Dentre tais necessidades básicas estão, por exemplo, a manutenção da *vida* orgânica mediante alimentação adequada; convivência afetiva para atender necessidades bio-psíquicas (aceitação do outro e pelo outro, procriação e manutenção da espécie humana); autonomia

¹⁶ OLIVEIRA, A. Serafim. Antropologia Filosófica, in: Introdução ao Pensamento Filosófico. São Paulo: Loyola, 1998, p.119.

¹⁷ MONDIN, B. *O Homem quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica*. Ed. Paulinas, 1980, pp.27 a 245.

individual¹⁸ para se reconhecer e ser reconhecido como indivíduo que se assemelha e ao mesmo tempo se diferencia dos demais seres humanos; necessidade de comunicar-se livremente com estes, mediante linguagem adequada, que possibilite a interação em torno de interesses comuns e individuais; *de educar-se*, para vivenciar de modo gratificante e duradouro as *várias dimensões de sua existência*, isto porque o homem é um ser capaz de aprender e de ensinar e que enquanto ensina também aprende; de professar, livremente, suas crenças; necessidade de integrar-se no meio cultural em que vive e de atuar como cidadão participe da história (decorrência da dimensão política), de modo a perceber sua *própria identidade* e sua *dignidade* enquanto *pessoa*. Estas e tantas outras *necessidades são carências inerentes à natureza humana*. Isso equivale a dizer que estão, de um modo geral, presentes em todos os seres humanos. Variam apenas as normas culturais a respeito de como satisfazê-las. Por isso, clamam por atendimento simultâneo e integral e não fragmentado e parcial. Atender apenas algumas destas exigências em menosprezo das demais significa não considerar o homem em sua integralidade. A consequência de tal atitude é a morte das dimensões humanas desconsideradas, ou seja, a deformação do próprio ser humano que se vê privado do exercício de faculdades fundamentais que compõem a sua *humanidade*, isto é, sua *essência*.

Cabe desde logo a indagação: o que a natureza, as características e as necessidades do homem têm a ver com a *educação*?

Se entendida esta como um processo que visa “*ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”,¹⁹ evidencia-se que a educação é fator indispensável à evolução integral e harmônica do ser humano.

¹⁸ Para MIRACY B.S. GUSTIN, dentre as tantas necessidades que o ser humano apresenta a *autonomia* figura como *primordial* em relação às demais. Diz ela: “Sugere-se que a condição de autonomia é transcultural e independente da inserção em categorias sociais localizadas e parciais. Ainda em termos preliminares, considera-se o ser autônomo como aquele que é capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los. Em termos mais restritos, o limite de autonomia equivaleria à capacidade de ação e de intervenção da pessoa ou do grupo sobre as condições de sua forma de vida. Esse limite definiria a capacidade indispensável e mínima para a atribuição de responsabilidade às pessoas.” (Cfr. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.31). JOSEPH RAZ, ao tratar do tema da autonomia, assevera: “An autonomous person is one who is the author of his own life. His life is his own making. The autonomous person’s life is marked not only by what it is but also by what it might have been and by the way it became what it is. A person is autonomous only if he has a variety of acceptable options available for him to choose from and his life became as it is through his choice of some of these options. A person who has never had any significant choice, or was not aware of it, or never exercised choice in significant matters but simply drifted through life is not an autonomous person”. (Cfr. *Right-Based Moralities*. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*, NY, Oxford University Press, 1984, p. 191.

¹⁹ Conforme consta no artigo 205 da Constituição Federal brasileira.

O grau de percepção que o indivíduo adquire a respeito de si mesmo, de sua natureza, características, necessidades, limitações, riscos e possibilidades depende em muito do nível e da qualidade da *educação* a que tiver acesso. Será através das lentes do *conhecimento* adquirido que o sujeito olhará para si e o universo no qual se insere e perceberá *possibilidades* e *limites* para transformar a si mesmo e seu entorno. Somente a educação poderá permitir-lhe saber o que fazer com o saber, pois só ela, quando integral, lhe possibilita refletir criticamente sobre o próprio conhecimento e obter *o conhecimento do conhecimento*, conforme referido por Edgar Morin.²⁰ Quanto mais multidimensional e organizado for seu conhecimento maiores serão suas possibilidades de escolha e de afirmação como um ser *livre e responsável*. Somente no exercício da liberdade responsável²¹ é que o ser humano se vê como partícipe da história de sua própria existência e do mundo em que vive. Somente assim poderá vivenciar o significado de “ser pessoa”, com a individualidade inerente a si mesma, de modo a sentir-se *única* mas não *a única*, porquanto *aprende pela educação* que é necessário *conviver*²², isto é, viver com os outros; e, que cada um destes é também um ser que traz em si o toque da singularidade presente em cada pessoa.

A respeito da *individualidade* de cada ser humano a assertiva de Edgar Morin²³ é lapidar: “À maneira de um ponto de holograma, trazemos, no âmago de nossa singularidade, não apenas toda a humanidade, toda a vida, mas também quase todo o cosmo, incluso seu mistério, que, sem dúvida, jaz no fundo da natureza humana.”

²⁰ Quando não se pergunta sobre o significado e as finalidades do conhecimento a má utilização deste pode voltar-se contra o próprio homem. Morin lembra expressão de Gusdorf que chega a caracterizar uma “patologia do saber”, decorrente da fragmentação do conhecimento e da ausência de reflexão a respeito deste. Segundo Morin, “a reflexão filosófica quase não se alimenta com os conhecimentos adquiridos pela investigação científica, a qual não pode nem reunir os seus conhecimentos nem os refletir. A rarefação das comunicações entre ciências naturais e ciências humanas, o fechamento disciplinar (apenas corrigido pela insuficiente interdisciplinaridade), o crescimento exponencial dos saberes separados, levam cada um, especialista ou não, a ignorar cada vez mais o saber existente. ...Hoje, o edifício do saber contemporâneo ergue-se como uma Torre de Babel que nos domina mais do que a dominamos. (Cf. MORIN, Edgar. O Método 3. Porto Alegre: Sulina, 1999, pp.19/20).

²¹ O convívio social impõe limites à liberdade. Sobre o significado, os limites e o direito à liberdade, realizou Maria Garcia respeitável estudo que serve de abertura ao tema alusivo à “Desobediência Civil”, cujo primeiro capítulo se intitula “A Aventura da Liberdade”. Cfr. GARCIA, Maria. Desobediência Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 17 a 55.

²² O “Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI” presidida por Jacques Delors aponta como um dos “quatro pilares da educação” o “Aprender a viver juntos, aprender a viver com os outros”. Os demais são: aprender a conhecer, aprender a fazer e aprender a ser. (Cf. Educação: um tesouro a descobrir. – 8.ed.- São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2003, pp.89/102.

²³ MORIN, Edgar. A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.41.

Diante destes breves aportes alusivos à ontologia do humano, cabe trazer à baila alguns elementos referentes ao *ambiente*, isto é, ao entorno em que o indivíduo, graças às suas dimensões natural e social, é chamado a viver. Tal ambiente, assim como o próprio ser humano, é também constituído por *natureza e cultura*.

A natureza humana, pelas suas características e necessidades, convida o homem a transformar seu ambiente, produzindo com isso a cultura. Ao elaborá-la, atraído e movido por *valores*, o homem, no convívio com os demais sujeitos, configura a *sociedade* e, dentro desta, engendra as *instituições*²⁴, sustentadas por *normas* morais, religiosas, jurídicas..., segundo a finalidade de cada uma destas instituições.

Considerando que o presente estudo visa destacar a vinculação que deve ser mantida entre a *persona humana* e a *educação*, a ponto de poder aquela reivindicar esta como um *direito fundamental*; levando-se também em conta que toda sociedade para se manter coesa exige organização, cabe, ainda que brevemente, refletir sobre as relações entre o *indivíduo*, a *Sociedade*, o *Direito* e o *Estado*, buscando detectar a *finalidade* dos três últimos para o primeiro.

II. Indivíduo, Sociedade, Direito e Estado.

Têm-se como premissas lógicas e evidentes que a *Sociedade* é composta de seres humanos e feita por estes; que o Direito e o Estado também são resultantes de obra humana. Admite-se também que o homem é um ser tendente a buscar a realização de suas

²⁴ Consoante ensinamentos oriundos da Sociologia, as instituições sociais “consistem numa estrutura relativamente permanente de padrões, papéis e relações que os indivíduos realizam segundo determinadas formas sancionadas e unificadas, com o objetivo de satisfazer às necessidades sociais básicas (Fichter). As características das instituições são: têm finalidade e conteúdo relativamente permanentes, são estruturadas, possuem estrutura unificada e valores. Além disso, devem ter função (a meta ou o propósito do grupo, cujo objetivo seria regular suas necessidades) e estrutura composta de pessoal (elementos humanos), equipamentos (aparelhamento material ou imaterial), organização (disposição de pessoal e de equipamento, observando-se uma hierarquia – autoridade e subordinação), comportamento (normas que regulam a conduta e as atitudes dos indivíduos)”. (Cfr. LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral, 5ªed. São Paulo: Atlas, 1986, pp.363).

potencialidades, que deseja com isso conquistar a *felicidade*²⁵. É isso que efetivamente almeja quando, atendendo exigência de sua própria natureza, vivencia sua sociabilidade e percebe a inter-dependência de todos os humanos, *com* quem o indivíduo precisa *viver* (conviver). Percebe ele que sua realização, a felicidade que procura, só ocorrerá se souber bem *conviver* com os demais indivíduos. Tal percepção leva ao estabelecimento de *finalidades comuns*, do interesse de todos em torno de valores que se concretizados produzirão o *bem comum*.²⁶

Esse *bem*, consoante vem o homem aprendendo ao longo da história, só poderá ser alcançado mediante o respeito a normas que estruturam a organização social, estabeleçam competências para o exercício limitado do *poder*, no seio da sociedade, e disciplinem *o uso das liberdades*.²⁷ O conteúdo destas normas deve proibir os fortes de subjugarem os fracos, possibilitar a todos a *igualdade de oportunidade* de desenvolvimento de suas potencialidades e de vivenciar os *valores* básicos que dão sentido ao viver.

Tal desenvolvimento possibilita ao sujeito ver-se *integrado* no grupo social do qual faz parte - *ao invés de sentir-se excluído* -, permite-lhe viver e agir como cidadão, isto é, como sujeito participativo das decisões que direcionam os destinos da sociedade em que vive. Isso, no entanto, só ocorre quando não se deixa espaço para o exercício da prepotência de um indivíduo sobre o outro, ou seja, quando o poder de um não se apresenta como arbítrio a impedir o *crescimento*, a *evolução do outro*.

Diante de tal constatação, ao longo do tempo, cada vez mais as normas jurídicas passaram a ser consideradas o meio adequado para disciplinar o convívio social a respeito das questões fundamentais que envolvem a co-existência humana. A história do Direito é o testemunho vivo dessa assertiva. Tão universal se tornou a presença do Direito na Sociedade que tal evidência se resume no antigo brocardo *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). Miguel Reale²⁸ observa que “a recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*” (onde está o Direito está a sociedade).

²⁵ Para Aristóteles a felicidade “é o fim da natureza humana” e consiste nas “atividades virtuosas”. (Cfr. Ética a Nicômaco, Livro X, 6. Cfr. São Paulo: Abril Cultural, “Coleção os Pensadores”, 1979, pp.227/228. Kant asseverou que “ todos os homens têm já por si mesmos a mais forte e íntima inclinação para a felicidade, porque é exatamente nesta idéia que se reúnem numa soma todas as inclinações.” (Cfr. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, 1ª sessão. São Paulo: Abril Cultural, “Coleção os Pensadores”, 1980, p.113.

²⁶ Ninguém melhor do que o Papa João XXIII conceituou bem comum: “ o bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (Cfr. Encíclica *Pace in Terris*, I, 58. In: Encíclicas e Documentos Sociais, vol. II. São Paulo: LTR, 1993, p. 33).

²⁷ Para Kant a lei universal do direito diz: “age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal”. (Cfr. KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. São Paulo: Ícone, 1993, p.46.).

²⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 23ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.2.

Mas, de onde surge ou então, como nasce o Direito? Trata-se de temática que a Teoria Geral do Direito denomina de “fontes do direito”. Dentre estas, no sistema de direito continental europeu²⁹, de origem romanística, a *legislação* figura como a principal fonte formal do direito, diferentemente do sistema “common law” em que predominam as normas consuetudinárias e os precedentes judiciais.

Essa questão remete para outra que a antecede: “O que é o Direito”? Não é possível neste estudo ensaiar resposta a essa questão de ontologia jurídica. É tema que há séculos ocupa espaço na Filosofia do Direito e que se desdobra em milenar discussão, bastando lembrar o debate entre jusnaturalismo e juspositivismo. Felizmente, no estágio atual da evolução do pensamento jurídico, percebe-se a construção de um pensamento intitulado de pós-positivista, que busca superar tal bipolaridade, sem se concentrar em um confronto seja contra o positivismo ou o jusnaturalismo. Incorpora contribuições parciais de ambas as facções, em proveito da efetividade dos direitos fundamentais, tendo por centro aglutinador dos valores jurídicos a *pessoa humana*, dotada de *dignidade*.

Importa agora verificar a posição do indivíduo nesta *relação* que mantém com o Direito e com o Estado. Pois só a partir de tal reflexão pode-se chegar ao *Estado Democrático de Direito*. Somente no âmbito deste, a *dignidade humana* merece irrestrito respeito. Somente aí conta ela com o aparato dos *direitos fundamentais* e das *garantias constitucionais* que a estes protegem, tutelando assim a própria *pessoa* naquilo que tem de mais essencial: seu próprio ser, com todos os atributos que lhe são inerentes. Nele reside a dignidade de cada sujeito.

