

---

# X Revista do CEPEJ

---

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal da Bahia

---





UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO

---

# X Revista do CEPEJ

---

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal da Bahia

---

Salvador-Ba

2009

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Tiragem: 150 exemplares.

Distribuição: Todo o Território Nacional

Revista do CEPEJ, v.1 – 1988. - Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - CEPEJ, 2009

324 f.

v. 10

Semestral

ISSN 1981-6758

1.Direito – Periódico

CDD 340.05

# CEPEJ

## DIRETORIA

**Presidente:** Carolina Grant Pereira

**Vice-Presidente:** Juliano Augusto Pie Brotto

**1ª Secretária:** Mariana Tourinho Stolze Matos

**2º Secretário:** Efson Batista Lima

**Tesoureiro:** Carlos Augusto Medeiros Nunes Júnior

## MEMBROS

Augusto Reis Souza

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

Clarissa Rohenkohl E. Santos

Fernando Carlos O. Silva

Fernando Nunes de Miranda

Filipe Ramos Uaquim

Francisco José Portela Neto

Juliana Aguiar Cunha

Max da Silva Bandeira

Ruy Florêncio Teixeira Júnior

Samira Oliveira Noronha

Silas Oliveira de Lima

Yves West Behrens



# X REVISTA DO CEPEJ

- 
- COORDENADORES**
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
  - Selma Pereira de Santana
  - Saulo José Casali Bahia

---

**AUTORES**

- 
- Corpo docente**
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
  - Selma Pereira de Santana
  - Saulo José Casali Bahia

- 
- Corpo discente**
- Ana Carine Barros Ribeiro
  - Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda
  - Analu Paim Cirne
  - Bruno Choairy Cunha de Lima
  - Camilo de Oliveira Carvalho
  - Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos
  - Clara Meira Costa Sampaio
  - Daniel Pires Novais Dias
  - Fernando Nunes de Miranda
  - Francisco José Portela Neto
  - Fredson Oliveira Carneiro
  - Marcos Augusto Nascimento Passos
  - Max Bandeira
  - Moisés Moreira Vieira
  - Tiago de Oliveira Rummler

- 
- Bacharéis em Direito**
- Patrícia Pinheiro Silva

- 
- COMISSÃO ORGANIZADORA**
- Augusto Reis Souza
  - Carolina Grant Pereira
  - Efsen Batista Lima
  - Fernando Carlos O. Silva
  - Filipe Ramos Uaquim
  - Francisco José Portela Neto
  - Max da Silva Bandeira

- 
- CORPO TÉCNICO**
- Ramanita Albuquerque
  - Simone Guimarães
-





# SUMÁRIO

|                          |    |
|--------------------------|----|
| Nota da Presidente ..... | 17 |
| Prólogo .....            | 19 |

## ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

### Capítulo I

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Assédio Sexual: questões conceituais .....</b>                               | <b>23</b> |
| <b>Rodolfo Pamplona Filho</b>   |           |
| 1. Introdução – objetivo do trabalho .....                                      | 23        |
| 2. Conceito .....   | 23        |
| 3. Denominação .....  | 24        |
| 4. O Assédio Sexual como um Ato Ilícito .....                                   | 25        |
| 5. Elementos caracterizadores .....   | 27        |
| 5.1. Sujeitos .....   | 29        |
| 5.2. Conduta de natureza sexual .....   | 30        |
| 5.3. Rejeição à conduta do agente .....   | 31        |
| 5.4. Reiteração da conduta .....  | 33        |
| 6. Espécies .....   | 34        |
| 6.1. Assédio sexual por chantagem (“assédio sexual <i>quid pro quo</i> ”) ..... | 34        |
| 6.2. Assédio sexual por intimidação (“assédio sexual ambiental”) .....          | 34        |
| 7. A questão da culpa concorrente .....   | 35        |
| 7.1. Culpa Concorrente <i>stricto sensu</i> .....                               | 38        |
| 7.2. O conluio entre vítima e assediante .....                                  | 39        |
| 8. Poder e assédio sexual .....   | 40        |
| 8.1. Notoriedade pública e assédio sexual .....                                 | 41        |
| 9. Assédio sexual e abuso sexual .....  | 42        |
| 10. Tentativa de assédio sexual .....   | 43        |
| 11. Considerações Finais .....  | 44        |
| 12. Referências Bibliográficas .....  | 45        |

### Capítulo II

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Análise comparativa dos sistemas<br/>judiciários brasileiro e norte-americano .....</b>  | <b>47</b> |
| <b>Saulo José Casali Bahia</b>  |           |
| 1. Semelhanças e diferenças entre a <i>civil law</i><br>(tradição jurídica continental europeia) e a <i>common law</i><br>(tradição jurídica britânica e norte-americana) ..... | 47        |
| 2. A constituição brasileira e a constituição norte-americana e o papel<br>da suprema corte/eua e do Supremo Tribunal Federal/Brasil .....                                      | 52        |
| 3. O poder judiciário no Brasil e nos EUA .....   | 54        |

**Capítulo III**

|   |    |
|---|----|
| <b>A Justiça Restaurativa: um resgate,<br/>ainda que tardio, das vítimas de delitos</b> ..... | 57 |
| <i>Selma Pereira de Santana</i>   |    |
| 1. Introdução.....  | 57 |
| 2. O redescobrimto da vítima.....   | 68 |
| 2.1. O contributo da Criminologia / Vitimologia.....  | 71 |
| 2.2. A condição da vítima no âmbito do processo penal.....                                    | 73 |
| 3. A Justiça Restaurativa.....  | 75 |
| 3.1. A Justiça Criminal consensual.....   | 77 |
| 4. Referências bibliográficas.....  | 84 |

**ARTIGOS DO CORPO DISCENTE****Capítulo I**

|   |     |
|---|-----|
| <b>O Direito Ambiental e a Reciclagem</b> .....                       | 91  |
| <i>Ana Carine Barros Ribeiro</i>                                      |     |
| 1. Introdução.....  | 92  |
| 2. Contexto histórico do direito ambiental.....                       | 93  |
| 3. A questão da educação ambiental.....                               | 100 |
| 4. A grande questão do crescimento e/ou desenvolvimento econômico.... | 102 |
| 5. A reciclagem no meio ambiente e social.....                        | 102 |
| 6. Conclusão.....   | 105 |
| 7. Referências bibliográficas.....                                    | 106 |

**Capítulo II**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Direitos da concubina</b> .....                  | 107 |
| <i>Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda</i>   |     |
| 1. Introdução.....                                  | 107 |
| 2. Escorço histórico: a tutela jurídica.....        | 108 |
| 3. O dever de fidelidade recíproca.....             | 111 |
| 4. O que é adultério para o direito.....            | 113 |
| 5. A distinção entre concubina e companheira.....   | 113 |
| 6. O poliamor.....                                  | 114 |
| 7. O pronunciamento dos tribunais.....              | 115 |
| 8. Direitos do(a) amante e os ramos do direito..... | 116 |
| 9. Conclusão.....                                   | 118 |
| 10. Referências bibliográficas.....                 | 118 |

**Capítulo III**

|  |     |
|--|-----|
| <b>Precentes judiciais no Brasil e afirmação<br/>de um Direito Judicial Criativo</b> ..... | 121 |
| <i>Analu Paim Cirne</i>  |     |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introdução.....  | 121 |
| 2. Precente judicial nas diferentes famílias jurídicas .....  | 122 |
| 3. Conceito de precedente à luz do ordenamento jurídico pátrio .....                                      | 128 |
| 4. A criatividade do direito judicial e o papel de fonte<br>do Direito assumido pela jurisprudência ..... | 132 |
| 5. Conclusão .....  | 139 |
| 6. Referências bibliográficas .....   | 139 |

## Capítulo IV

|   |            |
|---|------------|
| <b>Reconstrução da responsabilidade contratual<br/>na sociedade de risco – o “lançador de alerta” .....</b> | <b>141</b> |
|---|------------|

### *Camilo de Oliveira Carvalho*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introdução.....   | 141 |
| 2. O Direito Ambiental Fundamental .....   | 142 |
| 3. A perspectiva constitucional-ambiental:<br>reconstrução da relação contratual .....                                 | 143 |
| 4. A relação contratual reconstruída.<br>Vínculo essencial para a afirmação do estado ambiental interventor....        | 145 |
| 5. A responsabilidade contratual das partes no Direito Ambiental<br>a despertar um magno: o “lançador de alerta” ..... | 147 |
| 6. O “lançador de alerta” no Estado ambiental interventor .....  | 149 |
| 7. A modernidade reflexiva e a regularização<br>das condutas do lançador de alerta .....                               | 154 |
| 8. Considerações finais .....  | 155 |
| 9. Referências bibliográficas .....  | 155 |

## Capítulo V

|   |            |
|---|------------|
| <b>Retratção do Direito no Cinema: entre a realidade e a ficção .....</b> | <b>157</b> |
|---|------------|

### *Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introdução.....   | 157 |
| 2. O Direito na sua essência .....                               | 158 |
| 3. Conceituações relevantes .....                                | 160 |
| 3.1. Advogado .....  | 160 |
| 3.2. Cinema .....  | 161 |
| 3.3. Percepção .....   | 161 |
| 4. O Direito no Cinema .....                                     | 162 |
| 4.1. Uma experiência didática .....                              | 162 |
| 4.2. Análise crítica de algumas produções cinematográficas ..... | 163 |
| 4.2.1. Doze Homens e uma Sentença .....                          | 163 |
| 4.2.2. O Homem que Fazia Chover .....                            | 164 |
| 4.2.3. O Advogado do Diabo .....                                 | 165 |
| 4.2.4. Justiça .....   | 166 |
| 5. Considerações finais .....                                    | 167 |
| 6. Referências bibliográficas .....                              | 168 |

## Capítulo VI

### Princípios aplicáveis ao processo administrativo:

#### análise do princípio da motivação ..... 169

*Clara Meira Costa Sampaio*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introdução.....   | 169 |
| 2. Processo Administrativo.....  | 170 |
| 2.1. Conceito de Processo Administrativo.....                            | 170 |
| 2.2. Importância do processo administrativo.....                         | 171 |
| 3. Princípios do Processo Administrativo.....                            | 172 |
| 3.1. Conceito de Princípio.....  | 172 |
| 3.2. Princípios explícitos e implícitos do Processo Administrativo... .. | 172 |
| 3.3. Princípios explícitos do Processo Administrativo.....               | 173 |
| 3.3.1. Princípio da Legalidade.....                                      | 173 |
| 3.3.2. Princípio da Finalidade.....                                      | 174 |
| 3.3.3. Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.....              | 174 |
| 3.3.4. Princípio da Moralidade.....                                      | 174 |
| 3.3.5. Princípios da ampla Defesa e do Contraditório.....                | 175 |
| 3.3.6. Princípio da Segurança Jurídica.....                              | 175 |
| 3.3.7. Princípio do Interesse Público.....                               | 175 |
| 3.3.8. Princípio da Eficiência.....                                      | 175 |
| 4. Princípio da Motivação.....   | 176 |
| 4.1. Conceito.....   | 176 |
| 4.2. Motivo e Motivação.....   | 176 |
| 4.3. Hipóteses.....  | 177 |
| 4.4. Motivação dos atos vinculados e discricionários.....                | 177 |
| 4.5. Finalidade e Importância.....                                       | 179 |
| 5. Conclusão.....  | 180 |
| 6. Referências bibliográficas.....                                       | 181 |

## Capítulo VII

### Entre o *alter* e o *ego*:

#### instrumentos contemporâneos para uma ética contratual..... 183

*Daniel Pires Novais Dias*

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introdução: o contrato sob uma perspectiva civil-constitucional.....   | 183 |
| 2. Boa-fé objetiva nos contratos:<br>tutela da confiança nas relações contratuais.....                                  | 185 |
| 3. Abuso de direito: relativização dos Direitos<br>sob a perspectiva civil-constitucional.....                          | 187 |
| 4. Princípio da equivalência material das prestações:<br>proporcionalidade das prestações e previdência contratual..... | 189 |
| 5. Função social (do contrato) e <i>inteligência coletiva</i> :<br>a ética (contratual) pelo olhar de uma formiga.....  | 190 |
| 6. Conclusão: proposta para uma hermenêutica integrativa.....   | 193 |
| 7. Referências bibliográficas.....  | 194 |

**Capítulo VIII**

|  |     |
|--|-----|
| <b>O processo administrativo como instrumento de garantia dos cidadãos administrados</b> ..... | 197 |
| <i>Fernando Nunes de Miranda</i>   |     |
| 1. Introdução.....   | 197 |
| 2. O processo administrativo como garantia do binômio “poder-dever” ...                        | 199 |
| 3. Processo administrativo entre a formalidade e a informalidade.....                          | 202 |
| 4. O processo administrativo como complemento da defesa jurisdicional....                      | 203 |
| 5. Conclusão .....   | 204 |
| 6. Referências bibliográficas .....  | 205 |

**Capítulo IX**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Até que ponto iguais, até que ponto diferentes: discussão sobre a igualdade e a Lei Maria da Penha</b> ..... | 207 |
| <i>Francisco José Portela Neto</i>  |     |
| 1. Introdução.....  | 208 |
| 2. Entendendo a Lei nº. 11.340 .....  | 209 |
| 2.1. Formação Histórica .....   | 209 |
| 2.2. Quem é Maria da Penha.....   | 210 |
| 2.3. Alterações trazidas pela Lei .....   | 211 |
| 3. Divergências quanto a sua constitucionalidade: ADC-19 .....  | 211 |
| 4. Igualdade e constitucionalidade:   |     |
| uma análise a luz da Teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello .....  | 214 |
| 4.1. Problemática da Igualdade .....  | 214 |
| 4.2. Análise doutrinária.....   | 215 |
| 4.3. Fator Individualizador.....  | 216 |
| 4.4. Lógica do <i>discrimen</i> .....   | 217 |
| 4.5. Conformidade Constitucional: .....   | 219 |
| 5. Conclusão .....  | 220 |
| 6. Referências bibliográficas .....   | 220 |

**Capítulo X**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Direito e Movimentos Sociais:</b>                                    |     |
| <b>As Relações Políticas e a necessidade da Emancipação</b> .....       | 223 |
| <i>Fredson Oliveira Carneiro</i>  |     |
| 1. Introdução.....  | 223 |
| 2. A política e as principais correntes teóricas .....                  | 224 |
| 3. A primeira crise do marxismo: a ascensão e a queda do reformismo ... | 227 |
| 4. Os novos movimentos sociais – NMS.....                               | 229 |
| 4.1. Construção histórica dos Direitos Sociais .....                    | 229 |
| 4.2. Conceitos e formas de luta .....                                   | 231 |
| 5. A necessidade da emancipação.....                                    | 233 |
| 6. Conclusão .....  | 236 |
| 7. Referências bibliográficas .....                                     | 237 |

**Capítulo XI****O novo contrato de estágio** ..... 239**Marcos Augusto Nascimento Passos**

## 1. Introdução ..... 239

## 2. Características do Direito do Trabalho ..... 240

## 2.1. A tendência expansionista do Direito do Trabalho ..... 241

## 3. Contrato de estágio. Aspectos gerais e a Lei n. 6494/1977 ..... 243

## 4. O novo contrato de estágio e a Lei n. 11788/2008 ..... 244

## 4.1. Fundamentos do Estágio ..... 244

## 4.2. O desempenho das atividades de estagiário ..... 245

## 4.3. Inovações da Lei n. 11788/08 ..... 245

## 4.3.1. Espécies de estágio ..... 246

## 4.3.2. Obrigações do concedente e do estagiário ..... 246

## 4.3.3. Direitos do estagiário ..... 247

## 4.3.4. Limitação de estagiários por estabelecimento ..... 249

## 5. Conclusões ..... 249

## 6. Referências bibliográficas ..... 250

**Capítulo XII****A violência policial e o Estado de Direito no Brasil** ..... 251**Max Bandeira**

## 1. Introdução ..... 251

## 2. Os princípios do Estado de direito e sua fragilidade ..... 253

## 3. A violência policial e o desafio da consolidação do Estado democrático de direito no Brasil ..... 257

## 4. Considerações finais ..... 261

## 5. Referências bibliográficas ..... 262

**Capítulo XIII****Direito à imagem do indiciado ou Direito do Estado****à imagem do indiciado? Considerações sobre o desprestígio****da imagem do sujeito-objeto das investigações policiais.** ..... 265**Moisés Moreira Vieira**

## 1. Introdução ..... 266

2. O direito à imagem do indiciado e a minimização do princípio da inocência: os reflexos da *persecutio criminis* na esfera social ..... 2683. A restrição da publicidade na fase inquisitiva da *persecutio criminis* e o caráter sigiloso do inquérito policial como meios de defesa do Direito à imagem do indiciado ..... 270

## 4. Conteúdo do direito à imagem do indiciado e do Direito à informação da sociedade: bases para o entendimento da colisão ..... 272

## 5. A colisão entre o direito à imagem do indiciado e o Direito à informação da sociedade: tentativa de solução do conflito pela aplicação do postulado da proporcionalidade ..... 275

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 6. Considerações finais .....       | 281 |
| 7. Referências bibliográficas ..... | 283 |

### Capítulo XIV

|  |            |
|--|------------|
| <b>Prioridade na tramitação processual para portadores de câncer .....</b> | <b>285</b> |
|--|------------|

#### *Tiago de Oliveira Rumler*

|   |     |
|---|-----|
| 1. O câncer e as dificuldades no seu tratamento .....                                   | 286 |
| 2. A prioridade na tramitação processual para os idosos .....                           | 287 |
| 3. Do tratamento jurídico especial oferecido aos portadores de câncer .....             | 288 |
| 4. Da diminuta expectativa de vida dos portadores de câncer .....                       | 289 |
| 5. Do projeto de lei .....  | 290 |
| 6. Os princípios alusivos a questão da prioridade na tramitação processual .....        | 290 |
| 6.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana .....                                   | 290 |
| 6.2. Do princípio da igualdade .....  | 291 |
| 6.3. Do princípio da eficiência na prestação jurisdicional .....                        | 294 |
| 7. Da aplicação analógica do art. 121 do CPC para litigantes portadores de câncer ..... | 295 |
| 8. Da aplicação direta dos princípios supracitados .....                                | 296 |
| 9. Conclusão .....  | 298 |
| 10. Referências bibliográficas .....  | 298 |

## ARTIGOS DOS BACHARÉIS

### Capítulo I

#### **Créditos Previdenciários em face de acordos**

|   |            |
|---|------------|
| <b>celebrados após a Sentença Trabalhista .....</b> | <b>303</b> |
|---|------------|

#### *Patrícia Pinheiro Silva*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introdução .....  | 303 |
| 2. Interpretação do §6º do art. 832 da CLT .....                               | 304 |
| 2.1. Das razões constitucionais .....  | 306 |
| 2.1.1. Hipótese de incidência tributária na literalidade da Constituição ..... | 306 |
| 2.1.2. Principiologia constitucional .....                                     | 309 |
| 2.2. Da expectativa de direito .....   | 311 |
| 2.3. Da conciliação judicial .....   | 312 |
| 2.4. Da acessoriedade dos créditos fiscais .....                               | 313 |
| 2.5. Correligionários da tese nos meios institucionais e jurisdicionais .....  | 314 |
| 3. Aspectos críticos da tese defendida .....                                   | 315 |
| 4. Considerações finais .....  | 319 |
| 5. Referências bibliográficas .....  | 322 |





## NOTA DA PRESIDENTE

O Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA (CEPEJ) foi fundado, em 1985, com um importante e específico propósito: estabelecer um espaço prioritário para a realização da pesquisa acadêmica no âmbito da graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Espaço até então inexistente ou obscuro.

Com o passar dos anos, o CEPEJ transitou do completo abandono ao recente renascimento. Com efeito, como fruto deste renascimento e da vontade de consolidação de sua força e presença institucional, hoje o Centro adota para si uma missão ainda maior do que quando foi fundado e imprescindível para o espaço acadêmico da FDUFBA: não apenas representar um ambiente de realização da pesquisa acadêmica qualificada na graduação, mas tornar-se, a cada dia, um centro de *referência, incentivo e promoção* da pesquisa, importante estímulo para a constante e necessária renovação do conhecimento jurídico-científico.

No contexto desta nova e abrangente proposta, a Revista do CEPEJ consubstancia o resultado dos nossos esforços de estímulo e promoção da pesquisa, ao demonstrar que a graduação em Direito da UFBA está cada vez mais empenhada e apta a desenvolver estudos e pesquisas de qualidade, com nível de pós-graduação, inclusive. O aumento da demanda de inscritos no processo seletivo da revista; a conseqüente e saudável concorrência, que estimula a maior qualificação dos trabalhos; a participação dos professores doutores da casa, compondo os conselhos editoriais das revistas e comentando sobre a qualidade dos trabalhos inscritos comprovam esta tendência de constante aprimoramento e ampliação do interesse geral dos alunos pelo desenvolvimento da pesquisa acadêmica ainda no âmbito da graduação e não apenas de forma vinculada à monografia.

Ao considerar todos estes fatores, os atuais membros do CEPEJ concordaram em assumir o compromisso não somente com a regular publicação da Revista do CEPEJ, mas também com o resgate da sua periodicidade *semestral*. A publicação excepcional de dois números concomitantes do nosso periódico, sem prejuízo da qualidade do seu conteúdo (ao contrário, objetivando mantê-la), está em consonância, justamente, com este propósito de compromisso com o constante e ininterrupto estímulo à pesquisa acadêmica, preferencialmente daqueles que estão ingressando neste novo ambiente: os graduandos.

Embora possa abarcar os trabalhos de graduandos, graduados, pós-graduados e profissionais da área, dentre outros, a X e a XI Revista do CEPEJ reafirmam o propósito de incentivo a quem está começando a escrever, a quem está ingressando no ambiente da pesquisa acadêmica: os graduandos, justamente por sabermos o quão difícil e valioso é dar o primeiro passo. Eis caracterizado o nosso interesse acadêmico, mas, sobretudo, didático-pedagógico: estimular e incentivar, não apenas abrindo espaço para publicação, mas orientando, desde a publicação do edital e seus anexos (que têm escopo nitidamente didático) à orientação promovida pelos membros da Comissão Organizadora e à preocupação em dar um retorno da seleção a todos os inscritos.

Mediante o esforço empenhado, o CEPEJ faz votos de que a pesquisa acadêmica de qualidade na graduação da Faculdade de Direito da UFBA passe a ser uma constante, deixe de ser algo tímido e incipiente para mostrar-se consolidada e capaz de grandes avanços, discussões e debates críticos, reflexivos e inovadores.

*Salvador, 17 de Julho de 2009.*

***Carolina Grant Pereira***  
*Presidente do CEPEJ*

# PRÓLOGO

Intimado fui a escrever algumas palavras, a título de um “prólogo” para este X Volume da Revista do CEPEJ.

Definitivamente, sou suspeito para falar desta instituição estudantil.

Fiz parte dela, como Discente, atuando efetivamente, tendo, inclusive, sido eleito seu Presidente no já distante ano de 1993.

Acompanhei-a praticamente do seu nascedouro até o presente momento, vendo-se alternar momentos de entressafra com períodos de alta produção intelectual.

E é este último, sem dúvida, o atual estado do meu prezado Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA - Universidade Federal da Bahia, o que muito me orgulha.

Com efeito, é muito fácil constatar que, nos últimos anos, o CEPEJ reencontrou o seu papel na instituição, maximizando-o, a ponto de se tornar, realmente, um dos pontos de referência quando se fala no estímulo à reflexão e à pesquisa científica no âmbito da nossa centenária Faculdade.

O hercúleo esforço dos membros da entidade em manter a publicação da revista, como um repositório autorizado da doutrina jurídica que se faz, em especial, dentre os componentes do Corpo Discente é a mais evidente prova da pujança intelectual e do enorme potencial desta nova geração que, por certo, brevemente, retornará no Corpo Docente da Universidade.

Não é fácil dar o primeiro passo no campo das publicações jurídicas!

O CEPEJ, porém, permite aos novíços a sua estréia, indo além: produzindo material de excepcional qualidade, que poderia ser publicado em qualquer outro periódico de graduação ou pós-graduação do Brasil ou, quiçá, de outros países.

Ver esta obra alcançar a X edição, ao mesmo tempo em que se verifica o lançamento do 11º volume da Revista dos Formandos, dá, a qualquer professor comprometido com o futuro de seus alunos, a sensação de dever cumprido, comprovando, mais uma vez, que o único direito verdadeiramente inalienável é o de ter esperança...

Esperança, notadamente, no valor da nossa juventude, que se desdobra e se renova, a cada oportunidade que recebe ou que conquista.

Estas revistas são, para mim, mais um símbolo deste renovar das esperanças...

Que não somente elas, mas também todas as demais históricas publicações da Faculdade de Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia sejam retomadas e estimuladas.

Há talento de sobra para ter material para seu conteúdo.

Basta o leitor se deliciar com a análise dos textos que recebe neste momento para comprovar que não se trata de um exagero deste subscritor.

Fica, aqui, o convite para o desafio de constatar tal afirmação...

*Salvador, agosto de 2009.*

**Rodolfo Pamplona Filho**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado do Curso de Direito da UFBA.  
Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.  
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho  
e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz do Trabalho.

# **ARTIGOS DO CORPO DOCENTE**



# CAPÍTULO I

## ASSÉDIO SEXUAL: QUESTÕES CONCEITUAIS

*Rodolfo Pamplona Filho\**

**Sumário** • 1. Introdução – objetivo do trabalho – 2. Conceito – 3. Denominação – 4. O Assédio Sexual como um Ato Ilícito – 5. Elementos caracterizadores: 5.1 Sujeitos; 5.2 Conduta de natureza sexual; 5.3 Rejeição à conduta do agente; 5.4 Reiteração da conduta – 6. Espécies: 6.1 Assédio sexual por chantagem (“assédio sexual *quid pro quo*”); 6.2 Assédio sexual por intimidação (“assédio sexual *ambiental*”) – 7. A questão da culpa concorrente: 7.1 Culpa Concorrente *stricto sensu*; 7.2 O conluio entre vítima e assediante – 8. Poder e assédio sexual: 8.1 Notoriedade pública e assédio sexual – 9. Assédio sexual e abuso sexual – 10. Tentativa de assédio sexual – 11. Considerações Finais – 12. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO – OBJETIVO DO TRABALHO

Falar sobre assédio sexual é, em verdade, dissertar sobre uma doença social muito antiga, que é vista, porém, na sociedade contemporânea, sob uma nova roupagem. É, na expressão de *Michael Rubinstein*, lembrado por *Pinho Pedreira*, “um termo novo para descrever um velho problema”<sup>1</sup>.

Na abordagem que faremos, neste trabalho, procuraremos fazer uma síntese das principais teses que professamos sobre este tão controverso tema, permitindo uma visão panorâmica e – por que não dizer? – introdutória a aqueles que resolverem enfrentá-lo.

### 2. CONCEITO

Em termos de direito positivado, a única forma de assédio sexual criminalizada no Brasil é a ocorrente nas relações de trabalho subordinado,

---

\*. Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho da Quinta Região.

1. Rubinstein, Michael, “Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries” in “*Conditions of Work Digest – Combating Sexual Harassment at Work*”, vol. 11, n. 1, Geneva, International Labour Office, 1992 apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da, “*O Assédio Sexual em Face do Direito do Trabalho*” in “*Ensaio de Direito do Trabalho*”, São Paulo, LTr, 1998, p.89.

pois inseriu no Código Penal o seguinte tipo: “Assédio sexual. Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”

O problema do assédio, todavia, é muito mais amplo do que a forma conceituada e criminalizada no Brasil, o que poderá ser constatado durante nossa exposição.

Conceituamos, por isto, o assédio sexual como toda **conduta de natureza sexual não desejada** que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.

Por se constituir em uma violação do princípio de livre disposição do próprio corpo, esta conduta estabelece uma situação de profundo constrangimento e, quando praticada no âmbito das relações de trabalho, pode gerar conseqüências ainda mais danosas.

E a expressão “*quando praticada no âmbito das relações de trabalho*” é aqui utilizada não como mero recurso de estilística, mas sim para destacar que este fenômeno social não se restringe aos vínculos empregatícios como tipificado no Brasil. De fato, pode o assédio sexual se dar em várias outras formas de relação social, sendo exemplos didáticos o meio acadêmico (entre professores, alunos e servidores), o hospitalar (entre médicos, auxiliares e pacientes) e religioso (entre sacerdotes e fiéis)<sup>2</sup>.

### 3. DENOMINAÇÃO

Em relação à denominação hoje consagrada, ela corresponde ao termo inglês “*sexual harassment*”, que também traz, em si, a idéia de insistência – reiteração – nas propostas – “convites” – para a prática de ato com conotação sexual (ainda que haja resistência expressa a eles), o que – veremos – é um elemento necessário para sua caracterização.

O fenômeno, porém, é tão universal, que quase todos os idiomas mais falados no mundo trazem uma expressão própria para sua identificação<sup>3</sup>.

- 
2. Sobre este último meio, confira-se a obra *Traição da Confiança – Abuso Sexual na Igreja*, de Grenz, Stanley J. & Bell, Roy O. (São Paulo, Editora United Press Ltda., 1997), além da matéria de capa da edição n. 1611, de 16 de agosto de 2000, da Revista “Istoé”, intitulada “Sexo na Igreja”.
  3. Assédio sexual, em português, *Acoso sexual*, em espanhol, *harcèlement sexuel*, em francês, *sexual harassment*, em inglês, *seku hara*, em japonês e *molestie sessuali*, em italiano, apesar de serem expressões relativamente recentes, referem-se a este fenôme-



Lembra Alice Monteiro de Barros, inclusive, que alguns “autores equiparam o assédio sexual ao uso medieval do *jus primae noctis* (direito à primeira noite), que obrigava as recém-casadas a passarem a noite de núpcias com o senhor do lugar, havendo decisão, de 1409, na França, declarando ilícita essa prática”<sup>4</sup>.