Verifica-se, portanto, que, em razão de sua própria natureza, o homem necessita viver em sociedade. Mas que tipo de sociedade corresponde às exigências da natureza humana? Como organizá-la para atingir os fins que o homem só consegue alcançar por meio do convívio social? Que fins são estes? Como alcançar o bem comum? A história das civilizações existentes e extintas narra a contínua luta da humanidade em torno da busca de uma solução satisfatória, ainda não encontrada, a respeito de tais questões. Com muitas dificuldades tenta-se conseguir consenso quanto a alguns *princípios fundamentais*. Tal consenso nunca é pleno e nem definitivo, pois os homens mudam de opinião e convicção com certa facilidade. Por isso estão sempre a reformar suas próprias leis e a colocar em risco para

²⁹ Para um aprofundamento nesta temática Cfr. HOLMES, Oliver Wendell. O Direito Comum. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 2ªed., Lisboa: Meridiano, 1978; LOSANO, Mario G. Os Grandes Sistemas Jurídicos. Lisboa: Presença, 1978; SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

muitos aquilo que estes consideravam definitivas conquistas. Daí a constante *incerteza* que faz o espírito humano sair em busca de *segurança*. Porém, infelizmente, até mesmo os princípios e os direitos fundamentais reconhecidos e estabelecidos como primordiais ao convívio social “não são sempre levados a sério”. Por outro lado, não pode o homem viver fora do convívio e sem instituições que assegurem o respeito a um *mínimo ético*³⁰ indispensável à diferenciação entre barbárie e civilização. Por isso, no âmbito de uma sociedade democrática, o Direito e as instituições por ele estruturadas se apresentam como uma espécie de trincheira sem armas, exceto as do argumento racional, na luta que objetiva organizar e disciplinar, por meio de normas jurídicas, as relações entre os indivíduos e entre estes e as instituições por eles criadas.

Dentre estas instituições uma delas se relaciona tão estreitamente com o fenômeno jurídico que Hans Kelsen chegou a ponto de identificá-la com o próprio Direito: trata-se do *Estado*. De seu estudo se ocupa a Teoria Geral do Estado, a qual inclui em seu conteúdo programático a análise a respeito de como, ao longo da história, tem sido a relação entre o Estado e o indivíduo, ou seja, entre a autoridade estatal e a liberdade individual. Ao fazê-lo, possibilita detectar os vários paradigmas de Estado conhecidos historicamente.

Sabe-se que com a criação do Estado Moderno, o Direito válido como tal passou a ser aquele elaborado ou então pelo menos reconhecido pelo Estado como dotado de *validade*. Daí decorre a forte vinculação existente entre Direito e Estado.

E as relações do indivíduo com o Direito³¹ e o Estado podem ser problemáticas? É possível que estes se coloquem contra aquele, a ponto de instrumentalizá-lo, dominá-lo, ao invés de se prestarem como meios de realização da pessoa humana e de construção do bem comum?

³⁰ Conforme ensina Miguel Reale, a teoria do "mínimo ético" foi desenvolvida por vários autores, sendo Jellinek o principal deles. Consiste esta teoria "em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social. Assim sendo, o Direito não é algo de diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas" (Cfr. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 19ªed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.42).

³¹ Diante da polissemia do vocábulo “direito”, cabe lembrar que na presente questão o uso deste termo corresponde ao significado de *ordenamento jurídico*, o qual equivale ao *direito positivo* de determinado Estado soberano. Isso está a dizer que não se faz aqui nenhuma identificação entre *Direito* e *Justiça*. Esta é vista como o valor por excelência que o Direito deve realizar por meio de seu instrumental.

A História responde afirmativamente as questões lançadas. Todas as modalidades de regime totalitários já conhecidas transformaram em “coisa” as pessoas que não correspondiam às expectativas do "ditador", tratando-as com menosprezo e crueldade. A presença de tais regimes contribuiu para que no acervo do passado humano se possa contar com uma verdadeira *história da maldade*³². O holocausto praticado nos campos de concentração durante a II Guerra Mundial é exemplo emblemático de tal história. Ali estava presente o Estado (III Reich) com ampla estrutura legal. Suas leis e seus operadores, contudo, não tinham qualquer sensibilidade e compromisso em relação ao valor Justiça. Para eles nada significava a idéia de *dignidade humana*, idéia esta que sairá reforçada da hecatombe que eliminou milhões de vidas humanas, no período de 1939 a 1945 e se converterá, no pós-guerra, em *princípio basilar* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e de todos os ordenamentos jurídicos que instituem, por meio do Direito Constitucional, o Estado Democrático de Direito, consoante se verá no tópico seguinte.

Frise-se, todavia, que a utilização do Direito e do Estado contra o indivíduo configura evidente *perversão de finalidade*, fruto do mau uso do *poder*. Este, quando não encontra limites, se converte em dominação e, ao invés de governar, escraviza. É o poder colocando-se contra o ser humano e transmutando-se em violência. Daí a razão de ser dos mecanismos para sua limitação criados pelo *Estado Democrático de Direito*. No âmbito deste, o Direito e o Estado são colocados a serviço do homem. São meios e não fins em si mesmos. Somente o homem, conforme ensina Kant, em razão de sua *dignidade*, tem um fim em si mesmo: o aperfeiçoamento de seu ser. E para isso a *educação* se faz indispensável tanto na construção do indivíduo quanto da democracia.

III. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seu papel no Estado Democrático de Direito

1. Noção de princípio

Antes de se adentrar na temática alusiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária breve consideração em torno do significado do termo *princípio*, fora do âmbito jurídico. Isso porque o discurso jurídico tem na linguagem comum, entendida como aquela que não pertence a um campo específico do saber, a principal fonte de seus

³² Cfr. THOMSON, Oliver. *A Assustadora História da Maldade*. Rio de Janeiro: Prestígio editorial, 2002.

vocábulo, os quais, freqüentemente, ganham significados específicos ao adentrarem a seara da linguagem do Direito.

O vocábulo *princípio* origina-se do latim *principium* e dentre os vários significados que se lhe atribuem na linguagem comum estão os de *início, começo, origem; o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz.*³³

A terminologia filosófica não se distancia de tais significados. Abbagnano³⁴ registra *princípio* como “o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer”. O mesmo autor, após analisar a enumeração dos vários significados do aludido termo feita por Aristóteles, transcreve a seguinte conclusão deste: “O que todos os significados têm em comum é que, em todos, princípio é aquilo que é ponto de partida ou do ser ou do tornar-se ou do conhecer”. Durozoi e Roussel³⁵ asseveram que *princípio*, “do ponto de vista lógico”, significa “proposição inicial de uma dedução, ela própria não podendo ser deduzida de qualquer outra. Sinônimo de proposição primeira”.

Ao analisar os significados de *princípio*, fora do terreno jurídico, afirma Ruy Samuel Espíndola:³⁶ “Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.”

2. A Constituição como normas jurídicas em forma de princípios e regras

³³ Cf. Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

³⁴ ABBAGNANO. Op. Cit.

³⁵ DUROZOI, Gérard e ROUSSEL, André. Dicionário de Filosofia, 2ª ed. São Paulo: Papirus, 1996.

³⁶ ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 48.

Não caberia nos limites do presente estudo uma análise minuciosa sobre a formação histórica da teoria constitucional³⁷. Importa destacar apenas um dos resultados básicos de tal evolução, sem o qual não há como bem interpretar as normas constitucionais de modo a conferir-lhes efetividade. Trata-se de conceituação que vem ganhando espaço cada vez maior no âmbito da atual teoria da constituição, segundo a qual as *normas jurídicas constitucionais* se apresentam como gênero de normas que contém duas espécies: os *princípios* e as *regras*.

Isso equivale a dizer:

a) que todo o conteúdo da Constituição é normativo, isto é, nela não há espaço para meros “conselhos” que possam ou não ser acatados. Sua *linguagem* embora nem sempre se expresse de *forma prescritiva* tem, contudo, esta *função*: aponta sempre para um “dever ser” que merece concretização por meio de condutas dos destinatários da norma, os quais a ela estão vinculados em razão da própria natureza e finalidade da Constituição: norma fundamental que estrutura política e juridicamente uma sociedade, servindo de fonte formal, esteio e limite para todas as demais normas jurídicas de um ordenamento;

b) que há duas modalidades de normas constitucionais: os *princípios* e as *regras*.

Tal elaboração doutrinária é fruto da obra de muitos estudiosos do tema. Paulo Bonavides³⁸ analisa-a didaticamente, em três fases, visando mostrar como os *princípios gerais do direito* ganharam o *status* de *princípios constitucionais*, tornando-se a teoria dos princípios “*o coração das constituições*”. Diz ele: “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. (...)...A Segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’. (...) A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas

³⁷ Dentre a bibliografia que versa sobre tal evolução estão obras como: ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, cujo capítulo V se intitula “Origens e Características do Moderno Constitucionalismo”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. SALDANHA, Néson. Formação da Teoria Constitucional, 2ª ed. . Rio de Janeiro: Renovar, 2000. CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

³⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ªed. . São Paulo: Malheiros, 1999, pp.229/266.

acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Ressaltando ainda mais a relevância atual dos princípios constitucionais, Bonavides³⁹ aponta três dimensões destes: a) função de fundamento da ordem jurídica; b) função orientadora do trabalho interpretativo; c) função de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

Canotilho⁴⁰, que muito se abebera na doutrina constitucional alemã, explicita sua opção pela nova metodologia constitucional dizendo: “a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.

Uma vez admitido, com base na mais atualizada doutrina constitucional que *princípios e regras* são espécies do gênero *norma*, cabe esclarecer a diferença entre tais espécies.

Para Robert Alexy⁴¹ “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

³⁹ Para maior elucidação é aconselhável a transcrição das palavras de Bonavides: “De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária da normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. de Castro, que “antecipando-se genialmente à Dogmática alemã”, conforme assinalou Valdés, assim as compendiou: a função de ser “fundamento da ordem jurídica”, com “eficácia derogatória e diretiva”, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de “fonte em caso de insuficiência da lei e do costume”, sendo a Segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais, sobretudo a última, que em grande parte remonta àquela época em que ainda preponderava, segundo palavras de Norberto Bobbio, o entendimento – naturalmente equivocado- de que os princípios não são normas nem, tampouco redutíveis a normas, e “portanto uma entidade qualitativamente diversa das normas (gerais e especiais)”. (Cfr. Curso de Direito Constitucional, pp.254/255).

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2ªed. . Coimbra:Almedina, 1998, p. 1034.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 83, 86/87.

E mais adiante acrescenta o eminente jurista alemão: “ El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.”

Canotilho⁴² aponta como diferenças qualitativas entre princípios e regras os seguintes aspectos: “Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: aplicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...)... em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas)”.

⁴² Op.cit. pp.1035/1036.

Sobre tal distinção também são esclarecedoras as lições de Willis Santiago Guerra Filho⁴³. Segundo ele, as regras “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso de qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que, em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si. Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente.”

Destarte, a Constituição se apresenta como um sistema normativo composto de princípios e regras. A questão que ora nos interessa para os objetivos do presente estudo é a seguinte: no Estado Democrático de Direito que importância tem o princípio da *dignidade da pessoa humana*? No entanto, a reflexão a tal respeito exige prévio esclarecimento sobre o significado do *Estado Democrático de Direito*, pois cabe a este servir de meio eficiente na defesa da referida *dignidade*, em razão da qual respeitar-se-ão os *direitos fundamentais*.

3. O Estado Democrático de Direito

A expressão *Estado Democrático de Direito* engloba dois princípios constitucionais considerados por Canotilho como *princípios estruturantes*:⁴⁴ o princípio do *Estado de direito* e o *princípio democrático*.

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp.17/18.

⁴⁴ Para Canotilho, há três espécies de princípios constitucionais: princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais. Segundo o mestre de Coimbra, a articulação entre as normas constitucionais ocorre da seguinte forma: “os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial*”. Sobre os princípios estruturantes diz: “Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios

Guerra Filho,⁴⁵ ao tratar do Estado de Direito Democrático, frisa que diante do contido no preâmbulo da vigente Constituição brasileira resta evidente que “os constituintes de 88 escreveram que se reuniram com a determinação de “instituir” um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, etc. Com isso, houve manifestação inequívoca do “titular da soberania”, o povo brasileiro, a quem os constituintes representavam, no sentido de que se abandonasse completamente o Estado ditatorial a que se viu submetido por quase três décadas, e se ingressasse, então numa ordem política diametralmente oposta, plenamente democrática.”

E arremata o eminente jusfilósofo:

“O primeiro artigo da Constituição de 88 define, assim, a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação essa que, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa, além de ser uma tarefa de primordial importância, principalmente nesse período inicial de vigência da nova Carta, em que vem sendo submetida a tantas – e, já por isso, questionáveis - reformas”.

É bom lembrar que o Estado Democrático de Direito não é fruto de um único país e nem do acaso. Tal fórmula política, consoante já mencionado, congrega em si dois princípios de longa trajetória histórica: o “princípio democrático” e o do “Estado de Direito”. Não é possível percorrer aqui nem a evolução da idéia e da experiência histórica da *democracia*⁴⁶ a partir de seu

estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político. Na ordem constitucional portuguesa consideram-se (a título indicativo sem pretensões de exaustividade como princípios estruturantes: - o princípio do Estado de direito (arts. 2º e 9º); o princípio democrático (arts. 1º, 2º, 3º/1 e 10); o princípio republicano (arts. 1º, 2º, 11º e 288º/b). Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que “densificam” os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma “união perfeita” alude Larenz). Assim, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é “densificado” através de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade (cfr. art. 3º/3), o princípio de legalidade da administração (cfr. Por ex., art. 112º/7 e 8), o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais (cfr. art. 18º), o princípio da independência dos Tribunais (art. 203º). Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais. Por exemplo, o princípio da legalidade da administração é “concretizado” pelo princípio da preeminência ou prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei (cfr. art. 112º/6 e 7); o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é “densificado” por outros princípios especiais tais como o princípio da proibição de excesso (cfr. art. 18º/2) e o princípio da não-retroactividade de leis restritivas (cfr. art. 18/3). (Cfr. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1047/1049).

⁴⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp.12/13.

⁴⁶ O conceito e a importância da Democracia tem sido objeto de amplos estudos na atualidade, consoante demonstram múltiplas obras tanto na bibliografia estrangeira quanto nacional, tais como: TOURAINE, Alain. O que é a Democracia? Petrópolis, RJ: Vozes, 1996; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 6ª ed. Rio de

berço, na antiga Grécia e nem analisar, passo a passo, o desenvolvimento do *Estado*⁴⁷ que, embora assumindo formas variadas no fluir do tempo, também tem suas raízes na Antiguidade. No entanto, indispensável se faz indagar sobre as razões que levaram à junção destas duas expressões para compor a referida fórmula *Estado de Direito Democrático*.⁴⁸

Janeiro: Paz e Terra, 1986; GARCIA, Maria (org.) Democracia Hoje: um Modelo para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos, 1997. S CHAUÍ, Marilena: Cultura e Democracia. 7ªed. São Paulo: Cortez, 1997; ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1998; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. 4ªed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1997. LEGROS, Robert. O Advento da Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. GOYARD-FABRE, Simone. O que é Democracia? São Paulo: Martins Fontes, 2003. DAHL, Robert A . Sobre a Democracia. Brasília:UnB, 2001. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Política do Direito, cap.VI (A Democracia).Brasília:Brasília Jurídica, 2000.

⁴⁷ Ao tratar sobre a evolução histórica do Estado, Jellinek analisa os “tipos históricos fundamentais de Estados”: O antigo Estado oriental, o Estado helênico, o Estado romano, o Estado da Idade Média e o Estado Moderno. (Cfr. JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México. Fondo de Cultura Económica, 2000, pp.282/318. Sobre a origem, os caracteres e a idéia do Estado Moderno, bem como sobre a idéia de Estado no pensamento acadêmico dos séculos XIX e XX, cfr. CUEVA. Mario de la. La Idea del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 5ª, 1996, pp.45/60; 125/202. Sobre a essência e a estrutura do Estado, cfr. HELLER, Herman . Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., pp.256/353. Neste trecho da obra o autor analisa : a função social do Estado; a justificação do Estado; O Estado como unidade organizada de decisão e ação; o poder do Estado e a Constituição do Estado. Cfr. também sobre o mesmo tema: DALLARI, Dalmo de Abreu. Teoria Geral do Estado, 22ªed., São Paulo: Saraiva, pp.60/72. SOLARI, Giole. La Formazione Storica e Filosofica Dello Stato Moderno. Turim: G.Giappichelli, 1962.

⁴⁸ José Afonso da Silva observa que a Constituição da República Portuguesa adotou a fórmula política “Estado de Direito Democrático (art.2º). Entende o ilustre constitucionalista que o “democrático” aí está “qualificando o Direito e não o Estado”. A Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*) consagrou a expressão “Estado Democrático de Direito”. O ilustre constitucionalista considera esta uma diferença formal entre ambas as constituições e assinala que “ a nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, e, pois, também sobre a ordem jurídica”. Ressalva, porém, que “ o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito”. O mesmo autor esclarece porque a expressão “Estado de Direito” tornou-se insuficiente e a esta acrescentou-se o adjetivo “democrático”. Segundo ele, “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...* (...); b) *divisão dos poderes...*(...); c) *enunciado e garantia dos direitos individuais.* (...) A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota Verdú, a qual, contudo, se tornara insuficiente, pelo que a expressão *Estado de Direito* evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo. Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra “Estado”. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão *Estado de Direito*, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material. (...) A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significativo desprezo a este conceito. Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal.

Múltiplos motivos contribuíram na evolução do papel do Estado na sociedade. Fatores de cunho político, econômico, social e ideológico se entrecruzaram e produziram os vários momentos da instituição estatal. Assim, a concentração do poder político nas mãos de um monarca que o exercia sem limites legais gerou o Estado *absolutista*⁴⁹. Neste cenário, o rei situava-se acima e fora do alcance das leis. Emblemática é a frase atribuída a Luiz XIV que resume este momento na história do Estado Moderno: “*L’état c’est moi*”. Às leis existentes apenas os súditos se sujeitavam. Tal situação durou até o momento em que estes se opuseram ao arbítrio do soberano (*ancien régime*) por meio das lutas pelas *liberdades e direitos individuais*, produzindo como resultado o *Estado liberal*⁵⁰. Proclamava este a igualdade de todos perante a lei, a qual buscava proteger a esfera individual de qualquer interferência arbitrária do Estado. Este se transformou em um “*Estado mínimo*”, que incorporou o lema resumido na expressão “*laissez faire laissez passer*”. No entanto, abusos da liberdade sem limites, com total menosprezo ao imperativo categórico kantiano, levados a efeito pelos economicamente mais fortes sobre os despossuídos de bens materiais, ensejaram a forte oposição destes contra aqueles (donos dos meios de produção) e a batalha pelo reconhecimento dos direitos sociais, sedimentados na idéia de *igualdade*. Chega-se assim ao *Estado Social*⁵¹, de caráter intervencionista, provedor do bem estar social.

Em verdade destrói qualquer idéia de Estado de Direito.” (Cfr. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ªed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 123; 116/119) .

⁴⁹ Sobre a era do absolutismo observa o magistrado português José Maria Rodrigues da Silva: “No absolutismo, como na Antiguidade oriental, o soberano tende a identificar-se com a divindade. Jaime I de Inglaterra, à semelhança dos faraós, considera-se a imagem viva de Deus sobre a Terra. (...) Na ordem jurídica positiva, o rei é o titular da soberania e esta é absoluta e perpétua. O povo não tem, pois, o direito de se revoltar contra a tirania mas o dever de obedecer passiva e integralmente. A relação entre o homem e o Poder contrapõe um súbdito sem direitos políticos a um soberano que faz ou ratifica o Direito e que só deve obediência à lei divina” (Cfr. SILVA, José Maria Rodrigues da. O Homem e o Poder. Lisboa: Bertrand, 1988, p.63).

⁵⁰ O Estado de Direito Liberal apresentava as seguintes características, segundo Streck e Morais: “A- Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça. B- A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado. C- A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semi-direta - *referendum* e plebiscito - bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade. D- O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.” (Cfr. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp.86/87).

⁵¹ Paulo Bonavides, com magistral clareza, apresenta um conceito analítico do Estado social : “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em sua, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de

Se por um lado o Estado liberal pecou pelo excesso de omissão perante as reais desigualdades entre os indivíduos, deixando de adotar qualquer instrumento adequado à compensação destas disparidades, o Estado social evidenciou forte tendência a transformar-se em estado “socialista”, autoritário, capaz de ver apenas os interesses grupais, as necessidades da “classe trabalhadora” mas não os de cada indivíduo, sujeito multidimensional por natureza, enquanto *pessoa humana*. Pode-se dizer que em termos de *direitos fundamentais*, o liberalismo preocupou-se apenas com os *direitos individuais* enquanto que os regimes socialistas menosprezaram tais direitos em nome da promoção dos *direitos sociais*. No entanto, com apoio na experiência histórica referida e na robusta teoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos que apregoa a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos em suas já reconhecidas cinco categorias⁵² (direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), conclui-se pela insuficiência de ambos os paradigmas de Estado mencionados (liberal e social) quando se tem em mente um modelo adequado à realização de *direitos fundamentais*, os quais também podem ser classificados com as mesmas categorias (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais).

O *Estado Democrático de Direito* surge, destarte, como superação de ambos os modelos estatais considerados.

São nesse sentido os ensinamentos de Guerra Filho a respeito desse novo paradigma de Estado⁵³:

“Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de

iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social” (Cfr. Do Estado Liberal ao Estado Social, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, p.182. O eminente constitucionalista diferencia *Estado social* de *Estado socialista*, observando: “Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressados na senda da socialização parcial. E à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí então ocorrerá grave perigo a toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.” (op. cit. pp. 182/183).

⁵² Tais categorias de direitos são objeto de dois pactos internacionais específicos, ambos ratificados pelo Estado brasileiro. São eles: O “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” – adotado pela Resolução nº2200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992; e o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais, Sociais e Culturais”- adotado pela mesma Resolução da ONU e ratificado pelo Brasil também em 24 de janeiro de 1992. Os direitos positivados nestes pactos ingressaram na ordem jurídica brasileira, em face do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, segundo a melhor interpretação que envolve o relacionamento entre normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e as normas de *direitos fundamentais*, positivadas pela Constituição.

⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Síntese, pp.16/17.

Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a *esfera pública*, ocupada pelo Estado, a *esfera privada*, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a *esfera coletiva*, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros”.

José Afonso da Silva⁵⁴ observa que a “configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.”

Streck e Morais⁵⁵, após analisarem os modelos estatais liberal e social, também ressaltam o *papel transformador*⁵⁶ atribuído pelo poder constituinte ao Estado Democrático de Direito:

⁵⁴ Op.cit.

⁵⁵ Os mesmos autores apontam como *princípios* do Estado Democrático de Direito os seguintes:

“ A- *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica. B- *Organização Democrática da Sociedade*; C- *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D- *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades; E- Igualdade não apenas como uma possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F- *Divisão de Poderes ou de Funções*; G- *Legalidade* que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H- Segurança e Certezas Jurídicas. (Cfr. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 90/91.

⁵⁶ O Estado Democrático de Direito busca produzir um direito também democrático e transformador da realidade, no sentido do justo. Ao fazê-lo, realiza o que Luiz Fernando Coelho tão bem expressa, ao dizer que : " O direito não é a pressão do passado condicionando o presente, é a própria transformação do presente e a

“É por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*. (...) O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”.

Uma vez expostas as características do Estado Democrático de Direito, concluem⁵⁷ : “Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores”.

É bom lembrar o que já se afirmou neste estudo: as *instituições* – e dentre estas está o Estado - são construções humanas destinadas a contribuir com o desenvolvimento e a realização do *ser humano*.

E então, como se dá a relação entre o Estado Democrático de Direito e o indivíduo? Tal questão merece novo tópico.

4. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Estado Democrático de Direito

4.1. Considerações gerais

construção do futuro. É o direito efetivamente engajado na construção de um mundo mais humano" (Cfr. COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ªed., Rio de Janeiro:Forense, 1981, p.340).

⁵⁷ op. cit. pp. 90/91.

Percebe-se que cada um dos modelos de Estado referido no presente estudo (Estado absolutista, Estado liberal, Estado social) surgiu em razão de fatores políticos, econômicos, sociais e ideológicos que ensejaram seu desabrochar no contexto de específicos momentos históricos. Não poderia ser diferente com o Estado Democrático de Direito. Quando este busca superar os paradigmas que o antecederam isso ocorre em razão da insuficiência daqueles como meios de realização dos valores básicos da convivência humana. Assim, se por um lado, o *poder* é um elemento essencial do Estado, quando tal elemento, porém, concentrado nas mãos de um ditador converte-se em despotismo e tirania contra o indivíduo, tem-se o *Estado absolutista*. Quando o abuso da liberdade econômica coloca à margem do desenvolvimento milhões de pessoas, excluindo-as das condições mínimas para uma vida digna e o Estado nada faz para superar tal situação de *injustiça social*, tem-se o *Estado omissivo*. Este permite e até legaliza a institucionalização da escravidão dos não-proprietários pelos donos dos meios de produção dos bens econômicos. Tal cenário configurou a face sombria do *Estado liberal*. Quando o *Estado social*, ao se contrapor ao liberalismo, no afã de *tudo* prover e abranger, suprime as *liberdades individuais* e trata o indivíduo apenas como integrante de uma massa humana coisificada, surge o *Estado totalitário*.

Foi em razão das aberrações praticadas pelo totalitarismo contra o ser humano, sobretudo no regime nazista, que o *princípio da dignidade da pessoa humana* tornou-se *fundamento* do Estado Democrático de Direito. O Estado totalitário voltou-se contra milhões de seres humanos. Seus agentes praticaram tamanha violência nos campos de concentração que, ao final da II Guerra Mundial (1939-45), mesmo sem lei penal anterior aos fatos, muitos deles foram julgados e condenados, em Nuremberg, pelos seus *crimes contra a humanidade*.

Por se tratar de elemento chave do presente estudo, cabe analisar, ainda que de modo sucinto, algumas das contribuições do pensamento humano à *formação do princípio da dignidade da pessoa humana*, antes deste ser acolhido pelo Estado Democrático de Direito, como princípio fundamental. E mais: em tempo de *interdisciplinaridade* e *transdisciplinaridade*, levando-se em conta a natureza do tema aqui tratado, torna-se fundamental estabelecer e evidenciar a conexão que se faz entre a Filosofia do Direito, a Filosofia Política, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional.

4.2. A dignidade da pessoa humana como princípio universal e seu ingresso nos textos constitucionais

A história do ser humano pode ser vista como um longo relato de lutas entre a manifestação das paixões desejosas de domínio do homem sobre o homem e a busca de domesticação racional destas, visando à superação de tal conflito. Em tal epopéia fazem-se presentes, simultaneamente, a barbárie e a civilização.

A defesa dos direitos humanos almeja construir um mundo civilizado, no qual haja mútuo respeito e igual consideração entre os indivíduos, pelo simples fato de serem *peessoas*.

Em face de tão desafiante propósito, tem-se como um dado fundamental de cunho civilizatório a percepção da necessidade de se reconhecer em cada ser humano um valor intangível a ser respeitado por todos os demais indivíduos: *a dignidade humana*.

No presente estudo não há lugar para uma ampla análise histórica da evolução de tal princípio⁵⁸, hoje positivado na legislação internacional e nos ordenamentos jurídicos de tantos países. Todavia, cabe mencionar pelo menos algumas contribuições fundamentais na formação desse princípio maior para os direitos humanos e os *direitos fundamentais*. Neste labor, merecem destaque, sem desmerecer outras contribuições, a filosofia estoíca, o Cristianismo (abarcando ensinamentos bíblico do Antigo e do Novo Testamento) e o pensamento de KANT.