#### 4. O ASSÉDIO SEXUAL COMO UM ATO ILÍCITO

Numa reflexão dialética, poder-se-ia suscitar: “em que pese ser reprovável social e moralmente, onde está a ilicitude do assédio sexual, quando praticado fora dos limites do tipo penal?”.

Tal questionamento é muito mais profundo do que se pode conceber, *a priori*.

De fato, existem diversas condutas que, sob determinados prismas focais, podem chocar seus receptores – como, por exemplo, uma “grosseira” no trato social ou uma quebra de regra de etiqueta –, mas que, vistas como atos isolados (e não como parte de um conjunto de ações sistematicamente coordenadas para intimidar), não podem ser consideradas como atos ilícitos.

O assédio sexual, todavia, não se encaixa neste perfil mencionado, uma vez que constitui uma violação ao princípio maior da liberdade sexual, haja vista que importa no cerceamento do direito individual de livre disposição do seu próprio corpo, caracterizando-se como uma conduta discriminatória vedada juridicamente.

É por isto que se justifica, ainda que a lei brasileira própria somente criminalize a conduta quando ocorrida nas relações de trabalho e mediante “constrangimento”, o sancionamento civil *lato sensu* da conduta dos assediadores, em quaisquer das formas possíveis de assédio, tendo em vista que estes ultrapassaram os limites da sua própria liberdade sexual.

---

no antigo e generalizado, apontado como um dos fatores responsáveis pela discriminação de que são vítimas as mulheres no mercado de trabalho.

4. Barros, Alice Monteiro de, “*O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado*” in “*Genesis – Revista de Direito do Trabalho*”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.493. Verifique-se, ainda, o Semanário Francês Le Point Paris, nº 1.010, 25/ene/1992, pp. 63-69 apud Husbands, Robert, “*Analisis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual*” in “*Revista Internacional del Trabajo*”, v. 112, nº 1, 1993, p. 133. Sobre esta prática (e a revolta que ela gerava), vale conferir o filme “*Braveheart*” (Coração Valente), vencedor de vários prêmios *Oscar*, cujo protagonista escocês, na sequência inicial, vive as angústias pela eminência de ver sua amada entregue aos prazeres do Lord inglês.

Esta idéia nos parece muito importante para o desenvolvimento deste trabalho, uma vez que, se o assédio sexual for considerado um ato que não transborde os limites da licitude, não há como, em regra, imputar qualquer responsabilidade a quem quer que seja, ou mesmo, em última análise, propugnar seriamente por qualquer medida preventiva de sua ocorrência nas meios sociais.

Desta forma, o assédio sexual, enquanto ilícito, deve ser considerado como uma violação ao postulado dogmático da liberdade sexual, não devendo ser encarado como uma reles “infração moral”, até mesmo porque, no âmbito das relações sociais, os limites da júruidicidade e da moralidade são muito tênues.

Na lição de Miguel Reale – aqui transcrita integralmente para preservar o conteúdo e precisão do raciocínio – “é na natureza mesma do homem, – o único ente que originariamente é enquanto deve ser, – que se deve buscar a fonte da vida ética, condicionando transcendentemente, as diversas experiências arqueológicas que compõem a tessitura da sociedade e da história. Se o homem não é concebível sem os valores que o inspiram, e se a todos os homens tem de ser assegurada a possibilidade de serem o que “moralmente devem ser”, a subjetividade da pessoa e a objetividade de uma ordem social de pessoas surgem como valores distintos, mas complementares: é no conceito de “bilateralidade atributiva” que vejo concretizar-se esse nexos de distinção e complementariedade, através do processo dialético de implicação-polaridade que governa as experiências moral e jurídica.

Essa complementariedade essencial é posta pela idéia mesma de pessoa humana como valor-fonte, da qual todos os valores sociais promanam, tornando-se compreensível o que no início deste trabalho assinaei: não somente a possibilidade, mas a necessidade de atender tanto para a *universalidade* como para a *condicionalidade histórica* das relações entre a moral e o direito. Se estes, através dos diferentes ciclos culturais, apresentam uma gama variada de soluções, tal acontece exatamente por não ser possível coexistência social, moralmente fundada em liberdade, sem a pluralidade que dela decorre.

Tais relações, por outro lado, serão moral e juridicamente legítimas na medida e enquanto se diversificarem dentro dos limites resultantes do que se poderia denominar “*a abertura angular axiológica da pessoa*”: o valor da pessoa humana atua como fulcro irradiante de múltiplas experiências éticas, condicionando, “in concreto”, variáveis formas de moralidade e júruidicidade, sem que uma possa ser reduzida à outra, muito embora, como

muitas vezes acontece, a mesma ação humana possa atender, concomitantemente, a ambas as ordens de valores.

Ora, quando dois valores ou expressões da vida humana se põem um perante o outro de tal modo que um não possa, ou ser concebido ou ser atualizado sem se referir necessariamente ao outro, e, ao mesmo tempo, se verifica a impossibilidade de serem reduzidos um ao outro, dizemos que há entre eles uma relação dialética de implicação-polaridade ou de complementariedade.

Esse concomitante nexos de distinção e complementariedade revela, por outro lado, que muito embora tais valores incidam sobre distintos níveis de ação, eles reciprocamente se completam. É assim que o direito, por mais que se expanda como ordenamento objetivo, jamais logrará cobrir todo o campo do social, pois se tudo se subordinasse integralmente às regras jurídicas (a inspiração do artista e as formas de sua imaginação criadora; a vocação do sacerdote e a religiosidade dos crentes; a vocação dos cientistas e o sentido de suas pesquisas, etc.) estancar-se-iam, também integralmente, as fontes vivas da subjetividade, e a paz jurídica seria a do espírito esvaziado de liberdade, a de um mundo habitado pela figura fantasmal do “homo juridicus”. A *moralidade* ou o *valor moral* do direito consiste, como se vê, na fidelidade aos fins da heteronomia e da coercibilidade, cujos limites resultam das necessidades inerentes a coexistência garantida dos demais valores, no exercício de uma função histórica que já me levou a apontar a justiça como sendo “o valor *franciscano*”, cuja valia consiste em valer para que os demais valores valham”<sup>5</sup>.

## 5. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Visando a estabelecer os elementos caracterizadores do assédio sexual, encontramos sérias dificuldades na doutrina especializada e mesmo nas legislações do direito comparado<sup>6</sup>, tendo em vista a inexistência de unanimidade quanto a seus elementos definidores.

Isto ocorre, no nosso sentir, por uma evidente confusão entre as espécies de assédio sexual e seus elementos definidores ou suas agravantes,

---

5. Reale, Miguel, *O Direito como Experiência*, 2ª ed. fac-similar, São Paulo, Saraiva, 1992, p.270/271.

6. Maiores detalhes sobre a questão das legislações estrangeiras sobre o assédio sexual no trabalho podemos ser encontradas no nosso estudo *O Assédio Sexual na Relação de Emprego* (São Paulo, LTr, 2001).

dificuldade esta que, modestamente, procuraremos superar com o conceito supra estabelecido.

De fato, conceituamos assédio sexual como “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”.

Assim sendo, podemos vislumbrar como elementos caracterizadores básicos do assédio sexual:

- a) Sujeitos: agente (assediador) e destinatário (assediado);
- b) Conduta de natureza sexual;
- c) Rejeição à conduta do agente;
- d) Reiteração da conduta.

Estes são, na nossa opinião, os elementos coincidentes na comparação entre as diversas legislações no direito comparado e a correspondente casuística. Reconhecemos, porém, que eles não correspondem às classificações procedidas pelos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros<sup>7</sup>, ou mesmo pela visão comum da matéria (que sempre associa o assédio sexual a uma questão de poder).

Tal discrepância se justifica pela preocupação em obter uma sistematização científica da matéria, separando os elementos essenciais de outros, meramente incidentais.

---

7. Julio J. Martínez Vivot, por exemplo, em lúcida monografia sobre o tema, elenca diversos elementos tipificantes do assédio sexual **laboral**, de forma a precisá-lo mais profundamente, qualquer que seja sua extensão ou conseqüências, a saber: “a) *Que se trata de un comportamiento de carácter o connotación sexual.* b) *Que no es deseado y, por el contrario, es rechazado por la persona a quien se dirige.* c) *Que tiene incidencia negativa en la situación laboral del afectado, ya sea presente o futura.* d) *Que la conducta puede ser verbal o física, siempre de naturaleza sexual.* e) *Que el autor sabe o debería saber que es ofensiva o humillante para el afectado.* f) *Que, en principio, comporta una discriminación en razón del sexo.* g) *Que, conforme a una de las acepciones del concepto, debe ser efectuado por el propio empleador o sus dependientes jerárquicos.* h) *Que si bien la destinataria habitual del acoso sexual es una mujer, también lo puede ser un hombre en tales circunstancias.* i) *Que si normalmente el acosador es un varón también podría serlo una mujer, con relación a un varón o a una persona de su propio sexo, o viceversa.* j) *Que también puede ser beneficiario del acoso sexual un tercero, cliente o acreedor.* k) *Que el acoso sexual es un concepto subjetivo, ya que cada afectado debe saber qué actitudes lo afectan o no.* l) *Que resulta prácticamente imposible, por sus características, componer una lista de actitudes o situaciones que comportam un acoso sexual.”* (VIVOT, Julio J. Martínez, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 19.)

Declaramos reconhecer, de logo, porém, que não é possível estabelecer um padrão universal de conduta, mas sim apenas elementos universais de identificação do assédio.

Vejam, portanto, a seguir, estes requisitos essenciais.

### 5.1. Sujeitos

A caracterização do assédio sexual exige, pelo menos, a presença de dois indivíduos: o agente (assediador) e o destinatário do assédio (assediado).

A expressão “*pelo menos*” é utilizada, aqui, por uma questão de rigor técnico, uma vez que a doutrina especializada, bem como a legislação e a jurisprudência de alguns países, tem apresentado uma espécie de assédio sexual (como veremos em tópicos posteriores), cujo constrangimento e instigamento sexual podem ser procedidos por mais de um colega, em função do próprio meio ambiente de trabalho<sup>8</sup>.

Na esmagadora maioria dos casos noticiados, o sujeito ativo do comportamento configurador do assédio sexual é o homem, e são afetadas, predominantemente, as mulheres, embora possa ser o contrário, mas em proporção muito menor<sup>9</sup>.

Não se descarta, porém, a possibilidade de configuração do assédio sexual, ainda, entre pessoas do mesmo sexo. Em verdade, como já destacamos em outro trabalho, “o caráter preconceituoso com que a conduta homossexual é encarada na sociedade é um elemento importante para a constatação da possibilidade fática de ocorrência de atos discriminatórios contra si”<sup>10</sup>.

Se, comumente, há uma relação de poder entre assediante e assediado, este não é um requisito essencial para sua caracterização em sentido amplo<sup>11</sup>, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre

---

8. Ao assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, intitula-se **assédio sexual ambiental**. Aqui o assediador está, em regra, na mesma posição hierárquica da vítima.

9. Vale recordar do filme “Assédio Sexual” (*Disclosure*), onde a conduta caracterizadora foi praticada por uma mulher (Demi Moore), superior hierárquica do homem assediado (Michael Douglas).

10. Pamplona Filho, Rodolfo, “*Orientação Sexual e Discriminação no Emprego*” in “*Discriminação*” (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo, LTr Editora, 2000, p.382.

11. Vale lembrar que, neste estudo, não estamos nos limitando ao tipo penal de assédio sexual no Brasil, em que, aí sim, em que o prevailecimento da condição de superior

colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. É necessário, contudo, saber efetivamente de quem é a autoria do assédio, para efeito de delimitação de responsabilidades.

A circunstância fática de as mulheres serem as vítimas mais comuns do assédio sexual é atribuída, por *Maurice Drapeau*, à **estratificação vertical**, consistente no fato de que, em geral, as mulheres ocupam empregos nos quais são subordinadas aos homens; e à **segregação horizontal**, como se designa a especialização dos empregos em função dos sexos, em consequência da qual as mulheres se encontram majoritariamente nos empregos de secretárias, recepcionistas, enfermeiras, professoras etc., em que há um linha muita tênue de diferenciação entre a função pura e simples e os favores pessoais<sup>12</sup>.

De acordo com informação de *Pinho Pedreira*, no Brasil, “pesquisa realizada no princípio de 1995 pela Brasmart, em doze capitais, e publicada na revista *Veja* (ano 28, n. 7), concluiu que 52% das trabalhadoras já foram assediadas”<sup>13</sup>.

## 5.2 Conduta de natureza sexual

O que é uma conduta de natureza sexual?

É difícil, talvez impossível, encontrar-se um padrão universal de conduta. Basta lembrar os banhos públicos em Roma para constatar que a moral e os costumes variam de sociedade para sociedade, dependendo necessariamente de época para época,

Logo, o que é uma conduta de natureza sexual para uma determinada sociedade pode não ser para outra. O exemplo brasileiro de saudação informal (um, dois ou três beijos, a depender da região) pode ser extremamente

---

hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de cargo, emprego ou função é elemento indispensável para a imputação criminal.

12. Drapeau, Maurice, *Le Harcèlement Sexuel au Travail*, Québec, *Les Éditions Yvon Blais Inc.*, janvier/1991, p.23 (tradução livre do autor). Ainda sobre o papel das mulheres em um visão sistemática do assédio sexual, escreve, *ipsis litteris*, o mesmo autor: “*Les femmes constituent un groupe-cible du harcèlement sexuel: non seulement elles sont quatre fois plus nombreuses que les hommes à déclarer en être l’objet (15% contre 4%), mais encore elles y sont exposées plus fréquemment et avec plus de persistance.*” (*ob. cit.*, p. 22)
13. Silva, Luiz de Pinho Pedreira da, *Ensaio de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p.93.

escandaloso para determinadas sociedades ou, dentro do próprio Brasil, ser considerado ato inconveniente, a depender do local em que é praticado.

Como observa *Aloysio Santos*, em uma das obras pioneiras no Brasil sobre assédio sexual, o “comportamento sexual agressivo ou desviado dos objetivos de gerar a vida e satisfazer a libido, que advém de uma necessidade fisiológica natural, é uma violência física (porque fere, magoa) e, ao mesmo tempo, uma violência moral (considerando que, dentre outros males, desestrutura a psique, cria medos e gera angústia), causando, portanto, uma série de danos à vítima dessa agressão, especialmente a mulher.

Considera-se comportamento sexual desviado os atos de conduta do homem ou da mulher que, para obter a satisfação do seu desejo carnal, utiliza-se de ameaça, seja ela direta ou velada, ilude a outra pessoa, objeto do seu desejo, com promessa que sabe de antemão que não será cumprida, porque não pretende mesmo fazê-lo ou porque é impossível realizá-la; ou, ainda, age de modo astucioso, destruindo a possibilidade de resistência da vítima.