Quanto à contribuição estoíca, observa Comparato⁵⁹:

“Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e da dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em conseqüência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais”.

No que concerne ao Cristianismo, assinala Cleber Francisco Alves:⁶⁰

“...parece inequívoco que o tema da dignidade da pessoa humana encontra no pensamento e na doutrina cristã um marco fundamental, como verdadeiro e decisivo ‘divisor de águas’. A contribuição do cristianismo para o desenvolvimento de um efetivo humanismo,

⁵⁸ Fábio Konder Comparato discorre sobre as várias fases do processo histórico de elaboração do conceito de “pessoa humana” e do reconhecimento da dignidade desta. Cfr. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 11 a 30.

⁵⁹ Idem, p.15.

⁶⁰ Cfr. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp.14 e 15.

ainda que possa ser encontrada desde os primórdios de sua difusão, no ocaso da Idade Antiga, veio a se expressar de forma contundente no contexto contemporâneo com a edição de inúmeros documentos pontifícios a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, no ano de 1891.”

Célebre é o *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*⁶¹ de Giovanni Pico Della Mirandola, escrito no século XV. O texto além de situar o homem no centro do mundo, aponta o inacabamento deste pelo Criador, fazendo-o um ser capaz de evoluir no sentido da perfeição ou da degeneração.

Sobre o mesmo tema assevera Ingo Wolfgang Sarlet⁶²: “Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar - no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos - para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência... de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.

Indispensáveis são as lições de Immanuel Kant,⁶³ ao estabelecer a distinção entre *coisas* e *pessoas*. Tal diferenciação defende que as *coisas* não têm um fim em si mesmas mas o homem deve ser considerado como um *fim*, jamais como *meio*. O filósofo de Königsberg frisou também que *coisas* têm *preço*, mas a *pessoa humana* é dotada de *dignidade*⁶⁴. Por isso, jamais

⁶¹ Diz o texto renascentista: “...Sumo Pai, Deus arquitecto, tinha construído segundo leis de arcana sabedoria este lugar do mundo como nós o vemos, augustíssimo templo da divindade. (...) Consumada a obra, o Artífice desejava que houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande, que amasse a beleza e admirasse a sua grandeza. (...) Assim tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo : Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determinarás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesse seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo”. (Cfr. PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*. Lisboa: Edições 70, 1998, pp.51/53.

⁶² Cfr. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.30.

⁶³ Cfr. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Trad. de Paulo Quintela: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, (Coleção “Os Pensadores”, dir. J.A. Motta Pesanha), pp. 135 e 140.

⁶⁴ Cfr. sobre este tema a relevante contribuição de José Afonso da Silva, em artigo denominado “*A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, S. Paulo, 1998, pp. 89 a 94.

seria permissível um *preço* em relação a esta, pois não deve ser coisificada, usada como *meio*, seja qual for a finalidade.⁶⁵

Pois bem, estes e tantos outros ensinamentos - que desde a antiguidade, buscaram ressaltar a necessidade de se respeitar todo ser humano como pessoa dotada de intrínseca dignidade - foram menosprezados em vários momentos cruciais da história humana. E, ao se desconsiderá-los, escreveu-se uma horrenda “história da maldade”⁶⁶ entre os homens.

Uma história de guerras, escravidão e crueldades, movida pelo ódio, orgulho preconceituoso, ganância e sede de poder. Uma história traduzida em atos de racismo, genocídio, tortura, bestialidade e todo tipo de horror contra milhões de seres humanos. Para testemunhar tais assertivas basta trazer à memória algumas cenas das duas Guerras Mundiais do século XX, apelidado de “era dos extremos”⁶⁷ (1914-18 e 1939-45), sem jamais esquecer as vítimas do holocausto nazista.

Foram tamanhas as atrocidades que, ao findar a Segunda Guerra Mundial, a *consciência dos povos* participantes daquela hecatombe ou a dos que assistiram aterrorizados seu desenrolar - assustada pelo “saldo do horror” - viu-se tocada pela inarredável necessidade de se proclamar ao mundo, ainda coberto de cinzas e lacrimoso pelas tantas vítimas, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*⁶⁸. Só então, percebeu-se que o longo caminho histórico da construção

⁶⁵ Lembre-se, desde logo que, para o mercado neoliberal em expansão uma pessoa vale quanto produz segundo os interesses deste mercado. Isso evidencia que a lógica mercantilista, por reger-se estritamente em busca do lucro, não é a mesma dos direitos humanos. Estes contemplam o valor intrínseco da pessoa: sua dignidade. Daí o grande desafio dos direitos humanos e fundamentais: contribuir na construção de uma sociedade humana cujo destino não se reduza à escravidão submissa aos comandos das “leis do mercado”. A sociedade permeada pelos direitos humanos e direitos fundamentais tem cunho democrático. No âmbito da democracia o mercado, o lucro financeiro, têm seu lugar. Porém, não se situam acima dos valores fundamentais ao ideário democrática. Em tal hierarquia, a preponderância máxima é da *pessoa humana*.

⁶⁶ Cfr. THOMSON, Oliver. *A History of Sin*. Trad. Mauro Silva. : “A Assustadora História da Maldade”. São Paulo: Ediouro, 2002. Eis alguns relatos aterradores mencionados na aludida obra: “A primeira Guerra Mundial custaria aproximadamente 12 milhões de vidas militares e cerca de 20 milhões de baixas civis. Houve sérios atos de sadismo em massa e violações da Convenção de Genebra, mas isso foi pouco comparado ao modo como ambos os lados toleraram e aceitaram o sacrifício extravagante e ineficaz de um grande número de vidas por parte de seus generais. ...Afora a carnificina que ocorria dentro das regras da guerra, houve também um ato de genocídio de grandes proporções - o impiedoso extermínio de um vasto número de armênios pelo regime racista dos Jovens Turcos em 1915. Provavelmente, cerca de 700 mil pessoas foram mortas e aproximadamente o mesmo número, deportado à força. ... Em 1941, com o ataque aos russos, considerados subumanos, o holocausto deu um passo à frente; em dois dias em Kiev, 33 mil judeus foram mortos, 16 mil em Pinsh, o verdadeiro começo da “Solução Final”, que levou Auschwitz, onde diariamente 12 mil pessoas eram assassinadas em câmaras de gás. Isso até os últimos anos de guerra. ...Causada inteiramente pela política nazista, a Segunda Guerra Mundial (e mais a extensão japonesa) custaria pelo menos 40 milhões de vidas”.

⁶⁷ Expressão utilizada por Eric Hobsbawn na obra “Era dos Extremos: O breve século XX:1914/1991”. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁶⁸ No cinquentenário dessa Declaração, J. A. Lindgren Alves resumiu, com brilhantismo, o papel por ela desempenhado até aquele momento, na recente história da humanidade: “Codificou as esperanças de todos os oprimidos, fornecendo linguagem autorizada à semântica de suas reivindicações. Proporcionou base legislativa às lutas políticas pela liberdade e inspirou a maioria das Constituições nacionais na positivação dos direitos da

dos direitos humanos fora interrompido por uma imensa *ruptura* trazida pelo totalitarismo. Restava agora o sério desafio de *reconstruí-los*.⁶⁹

Tal *reconstrução* exigiu antes de tudo a clara identificação de quem seria o titular de tais direitos : *a pessoa humana*. E que se reconhecesse nesta um dado inerente essencial que fora vilipendiado nos campos de concentração: sua *dignidade*.

Compreendeu-se também que não bastam textos legais para que se tenham garantidos os direitos humanos.

Viu-se que o *formalismo jurídico*, apesar de toda sua parafernália normativa⁷⁰, quando despido de fundamentos *ético-humanistas* pode se colocar a serviço de qualquer finalidade, inclusive do terror totalitário, como fizeram os fiéis servidores de Hitler. Estes jamais questionaram *a legitimidade*⁷¹ das ordens e intenções do *Führer*. Agiam como seres despidos da mínima *consciência moral*. Aparentavam acreditar no valor da pura *legalidade*, desvinculada de quaisquer preocupações éticas e veneravam o arcabouço normativo em que se

cidadania. Modificou o sistema “westfaliano” das relações internacionais, que tinha como atores exclusivos os Estados soberanos, conferindo à pessoa física a qualidade de sujeito do Direito além das jurisdições domésticas . Lançou os alicerces de uma nova e profusa disciplina jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, descartando o critério da reciprocidade em favor de obrigações *erga omnes*. Estabeleceu parâmetros para a aferição da legitimidade de qualquer governo, substituindo a eficácia da força pela força da ética. Mobilizou consciências e agências, governamentais e não-governamentais, para atuações solidárias, esboçando uma sociedade civil transcultural como possível embrião de uma verdadeira comunidade internacional.” Cfr. *A declaração dos Direitos na Pós-modernidade*. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 5. Rio de Janeiro, 2º sem.1998, p.6.

⁶⁹ Cfr. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. Flávia Piovesan, em plena consonância com o pensar de Hannah Arendt e de Celso Lafer , sintetiza com perspicácia e sensibilidade: “No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, com referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos”. Cfr. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5ªed. . São Paulo, Max Limonad, 2002, p.132.

⁷⁰ Por isso, é fundamental que se refutem os conceitos reducionistas do Direito, como, por exemplo o que vê no fenômeno jurídico apenas as *normas* - consoante fez Hans Kelsen na “Teoria Pura do Direito” - sem levar em conta o que há de mais importante ao ser humano: os *valores*, pois são estes que dão sentido à existência humana. E é para salvaguardá-los que se produzem *normas*. Nesta temática, destaque-se a contribuição de Miguel Reale, que ao longo de sua vigorosa produção filosófico-jurídica supera unilateralismos (v.g. normativismo jurídico, sociologismo jurídico, eticismo jurídico) e propõe uma visão tridimensional do direito que liga *fatos, valores e normas*, por meio da dialética por ele denominada de *implicação-polaridade*, na qual nenhum destes elementos se reduz ao outro, mas os três interagem, dinamicamente, na *nomogênese* (produção das normas jurídicas em razão da tensão entre valores e fatos), da qual resultam os *modelos jurídicos*. Cfr. *Filosofia do Direito*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp.410 a 585; *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed.. São Paulo : Saraiva, 1994, pp.53 a 114.

⁷¹ A preocupação com a *legitimidade*, ao lado da *legalidade* é fundamental na temática do Estado de Direito Democrático, consoante se vê na obra de Jürgen Habermas “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade* “. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

assentava o *III Reich*. Basta lembrar a emblemática figura de Eichmann, tão bem analisada por Hannah Arendt⁷².

Notou-se que a *banalização do mal*⁷³, como intrigante paradoxo, tomara conta de um ambiente que já produzira para a humanidade um acervo cultural dos mais respeitáveis da história, em múltiplas esferas do saber, isto é: a Alemanha dos filósofos, poetas, juristas, músicos, dramaturgos, cientistas...

Não foi fácil acreditar que, em tão pouco tempo, a pátria de Kant, Goethe, Jhering, Bach, e de tantas outras celebridades da cultura universal se transmudara na sede do totalitarismo; no comando dos espaços de horror e de extermínio: os campos de concentração; e que estes tinham se tornado o destino final de milhões de seres humanos, para lá conduzidos, como inocentes ovelhas ao matadouro; ou em situação pior do que a destas: pois, de mãos dadas com a morte, ofereciam-lhes a crueldade das câmaras de gás.

Depois de tudo isso, acordou-se, finalmente, para uma nova etapa da história do Direito Internacional Público, o qual passaria a contar com uma segunda face: a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Todos os instrumentos normativos deste adotaram como objetivo a salvaguarda da dignidade inerente à pessoa humana. Isso resta evidenciado mormente nos preâmbulos⁷⁴ das declarações e pactos celebrados. Doravante, o indivíduo, visto

⁷² Assim narra a eminente filósofa, que como correspondente da revista *The New Yorker*, assistiu ao julgamento de Adolf Eichmann, um dos colaboradores da “solução final”: “Eichmann, muito menos inteligente e sem nenhuma formação, percebeu pelo menos vagamente que não era uma ordem, mas a própria lei que os havia transformado a todos em criminosos. Uma ordem diferia da palavra do Führer porque a validade desta última não era limitada no tempo e no espaço – a característica mais notável da primeira. Essa também a verdadeira razão pela qual a ordem do Führer para a Solução Final foi seguida por uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem, ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei. Nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser um mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficientemente para dar a toda a coisa a sua aparência de legalidade. E assim como a lei de países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita “Não matarás”, mesmo que o desejo e os pendores do homem natural sejam às vezes assassinos, assim a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos: “Matarás”, embora os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e os pendores normais da maioria das pessoas”. Cfr. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*; tradução José Rubens Siqueira : Eichmann em Jerusalém – Um Relato Sobre a Banalidade do Mal- São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.167.

⁷³ Expressão alusiva ao subtítulo da obra de Hannah Arendt, referida na nota anterior.

⁷⁴ O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos evidencia, em mais de um momento, que quando de sua proclamação não só se reconhecia a dignidade da pessoa humana, mas também o quanto fora esta ultrajada pelos atos de barbárie que a antecederam: “ Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum...”. Semelhantes são as considerações preambulares do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, porém, ratificado pelo Brasil somente em 24.01.1992. Lê-se no preâmbulo do

como pessoa, passaria também a ser reconhecido como *sujeito de direito internacional dos direitos humanos*, dotado de *personalidade e capacidade jurídicas internacionais*. Até então, somente aos Estados soberanos se reconheciam tais faculdades. O mencionado avanço em favor dos direitos humanos é assim comemorado por Cançado Trindade⁷⁵:

“A cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano constitui, em nosso entender, o legado mais precioso da ciência jurídica do século XX. Trata-se de uma notável conquista da civilização, lograda graças ao considerável desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo das cinco últimas décadas, a requerer uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a dispensada ao tema até o presente por grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmático-ideológicas do passado”.

E assim, também no âmbito interno dos Estados-nações que adotaram a fórmula política do *Estado Democrático de Direito*, a começar pela Alemanha⁷⁶ - palco maior da ideologia e atrocidades nazistas – as *constituições do pós-1945*⁷⁷ passaram a positivizar o princípio da *dignidade da pessoa humana*, colocando-o como *princípio fundamental* do ordenamento

primeiro: “ Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; reconhecendo que, esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana...”. O preâmbulo do segundo, além de repetir os mesmos propósitos do primeiro, acrescenta, em razão dos direitos por ele tutelados: “...Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos...”. Isso após frisar que “...esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”.

⁷⁵ Cfr. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, pp.447/448. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2003.

⁷⁶ O texto do art. 1º, da “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha”, de 1949, ao abrir o elenco dos direitos fundamentais contemplados na referida Constituição, evidencia a preocupação dos constituintes com a salvaguarda da dignidade humana, após a tragédia nazista: “*Artigo 1º. (Proteção da dignidade da pessoa humana) (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger. (2) O povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.*”

⁷⁷ Ingo Wolfgang Sarlet apresenta ilustrativa pesquisa de direito comparado indicando a adoção, no segundo pós-guerra, do princípio da dignidade da pessoa humana por vários países, em suas constituições. Esclarece que há referência expressa ao aludido princípio nas constituições dos seguintes países da União Européia: Alemanha (art. 1º, inciso I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art.2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º). Observa que a Constituição da Itália (art.3º) refere-se à “dignidade social” de todos os cidadãos, embora não mencione expressamente a “dignidade da pessoa humana”. A Constituição da Bélgica (art.23) assegura “aos belgas e estrangeiros que se encontram em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana. Na América Latina, o princípio encontra-se positivado expressamente nos seguintes textos constitucionais: Constituição do Brasil (art.1º, inciso III), Paraguai (preâmbulo), Cuba (art.8º), Venezuela (preâmbulo), Peru (art.4º), Bolívia (art.6, inciso II), Chile (art. 1), Guatemala (art.4). Finalmente, menciona a Constituição da Rússia, aprovada em 1993 (art.12-1). Cfr. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, pp.63 a 65.

jurídico, ao qual todas as demais normas jurídicas devem se conectar, objetivando efetivar o respeito ao referido princípio.⁷⁸

IV - A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Conhecido o significado e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, pergunta-se: qual o papel dos *direitos fundamentais* em face de tal princípio? A resposta a esta questão exige se explicita antes o significado da expressão “direitos fundamentais”. Frise-se, desde logo, que inexistiu unanimidade doutrinária quanto à utilização desta. José Afonso da Silva⁷⁹, ao trabalhar com a questão do “conceito de direitos fundamentais”, observa que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.” Após analisar as várias denominações o ilustre constitucionalista adota *direitos fundamentais do homem* “porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

⁷⁸ Flávia Piovesan, em feliz síntese, observa: “Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional. À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” (Cfr. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 56/57).

⁷⁹ Cfr. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp.179/182. E esclarece mais: “No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, no art. 17. (idem, p.182).

Canotilho⁸⁰, em busca de “precisão terminológica”, estabelece a distinção entre *direitos do homem* e *direitos fundamentais* dizendo que “*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Efetivamente, observa-se a consagração da expressão “direitos fundamentais” pelos textos constitucionais⁸¹, enquanto que no âmbito do Direito Internacional a expressão *direitos humanos* identifica, desde a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o objeto de uma nova disciplina: o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸². Este, em razão do próprio objeto, está fortemente conectado às normas constitucionais dos Estados-nação, que também vão se enriquecendo mediante a incorporação de direitos positivados nos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelos países signatários⁸³.

Retoma-se aqui a questão já enunciada: qual o papel dos direitos fundamentais em face do princípio da dignidade humana? A resposta pode ser assim resumida: *os direitos fundamentais, em razão do conteúdo que os caracteriza como tais, tem por função e finalidade*

⁸⁰ Cfr. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.359.

⁸¹ Eis alguns exemplos da adoção dessa expressão por textos constitucionais: Constituição da República Federativa do Brasil, Título II; Constituição espanhola, Título I; Constituição alemã (Lei Fundamental da República da Alemanha), Título I; Constituição da República Portuguesa, Parte I.

⁸² Cfr. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, II, e III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, 1999, 2003, respetivamente. O autor destaca a “autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos” e a necessária “interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos Direitos Humanos” (Cfr. Vol. I, pp.17/30; 401/447).

⁸³ Ao tratar do diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, observa Flávia Piovesan: “Considerando a natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, três hipóteses poderão ocorrer: O direito enunciado no tratado internacional poderá : a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Já na Segunda hipótese, estes tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo. (Cfr. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 5ªed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 120). No sistema jurídico pátrio, o ingresso na ordem constitucional de direitos oriundos de tratados internacionais dá-se por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. A respeito deste importante dispositivo constitucional merece atenção as considerações de Celso Albuquerque Mello (Cfr. MELLO, Celso de Albuquerque. O §2º do art.5º da Constituição Federal. In: Teoria dos Direitos Fundamentais/ Ricardo Lobo Torres, organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1/33).

salvaguardar a existência e a dignidade da pessoa humana. Isso se evidencia quando se responde outra pergunta: quais são os direitos fundamentais?

Em estudo específico sobre esta indagação, a eminente professora e jurista Maria Garcia⁸⁴ observa que “o art. 5º, *caput*, da Constituição especifica cinco *direitos fundamentais básicos*: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos seqüenciais, do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição – dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, em especial, o ser humano.”

Na seqüência, indaga e responde a respeitável autora: “Dentre todos os demais direitos e garantias consagrados pela Constituição – e, ainda, os direitos não expressos mas previstos pela abrangência do §2º do art. 5º, quais deles seriam também *direitos fundamentais*? Todos os direitos e garantias *diretamente* vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*. Os demais compõem apenas o quadro dos direitos constitucionais”.

Realmente, sobre os cinco direitos mencionados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal resta evidente merecerem a qualificação de *fundamentais*. A vida é o bem maior que possibilita a existência do próprio ser humano. Este, por natureza, é chamado à vivência da *liberdade*. Mas esta é exercida na convivência com os demais seres humanos, os quais, também necessitam exercitar suas liberdades. Para conciliá-las há de haver a promoção da *igualdade* de oportunidades, objetivando superar as desigualdades presentes entre os seres humanos, os quais somente são iguais na essência que os identifica como pessoas humanas. O sentimento de insegurança perturba profundamente a existência humana, roubando-lhe a possibilidade de construir esta com tranqüilidade de espírito. Daí a necessidade de segurança. Embora tudo o que o ser humano busque possa ser resumido na aspiração de *ser feliz*, sabe-se que sem os bens materiais básicos (alimentos, vestuário, moradia) não lhe será possível viver dignamente, com *autonomia*, passando à simples *sobrevivência* dependente da caridade e até mesmo da humilhante mendicância.

É chegado o momento de se perguntar: e o direito à educação onde se posiciona no quadro dos direitos? Seria ele também um *direito fundamental*?

V. O direito fundamental à educação como exigência democrática

⁸⁴ GARCIA, Maria. Mas, Quais São Os Direitos Fundamentais? In: Revista de Direito Constitucional e Internacional n° 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.115/123.

1. Significado e papel da Educação para o ser humano

Para que seja possível saber se o *direito à educação* é ou não um *direito fundamental* mister se faz antes analisar o que representa a educação para o ser humano. Qual a importância de sua presença e as conseqüências de sua ausência na vida deste.

Quando se busca apoio na Antropologia Filosófica em busca de resposta à questão “o que é o homem”, verifica-se que o ser humano apresenta múltiplas características e dimensões. Percebe-se também que tais dimensões clamam por desenvolvimento. Não nascem em sua plenitude com o homem. Estão nele como sementes que precisam ser regadas, alimentadas, principalmente durante sua infância e adolescência, a fim de que tais *potencialidades* se transformem em verdadeiras características desenvolvidas, que irão integrar a *personalidade*⁸⁵ do indivíduo. Percebe-se, outrossim, que o homem é um ser capaz de *aprender* e de *ensinar*. E que quando ensina, ainda mais aprende. Esse *processo* de desenvolvimento do ser humano - que em verdade, deve durar a vida toda e, mesmo assim, será sempre algo inacabado - é o que se denomina *educação*. A ele assim se referiu Rousseau em sua célebre obra *Emílio ou Sobre a Educação*:

“Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”⁸⁶.

Hobbes⁸⁷ via a educação do homem como sendo o fator que possibilita a formação da *sociedade*. Assim afirma no *De Cive*: “É evidente, portanto, que todos os homens, pois são crianças ao nascer, nascem incapazes de sociedade civil; e que muitos, talvez a maior parte, ou por deficiência intelectual, ou por falta de instrução, continuam incapazes por toda a vida. No entanto, todos eles, crianças e adultos, têm a natureza humana. Portanto, não é pela natureza que o homem se torna capaz de formar sociedade, mas pela educação.”

⁸⁵ O conceito de “personalidade” não é unívoco no âmbito da Psicologia. Segundo Hall e Lindzey “é impossível definir personalidade sem a aceitação de uma linha teórica de referência dentro da qual a personalidade será pesquisada.”. Citam dentre outros conceitos o de Allport, para quem “personalidade é o que um indivíduo realmente é”. E concluem que “ a personalidade consiste, em última análise, naquilo que é mais típico e característico do indivíduo”. (Cfr.HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner. Teorias da Personalidade. São Paulo: EPU, 1973, p.20/22. Portanto, a personalidade é um conceito que abrange todas as características que individualizam uma pessoa, tornando-a inconfundível com qualquer outra, em razão dos componentes físicos, psíquicos, morais, culturais em geral, que se harmonizam num todo componente de tal sujeito.

⁸⁶ Rousseau, J.J. Emílio ou da Educação. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.8.

⁸⁷ HOBBS, Thomas. De Cive: Elementos Filosóficos a respeito do Cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993, nota ao capítulo Um, artigo 2º, pp.281/282.

Muniz⁸⁸ explica que o vocábulo “educar” tem dupla origem etimológica: os verbos latinos *educare* e *educere*. “O termo *educare* compreende um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano em geral, visando sua melhor integração individual e social. Neste contexto, tal verbo significa criar, alimentar, subministrar o necessário para o desenvolvimento da personalidade. *Educere* possui o sentido etimológico inclinando-se por uma educação em que o mais importante é a capacidade interior do educando, cujo desenvolvimento só será decisivo se houver um dinamismo interno”.

A mesma autora distingue *educação e instrução*⁸⁹: “A educação engloba a instrução, mas é muito mais ampla. Sua finalidade é tornar os homens mais íntegros, a fim de que possam usar da técnica que receberam com sabedoria, aplicando-a disciplinadamente. Instrução e educação, embora possam ser entendidas como duas linhas paralelas com finalidades diferentes, necessariamente devem caminhar juntas e integrar-se”.

Maria Garcia⁹⁰ ensina que a educação “é um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social”. A finalidade da educação, nas palavras da respeitável jurista e educadora, consiste em "formar para a liberdade que vem pelo conhecimento, pela possibilidade de opções ou alternativas; formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelece o art.1º da Constituição".

A distinção feita por Manfredo de Araújo Oliveira⁹¹ em muito ajuda no esclarecimento do significado da educação para o ser humano. Diz o eminente filósofo: “(...) podemos definir a instrução como aquisição de conhecimentos, seja a aquisição de determinados conteúdos e certas práticas para o exercício de funções específicas na vida social (instrução material), seja o próprio desenvolvimento das forças fundamentais da pessoa humana (pensamento lógico, capacidade de julgar, moralidade, etc), de tal modo que o homem se capacite a enfrentar as

⁸⁸ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O Direito à Educação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.7 e 8.

⁸⁹ Op. cit. p. 9.

⁹⁰ GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23, p57.

⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Ética e Práxis Histórica. São Paulo: Ática, 1995, pp. 109/110. Digna de nota é também a advertência do autor em relação à qualidade da educação contemporânea, especialmente na América Latina: “ Talvez tenhamos que reconhecer que, no mundo de hoje, especialmente entre nós na América Latina , estamos passando por uma crise muito profunda em relação à educação, que consiste precisamente no fato de que nós só somos capazes de instruir e não de educar, isto é, de fazer emergir um relacionamento com o todo. Nossas instituições educativas parecem que são hoje instituições de instrução destinadas a preparar os futuros funcionários da sociedade, ou seja, os quadros que nela sistematicamente se devem inserir, sem sermos capazes de educar a pessoa humana enquanto tal.” (op. cit. p.109).

diversas situações em sua vida (instrução formal). A educação dá um rumo, uma orientação à instrução, pois ela não fornece simplesmente informação a respeito de fenômenos e eventos no mundo, mas é antes a aprendizagem de um relacionamento justo com o todo da vida humana, uma ajuda para que o homem possa encontrar seu lugar no todo da realidade. Portanto, a primeira preocupação da educação não pode ser com a formação dos funcionários de um sistema vigente, mas com o “ato de personalização” da pessoa, com o processo de libertação da liberdade do homem: trata-se de dar ao homem um quadro referencial básico, onde ele possa situar-se ao agir no mundo. É uma visão básica a respeito da natureza, do homem, da sociedade, da vida humana enquanto tal e um projeto de vida coerente com esta visão. É em função deste quadro de referenciais últimos que se educa alguém, pois sem ele a educação se inverte em instrução”.