Em termos de atos sexuais sadios, a outra pessoa sempre deve ter a chance de dizer não; caso contrário o sexo estará sendo praticado com violência”<sup>14</sup>

A casuística sobre o assédio sexual revela que o mesmo pode se caracterizar através de diversos tipos de atos, que vão desde comentários sexuais (piadas de duplo sentido, insinuações ou gracejos) até, em ponto extremo, à ameaça – física ou verbal – direta com o intuito de obtenção de favores sexuais.

A importância no destaque deste elemento se revela pela conjugação dos dois próximos tópicos.

### **5.3. Rejeição à conduta do agente**

Para que o assédio sexual se configure plenamente, não basta a conduta de natureza sexual.

De fato, é essencial que esta conduta seja repelida pelo seu destinatário, expressamente ou – para efeito de prova – pela observação do que ordinariamente acontece (as máximas da experiência).

---

14. Santos, Aloysio, *Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.21.

Como é cediço internacionalmente, é importante enfatizar que o assédio sexual se vincula a condutas não desejadas e desagradáveis para o receptor, ou seja, impostas, apesar de não correspondidas. Este é o fator chave que as distingue de outras condutas, praticadas em relações perfeitamente amistosas.

O assédio supõe **sempre** uma conduta sexual não desejada, não se considerando como tal o simples flerte ou paquera. Por isso, muitas vezes só é possível considerar indesejada a conduta de conotação sexual quando o assediado inequivocamente manifesta oposição às propostas e insinuações do assediante.

Como já afirmamos alhures, seja “em função da longa duração diária da jornada de trabalho ou do contato freqüente imposto pelo desempenho das tarefas habituais, o certo é que o ambiente de trabalho facilita sobremaneira a aproximação dos indivíduos.

Nada impede que, nesse convívio diuturno, colegas de trabalho tenham, entre si, um relacionamento amoroso, fruto de paixões espontâneas nascidas justamente pelo conhecimento do temperamento, personalidade e caráter do companheiro de labor.

Enquanto esse relacionamento afetivo somente diz respeito à vontade livre do casal, não há que se falar em nenhuma implicação jurídica para a relação de emprego, sendo, somente, uma circunstância natural da vida privada e íntima do ser humano.

Todavia, podem ocorrer hipóteses em que a paixão despertada em um não seja correspondida pelo outro, em que pese a insistência do primeiro.

Caso esta circunstância se dê entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ou entre empregador e empregado, em que uma das pessoas tem o poder de decidir sobre a permanência ou não da outra no emprego ou de influir nas promoções ou na carreira da mesma, caracterizado estará o assédio sexual, se a conduta do assediante se traduzir em pressões ou ameaças – explícitas ou implícitas – com o objetivo evidente de obter os favores sexuais do assediado<sup>15</sup>.

Assim sendo, **embora não seja essencial para sua caracterização**, é importante que as pessoas que acreditam estar sendo objeto de assédio

---

15. Pamplona Filho, Rodolfo, *O Dano Moral na Relação de Emprego*, 2ª ed., São Paulo, LTr Editora, 1999, p.88.



sexual cientifiquem o presumido assediador que seu comportamento não é desejado. É razoável se esperar que esse aviso dê lugar ao abandono imediato da conduta indesejável, sob pena de se caracterizar/comprovar mais facilmente o assédio.

Se há uma anuência da vítima, ainda que viciada, na prática da conduta de natureza sexual, estes fatos, *a priori*, transbordam dos limites do assédio sexual para alcançar a questão do abuso sexual (inclusive dos tipos penais correspondentes).

#### 5.4. Reiteração da conduta

Como regra geral, o assédio sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.

Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.

Todavia, excepcionalmente, há precedentes jurisprudenciais no Direito Comparado que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento deste requisito

Como nos informa, com sua autoridade peculiar, Alice Monteiro de Barros, “o Tribunal do Reino Unido, no caso *Bracebridge Engineering Ltd. x Darby*, entendeu que um só incidente é suficientemente grave para se aplicar a lei contra discriminação sexual. A propósito, a legislação da Costa Rica assegura a possibilidade do assédio sexual configurar-se pela prática de uma única conduta, desde que seja grave.”<sup>16</sup>

Apesar deste “desprezo jurisprudencial” por este requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá o brocardo *dura lex, sede lex*), é sintomática a observação de que o afastamento deste requisito se dá sempre como exceção.

A análise conjunta com os requisitos anteriores, notadamente a interpretação do que seja, para determinada sociedade, uma conduta com conotação

---

16. Barros, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503. Maiores informações podem ser obtidas no minucioso artigo de Jane Aeberhard-Hodges (“*Womem Workers and the Courts*” in “*International Labour Review*”, v. 135, nº 5, 1996).

sexual, é que possibilitará descobrir se um simples apertão nas nádegas já caracteriza o assédio ou é apenas uma simples manifestação de falta de educação e desrespeito, quando não caracterizar algum tipo penal.

## 6. ESPÉCIES

A doutrina especializada tem classificado o assédio sexual em duas espécies, com características diferenciais bem marcantes, que são o “*assédio sexual por chantagem*” e o “*assédio sexual por intimidação*”<sup>17</sup>.

A primeira forma tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se à exigência feita por superior hierárquico (ou qualquer outra pessoa que exerça poder sobre a vítima), da prestação de “favores sexuais”, sob a ameaça de perda de benefícios ou, no caso da relação de emprego, do próprio posto de trabalho.

Já a segunda espécie, também chamada de “*assédio sexual ambiental*”, é aquela que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.

Vale destacar que esta é uma classificação geral para todos os tipos de assédio sexual, e não exclusivamente o laboral. Todavia, como o assédio sexual ocorre com muito maior frequência no ambiente de trabalho, até mesmo pela circunstância da necessidade de convivência entre os colegas de serviço, é comum ser apresentada também uma outra classificação em dois grupos: assédio sexual laboral e assédio sexual extralaboral.

Analisemos, agora, portanto, estas duas espécies mencionadas.

### 6.1 Assédio sexual por chantagem (“assédio sexual *quid pro quo*”)

Esta é a espécie que, de forma mais comum, se visualiza o problema do assédio sexual, sendo a única a ser tratada de forma expressa no Direito Brasileiro, para efeito de tipificação penal, ainda que limitada às relações de trabalho.

---

17. Erika Paula de Campos, entretanto, em interessante dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob o título “*Assédio sexual na vigência do contrato de trabalho*”, no primeiro semestre de 2000, apresenta várias classificações diferentes do assédio sexual, classificações estas que entendemos ser englobadas nesta mais genérica.

De fato, é até mesmo sintomático que algumas legislações alienígenas somente considerem esta espécie de assédio sexual, tratando-a como uma questão de abuso de poder.

E é disso mesmo que se trata o abuso sexual por chantagem, pois, por ele, o agente exige da vítima a prática (e/ou a aceitação) de uma determinada conduta de natureza sexual, não desejada, sob a ameaça da perda de um determinado benefício.

Da mesma forma, enquadra-se também nesta espécie a aplicação do raciocínio *a contrario sensu*, ou seja, a hipótese em que o assediador pretende que a vítima pratique determinado ato de natureza sexual, não com a ameaça, mas sim com a promessa de ganho de algum benefício, cuja concessão dependa da anuência ou recomendação do agente.

Justamente em função desta “barganha” de natureza sexual, é que esta forma de instigamento é conhecida como assédio sexual *quid pro quo*, que quer dizer, literalmente, “isto por aquilo”.

O assédio sexual *quid pro quo* é, portanto, uma consequência direta de um abuso de uma posição de poder, de que o agente é detentor. Por isto mesmo, a sua verificação se dá, potencialmente, em todas as formas de relações sociais em que há uma discrepância de poder, como, por exemplo, o campo educacional (professores X discípulos), esportivo (dirigentes de clubes e treinadores X atletas), hospitalar (médicos e auxiliares X pacientes) e religioso (sacerdotes X fiéis).

O certo é que esta forma de assédio sexual potencialmente ocorre com muito maior frequência nas relações de trabalho – tanto que esta é a única forma tipificada no Brasil – em que o empregado é dependente hierárquico do empregador, motivo pelo qual este último é tradicionalmente o sujeito ativo do assédio sexual. Todavia, não se pode descartar a hipótese de que outros trabalhadores que, por delegação sua, exerçam funções de confiança na empresa também possam ser caracterizados como assediadores.

Um dado relevante a ser destacado, porém, é que, nesta forma de assédio, nem sempre é para si que pretende o superior hierárquico os favores sexuais ou condutas afins, pois pode acontecer que o faça para clientes ou credores da empresa.

## **6.2. Assédio sexual por intimidação (“assédio sexual ambiental”)**

O “*assédio sexual ambiental*” é aquele que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da

mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.

Trata-se, em verdade, de uma forma de intimidação, muitas vezes difusa, que viola o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio (daí, a expressão “*assédio sexual ambiental*”).

Nesta espécie, o elemento “poder” é irrelevante, sendo o caso típico de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica na empresa.

O aspecto fundamental, portanto, não é a existência de ameaças, mas sim a violação ao seu “direito de dizer não”, através da submissão – notadamente de mulheres – a avanços repetidos, múltiplas blagues ou gestos sexistas (mesmo que sua recusa não seja seguida de represálias).

A casuística desta segunda modalidade de assédio sexual (também conhecida, na área laboral, como assédio sexual “clima de trabalho” ou “clima de trabalho envenenado”) é a mais ampla possível. Apontam-se, como caracterizadores, os seguintes atos: abuso verbal ou comentários sexistas sobre a aparência física do empregado; frases ofensivas ou de duplo sentido e alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas; perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador; separá-lo dos âmbitos próprios de trabalho para maior intimidade das conversas; condutas “sexistas” generalizadas, destacando persistentemente a sexualidade em todos os contextos; insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas; solicitação de relações íntimas, mesmo sem exigência do coito, ou outro tipo de conduta de natureza sexual, mediante promessas de benefícios ou recompensas; exibição de material pornográfico, como revistas, fotografias ou outros objetos, assim como colocar nas paredes do local de trabalho imagens de tal natureza; apalpadelas, fricções ou beliscões deliberados e ofensivos; qualquer exercício de violência física ou verbal.

Como observa o Mestre *Pinho Pedreira*, no “famoso aresto *Vinson*, de 1986, a Suprema Corte norte-americana, através do Juiz *Rhenquist*, reconheceu como assédio sexual também aquele que cria ‘um ambiente de trabalho ameaçador, hostil e ofensivo’. Depois de recordar que o princípio do ‘ambiente hostil’ tem sido aplicado às causas de molestamento racial, *Rhenquist* cita o acórdão *Vinson*, que estabelecera analogia com o assédio sexual nestes termos: ‘O assédio sexual que cria um ambiente de trabalho hostil e ofensivo constitui um obstáculo arbitrário à igualdade dos sexos, no local de trabalho, na mesma medida em que o molestamento racial constitui

um obstáculo à igualdade das raças. Certamente, forçar um homem ou uma mulher a sofrer todas as espécies de comportamentos sexuais abusivos para ter o privilégio de trabalhar e ganhar sua vida pode ser tão humilhante e desconcertante quanto lhe infligir os epítetos raciais mais duros'. No também célebre aresto *Janzen*, da Corte Suprema do Canadá, o Juiz *Dickson* salientou que o assédio 'clima de trabalho' é proibido ao mesmo título que o assédio 'chantagem no trabalho'. Lembrou em seguida que os tribunais americanos e canadenses reconhecem duas categorias de assédio sexual: tanto o 'ambiente de trabalho hostil' quanto o '*donnant-donnant*'<sup>18</sup>".

É importante destacar, contudo, que embora esta espécie de assédio sexual não esteja tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua ilicitude – enquanto forma de violação à liberdade sexual – é evidente, devendo ser combatida e reparada na esfera civil e trabalhista.

## 7. A QUESTÃO DA CULPA CONCORRENTE

Um ponto que nos parece importante em matéria de assédio sexual – que não é tratada com freqüência pela doutrina autorizada – é a questão da culpa concorrente nos atos que levaram à caracterização do assédio sexual.

De fato, a questão da culpa concorrente, embora praticamente irrelevante para o direito penal<sup>19</sup>, deve ser levada em consideração pelo juiz quando estiver enfrentando um litígio de natureza civil que trate do instigamento sexual.

É certo que ninguém pode ser forçado a praticar ato que viole a liberdade sexual de qualquer um. Todavia, a provocação da "vítima" será, no mínimo, uma atenuante ou uma explicação para o comportamento do "ofensor", ainda que não o justifique<sup>20</sup>.

---

18. Silva, Luiz de Pinho Pedreira da, *Ensaio de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1998, p.93.

19. "Ao inverso do que sucede no direito privado, não admite o penal a compensação de culpas. O proceder culposo do ofendido não elide o do agente. Em face de nossa lei, que consagra a teoria da equivalência dos antecedentes causais, seria absurdo advogar-se a compensação de culpas. Só se isentará de pena alguém quando o resultado for atribuível exclusivamente à culpa da vítima. (...) Compreende-se a compensação de culpas no direito privado, dada sua orientação econômica. O direito penal, entretanto, tem outra finalidade em vista: é a ordem pública, são os interesses sociais que o norteiam e que não se podem sujeitar à compensação dos fatos culposos." (Noronha, E. Magalhães, *Direito Penal*, vol. 1, 32ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 145/146).

20. Como mais uma "referência cinematográfica", desta vez especificamente sobre o "direito de dizer não", ainda que haja provocação da vítima, vale lembrar do filme "Acu-

Nas palavras de Maria Helena Diniz, se “lesado e lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso. Não desaparece, portanto, o liame de causalidade; haverá tão-somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade (RT, 221:220, 226:181, 216:308, 222:187, 156:163, 163:669, 439:112; RF, 109:672, 102:575) ou diminuída proporcionalmente (RT, 231:513). Haverá uma bipartição de prejuízos, e a vítima, sob uma forma negativa, deixará de receber a indenização na parte relativa à sua responsabilidade. Logo, a culpa concorrente existe quando ambas as partes agem com qualquer das três clássicas modalidades culposas”<sup>21</sup>.

### 7.1. Culpa Concorrente *stricto sensu*

Existem certos ambientes que exigem um determinado tipo de conduta social, que deve ser observada, inclusive, como uma cláusula contratual, em alguns tipos de atividade. Ao termo “conduta” se aplica até mesmo a vestimenta com que se vai ao trabalho, o que pode soar como extremamente razoável.

De fato, ambientes como hospitais, universidades e santuários religiosos exigem determinadas indumentárias que não seriam exigíveis, por exemplo, em academias de ginástica ou em trabalhos ao ar livre.

Assim sendo, se a vítima tem o hábito de se vestir de forma provocadora ou se pactua livremente com certas intimidades em público, não há como deixar de reconhecer que, de certa forma, está assumindo algum risco de receber propostas de natureza sexual.