Arruda Aranha⁹² distingue *educação*, *ensino* e *doutrinação*. Para ela, “*educação* é um conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidades, mas também do caráter e da personalidade social. O *ensino* consiste na transmissão de conhecimentos, enquanto a *doutrinação* é uma pseudo-educação que não respeita a liberdade do educando, impondo-lhe conhecimentos e valores. Nesse processo, todos são submetidos a uma só maneira de pensar e agir, destruindo-se o pensamento divergente e mantendo-se a tutela e a hierarquia.”

Os conceitos aqui elencados têm uma única finalidade: evidenciar o quanto é indispensável a educação para o desenvolvimento do ser humano. Ela não se confunde com a mera instrução, ou com a simples informação e muito se distancia da doutrinação.

Somente o processo educacional pode possibilitar o mais amplo desabrochar e a mais larga atuação das faculdades físicas e psíquicas (sensoriais, volitivas, espirituais) de cada indivíduo. Somente ela é capaz de trazer-lhe o autoconhecimento, bem como o conhecimento do entorno em que vive e das demais pessoas com quem convive⁹³. É pelo processo

⁹² ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Moderna:2002, p.51.

⁹³ Foi marcante a preocupação da educação grega no preparo do indivíduo para ser um cidadão no seio da “polis”, por meio do processo da educação. A este respeito diz Werner Jaeger: “O princípio espiritual dos Gregos não é o individualismo, mas o “humanismo”, para usar a palavra no seu sentido clássico e originário. (...) Significou a educação do Homem de acordo com a verdadeira forma humana, com o seu autêntico ser. Tal é a genuína *paidéia* grega... Não brota do individual, mas da idéia. Acima do Homem como ser gregário ou como suposto *eu* autônomo, ergue-se o Homem como idéia. A ela aspiram os educadores gregos, bem como os poetas, artistas e filósofos. Ora, o Homem, considerado na sua idéia, significa a imagem do Homem genérico na sua validade universal e normativa. Como vimos, a essência da educação consiste na modelagem dos indivíduos pela norma da comunidade. Os gregos foram adquirindo gradualmente consciência clara do significado deste processo mediante aquela imagem do Homem, e chegaram por fim, através de um esforço continuado, a uma

educacional que o indivíduo percebe-se como alguém inacabado, alguém que pode viver durante toda sua existência o empolgante processo vital que Carl Rogers⁹⁴ denominou *tornar-se pessoa*.

Conclui-se, pois, que a ausência da educação impossibilita ao ser humano o evoluir de suas próprias potencialidades, permanecendo ele como um projeto interrompido prematuramente, em razão da falta dos meios necessários à sua realização. Isso é profundamente lamentável e vergonhoso para a sociedade, porque não se trata de um projeto qualquer, mas de um ser humano, cuja *dignidade* resta profundamente ferida quando se nega à *pessoa* a possibilidade de desenvolver-se como tal, por meio da *educação*.

2. O direito fundamental à educação como exigência democrática.

Por ser imprescindível ao desenvolvimento da própria pessoa, ao afetar em vários aspectos sua *vida* enquanto existência e modo de ser, a educação veio a merecer a proteção do Direito. Em razão da relevância do valor nela presente passou a significar, na esfera jurídica contemporânea, um *direito fundamental*.

Apoia-se aqui, no âmbito do discurso jurídico, a já referida conceituação elaborada por Maria Garcia⁹⁵ a respeito dos direitos fundamentais. O direito à educação é *fundamental* por se tratar de um direito social *diretamente vinculado* ao *direito à vida*. Este se apresenta como um dos cinco direitos fundamentais básicos previstos no art. 5º *caput* da Constituição Federal.

Cientes da relevância da *educação* - não só para o indivíduo mas à própria viabilidade da *democracia*, acolhida esta na fórmula política do *Estado democrático de direito* (CF, art. 1º, *caput*) - os constituintes fixaram, no texto constitucional de 05.10.1988, os alicerces constitucionais fundamentais disciplinadores da educação (Título VIII, capítulo III, seção I,

fundamentação, mais segura e mais profunda que a de nenhum povo da Terra, do problema da educação.” (Cfr. Paidéia: a Formação do Homem Grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.14/15.

“Os gregos foram adquirindo gradualmente consciência clara do significado deste processo mediante aquela imagem do Homem

⁹⁴ ROGERS, Carl. Tornar-se Pessoa. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp.121/140. A expressão “tornar-se pessoa” aqui referida deva ser compreendida no contexto da abordagem psicoterapêutica desenvolvida por Carl Rogers. Trata-se do processo de autoconhecimento, que visa a auxiliar o indivíduo a conhecer-se a si mesmo e a desenvolver suas potencialidades. Tal intento está profundamente conectado com o verdadeiro sentido da educação que para os gregos se denominava “paideia”. Basta lembrar a preocupação socrática sintetizada na célebre frase do templo de Delfos: “Conheça te a ti mesmo”.

⁹⁵ GARCIA, Maria. Mas, Quais São os Direitos Fundamentais?. In: Revista de Direito Constitucional Internacional nº39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.115/123.

arts.205 a 214). Vinculada a estes, visando a dar-lhes concretização, está toda a legislação infra-constitucional que rege a matéria.

Ao estabelecer as normas básicas que devem orientar a educação brasileira, diz o texto constitucional: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (CF, art. 205).

Coube à Lei 9.394, de 20.12.1996 (LDB)⁹⁶ estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional. Explicita esta, em seu art. 1º, *caput*, a abrangência da educação a ser promovida: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. O art. 2º da mesma lei dispõe: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Evidencia-se nos textos normativos citados que, do ponto de vista jurídico, estão lançados os fundamentos necessários para a desafiadora e indispensável empreitada que significa a construção de uma *sociedade democrática, com apoio na educação*. Isso porque, somente através desta é possível desenvolver o ser humano de forma integral. O texto constitucional é explícito quanto aos objetivos da educação⁹⁷: *o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo desta para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho*.

É insuficiente ao indivíduo o mero desenvolvimento de algumas habilidades técnicas. Embora isso faça parte de sua educação não é o bastante. Pleno desenvolvimento da pessoa significa dar vida a todas as faculdades desta (físicas, racionais, volitivas, emocionais) de modo a possibilitar-lhe um convívio saudável consigo mesma, com as demais pessoas e com as múltiplas facetas da sociedade e do mundo em que se insere. Só assim o homem poderá integrar-se nas dimensões a que se volta seu próprio ser (naturais, culturais, espirituais...).

Cidadão é o que participa ativamente dos destinos da sociedade em que vive. Ser cidadão em um mundo “globalizado” não é mais como sê-lo na “*polis*” fechada em seus muros. Há que se desenvolver uma consciência que envolva o conhecimento e os destinos do

⁹⁶ Em estudo específico sobre a LDB, Maria Garcia analisa, dentre outros, os seguintes aspectos: a educação e a Constituição; a Lei de Diretrizes e Bases e a Constituição; a LDB e as Universidades. (Cfr. GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 1998, pp.59/64).

⁹⁷ Cfr. C.F. art. 205.

planeta em que se vive. Há que se desenvolver nas pessoas pelo menos uma noção básica das conexões e interdependência que existem não só entre elas mesmas, mas também entre estas e o complexo ambiente em que estão inseridas. Para isso só há uma solução básica: *educar* o ser humano para uma *vida planetária sustentável*. A qualificação para o trabalho como fruto da educação significa a valorização da dimensão humana dotada de potencialidades para o fazer (*homo faber*). Este fazer, quando ligado a um processo educacional esclarecedor de sua importância, adquire um novo sentido para o indivíduo que o executa. Torna-se ***um fazer que realiza o ser***.

A construção e vivência da democracia pressupõe a possibilidade de efetiva participação de todas as pessoas em prol dos valores⁹⁸ que compõem o *conteúdo do ideário democrático*. Isso somente se torna possível se a educação estiver ao alcance de todos. Em tal regime assume-se que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art.1º, parágrafo único). Isso pressupõe que o *povo*⁹⁹ seja suficientemente *esclarecido* a respeito de seu papel político ativo, de sua capacidade para atuar seja por meio dos representantes que lhe compete eleger, seja diretamente, nos casos previstos no texto constitucional (CF, art.14, I, II, e III). Tal esclarecimento é fruto da educação. Somente por meio desta o indivíduo aprende a transformar-se positivamente, a evoluir; e, conseqüentemente a mudar para melhor a sociedade em que vive. *Só pela educação*, aprenderá a *interpretar* o mundo, a vida, com recursos e métodos mais eficazes no ampliar de sua visão. Seja frisado, contudo, que o autêntico *processo educacional*, é o que possibilita uma efetiva formação do indivíduo como *pessoa humana e cidadão*, tornando-o capaz de perceber a realidade como fenômeno de profundas e múltiplas raízes. Trata-se da educação que lhe dê condições de se tornar um ser

⁹⁸ O preâmbulo da Constituição Federal explicita quais são os valores cuja realização serviram de objetivo à instituição do Estado Democrático de Direito (liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça) . O art. 3º da mesma Carta menciona os objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil. Tais objetivos visam a concretização dos mencionados valores.

⁹⁹ Os demagogos, maiores inimigos do regime democrático, parecem não fazer distinção entre os conceitos de “povo” e “massa”. No entanto, ela é fundamental quando se luta pela concretização da democracia enunciada no texto constitucional, amparada nos princípios fundamentais por este adotados. Trata-se de explicitar características de que deve se revestir o povo numa sociedade que busca realizar a democracia para que possa exercer, racionalmente, o poder de que é titular no Estado de Direito Democrático. É natural que surja a pergunta: “Quem é o Povo”? Esta ensejou inclusive importante obra de Friedrich Müller (Cfr. Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.) Em outro estudo, frisou-se que, no âmbito da autêntica democracia, povo é o “conjunto de pessoas suficientemente esclarecidas a respeito do contexto social e preocupadas com o aperfeiçoamento deste; e não a *massa* de indivíduos que se deixa insuflar e conduzir-se passivamente por argumentos demagógicos. Esta se converte em *povo* na medida em que obtém o esclarecimento decorrente do processo educacional para a cidadania, passando seus integrantes da condição de instrumentos usados pela demagogia à de verdadeiros cidadãos”. (Cfr. GOMES, Sergio Alves. Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.68.

produtivo e em constante realização, enquanto sujeito integrado, não apenas em seu grupo, em sua nação, mas no mundo, no universo.

A lição de Sampaio Dória¹⁰⁰ sobre *autocracia e democracia* apresenta lapidar clareza sobre a inter-relação entre educação e democracia. Vale a pena transcrevê-la, para que fale por si mesma, antes de se concluir o presente estudo. Diz o eminente constitucionalista:

“Duas são as formas extremas dos regimes políticos: ou o poder é a vontade dos governantes imposta aos governados, ou o poder é a vontade dos governados delegada aos governantes, para o exercerem em nome deles. Ou autocracia, ou democracia. Nas autocracias, quanto mais afundar-se o povo na ignorância, melhor. Quando muito, monopolizar o governo a educação, para fanatizar as massas e silenciá-las no trabalho. Nas democracias, quanto mais educado o povo na escola da liberdade, melhor. (...)Tendo proclamado, no art. 1º da Constituição para si, o regime democrático, o que cumpre em consequência ao País, é tudo fazer por que o povo se eduque na escola da liberdade, na consciência do seu destino, na capacidade para o trabalho. A educação é o problema básico da democracia.”.

Conclusão

O ponto de partida do presente ensaio é o *ser humano*, considerado em sua natureza, suas características e necessidades. Tal escolha teve por objetivo evidenciar como a temática dos *direitos* está conectada ao significado da *natureza humana*. Essa conexão é direta, imediata, quando tais direitos são aqueles denominados *fundamentais*. Adquirem a referida qualificação por serem *essenciais à vida humana* e ao *aperfeiçoamento* desta. Garantem o contínuo desenvolvimento das potencialidades que caracterizam cada pessoa. O homem é um ser multidimensional. Contudo, não nasce com suas faculdades já desenvolvidas. Precisa ser educado, amparado e protegido para desenvolver-se plenamente como pessoa. Pois, somente mediante esta evolução poderá atingir a finalidade maior de sua existência: *ser feliz*.

Assim, as *instituições* (família, Estado, escola, igrejas, empresas...) encontram sua razão de ser à medida que corroborem para a realização do ser humano.

¹⁰⁰ DORIA, Sampaio. Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Max Limonad, pp.765-785.

Em todas elas, de alguma forma, está presente *o poder*, exercido por alguma espécie de autoridade (individual ou grupal), capaz, por um lado, de direcioná-lo em benefício de todos os membros da coletividade, mas, por outro, com a possibilidade de incorrer no abuso de tal poder e transmutar o exercício da autoridade em autoritarismo. Este, no seio do Estado moderno, engendrou o totalitarismo.

Nota-se, também, que ao longo da história, parece vir ocorrendo um crescente esclarecimento da consciência humana a respeito do *valor* de cada indivíduo, pelo simples fato de ser uma *pessoa humana*. Só assim foi possível extinguir, oficialmente, as leis e os costumes que davam apoio à prática da escravidão, até então considerada como "natural" pela cultura dominante.

As razões que levaram a tal entendimento têm profundas e variadas raízes assentadas na tradição de várias religiões e múltiplas correntes filosóficas, sendo marcante a contribuição do Cristianismo a tal respeito. A partir destas múltiplas vertentes, engendra-se o que veio a se denominar *princípio da dignidade humana*, segundo o qual, na esteira de Kant, nenhuma pessoa humana pode ser tratada como *meio*, mas apenas como *fim*.

Os *direitos fundamentais* se apresentam como uma espécie de trincheira na salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Suas armas resumem-se na *argumentação dialética* que engloba razão, vontade e sensibilidade, unidas na elaboração, interpretação e aplicação do Direito, enquanto instrumento de defesa dessa dignidade. No âmbito dessa argumentação, deve prevalecer o melhor argumento. E este, no Estado Democrático de Direito, não pode ser outro senão o que visa o respeito à *dignidade humana*.