Não estamos aqui, de maneira alguma, defendendo a conduta de assediadores, mas consideramos importante “tocar nesta ferida” para mostrar que, muitas vezes, um ato que se taxa de agressivo sexualmente (ressalte-se, novamente, que não estamos falando de violência sexual direta), muitas vezes é apenas uma resposta a um “aparente convite” da suposta vítima.

---

sados”. O roteiro desta película gira justamente sobre um caso concreto em tribunais, onde se reconheceu que, apesar de encorajar seus galanteadores até certo ponto, em dado momento, a destinatária poderia inflitir seu comportamento, pelo que, dali para a frente, estar-se-ia diante de um ato ilícito.

21. Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil*, vol. 7, 10ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p.79

Em conclusão, destacamos, por isso, que o comportamento da alegada vítima, no ambiente de trabalho, bem como sua “vida pregressa”, devem ser levados em consideração na hora de se avaliar se um ato pode ser enquadrado ou não como assédio sexual.

Sobre o tema, vale a pena destacar a informação, noticiada nos principais jornais do mundo, de que enfermeiras inglesas foram proibidas de usar tangas debaixo de suas roupas brancas, no local de trabalho, em função de distúrbios comportamentais que estavam gerando nos pacientes<sup>22</sup>.

## 7.2. O conluio entre vítima e assediante

A questão do assédio sexual tem sido motivo para profundas reflexões sobre o tema da litigância de má fé.

Muitas vezes, por causa das vultuosas indenizações que se tem notícia no direito comparado, é fato que, ainda que jocosamente, tem-se falado em supostas “armações” entre a alegada vítima e o suposto assediador com o fito de lesionar terceiros (notadamente os responsáveis legais pelos atos do acusado lesionante).

Na área trabalhista, isto se mostra ainda mais “tentador”, uma vez que o direito positivo brasileiro estabelece a responsabilidade civil objetiva do empregador por ato de seus prepostos, conforme se verifica do art. 932,

---

22. “ENFERMEIRAS PROIBIDAS DE USAR TANGA NA CARDIOLOGIA. **Londres** – As enfermeiras do setor de cardiologia do hospital Dorset County de Dorchester, no centro da Inglaterra, não poderão usar tangas como peças íntimas porque, segundo a direção, ao vê-las sob os uniformes brancos, a frequência cardíaca dos pacientes se acelera, prejudicando a saúde deles. A direção do hospital pediu às enfermeiras que usem roupas íntimas menos insinuantes. “A integridade física dos enfermos é às vezes uma questão de apenas alguns centímetros”, advertiu a direção do hospital. O pedido não foi bem recebido, levando à mobilização de toda a categoria das enfermeiras, que de imediato o qualificou de ‘sexista’ e ‘desrespeitoso’. Em desabafo ao semanário News of the World, elas disseram que ‘a tanga é a roupa íntima mais cômoda que existe, portanto não pode ser dispensada nos dias mais quentes do verão’. ‘Além disso, não admitimos que os homens se metam a nos dar ordens sobre o que devemos ou não usar por baixo do uniforme”. A polêmica começou com uma queixa de um dos dois médicos – ambos homens – do setor de cardiologia. Na mensagem de um mês atrás, ele dizia ter notado que, cada vez que passava uma enfermeira com tanga sob o uniforme branco, os pacientes tinham estranhas reações. A direção da clínica levou o assunto a sério e advertiu as enfermeiras. Junto a considerações genéricas sobre a quantidade de anéis e colares que podem ser usados, uma porta-voz da diretoria alertou que, ‘sob o uniforme algumas peças íntimas são mais visíveis do que outras e podem criar problemas entre os pacientes’.” (“Tribuna da Bahia”, seção Cotidiano, edição de 15 de agosto de 2000, p.5).

III, do vigente Código Civil brasileiro, em linha já preconizada pela antiga Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

Esta prática, obviamente, deve ser duramente rechaçada pelo Poder Judiciário brasileiro, seja buscando evitar, quando possível, a estipulação de quantias milionárias a título de indenização por dano moral (por não ser essa a essência do instituto), seja condenando duramente em litigância de má-fé, como medida repressiva e didática de combate a esta patologia jurídica.

## 8. PODER E ASSÉDIO SEXUAL

Como já se deve ter percebido, defendemos expressamente um ponto que diverge do “senso comum” sobre o assédio sexual, que é o fato do elemento “abuso de poder” não ser essencial para caracterizá-lo, do ponto de vista doutrinário (ainda que reconheçamos a sua imprescindibilidade para a persecução criminal).

De fato, o poder atua, sim, apenas como um elemento acidental para a caracterização do assédio sexual, que permite facilmente, quando presente, a sua configuração.

É possível, inclusive, fazer um paralelo, na espécie, com os elementos acidentais da relação de emprego, como, por exemplo, a continuidade e a exclusividade na prestação laboral.

Com efeito, para a caracterização de uma relação de emprego, não há necessidade que a prestação de serviços seja feita de forma exclusiva, podendo o empregado, caso tenha condições fáticas, manter mais de um vínculo contratual com diferentes empregadores.

Todavia, quando presente o elemento exclusividade, fica mais fácil caracterizar a presença de outros elementos essenciais da relação de emprego, como, por exemplo, a pessoalidade e a subordinação jurídica.

Da mesma forma, o trabalho não precisa ser prestado de forma contínua para caracterizar uma relação de emprego, bastando que existia a habitualidade (ou permanência) na prestação, esta sim um elemento essencial. Contudo, presente a continuidade, provada facilmente estará a não-eventualidade na prestação de trabalho.

---

23. A Súmula 341 do STF dispõe: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.



A relação de poder, todavia, é sim um elemento essencial para a caracterização da **espécie** “*assédio sexual por chantagem*” – criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro – uma vez que, nesta forma de assédio sexual, é imprescindível uma subordinação hierárquica que justifique o temor da vítima pela eventual retaliação, no caso de recusar a proposta de prática de conduta com natureza sexual.

Logo, se comumente há uma relação de poder entre assediante e assediado, esta relação não é um requisito essencial para sua configuração, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima.

Como já afirmamos e aqui reiteramos, o assédio sexual deve ser encarado cientificamente como um efetivo problema de discriminação e de cerceio da liberdade sexual, e não simplesmente como uma mera questão de abuso de poder.

Não obstante a legislação brasileira (Art. 216-A do Código Penal) somente considerar crime o assédio sexual laboral por chantagem, a tutela civil (incluindo a trabalhista) pode ser invocada para as outras formas com, por exemplo, a responsabilidade patrimonial dos culpados, a despedida por justa causa do assediador, entre outras conseqüências.

### **8.1 Notoriedade pública e assédio sexual**

Não se sabe se por uma infeliz coincidência, o fato é que a notoriedade pública parece atrair acusações de assédio sexual

Assim é que o presidente norte-americano *Bill Clinton* foi acusado, duplamente, de assédio sexual, primeiro por *Paula Jones*, depois por *Mônica Lewinsky*. Da mesma forma, *Wanderley Luxemburgo*, quando ainda era técnico do time do Palmeiras, foi acusado por uma manicure de assediá-la sexualmente. Até mesmo o magistrado *Clarence Thomas*, quando indicado para juiz da Suprema Corte norte-americana, foi acusado por uma advogada, *Anita Hill*, de tê-la assediado.

O que há de tão especial com os exercentes de cargos públicos ou funções que dão uma notoriedade para que sejam objeto tantas denúncias?

Para nós, a questão é que a notoriedade pública é, indubitavelmente, uma “faca de dois gumes”.

Isto porque a busca da preservação da imagem de “pessoas públicas” pode se constituir em uma “tentação” para aqueles que, de má-fé, pretendem

deturpar a reputação alheia ou apenas chantagear tais ilustres cidadãos, numa espécie de assédio às avessas.

Por outro lado, não se pode negar que o exercício de funções com um “aparente poder” pode despertar prepotência até então desconhecida no indivíduo, causando lhe efetivas tendências assediadoras, como se as demais pessoas – em especial as que lhe servissem – fossem apenas mais alguns instrumentos da efetivação de seu poder.

Por tais circunstâncias, processos judiciais envolvendo figuras públicas devem exigir do julgador redobrada atenção, evitando-se julgamentos prévios e, principalmente, influências da chamada “imprensa marrom”, que parece se deliciar com este tipo de escândalo.

## 9. ASSÉDIO SEXUAL E ABUSO SEXUAL

Uma questão importante é saber se a consumação do ato sexual caracteriza o assédio.

Isto porque o assédio sexual, caracterizando-se por uma conduta de cerco insistente e indesejado **para** a prática de ato de natureza sexual, se revela, em verdade, muito mais nos chamados atos “preparatórios” do intento obsessivamente perseguido pelo assediante.

Assim sendo, nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto, “compreende-se a existência de duas realidades, diametralmente distintas: os atos de “cerco”, de propostas e o ato sexual em si. Os primeiros identificam-se ao assédio sexual, mas o outro não.

Uma vez atingido o objetivo do assediante, com a consumação do ato sexual com a empregada, o fato abandona os domínios do assédio para tipificar o **abuso sexual**. Abuso sexual, por seu turno, que continua integrado à esfera de responsabilização do empregador.

E, aqui, pouco importa tenha a vítima mencionado, na petição inicial, de forma equivocada, ter sido sujeito passivo de assédio porque, se a condenação está autorizada pelo sistema do direito positivo por força de ocorrência de conduta assediante, motivo bem mais consistente impõe a reparação do dano moral ocasionado à trabalhadora, no caso da relação sexual em si”<sup>24</sup>.

---

24. Silva Neto, Manoel Jorge e, *Questões Controvertidas sobre o Assédio Sexual in “Revisita do Curso de Direito da UNIFACS”*, vol. I, Coleção Acadêmica de Direito (nº 22), Porto Alegre, Síntese, 2001, p. 38.

Tal entendimento nos parece bastante razoável, uma vez que o ato sexual consumado pode caracterizar um dos tipos penais já previstos no nosso ordenamento jurídico, caso a consumação tenha ocorrido pelo uso de violência ou grave ameaça.

Todavia, seja assédio sexual ou abuso sexual, a responsabilidade civil do agente – ou de quem seja responsável por ele – permanece existente, podendo ser invocada judicialmente.

## 10. TENTATIVA DE ASSÉDIO SEXUAL

É possível a tentativa de assédio sexual?

Esta questão nos parece das mais relevantes, tendo em vista, inclusive, a criminalização desta conduta, por força da Lei n. 10.224, de 15/05/2001.

Tecnicamente, a tentativa é a realização incompleta do tipo penal, ou seja, do modelo descrito na lei, em que há o início da execução de um crime, mas não ocorre a sua consumação por circunstâncias alheias à vontade do criminoso. Este conceito é extraído do art. 14, II, do vigente Código Penal, ao determinar que o crime se diz tentado, “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Ora, se o assédio sexual tem, do ponto de vista doutrinário, como elemento caracterizador, a ocorrência de uma conduta de natureza sexual, rejeitada pelo destinatário, mas reiterada, em regra, pelo agente, não há como se imaginar uma prática parcial desta conduta.

Ou a conduta de natureza sexual é praticada ou não! Não há possibilidade de meio termo neste tipo de ato, pois praticado um único ato que seja, estar-se-á verificando não se houve tentativa, mas sim se houve enquadramento ou não no conceito legal.

Neste sentido, também conclui *Aloysio Santos*, em sua interessante obra, para quem “a hipótese de tentativa de assédio sexual é inviável porque os seus atos de realização (a *conatus proximus*) por si sós violam a dignidade do trabalhador. Se for criminalizado, como pretende a Comissão do Ministério da Justiça encarregada de reformar o Código Penal, a tentativa deverá ser uma das questões a serem dirimidas pelo legislador”<sup>25</sup>.

Sobre a matéria, vale transcrever a sempre abalizada opinião de Luiz Flávio Gomes:

---

25. Santos, Aloysio, *Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.46.

“Na terminologia e classificação clássicas (ultrapassadas) estaríamos diante de um crime de mera conduta (o tipo não descreve nem exige nenhum resultado naturalístico). Nessa perspectiva tradicional, formalista, o crime se consumaria com a simples conduta e não admitiria tentativa.

Segundo o Direito penal da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) dá-se consumação quando os bens jurídicos são concretamente afetados (lesionados). Não basta a realização da conduta (constranger). É preciso que os bens jurídicos entrem no raio de ação da periculosidade (*ex ante*) da conduta. Não basta o simples desvalor da ação (segundo os finalistas). É imprescindível o desvalor do resultado (jurídico), que consiste na ofensa aos bens jurídicos. Se o agente praticar ato de constrangimento (exigência) e isso não abalar em absolutamente nada a vítima, se a vítima não se importunar, não há que se falar em crime. Nenhum bem jurídico resultou afetado. Nessa perspectiva material, é possível tentativa: se o agente realiza o ato do constrangimento, com capacidade ofensiva (*ex ante*) e a vítima não chega a tomar conhecimento disso há tentativa. Constrangimento por escrito (sério) que não chega ao conhecimento da vítima.”<sup>26</sup>

Há espaço, contudo, para elucubração acerca da possibilidade de tentativa, caso o ordenamento jurídico venha a consagrar realmente a regra da imprescindibilidade da reiteração da conduta de natureza sexual. Neste caso, poder-se-ia, talvez, incidir a previsão legal de tentativa quando o agente, após a manifestação inequívoca do destinatário de que repele aquela conduta, cessa imediatamente a prática dos atos de natureza sexual pela intervenção de terceiros ou outra forma que independa de sua vontade.

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são algumas rápidas considerações que consideramos conveniente trazer à baila, tendo em vista as atuais discussões doutrinárias sobre o problema do assédio sexual.

Sem qualquer pretensão de que sejam encaradas como verdade absoluta, colocamo-nos à inteira disposição de todos aqueles que se propuserem a enfrentar (e combater) o assédio sexual na sociedade brasileira.

Para um eventual aprofundamento no estudo do tema, elencamos, ao final, uma pequena bibliografia, no qual nos permitimos indicar o nosso modesto trabalho *O Assédio Sexual na Relação de Emprego* (São Paulo, LTr, 2001), onde o leitor poderá encontrar outros subsídios para o debate.