O Estado Democrático de Direito é fórmula política que tem em sua base o princípio da dignidade humana a sustentá-lo e ao mesmo tempo a orientá-lo no exercício do poder. Cabe a este promover a efetividade dos direitos fundamentais em todas as modalidades que se apresentam (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais).

O *direito à educação* se faz indispensável como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana porquanto educar implica na *evolução e transformação* da própria *pessoa*. O processo educacional possibilita um contínuo aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade a que pertence. Por isso, atualmente, aconselha-se a continuidade da *educação ao longo de toda a vida*.¹⁰¹

¹⁰¹ “O conceito de educação ao longo de toda a vida é a chave que abre as portas do século XXI. Ultrapassa a distinção tradicional entre educação inicial e educação permanente. Aproxima-se de um outro conceito proposto com frequência: o da sociedade educativa, onde tudo pode ser ocasião para aprender e desenvolver os próprios talentos. Nesta nova perspectiva a educação permanente é concebida como indo muito mais além do que já se

Em síntese, pode-se dizer que foi o reconhecimento da *dignidade humana*,¹⁰² em forma de princípio fundamental do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que levou à instituição do *Estado Democrático de Direito*, de modo a assentar-se este sob as bases daquele princípio. Igualmente, é em atenção ao princípio da dignidade humana que se reconhecem e se garantem *direitos fundamentais*. É em respeito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana que o direito à *educação* merece a qualificação de *direito fundamental*.

Sabe-se que a promoção do direito de todos à educação enfrenta grandes desafios e sérias dificuldades no âmbito de sua concretização.¹⁰³

O Brasil, infelizmente, figura entre aqueles países em que as deficiências da aprendizagem¹⁰⁴ evidenciam a ausência de investimentos suficientes na área educacional. A mudança de tal quadro se impõe visando

prática, especialmente nos países desenvolvidos: atualização, reciclagem e conversão e promoção profissionais de adultos. Deve ampliar a todos as possibilidades de educação, com vários objetivos, quer se trate de oferecer uma segunda ou uma terceira oportunidade, de dar resposta à sede de conhecimento, de beleza ou de superação de si mesmo, ou ainda, ao desejo de aperfeiçoar e ampliar as formações estritamente ligadas às exigências da vida profissional, incluindo das formações práticas.” (Cfr. Educação: um tesouro a descobrir.- 8.ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2003, p.117. “Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI).”

¹⁰² Paulo Bonavides assim destaca “ o primado da dignidade da pessoa humana” no Estado de Direito democrático: “...Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro pólo – o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, e assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio de legitimação e alicerce de todas as ordens jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o Estado de Direito”. (Cfr. BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p.221).

¹⁰³ As estatísticas revelam o quanto a humanidade precisa evoluir para que a universalização da educação se torne uma realidade. “Hoje, cerca de 1 bilhão de adultos são analfabetos e 100 milhões de crianças (60% de meninas) em idade de frequentar a escola não têm nenhum acesso a ela. Uma em cada quatro crianças não conclui o ciclo de cinco anos do ensino fundamental, indispensável para adquirir conhecimentos mínimos de leitura, escrita e cálculo. A África é uma das maiores vítimas: de acordo com as tendências atuais, 75% das crianças não escolarizadas em 2015 estarão concentradas nesse continente. Inúmeras são as razões que explicam esse drama humano. Elas vão da necessidade, para as crianças de muitos países, de participar das atividades agrícolas e domésticas - calcula-se que 250 milhões de crianças, de cinco a catorze anos trabalham -, a fatores culturais (discriminação sexual), passando por uma extrema pobreza das famílias e as desastrosas consequências da epidemia da aids, que causou a morte de muitos professores. Hoje, o fosso numérico que separa os países do Norte e do Sul agrava consideravelmente essas desigualdades em termos de desenvolvimento. (...) O desafio não é dos menores: de fato, hoje, cerca de 90 países não estariam em condições de oferecer a suas crianças o acesso universal à educação fundamental até 2015” (Cfr. DENIS, Muriel. Universalizar a educação: o maior dos desafios. In: Label France – Revista de Informação do Ministério das Relações Exteriores nº 50. Paris, abril/junho, 2003, p.16).

¹⁰⁴Estudo comparativo mundial focado na área da educação, divulgado pela Unesco e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico atesta a fragilidade do ensino brasileiro. Estudantes de 41 países, na faixa dos 15 anos, foram testados em leitura, matemática e ciências. "O Brasil apresentou um desempenho lamentável". Em leitura, os alunos brasileiros "ficaram em 37º lugar, à frente apenas da Macedônia, da Indonésia, da Albânia e do Peru. Em matemática e ciências, em quadragésimo". A pesquisa concluiu também

ao maior respeito a este *direito fundamental*.

Todavia, sejam quais forem os obstáculos e a natureza destes só poderão ser superados com a união de esforços de toda a sociedade organizada, de suas instituições e das pessoas que exercem o poder e a influência no âmbito destas.

O processo da democracia é também - tal como o ser humano - complexo e multidimensional. Não se deve jamais dele abdicar e nem esperar que um governo o realize sozinho. Vai ganhando concretização histórica à medida que os diversos quadrantes da sociedade se sentirem tocados, sensibilizados, pela chama dos *valores democráticos*. No entanto, as fagulhas destes valores - qual o fogo reanimador dos mortais, nas mãos de Prometeu - somente se espalharão por meio da *educação*. Só ela é capaz de resgatar dos guetos da *ignorância* e da *miséria* aqueles que estão privados das luzes do conhecimento.

Em síntese, cabe à educação produzir lentes que auxiliem na percepção e respeito do valor da dignidade presente em todo e qualquer ser humano. Sem ela (educação) o Direito e suas leis passam a ser utilizados abusivamente como meros instrumentos de dominação, o que leva à frustração dos que almejam uma sociedade menos injusta e mais solidária do que a existente, ou seja, uma *sociedade genuinamente democrática*.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ALVES, Cleber Francisco. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

que "nenhum país conseguiu obter bons resultados no campo da educação sem fazer investimentos significativos - e bem distribuídos. (...) O Brasil reúne dois defeitos. O dinheiro é curto (30.000 reais por aluno até os 15 anos) e a distribuição dos valores, heterogênea. ...Nos últimos dez anos, houve um salto de quantidade no sistema educacional brasileiro. Praticamente todas as crianças foram matriculadas e se ampliou a oferta de vagas no ensino médio e no superior. No governo anterior, o ministro Paulo Renato Souza organizou um importante sistema de avaliações, que monitora do ensino fundamental ao superior. Os especialistas asseguram que o Brasil está no rumo certo, mas precisa perseverar para manter os acertos e fazer os ajustes necessários. (...) A Coreia investe pesado em educação há trinta anos". Segundo os resultados do mesmo estudo comparativo, os estudantes coreanos obtiveram o 1º lugar em ciências, o 3º em matemática e o 7º em leitura. A reportagem que noticia o referido levantamento toca no ponto central do problema da educação brasileira no estágio em que se encontra: "Resta enfrentar o desafio de oferecer não apenas um lugar em sala de aula mas garantir que as crianças absorvam o que lhes está sendo ensinado". (Cfr. Revista VEJA, edição nº1810, 09.07.2003, p.53). E pode-se acrescentar: mais do que absorver, passivamente, ensinamentos, o *educando* deve ser visto como um agente capaz de participar ativamente do processo educacional. Isso só será possível se contar não só com o espaço físico da sala de aula mas, também, com professores suficientemente preparados para *educar* e não apenas transmitir conhecimentos. E isso implica, obviamente, a necessidade de se valorizar a figura e a profissão do professor. Infelizmente, neste quesito, o Brasil também carece muito de uma urgente evolução que seja capaz de colocá-lo em posição menos distante dos países que há muito investem e, cada vez mais, em educação.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, J. A Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº5, 1998.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. Filosofia da Educação, 2ªed. São Paulo: Moderna, 2002.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a banalidade do mal. Título original :*Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo:Companhia das Letras, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (col. “Os Pensadores”).
_____ A Política. Trad. Nestor Silveira Chaves. Bauru-SP: Edipro (Série Clássicos), 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo:Revista dosTribunais, 1986.

BERGEL, Jean-Louis. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros: 2001.

_____ Do Estado Liberal ao Estado Social, 5ªed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição 2ªed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____ Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

COMPARATO , Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUEVA, Mario de la. La Idea del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DORIA, Sampaio. Comentários à Constituição de 1946. São Paulo:Max Limonad, pp.765-785.

DELORS, Jacques. Educação: um tesouro a descobrir, 8ªed., (“Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI”). São Paulo: Cortez, 2003.

DUROZÓI, Gérard; ROUSSEL, André. Dicionário de Filosofia, 2ªed. São Paulo: Papyrus, 1996.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes,2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FROMM, Erich. Análise do Homem. Título original *Man for Himself*. Trad. Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

_____ Marx Y Su Concepto del Hombre. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

GARCIA, Maria. Desobediência Civil: Direito Fundamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ Mas, Quais São os Direitos Fundamentais? In: Revista de Direito Internacional e Constitucional nº39. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002.

_____ A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº23. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 1998.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____ *Introdução ao Direito Processual Constitucional*.
Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUSTIN, Miracy B.S. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Título original: *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, C.S.; LINDZEY G. . *Teorias da Personalidade*. São Paulo: EPU, 1973.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HOBBS, Thomas. *De Cive: Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis: Vozes, 1993.

JAEGER, Werner. *Paidéia*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Trad.

_____ *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

LAFER, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral, 5ªed., São Paulo: Atlas,1986.

LÄNGLE, Alfried. Viver Com Sentido. Petrópolis/São Leopoldo:Vozes/Sinodal, 1992.

MACHADO, J. Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1991.

MELLO, Celso de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Teoria dos Direitos Fundamentais/Ricardo Lobo Torres, organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Discurso Sobre a Dignidade do Homem. Lisboa: Edições 70, 1998.

MONDIN, Battista. O Homem, Quem é Ele? Elementos de Antropologia Filosófica. Título original: *L'uomo: chi è? Elementi di antropologia filosofica*. São Paulo: Edições Paulinas, 1982.

MORIN, Edgar. A Cabeça Bem-Feita:repensar a reforma, reformar o pensamento. Título original:*La Tête Bien Faite- Repenser la réforme, réformer la pensée*. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil,2001.

_____ O Método 3: O conhecimento do conhecimento. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____ Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios. São Paulo: Cortez,2002.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O Direito à Educação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Admardo Serafim de. Antropologia Filosófica. In: Introdução ao Pensamento Filosófico, 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. Ética e Práxis Histórica. São Paulo: Ática, 1995.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Título original: *Éthique et Droit*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 5ªed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROGERS, Carl. Tornar-se Pessoa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAZ, Joseph. Rights-Based Moralities. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*, NY, Oxford University Press, 1984, p.182-200.

PAPA JOÃO XXIII. Encíclica "Pacem in Terris". In: Encíclicas e Documentos Sociais, vol.2. São Paulo: LTR, 1993.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 16ªed., São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ Introdução à Filosofia. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ Teoria Tridimensional do Direito, 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ Lições Preliminares de Direito, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUSSEAU. J.J. EMÍLIO ou Da Educação. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: Revista de Direito Administrativo, vol.212, 1998.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ªed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Maria Rodrigues da. O Homem e o Poder. Lisboa: Bertrand, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang . Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz;MORAIS, J.L.Bolzan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

THOMSON, Oliver. A Assustadora História da Maldade. Título original: *A History of Sin*. Trad. Mauro Silva. Rio de Janeiro: Prestígio editorial, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

ANOTAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DE PROCESSOS REPETITIVOS

Teresa Arruda Alvim Wambier
Luiz Rodrigues Wambier

Estas anotações sobre o art. 285 A, recentemente introduzido no Código de Processo Civil, resultam de reflexão desapaixonada a respeito desse dispositivo que cria mais uma possibilidade, no sistema, de que o juiz decida liminarmente o mérito, sem contraditório.

O dispositivo que será objeto destas notas tem gerado muita discussão na doutrina, com grandes reflexos na jurisprudência.

Trata-se de um dispositivo cujos dizeres são *grosso modo*, os seguintes: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Nos parágrafos subseqüentes, diz o texto legal que, se o autor apelar, em cinco dias o juiz pode mudar de idéia e prosseguir. Todavia, se a sentença for mantida, o réu será citado para responder ao recurso.

Este dispositivo tem dividido muito a doutrina. Tem sido causa de muitas polêmicas, que tiveram início já quando do processo de discussão do anteprojeto que resultou nesse texto normativo. Desde então, há quem seja frontalmente contrário e há aqueles que vêem, no dispositivo, vantagens para o sistema.

Parece inexorável reconhecer, todavia, que a escolha deste caminho, pelo legislador (no sentido de optar por meio de aceleração dos julgamentos a qualquer custo), esconde um péssimo vício, que é o

de se tentarem corrigir defeitos graves, estruturais, de causas profundas, e históricas, com expedientes paliativos e pontuais.

É interessante observar que nas últimas décadas houve o adensamento da discussão a respeito do acesso à justiça. Deve-se a Mauro Cappelletti a sistematização dos estudos a respeito desse tema, que passou a ser objeto de muitos estudos e debates. O acesso à justiça, o estudo de meios capazes de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes dos benefícios da civilização, foi o centro das discussões no campo do direito processual civil, por muitas décadas. Este era o tema central dos congressos, dos seminários, dos encontros para a discussão de problemas processuais. Houve uma verdadeira cruzada, visando a adotar, nos diferentes sistemas processuais, e especialmente no brasileiro, mecanismos que facilitassem o acesso da sociedade às soluções jurisdicionais. Tratava-se, então, de democratizar os meios pelos quais se podia exercer o direito de ação, a fim de permitir que mais e mais partícipes da vida social à prestação jurisdicional tivessem acesso.

E essa democratização efetivamente ocorreu. Veja-se, por exemplo, os antigos juizados de pequenas causas, os atuais juizados especiais, a criação das defensorias públicas e tantas outras iniciativas, igualmente voltadas à criação de espaços capazes de acolher a demanda social por prestação jurisdicional.