---

26. GOMES, Luiz Flávio. *Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas*, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 06.06.2001

## 12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEBERHARD-HODGES, Jane, “**Womem Workers and the Courts**” in “**International Labour Review**”, v. 135, nº 5, 1996.
- BARROS, Alice Monteiro de, “**O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado**” in “**Genesis – Revista de Direito do Trabalho**”, vol. 70. Curitiba: Genesis Editora, outubro/98.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil**, vol. 7, 10ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- DRAPEAU, Maurice, **Le Harcèlement Sexuel au Travail**, Québec, *Les Éditions Yvon Blais Inc.*, janvier/1991.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas**, in [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 06.06.2001
- GRENZ, Stanley J. & BELL, Roy O., **Traição da Confiança – Abuso Sexual na Igreja**, São Paulo, Editora United Press Ltda., 1997.
- HUSBANDS, Robert, “**Analisis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual**” in “**Revista Internacional del Trabajo**”, v. 112, nº 1, 1993.
- NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal**, vol. 1, 32ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo, “**Orientação Sexual e Discriminação no Emprego**” in “**Discriminação**” (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault). São Paulo: LTr Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O Assédio Sexual na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2001.
- \_\_\_\_\_. **O Dano Moral na Relação de Emprego**, 2ª ed.. São Paulo: LTr Editora, 1999.
- REALE, Miguel, **O Direito como Experiência**, 2ª ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RUBINSTEIN, Michael, “**Dealing with harassment at work: the experience of industrialized countries**” in “**Conditions of Work Digest – Combating Sexual Harassment at Work**”, vol. 11, n. 1. Geneva: International Labour Office, 1992.
- SANTOS, Aloysio, **Assédio Sexual nas Relações Trabalhistas e Estatutárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Questões Controvertidas sobre o Assédio Sexual in “Revista do Curso de Direito da UNIFACS”**, vol. I, Coleção Acadêmica de Direito (nº 22). Porto Alegre: Síntese, 2001.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da, **Ensaio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 1998, p.93.
- VIVOT, Julio J. Martinez, **Acoso sexual en las relaciones laborales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.



CAPÍTULO II

**ANÁLISE COMPARATIVA  
DOS SISTEMAS JUDICIÁRIOS BRASILEIRO  
E NORTE-AMERICANO**

*Saulo José Casali Bahia\**

**Sumário** • 1. Semelhanças e diferenças entre a *Civil Law* (tradição jurídica continental europeia) e a *Common Law* (tradição jurídica britânica e norte-americana) – 2. A Constituição Brasileira e a Constituição Norte-Americana e o papel da Suprema Corte/EUA e do Supremo Tribunal Federal/Brasil – 3. O Poder Judiciário no Brasil e nos EUA.

**RESUMO:** O artigo versa sobre as semelhanças e diferenças entre a *Civil Law* (tradição jurídica continental europeia) e a *Common Law* (tradição jurídica britânica e norte-americana). É ressaltado o equívoco de comparação realizado entre a Constituição brasileira e a Constituição norte-americana, ao se deixar de observar a realidade própria a cada país. É feita comparação, assim, do papel da Suprema Corte nos EUA e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, assim como do Poder Judiciário destes países.

**PALAVRAS-CHAVE:** CIVIL LAW; COMMON LAW; DIREITO NORTE-AMERICANO; CONSTITUIÇÃO.

**1. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A *CIVIL LAW* (TRADIÇÃO JURÍDICA CONTINENTAL EUROPEIA) E A *COMMON LAW* (TRADIÇÃO JURÍDICA BRITÂNICA E NORTE-AMERICANA)**

O Direito brasileiro pertence à família continental da Europa, graças à condição detida pelo Brasil de antiga colônia portuguesa, que ocorreu desde a implantação do Governo Geral da Colônia, em 1549, até a elevação do Brasil à Reino Unido a Portugal e Algarves, em 1808.

O Brasil foi basicamente uma colônia de exploração, e não de povoamento, o que gerou certos efeitos ainda hoje sentidos na organização do Estado e no modo peculiar de comportamento da Administração Pública. Foram proibidas indústrias (que produzissem bens produzidos em Portugal)

---

\*. Professor (FDFUBA). Juiz Federal (SJBA). Doutor em Direito (PUC-SP).

e universidades no Brasil durante todo o período da colônia. Tratou-se de estabelecer módulos e estruturas produtivas com o fim exclusivo de retirar o máximo da terra e dos seus habitantes originais, e transportar estes frutos e riquezas para a metrópole colonial, o que chegou a gerar, na Europa, a desvalorização de muitos bens, entre os quais o próprio ouro e a prata, dada a abundância com que estes bens eram desembarcados nos portos do Atlântico e do Mediterrâneo. A dependência posterior em face dos produtos brasileiros terminou por estabelecer, para Portugal, os motivos de sua decadência no cenário econômico internacional, desde o momento em que os preços de várias commodities foram reduzidos, a concorrência foi instalada pelo início de produção em colônias rivais e a própria produção de vários bens decresceu. O Brasil conseguiu ser o maior produtor de açúcar do mundo apenas entre 1575 e 1600 e o ciclo do ouro teve duração efêmera. Esta era de dificuldades foi algo que se iniciou desde o advento da União Ibérica, no século XVI, e se prolongou com a exaustão do modelo de exploração até a emancipação política do Brasil, obtida no ano de 1822.

Diversamente, nas colônias do Norte dos EUA, basicamente integrantes da chamada Nova Inglaterra, assistiu-se a uma fórmula de colonização por povoamento, havendo o relativo isolamento permitido o desenvolvimento da indústria local e de governo autônomo, até o ponto que a falta de representação e medidas repressivas da Inglaterra impeliram os norte-americanos à independência.

A digressão é válida para introduzir a idéia de que o direito brasileiro deriva do direito português, este que por sua vez originou-se do direito romano, já que Portugal correpondia à província mais ocidental do Império Romano (*Hispania Ulterior* ou *Lusitania*).

E a civilização romana, como qualquer civilização, impôs a sua marca pela melhor tecnologia oferecida para a solução dos problemas da vida cotidiana. Assim foi com o Direito, pautado em intensa casuística, em uma processualística apurada e em máximas relativas ao direito substantivo que eram manejadas com adequada técnica pelos operadores do direito de então.

Mas em algum ponto da história a tradição romana originou duas construções jurídicas bastante distintas. O desenvolvimento da escolástica na Europa Continental abriu as portas para um progressivo racionalismo aplicado ao Direito, onde a sistematização era imperativa e o emprego do método cartesiano era tido como o único caminho válido para o desenvolvimento adequado das ciências, mesmo as do espírito.



A linha metodológica de prestígio à dedução e à idéia de um sistema normativo foi consagrada na Europa continental, em uma espiral que varreu de leste a oeste, e sul. Tratava-se de idealizar normas gerais, tais como leis da física e da química, capazes de determinar, com certeza ou justiça, o dever-ser relativo ao comportamento dos indivíduos em sociedade. O caminho reclamava a construção de monumentos legais contendo modelos gerais, capazes de atuar, por sua lógica, na solução dos casos particulares, pela técnica da subsunção. A glosa judiciária e a casuística cedia lugar à glosa erudita, à doutrina.

No outro lado do Canal da Mancha, a tradição romana subsistiu não pelo desenvolvimento do método dedutivo, mas pela idéia de que cabia ao operador do direito estar capacitado para o uso das diferentes *actio*, instrumentos capazes de levar uma demanda ao exame do Poder Judiciário, que decidirá a partir do caso que lhe foi colocado, resultando a decisão do órgão judiciário em uma solução particular para um caso concreto, que emula uma razão de decidir capaz de valer para casos futuros e análogos. Ou seja, realiza-se um esforço do particular para o geral. Trata-se de utilização do método indutivo. Recuperava-se na Inglaterra o aspecto do direito romano onde os *praetores* da época formular ouviam queixas e concediam as ações apropriadas, sem as quais os direitos materiais não podiam ser exercidos. A ênfase era fixar as regras pelas quais se poderia obter a iniciativa de ações. “*Remedies precede rights*”. Na Europa continental, ao revés, buscava-se determinar as regras de direito material.

Tanto o método indutivo quanto o método dedutivo são métodos válidos para a obtenção da solução jurídica para o caso concreto. O fato do primeiro ser o utilizado pela *Civil Law* e o segundo pela *Common Law* responde em parte pelas perplexidades possuídas por um operador ou estudante de direito que se defronta repentinamente diante do sistema oposto. Mas não há um método necessariamente melhor ou pior que o outro. Há, sim, orientações metodológicas diversas, com algumas consequências. “*Em direito comparado*” – dizia o mestre brasileiro Guido Soares – “*encontra-se vedado qualquer juízo de valor do tipo ‘é melhor’ ou ‘é mais eficaz’.* Tanto a *Civil Law* quanto a *Common Law* são sistemas que cumprem a finalidade: estruturar e resguardar os valores fundamentais das sociedades nas quais foram elaborados e em que se encontram vigentes”.

A *Common Law* e a *Civil Law*, enfim, consistem em duas tradições consolidadas e com constante interação há vários séculos. Todavia, percebe-se uma contínua e progressiva equiparação entre estes sistemas jurídicos.

Tanto que a *Common Law* americana já não é mais considerada uma *Common Law* pura, diante do nível da *Statutory Law* já alcançado e do distanciamento cada vez maior da *Common Law* praticada na Inglaterra. E a *Civil Law* em muitos países europeus e centro-sul americanos que a acolheram vem cada vez mais assistindo ao *judge-made law*, tendo havido recentemente uma verdadeira revolução na Hermenêutica Jurídica, desde a segunda metade do século XX, fomentando que a retórica grega fosse resgatada e abandonado o exclusivo relevo dado à lógica subsuntiva. Estudos de autores como Heidegger, Viehweg, Perelman e Alexy trazem à tona a figura da tópica e da retórica, eliminando qualquer possibilidade de construção sistemática da solução jurídica por métodos de natureza cartesiano-dedutiva. A hermenêutica filosófica e a hermenêutica tópica recuperam, no cenário da *Civil Law*, a casuística esquecida dos romanos, já que a norma é tomada apenas como um “*topos*”, tal qual outro qualquer, sendo afastada qualquer pretensão de neutralidade do julgador, que age de acordo com a sua pré-compreensão do universo dada pelos limites de sua linguagem. Foi também afastada a possibilidade de que as normas possuam um sistema próximo à verdade. A tópica trabalha com o verossímil, não com o verdadeiro. E o verossímil é estabelecido a partir do consenso estabelecido em uma discussão, tido como representativo do senso comum de justiça que importa afirmar.

Ainda como sintoma da aproximação entre os sistemas, nos EUA, a teoria dos precedentes vem sendo relativizada, sob a consideração da força obrigatória de leis posteriores e a adoção da regra liberal do precedente, onde o Judiciário pode, sob certas circunstâncias, não seguir precedentes, se ausente a *ratio* ou conveniência de sua aplicação. A teoria estrita do precedente, onde o papel político do Judiciário é limitado, explica-se em uma Inglaterra em um tempo onde as leis escritas eram poucas, e fixar precedentes consistia em fixar a própria lei.

Dito isto, podemos dizer, em termos gerais, que no Brasil as decisões judiciais não geram precedentes obrigatórios para casos futuros. A utilização do método dedutivo torna a atividade do operador do direito uma atividade voltada inicialmente para a norma geral, constitucional ou legal, para a partir daí tentar aplicá-la ao caso concreto. As decisões judiciais anteriores funcionam como um guia de razões para que uma determinada norma geral seja ou não aplicada ao caso concreto, assim como a melhor doutrina (que cumpre exatamente o mesmo papel). Mas estas razões trazidas pela doutrina ou pela jurisprudência podem perfeitamente ser tidas como inválidas ou descabidas, na análise do operador diante do novo caso concreto posto ao seu julgamento, e a norma geral pode ser aplicada ou não, a

despeito de precedentes, pois o entendimento judicial do qual resultou um precedente foi uma operação discussiva ocorrida em dado lugar e tempo, sem qualquer força para impedir que outra nova operação discussiva ocorra, utilizando-se de outras premissas normativas, de outros precedentes ou de outra opinião doutrinária.

No direito brasileiro, contudo, há casos em que os precedentes são obrigatórios. Possuem o que se chama de eficácia “erga omnes” ou contra todos. O controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta é um destes casos, assim como a súmula vinculante (institutos estes desconhecidos nos EUA).

Mas a regra é a de que os precedentes judiciais, no Brasil, pela sua variedade, permitem apenas extrair razões não obrigatórias para os casos futuros, e eventualmente úteis na busca do verossímil necessário ao consenso sobre o que é justo.

A equidade, no Brasil, surge para os Juízes brasileiros apenas acompanhada da recomendação de que se faça o seu uso com moderação. Isto é feito basicamente em homenagem ao princípio da separação de poderes, para evitar que o juiz atue em completo desprezo à atuação do Legislativo e do Executivo, com risco da instalação de uma crise institucional. Não quer dizer, em absoluto, que no Brasil não possa o Judiciário decidir contra texto de lei ou ato normativo. Significa, sim, que esta atuação de modo contrário à lei não deve ser feita de modo a desafiar a representatividade política de maneira desarrazoada ou sem que se tenha esgotado a solução do caso pelo uso de outras fontes e métodos.

Este método e este peculiar tratamento às fontes permitiu uma grande diversidade nos julgados e uma grande produção doutrinária, que surpreende os que visitam países de *Civil Law*, como o Brasil. Há no Brasil grande interação e menção à doutrina produzida em outros países, pela generalização que a acompanha. Enquanto os estudantes de países de *Common Law* estudam *casebooks*, e aprendem a dominar a difícil arte de generalizar a partir do particular, os estudantes (e posteriormente aplicadores de direito) brasileiros se debruçam sobre leis e códigos, aprendendo, de modo também custoso e demorado, quando é possível fazer as particularizações necessárias, quando deixar de aplicar uma norma legal em detrimento de outra, ou de um costume, ou de um princípio. Ou quando conciliar normas em igual grau hierárquico, resolvendo os conflitos entre as normas, e como reconhecer uma decisão judiciária cogente.

Outra peculiaridade do Civil Law é a ênfase em códigos, que são o resultado de um esforço lógico-metódico que hoje perde cada vez a sua

confiabilidade. A crença nos códigos ruiu diante da impossibilidade de se conferir o mesmo tratamento e principiologia a matérias que apresentem diferenças marcantes, o que não recomenda o esforço metódico de reunir a todas em um único ou em poucos documentos. E as críticas sempre se fizeram sentir, no sentido de que, apesar de monumentos à razão, engessavam e paralisavam o direito, pela dificuldade de sua alteração, pois deviam ser sistêmicas, sob pena de tornar o documento inconsistente e contraditório. E a verdade é que os códigos passaram a perder muitos de seus artigos ou partes para diplomas legais específicos, de menor extensão.

A realidade é que hoje, no Brasil, não mais se fala em realizar a tarefa ampla de codificação. O esforço, agora, é para desenvolver adequadamente os chamados micro-sistemas jurídicos, novos ramos ou ramos já conhecidos e que merecem tratamento diverso, esforço não mais possível nos rígidos contornos e limites de um código demasiado extenso, incapaz de reunir princípios comuns para todas as matérias que reúne. Tudo isto, como se disse, caminha em paralelo ao crescimento, nos EUA, da *Statutory Law*, ou direito positivado.

O Supremo Tribunal Federal em muitos aspectos se assemelha à Suprema Corte americana, como guardião maior da Constituição. No Brasil (não sendo diverso nos EUA), esta tarefa é compartilhada por todos os órgãos do poder Judiciário, em qualquer instância, em qualquer ramo. E também pelos Poderes Executivo e Legislativo. Mas a última palavra é dada pelo Supremo Tribunal Federal, já que, instalado no ápice da estrutura judiciária, conhece de maneira originária ou em grau de recurso qualquer violação feita a uma regra constitucional, e possui plenos poderes para repará-la, mesmo que a ofensa derive de outro Poder, como o Legislativo e o Executivo.

## **2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E O PAPEL DA SUPREMA CORTE/EUA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/BRASIL**

A Constituição brasileira, que já recebeu em vinte anos mais de cinco dezenas de emendas é frequentemente comparada à Constituição norte-americana, muito mais longeva e estável em seu texto original. Fala-se, no Brasil, da existência no país de uma instabilidade constitucional, de um desvalor do texto constitucional (seguidamente sujeito a mudanças) e de uma vivência constitucional completamente distinta da existente nos EUA (tida esta em sentido positivo).

Mas deve-se recordar as razões para as diferenças. A Constituição brasileira, desde o momento de sua promulgação, abraçava idéias já em vias de ser ultrapassadas. Muitas matérias foram constitucionalizadas apenas para evitar o risco de vir a serem facilmente modificadas posteriormente, numa inútil pretensão de imortalidade de escolhas constituintes. Mas as razões principais de tantas mudanças se dá pela facilidade em realizá-las e pela natureza analítica do texto constitucional brasileiro. Apenas os temas do parágrafo quarto do artigo 60 (cláusulas pétreas) são imodificáveis. Nos EUA, a dificuldade formal de propor e aprovar emendas e certa desnecessidade de mudanças (derivada da própria natureza “clássica” da Constituição americana, privada de número significativo de previsões dirigidas ao Estado), gerou o fato de que poucas emendas foram promovidas desde 1787 (ano da promulgação da Constituição americana).

Nos EUA, a proposta deve ser aceita por 2/3 da Câmara de Deputados e do Senado. Trata-se de um quorum muito alto para a proposta. Em seguida, a proposta deve ser ratificada por 3/4 dos Estados federados. Isto fez com que algumas propostas aguardassem décadas para serem aprovadas (como a aprovada em 1869, que aguardou 80 anos, ou da Emenda 27, que, proposta em 1789, foi aprovada apenas em 1992). Mais de 10.000 propostas de emenda foram apresentadas desde o final do século XVIII, quase todas sem sucesso pelas dificuldades que o sistema proporciona. Daí a 18ª emenda haver previsto que os Estados devam se manifestar em sete anos a contar da submissão da proposta.

No Brasil, a proposta pode ser apresentada por apenas 1/3 da Câmara ou do Senado. Além disto, o Presidente da República ou metade das Assembléias Legislativas estaduais também pode apresentar a proposta de emenda. A aprovação, no Brasil, se dá por 3/5 dos votos do Congresso Nacional (60% dos membros, e não por 66% de ambas as Casas do Congresso ou 75% das Assembléias estaduais, como nos EUA). Não é necessário ouvir as Assembléias Legislativas estaduais.

Esta situação torna, de certo modo, o Congresso Nacional inoperante para adaptar a Constituição às necessidades do tempo, fazendo com o Judiciário se torne, como já disse Wilson, uma espécie de assembléia constituinte contínua.

Daí a Suprema Corte haver se convertido, nos EUA, na mais importante instituição do Governo, e a teoria da interpretação constitucional americana haver possuído certas diferenças com respeito às matrizes da Europa continental. Trata-se da concepção da *Living Constitution* (Constituição viva), onde vale menos o texto escrito do que a consideração da existência

de um processo constitucional, com caráter nitidamente jurisprudencial. E com isto surgem as questões como a segurança interpretativa, o papel de princípios e regras, à legitimação democrática do judiciário e ao seu papel. Batem-se interpretativistas e não-interpretativistas, originalistas e não-originalistas, conservadores e liberais, adeptos do ativismo judiciário ou seus adversários, onde se busca saber se o intérprete constitucional deve ir além da intenção dos fundadores ou não.

Todavia, este não é um problema exclusivamente norte-americano, na medida em que mesmo em constituições não-clássicas ou dirigentes, como a brasileira, inexistente a condição de desprezar o papel criativo da jurisprudência, ou de pretender que a interpretação literal seja suficiente. Em todo o mundo, o papel político do Poder Judiciário é matéria de primeira ordem, assim como os limites à sua ação.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E NOS EUA

O Ministro Xavier de Albuquerque, ao assumir a Presidência do STF, ao ser saudado pelo antigo ministro Evandro Lins e Silva, que falou em nome do Conselho Federal da OAB, escutou deste que *“o modelo que inspirou nosso Supremo Tribunal, não esqueçamos, é a corte suprema dos Estados Unidos. A nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, em nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição. Ao longo dos seus quase duzentos anos de existência, a Corte Suprema americana tem demonstrado isto de forma clara, não só na defesa enfática de um sistema constitucional sem rival no mundo, mas também naquela necessária sabedoria de enfrentar os problemas na devida ocasião.”*. Afinal de contas, como já havia dito Rui Barbosa em discurso no Colégio Anchieta, em São Paulo, falando da Constituição de 1891, não teria a mesma *“a mais remota descendência às margens do Sena. Sua embriogenia é exclusivamente e notoriamente americana”*. Franklin já havia afirmado, sobre a Constituição norte-americana, que nenhuma constituição européia estava a se adaptar às circunstâncias em que a Carta Maior dos EUA estava para ser elaborada. Esta Carta que, segundo Rui, naquele discurso, é, da Constituição Brasileira de 1891, *“mãe, por adoção e identidade íntima”*.

O Brasil, assim, adotou a idéia de estabelecimento de um tribunal de cúpula, atualmente com onze ministros (nos EUA são 9) e não vitalícios (como nos EUA). Não há requisito de habilitação profissional nos EUA.

Até 1957 houve ministros não bacharéis em direito atuando na Corte. Nos EUA, a Corte funciona de outubro a junho, mês em que as decisões mais controversas são geralmente tomadas. Como se sabe, o Brasil segue o regime de férias forenses em dois meses ao ano para o STF.

Nos EUA, como no Brasil, que é também é um estado federal, convivem os sistemas federal e estadual de Justiça. O sistema federal consiste na Suprema Corte (a única corte referida na Constituição), nas Cortes de Apelação e nas Cortes Distritais. Cada circuito, à exceção de Columbia, compreende três ou mais Estados. Havia 89 distritos nos EUA. Cada Estado tem ao menos um distrito, e há distritos em áreas no exterior que estão sob jurisdição americana. Há cortes para impostos vinculadas às cortes de apelação. A competência das Cortes federais é dada pela seção 2 do artigo III da Constituição americana, com a redação da 11<sup>a</sup> Emenda. A Suprema Corte possui competência originária na hipótese de crimes cometidos por agentes diplomáticos ou consulares, ou quando um Estado estrangeiro for parte. A justiça federal é competente para causas envolvendo tratados, entre Estados-membros, entre cidadãos de diferentes Estados-membros ou sob proteção de Estado-membro diverso (desde que a causa tenha no mínimo valor de US\$50.000,00), causas envolvendo direito marítimo etc, em abrangência próxima daquela possuída pela justiça federal no Brasil, embora esta última possa ser considerada mais extensa, nos termos do art. 109 da Constituição brasileira.

Os Estados norte-americanos não possuem uma estruturação judiciária imposta pela Constituição Federal, como no Brasil (que limitou a organização a dois graus de jurisdição – tribunais de justiça e juízos de primeiro grau). Nos Estados norte-americanos é possível se encontrar três ou quatro instâncias: cortes superiores, de apelação (às vezes), de primeiro grau e municipais, nelas compreendidas a Justiça de Paz. Há grande diversidade pela divisão em matérias (encontram-se cortes de sucessões, de família, de menores, cíveis, criminais etc). Diversamente do Brasil, verifica-se grande uso do júri popular em causas de natureza cível, apesar das críticas quanto à morosidade, custos e falta de técnica jurídica nos julgamentos. No nível estadual e notadamente no municipal, é comum a possibilidade de ingresso na magistratura de modo provisório e eletivo. As cortes de primeiro grau podem consistir, nos EUA, em juizados de pequenas causas (*Small Claims Courts*). A força policial muitas vezes é utilizada para a execução dos julgados. Não há justiça especializada para matéria trabalhista, como no Brasil, e nos EUA a organização geral das eleições não é deixada a cargo de ramo do Poder Judiciário.

Como se viu, Brasil e EUA possuem sistemas jurídicos e organização do Poder Judiciário com várias semelhanças e algumas diferenças. Estudá-los corresponde à tarefa do Direito comparado, este que possui a finalidade de possibilitar a melhor compreensão do próprio sistema nacional, e a apreensão de exemplos que sejam úteis para o seu progresso.



### CAPÍTULO III

# A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM RESGATE, AINDA QUE TARDIO, DAS VÍTIMAS DE DELITOS

*Selma Pereira de Santana\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O redescobrimto da vítima: 2.1 O contributo da Criminologia / Vitimologia; 2.2 A condição da vítima no âmbito do processo penal – 3. A Justiça Restaurativa: 3.1 A justiça criminal consensual – 4. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O objetivo desse artigo é ressaltar o surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que, embora não seja alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia. O movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do delito. A justiça restaurativa considera que, para combater, com êxito, os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas individuais e das comunidades. Ademais, pondera que deve dar-se aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa, e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado. Entende que a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que aqueles se conscientizem de suas responsabilidades, não atingindo dessas formas as intenções da prevenção geral e especial.

**PALAVRAS-CHAVE:** POLÍTICA CRIMINAL; JUSTIÇA HORIZONTAL; CONSENSO; ESTIGMATIZAÇÃO; PREVENÇÃO GERAL; PREVENÇÃO ESPECIAL.

## 1. INTRODUÇÃO

Assistimos nos últimos anos, à mercê de um fantástico avanço tecnológico, a um processo acelerado de transformações que provocaram a criação de um novo paradigma social, marcado pela extraordinária capacidade de expansão e pela alta voltagem político-social. *À lateri*, e como fatal resultado, nesse novo tipo societário desenvolveram-se também “novas” formas

---

\*. Membro do Ministério Público Militar da União. Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA.

de criminalidade. A paisagem e o ambiente que marcam essa sociedade, ante a nova onda que se agita no mar social, é a criminalidade, e, por consequência, o medo ou o temor. A globalização é o seu cenário.

É certo que o processo globalizador<sup>1</sup> não se instalou subitamente, como sempre ocorre no aparecimento de novos fenômenos sociais. Quando as condições se tornaram favoráveis, a globalização surgiu, criando um poder econômico globalizado, sem que exista uma sociedade global, nem, tampouco, organizações internacionais fortes, e, menos ainda, um Estado global. Devido à circunstância de a globalização significar, na essência do fenômeno, a ausência de Estado mundial, ou melhor, de uma sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial, assistimos à difusão de um capitalismo globalmente desorganizado, onde inexistente poder hegemônico, regime internacional, seja econômico, seja político<sup>2</sup>. É um novo momento de poder planetário. Trata-se de uma realidade que chegou e que, como as anteriores, é irreversível.

Foi, contudo, o modelo globalizador que fez nascer novas formas de criminalidade, caracterizadas exatamente por serem supranacionais, organizadas, isto é, por possuírem uma estrutura hierarquizada e permitirem a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada

O crime adquiriu uma grande capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos diversos, como crimes econômicos e financeiros, crimes ligados à tecnologia, crimes contra o ambiente, crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, de terrorismo, de contrabando, de comércio de pessoas ou de partes do corpo, de espionagem industrial, de evasão fiscal, dentre outros.

A criminalidade é marcada pelo alto poder de corrupção-contaminação das relações econômicas lícitas e da organização do ponto de vista estrutural<sup>3</sup>.

- 
1. ALBERTO SILVA FRANCO, *RPCC*, p.183/228.
  2. ULRICH BECK, *Qué es la globalización?* p. 32 (apud ALBERTO SILVA FRANCO, *RPCC*, p. 190).
  3. De acordo com SILVA SANCHEZ, criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade de poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização (*Revista Brasileira de Ciências*, p. 69).

Nesse cenário, o da globalização, as grandes construções institucionais e a concentração de poder provocam o declínio dos Estados e um mundo diferenciado, onde proliferam as redes. A criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

A repressão da criminalidade organizada e o apoio, na opinião pública, que esta repressão merece caucionam uma repressão muito abrangente. A mistura de dois tipos de criminalidade, a organizada e a de massa, vicia os dados da política criminal. O consenso obtido na luta contra a criminalidade grave permite justificar um endurecimento cego e generalizado da punição. A criminalidade grave, de feitos danosos, incita um discurso de encurtamento de direitos, liberdades e garantias do delinqüente, dando a entender que é inconciliável o respeito pelos direitos fundamentais com a eficácia da perseguição desse tipo de criminalidade. Neste cenário, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinqüente ou a invocação dos direitos fundamentais afigura-se como algo anacrônico e pueril. A política criminal tende a reduzir-se, como já fora afirmado, a uma “política de segurança”.

Assiste-se a uma redefinição da função do Estado, que se retira paulatinamente da área econômica, e afirma-se a necessidade de reduzir o seu papel socializador e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal. A segurança, definida em termos físicos, emerge como prioridade da ação pública. Esvai-se, pois, a política do Estado providência.

Por essa razão, é certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado pela desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por uma intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, através do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinqüência os excluídos do sistema globalizado.

No entanto, pede-se eficácia ao sistema da justiça penal e abre-se espaço ao sacrifício dos direitos e liberdades fundamentais em razão do combate à criminalidade.

Em diagnose sociopolítica, transparece nitidamente que o Estado se revela tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, embora duro e inflexível quanto à criminalidade de massa.

Diante dessa perspectiva, como atuar? Que direcionamento deve ser seguido? Entendemos que a solução se dirige por dois caminhos: o primeiro seria a busca de formas de uma política criminal comum<sup>4</sup>, haja vista a evidência de que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder aos desafios apresentados pela nova criminalidade; o segundo, não dar cobertura a uma “política criminal de segurança” em detrimento de uma “política criminal de liberdade”.

Fatores como a massificação da criminalidade e uma nova criminalidade abrem caminhos a reformas que se lastreiam em propostas opostas: de um lado, a que procura dar maior ênfase às garantias individuais, associada a modelos políticos democráticos; de outro, a necessidade de uma maior eficácia da luta contra o crime.

A eficácia e proteção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta as diferentes formas de realização da Justiça. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais, obtida à luz do valor “segurança”, obriga a reencontrar novos equilíbrios para essa polarização. Para isso, é necessário continuar a se fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito.