Todavia, o amplo acesso da sociedade à justiça, não foi acompanhado de planejamento destinado a fazer com que a estrutura judiciária estivesse apta para acolher crescimento tão expressivo, numérico e qualitativo, da demanda social por soluções jurisdicionais.

Multifacetadas questões, de grandezas econômicas diversas, geradas, inclusive, pelo reconhecimento de novos direitos (direitos do consumidor, por exemplo), fizeram com que o acesso à justiça tenha

ocorrido de modo efetivo, causando, por falta de planejamento anterior, sobrecarga no sistema judiciário.

Agora, infelizmente, o que se percebe, com absoluta nitidez, é que a mesma comunidade jurídica (processualistas e magistrados, em especial) que demonstrava com veemência essa preocupação com a democratização dos meios de acesso à prestação jurisdicional, tem outro discurso, claramente restritivo. Essa tendência à restrição dos meios de acesso tem como inspiração a constatação de que, nas últimas décadas, de modo sempre crescente, aumentou consideravelmente o volume de trabalho dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, assim como, também, dos Tribunais Superiores.

Há forte preocupação no sentido de que o processo seja célere, efetivo, e que isso se reflita numa diminuição considerável do volume de trabalho do Poder Judiciário. Não há como deixar de considerar que se trata de preocupação saudável, voltada ao alcance da efetividade. Há que se refletir, todavia, sobre o custo social da restrição do acesso à justiça.

Pois bem! A idéia do dispositivo comentado é a de abreviar ao máximo a duração do processo, quando esteja tramitando em primeiro grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, é imprescindível observar-se que o artigo não prima pela qualidade de redação.

Por exemplo, o dispositivo alude a matéria CONTROVERTIDA. Claro que, no vocabulário técnico, que deveria ser o da lei, não se pode, ainda, falar em controvérsia, porque, a essa altura, ainda não terá havido contestação.

A lei, na verdade, quis referir-se ao mérito, à lide, à pretensão. Usou, o legislador, a expressão matéria controvertida no sentido de pedido.

Alude também, o dispositivo em questão, a que as sentenças deverão ter sido proferidas em outros casos idênticos.

Que são ações idênticas? Sabe-se que para que se verifique se uma ação é idêntica à outra, deve-se recorrer à teoria das três identidades.

Serão idênticas as ações, se as partes, as causas de pedir e os pedidos forem os mesmos. Estar-se-á aqui em face da situação da litispendência. Evidentemente, não terá sido esta a intenção do legislador.

O legislador quis referir-se a outras causas, em que se discuta a mesma questão de direito. Portanto, esse dispositivo só pode incidir em causas que versem questões de direito.

Esse aspecto da norma gera um problema delicado que é o de se conseguir reconhecer com clareza o que seja uma questão de direito.

Questões de direito, no nosso entender, são verdades jurídicas, que seguem sendo verdades jurídicas, apesar de haver pequenas alterações no plano dos fatos.

Nessas condições é que se pode conceber a existência de uma questão de direito. Saber, por exemplo, se aposentados fariam, ou não, jus a um aumento de 147%, seria uma questão meramente jurídica.

Isto por que alterações, no plano dos fatos, não comprometeriam a veracidade da tese jurídica pela qual se tenha optado. Não se precisa saber que idade tem o aposentado, se ele é de família rica ou pobre etc.

Outro exemplo: O *leasing* enseja a incidência de ISS.

Alguém diria, depende? Não, com certeza. A resposta seria sim ou não.

Exatamente o contrário se dá, por exemplo, via de regra, em ações que versem sobre direito de família.

Numa ação em que se discute a guarda de filhos não há questão de direito.

Dizer-se que o filho menor fica com a mãe, em caso de separação dos pais, quando tem menos de 7 anos, não é uma questão jurídica, que poderia ensejar que o juiz decidisse sempre desse modo, porque esse seria "seu entendimento".

Em resumo, o juiz não pode dizer: eu decido sempre assim. Porque num caso como este, com certeza, a resposta não seria um sim, ou um não. Seria: depende.

E isto porque, na verdade, a veracidade daquela assertiva depende das circunstâncias fáticas. Ela pode ser "verdade" em relação a uma situação específica. E não o será, em face de outras.

Alterações no plano dos fatos comprometem a veracidade desta afirmação, porque tudo depende do caso concreto.

Por outro lado, é interessante observar-se que este é o terceiro caso no sistema em que se pode voltar atrás depois de ter proferido sentença:

Tem-se a regra do art 496, que cria para o juiz a possibilidade de voltar atrás, depois de ter proferido sentença de indeferimento da inicial.

O caso mais recentemente disciplinado pela lei é o do art. 543 B, que permite haja alteração dos acórdãos de mérito do segundo grau de jurisdição, impugnados por recurso extraordinário, quando existem outros casos idênticos, em que houve também recurso extraordinário, que tenham sido selecionados para o exame da presença deste requisito da repercussão geral. Admitidos aqueles recursos, por que se tenha considerado apresentarem as questões repercussão geral, e reformados os acórdãos, pode o tribunal *a quo* reformar as decisões impugnadas por recursos que não tenham sido selecionados, mas cujo procedimento foi sobrestado.

O art. 285 A § 2º, é um outro desses casos.

Uma pergunta relevantíssima que deve ser feita é se o juiz poderia decidir com base no art. 285 A, no sentido de sua opinião a respeito de determinado tema, ainda que a sua opinião seja contrária à do tribunal que vai julgar a apelação e até à do STJ.

Aqueles que se têm mostrado favoráveis a inclusão deste dispositivo no CPC, dizem que sim. Dizem que este dispositivo permite ao juiz decidir de acordo com seu próprio entendimento acerca da matéria.

Não nos parece, todavia, que essa seja a interpretação mais correta desse dispositivo, pois, embora lido isoladamente possa permitir conclusão nesse sentido, lido no contexto do sistema do CPC, a conclusão será outra.

Há uma tendência muito nítida e, ao que parece, irreversível, no sistema, no sentido de se criarem meios para que questões idênticas sejam decididas da mesma forma, até mesmo como resposta ao anseio social por segurança jurídica.

Manifestações evidentes desta tendência são, por exemplo, as Súmulas Vinculantes, o art. 557, em sua atual redação, o desastrado art. 518 § 1º e até mesmo as ações coletivas que, em expressiva medida, têm esta finalidade.

Se o juiz decidir com base no art. 285 A sustentando posição diametralmente oposta à do tribunal, diminui o seu trabalho, mas deve gerar mais trabalho para o Tribunal.

Portanto, se, de um lado, nos parece que o juiz pode decidir em todos os outros casos (desde que inexista súmula vinculante) com base em sua convicção pessoal, ele não pode, entendemos, usar um dispositivo concebido para agilizar, "remando contra a corrente".

Há argumento, de que se serve parte da doutrina, no sentido de que se o juiz vai mesmo decidir segundo o seu pensamento, que o faça

logo, pois o julgamento antecipado pode ser bem mais demorado. Com o máximo respeito a quem assim sustenta, penso que não se trata da melhor solução, pois sua adoção dá vazão ao estoque de processos do juízo de primeiro grau, mas cria dificuldades para o Tribunal. A idéia de efetividade, então, como atributo do processo que interessa à parte, ficaria completamente esvaziada.

Outra questão interessante diz respeito às alegações de que pode lançar mão o autor, no recurso interposto da decisão do juiz proferida com base no art. 285 A?

Poder o autor argumentar só no sentido de que não teria sido o caso de se aplicar o 285 A? E o processo voltaria para o contraditório, para seguir seu curso normal?

Ou o procedimento do 2º grau seria igual ao do 1º grau: o réu apresenta contestação etc. Percebe-se, pois, aqui, que o desejo de obtenção de celeridade, preconizado pelo dispositivo, pode não ser alcançado, pois, nesse caso, perderiam as partes e perderia o Tribunal, que veria seu trabalho aumentado com atribuições que, não fosse esse dispositivo, permaneceriam em mãos do juiz de primeiro grau. O ideal, em nosso sentir, seria que, para evitar essa eventual transformação do juízo de 2º grau em juízo de primeiro grau, lançasse mão o juiz de primeiro grau, nesses casos repetitivos, que tratam de matéria exclusivamente de direito, do julgamento antecipado da lide, nos termos previstos no art. 330 do CPC.

É de se indagar, então, porque não se julgar, nestes casos, com base no art. 330?

Alguns observam que, na prática, o julgamento com base no art. 330 costuma ser muito mais demorado. Portanto, pensam, seria melhor que se decidisse com base no art. 285 A.

Mas para que? Para depois o processo ter que voltar ao 1º grau? Ou para se proporcionar ao autor o procedimento de 1º grau, no 2º grau?

Será que valeu a pena sacrificar o princípio constitucional do contraditório para se obter vantagem tão inexpressiva?

É um dispositivo realmente problemático. Tem gerado muita discussão, como já observamos.

Mas não é só. Há ainda outro problema gerado pelo artigo comentado: o que significa total improcedência?

Que o autor faz um pedido e o juiz decide, julgando improcedente, este único pedido do autor, com base no 285 A. Esta é uma forma possível de se interpretar o artigo.

Mas nem todos compartilham desta opinião.

Muitos têm dito que, havendo dois pedidos, o juiz pode decidir apenas um deles com base no 285 A e mandar citar o réu para o outro.

E o recurso que cabe desta sentença nascida precocemente? Qual seria? Segundo alguns, seria o recurso de agravo, e aí se estaria diante de mais uma exceção ao princípio da congruência!

Isto porque se trata de uma sentença, ou seja, de uma decisão cujo conteúdo é encartável no art. 269 do CPC (embora não ponha fim ao procedimento como um todo, já que resta um pedido a ser decidido). Mas, por razões de ordem pragmática, ligadas à operatividade do procedimento, seria agravável e não apelável.

Outros argumentam inteligentemente, dizendo que o recurso adequado seria a apelação, já que ofenderia o princípio da isonomia proporcionar às partes o uso de dois recursos diferentes manejáveis contra decisões da mesma categoria. Afinal, a apelação tem revisão e possibilita que as partes sustentem oralmente. Mas a apelação teria de ser "por instrumento", pois o processo não poderia parar.

Evidentemente que, neste caso, deve incidir o princípio da fungibilidade. A dúvida “objetiva” é evidente e não deve esta discussão, gerar prejuízo para o jurisdicionado!

Há algumas linhas atrás, fizemos ligeira referência ao custo social da restrição dos mecanismos de acesso à justiça.

Voltamos ao tema, por julgar oportuníssimo para o debate em torno do art. 285 A.

Evidentemente, todos nós concordamos com a existência do princípio da efetividade da atividade do Estado. É consensual, também, que esse princípio se aplica à prestação da tutela jurisdicional. O que se põe em debate, neste momento, é o custo de sua incidência. É de se perguntar: deve incidir a qualquer custo? Ainda que isso significa afastar o direito ao contraditório??

Alguns dirão: Qual o problema de não se ouvir o réu? A necessidade de ouvir o réu, diriam esses mesmos defensores do dispositivo ora comentado, está ligada à hipótese de sua condenação.

Não haveria, segundo esta forma de ver o problema, neste caso, ofensa ao princípio do contraditório, pois a ação, no caso do art. 285 A é julgada improcedente e, portanto, teoricamente, em benefício do réu.

Pensamos, todavia, que afirmar-se isto envolve uma concepção ultrapassada do que seja o princípio do contraditório.

O contraditório não pode ser mais visto como o princípio que pura e simplesmente gera a necessidade de que haja resposta – de que, se uma das partes se manifesta, a outra tem que ter a chance de responder.

Hoje se entende que o princípio do contraditório é mais do que isso.

Por exemplo, envolve o juiz. E o que significa dizer-se que o contraditório envolve o juiz?

Significa dizer que o diálogo havido entre as partes há que se refletir na sentença. O juiz deve necessariamente fazer referência aos argumentos das partes!

Não fosse assim, para que serviria a garantia do contraditório, *stricto sensu* considerada?

As partes têm o direito à ampla defesa, mas não existe o correlato dever de o juiz apreciar a argumentação das partes?

Evidentemente, a possibilidade de as partes agirem em contraditório só tem sentido se houver um observador imparcial.

O processo deve ser visto como um microcosmo, em que a sociedade está representada pelo autor e pelo réu. No processo, portanto, deve ser criado um ambiente democrático e cooperativo. O juiz deve se nutrir dos argumentos das partes, sempre! Neste caso, até para reforçar sua opinião.

Há autores que fazem diferença entre a efetividade virtuosa e a efetividade perniciosa.

Esta se dá com sacrifícios de garantias, com a abertura de perigosos precedentes.

Valeria a pena impingir ao processo do século XXI um modelo superado, enfraquecido pelo comprometimento de garantias fundamentais?

Não seria este art. 285-A mais uma demonstração eloqüente de que nos apraz resolver problemas estruturais pela via da negativa de fruição de garantias constitucionais?

Justifica-se esta investida furiosa do legislador com o intuito de tornar o processo mais célere, a qualquer custo?

O mundo hoje caminha mais rapidamente. Com a internet, sabe-se o que aconteceu do outro lado do mundo, imediatamente!

Com isso, a expectativa das pessoas quanto à duração de tudo, se altera!

Mas nem tudo pode ser encolhido no tempo, sem prejuízo. O processo, por exemplo, não pode. Há procedimentos que devem ser sim, respeitados, sob pena de fissura no tecido constitucional, o que é ruim para todos, em qualquer circunstância. Romper a ordem constitucional custa caro para a Nação, e os reflexos dessa conduta desbordam para diversas áreas da vida social.

Para encerrar estas anotações que visam a estimular o debate em torno do art. 285 A, convém fazer referência, ainda que breve, ao pensamento de Eduardo Couture, para quem "O tempo se vingará de tudo o que é feito sem a sua colaboração".