Para a autora, a solução encontra-se em atribuir ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>5</sup>. Trata-se de assumir os princípios político-criminais da “intervenção mínima” e da “ul-

- 
4. “O que se vem dizer é que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de iniciativas legislativas ao nível europeu ultrapassam a ‘visão estreita’ da soberania nacional e demonstram que se está perante a emergência de uma política criminal comum. Falta, todavia, um ‘pensamento’ sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal europeia. (...). Vem-se denunciando ao projecto da União Europeia, no domínio da justiça penal, o carácter ‘prioritariamente repressivo’, que faz ‘primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade’” (ANABELA RODRIGUES, *Liber Discipulorum*, p. 223/224).
  5. “É necessário, efetivamente, que o Direito Penal do futuro se ocupe em hipótese – e com particular atenção – dos fatos ilícitos que se enraizam no mundo político e dos negócios, dos atentados ao meio ambiente, dos delitos econômicos e tributários (MARINUCCI-DOLCINI), ou bem é possível cultivar a contraposta perspectiva ‘reducionista’ (HASSEMER; BARATTA; FERRAIOLI), orientada, por exemplo, ao ‘Direito Penal mínimo’, ao contextual potenciamento do *Ordnungswidrigkeitenrecht* e à criação de um direito da intervenção (*Interventionsrecht*)?” (NICOLA MAZZACUVA, *Crítica y justificación*, p. 236).

tima ratio”, que informam uma política criminal racional. Ou, na lição de FIGUEIREDO DIAS<sup>6</sup>: “Uma política criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”.

Isso significa que, se o Direito Penal não constitui resposta para os problemas sociais, ele não deve demitir-se<sup>7</sup> ou ausentar-se de intervir perante as novas formas de criminalidade, sob pena de introduzir-se, na realização da justiça penal, uma seletividade<sup>8</sup> que poderia aproximá-la de um Direito Penal para os “novos” perigosos.

---

6. RMP, p. 77.

7. FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 74.

8. GÜNTHER JAKOBS, através de trabalho apresentado em um congresso de professores alemães de Direito Penal, realizado em 1985, na cidade de Frankfurt, tornou conhecida a noção do “Direito Penal do Inimigo”. Mais recentemente, há cerca de um ano e meio, na Espanha, publicou um livro intitulado *Derecho Penal del Enemigo*. Em face disso, hoje é lugar comum os críticos de Jakobs situá-lo como defensor de um modelo autoritário de Direito Penal. Assim, o “Direito Penal do Cidadão” aplicar-se-ia à média e baixa criminalidades, enquanto o “Direito Penal do Inimigo”, à criminalidade mais complexa ou altamente organizada. O primeiro destinar-se-ia aos “delinquentes cidadãos” integrados ao Estado, que aceitassem a “autoridade da norma” jurídica e, como tal, fossem sensíveis à mensagem pedagógica e reintegradora da pena. O segundo dirigir-se-ia aos “delinquentes inimigos”, que negam tudo isso e que não aceitam a autoridade do Estado ou da Lei. Em suma, o “Direito Penal do Cidadão” visaria aos criminosos “normais ou vulgares”, enquanto o “Direito Penal do Inimigo” visaria aos delinquentes “profissionais”, compulsivos ou ideológicos. As bases filosóficas do “Direito Penal do Inimigo” foram buscadas no pensamento de Rousseau, Kant, Fichte e Hobbes, para justificar que certos indivíduos, ao praticarem certos delitos, quebrariam o contrato social ou de cidadania e, portanto, não poderiam ser tratados como cidadãos, mas como inimigos. Quem comete, de forma permanente, determinados crimes que ameaçam o Estado e a sociedade não poderá esperar ser “castigado como um súdito”, mas, antes, ser eliminado como um inimigo. As principais conseqüências do “Direito Penal do Inimigo”, de JAKOBS, incidem, nomeadamente, ao nível dos direitos e garantias dos argüidos, uma vez que surgiria um “Direito Processual Penal do Inimigo” e um “Direito Processual Penal do Cidadão”. Ao delinqüente cidadão deverá aplicar-se o clássico direito processual penal, com todas as suas garantias. Contudo, para o delinqüente inimigo, deverá flexibilizar-se o princípio da legalidade, reforçar-se as medidas cautelares e preventivas, endurecer-se as penas e a reclusão, atenuar-se os direitos e garantias dos argüidos, incentivar-se a denúncia, recompensar-se a colaboração dos arrependidos, restringir-se ou violar-se os sigilos legalmente protegidos, etc. O valor fundamental é a segurança, e não exatamente a justiça. FIGUEIREDO DIAS, manifestando-se sobre o tema, sustenta que se está outra vez perante a idéia de pôr pessoas fora do gênero humano, pessoas a quem se tiram a própria personalidade, dizendo que

Assim, por exemplo, o sistema punitivo deveria repousar na idéia de que a pena privativa de liberdade constitui a “ultima ratio” da Política Criminal, e deve ficar reservada para a criminalidade mais grave. No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de passar sempre pela afirmação dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, assiste-se ao surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que, embora não seja alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia.

O momento atual e o que se avizinha é o momento de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação<sup>9</sup>, como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão<sup>10</sup>, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação.

---

não merecem a proteção da ordem jurídica. Para ele, tal teoria é inadmissível e quase incompreensível, pois uma pessoa que cometa um crime, seja ele qual for, deve ser julgada como criminoso e não abatida como um inimigo. Por seu turno, FÁRIA COSTA considera que a teoria de JAKOBS mais não é do que o fecho de uma tendência doutrinária que, de há muito, concebe um Direito Penal a “duas velocidades”. Com ela, abandona-se a matriz de um Direito Penal liberal, de um Direito Penal de garantia, que teve o berço nesse tempo único: a Ilustração. E acrescenta que são os ventos fortes, fortíssimos, do outro lado do Atlântico, a quererem a todo o custo implantar o seu “law and order”, concluindo que o que parece dramático é não haver resistência, e que a primeira brecha tenha sido aberta justamente no campo do pensamento penal alemão (ANTONIO MARINHO, *Expresso*, p. 52/53). Sobre o tema, ver GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal del Enemigo*, e ALEJANDRO APONTE, *RBCCRim*, p. 9/43. De acordo com ESER, essa indiferença da contemplação limitada à lesão da norma produz ainda mais estremeamento quando se observa a fronteira traçada por Jakobs entre o cidadão no âmbito de um Direito Penal de um Estado de Direito e os inimigos do sistema. A circunstância de os inimigos não serem considerados “como pessoas” é um dado que já conduziu à negação do Estado de Direito. (*La Ciencia*, p.472)

9. CLAUS ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung*, p. 367/375.

10. “No direito penal mais nuclear e, sobretudo, em relação aos delitos mais cotidianos (pequenos delitos contra a propriedade, patrimônio, lesões, injúrias, danos, ameaças...), existe uma necessidade de controle crescente, que poderá, inclusive, aumentar se continuarem a debilitar, ainda mais, os mecanismos informais de controle social, como consequência de tendências como a concentração de pessoas nas grandes cidades, o individualismo, o anonimato e o enfraquecimento dos deveres mais tradicionais. A solução atual e seguramente futura desse problema radica em manter a presença do Direito Penal, porém, configurando processos, através de distintas formas de diversão, e consequências jurídicas flexíveis e não tanto custosas” (LOTHAR KUHLEN, *Crítica*

Todavia, nesse quadro de desafios existe um conjunto de idéias marcado por vetores essenciais em que se realça a defesa da eminente dignidade da pessoa humana e se atribui ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos.

O primeiro vetor vem a ser a idéia da “não-intervenção”. Ou seja, para um eficaz domínio e controle da criminalidade, o Estado e seu aparelho penal formalizado não devem fazer mais, porém, até menos. O Estado introduziu o arsenal penal em áreas onde não deveria intervir, e, ainda, sobre-utilizou a lei penal e as reações criminais, com resultados desastrosos, devido, sobretudo, à sua função estigmatizante<sup>11</sup>. Com a atuação que o Estado vem tendo, até então, ele terminou por produzir mais delinqüência do que aquela que ele próprio é capaz de evitar<sup>12</sup>.

---

y justificación, p. 228). O mesmo autor considera como desafios jurídico-penais mais relevantes do nosso tempo: a progressiva ampliação da proteção jurídico-penal a bens universais de difícil precisão; o enfraquecimento da imputação individual, através da responsabilidade por condutas relacionadas a organizações ou, inclusive, por exigência de responsabilidade da organização; a flexibilização das conseqüências jurídico-penais; a flexibilização do procedimento judicial, através da diminuição do princípio da legalidade, a progressiva importância dos acordos entre as partes no processo e a diminuição das formalidades do mesmo (*La Ciencia del Derecho Penal*, p. 68/69).

11. Dessa idéia, partem alguns para defender a abolição do Direito Penal. O abolicionismo constitui o modo mais radical de afrontar a realidade do Direito Penal, entendido como *potestade* punitiva do Estado, exercida no marco de um conjunto de normas. Em sua versão mais radical, rechaça a existência do Direito Penal e propõe sua substituição por outras formas não punitivas de resolução de conflitos, a que denominamos “delitos”. Um dado significativo é que sua aparição se tenha produzido fundamentalmente nos países nos quais a tendência predominante tenha sido a ressocializadora (Estados Unidos, Holanda e Escandinávia), e, sem dúvida, como uma reação ao fracasso desta. LOUK HULSMAN, por exemplo, defende a eliminação das noções de crime, de Direito Penal, de reações criminais, substituindo-as pelas categorias de “situações-problema” e de “respostas societárias diversificadas”. (*RBC Crim*, p. 13/26, *Conversações abolicionistas*, p. 189/213).
12. Para a perspectiva interacionista ou do *labeling approach*, a distinção entre atos criminosos e não criminosos não deve ser procurada nos próprios atos, mas no estigma atribuído pela sociedade a certos atos. São os próprios grupos sociais que criam a delinqüência, ao instituírem regras cuja violação se transmuta em delinqüência, ao aplicarem tais regras a grupos de pessoas e ao rotularem-nas de *outsiders*, *desviantes* ou *delinqüentes*. Estudos empíricos realizados nos últimos anos demonstraram que, das pessoas que cometem atos legalmente definidos como desviantes, somente uma pequena parte é socialmente estigmatizada. A perspectiva interacionista defende que este processo de seleção decorre de interações sociais nas quais o papel fundamental é desempenhado pelas instâncias de controle social, sejam elas formais ou informais. E, por outro lado, o processo de criação e de perecimento das normas criminais constitui uma etapa fundamental daquele processo de seleção, através do qual a sociedade estigmatiza o delinqüente. Por essa razão é que o processo legal-social de criminalização e

Melhor do que uma não-intervenção radical<sup>13</sup>, uma não-intervenção moderada ou judiciosa, em que assumem papel de extrema importância os movimentos de descriminalização e de diversão. O primeiro, partindo do pressuposto de que, num Estado de Direito material, o Direito Penal somente pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e a realização da personalidade de cada homem. Isso significa que o Direito Penal não está legitimado a intervir em condutas que não violem o bem jurídico claramente individualizável, por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que sejam. E, mesmo que uma conduta viole um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais não devem ser utilizados, desde quando a violação possa ser satisfatoriamente controlada por instrumentos não criminais de política social; o segundo, procurando impedir o efeito estigmatizante da submissão ao sistema formal da Justiça Penal e, em particular, da aplicação das sanções criminais, abarca o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controle, com vistas a alcançar uma solução para os conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal, afastando as pessoas daquele sistema e do corredor da delinqüência, ou de parte dele.

Outros vetores são as idéias da descentralização dos subsistemas de controle e da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas. Tanto a descentralização quanto a participação surgem como idéias de uma Política Criminal oficial, e não como respostas de natureza puramente societária, totalmente separada do sistema estadual da Política Criminal<sup>14</sup>.

Como assevera FIGUEIREDO DIAS, isso significa a permissão de acesso das pequenas comunidades e comunidades intermediárias (privadas, semipúblicas, ou mesmo públicas, mas não estaduais) à realização de tarefas político-criminais específicas, mesmo dentro do sistema formal de controle, não só “porque o sistema estadual centralizado se encontra irremediavelmente sobrecarregado e precisa ser aliviado, mas porque concretas tarefas político-criminais há para desempenho das quais o Estado

---

de descriminalização constitui um comando importante, e mesmo decisivo, de prevenção e controle da delinqüência e de defesa da sociedade perante ela. A esse respeito, FIGUEIREDO DIAS ressalta que, seja qual for o relevo que caiba a outras instâncias, formais e informais, interventoras no processo de recrutamento (as polícias, os tribunais, as prisões, a família, a escola, os grupos sociais), o primeiro lugar pertence, sem dúvida, à lei criminal; aquele processo, em princípio, será permitido e comandado nos termos estabelecidos pela lei (*Revista da Ordem dos Advogados*, p. 72/73).

13. Conforme FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, p. 64/68.

14. Sobre o tema, ver DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos*.



se não encontra na melhor posição, e pode ser substituído com vantagem por comunidades não estaduais”<sup>15</sup>. A idéia da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas significa ultrapassar o aproveitamento da boa vontade dos particulares e das suas atividades assistenciais ao Estado, para se tocar àquel’outra, da chamada formalizada das pessoas individuais à participação, na execução de políticas criminais comunitárias.

Por essas razões, não é correto ver, nessas manifestações, a ocorrência de uma privatização do sistema de Política Criminal. Trata-se, na realidade, de conferir àquelas comunidades, competência jurídica e de ação, para a realização de específicas tarefas político-criminais, bem como de reconhecer, às pessoas individuais, a pretensão de participar daquelas tarefas e incentivar o seu exercício. Exemplos dessa nova forma de compreensão podem ser observados em certos casos de participação da vítima nos processos formal e informal de reação e controle<sup>16</sup>.

Por outro lado, a crescente politização do problema criminal, aliada à sua generalizada discussão, alargou substancialmente o foro da Política Criminal. A respeito, bem recorda LEFERENZ<sup>17</sup>, que, para a Política Criminal, não se trata apenas de saber *como deve reagir-se*, mas também e, principalmente, *a quê deve reagir-se*.

Pressupostos essenciais da definição de um programa político-criminal são os seus princípios diretores, ou seja, aqueles que devam ser considerados como emanações do sistema jurídico constitucional democrático.

Os princípios diretores da Política Criminal de emanação jurídico-constitucional abrangem toda a matéria penal, ou todo o sistema penal, e não apenas a sua parte substantiva. São eles: o princípio da legalidade, o da referência constitucional, o da culpabilidade, o da solidariedade (ou socialidade) e o da preferência pelas reações não detentivas.

Buscando fazer o enquadramento necessário para o tema, entendemos necessária a abordagem de um princípio que, conquanto não seja de direta emanação jurídico-constitucional, não deve ser omitido, exatamente em razão da sua importância, ou seja, o princípio vitimológico.

---

15. *Direito Penal Português*, p. 68: “O que está em causa é nada menos que descentralizar as tarefas da Política Criminal, conferindo competência para a realização de algumas delas a comunidades não estaduais e substituí-las, assim, na expressão de McClintock, uma Política Criminal ao macronível por políticas criminais diversificadas ao micronível.”

16. Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, p. 70.

17. “Kriminologie und Kriminalpolitik”, em *Kriminologische Gegenwartsfragen*, 1968, p. 14 e ss. (apud FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 106).

A vítima praticamente vinha sendo “esquecida” pela “ciência conjunta do Direito Penal”<sup>18</sup> e pelo Direito Processual Penal. O crime era visto como mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se de que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal. Esse discurso deveria passar a refletir um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o delinqüente e a vítima, reclamando-se, mesmo, a criação de uma disciplina autônoma no conjunto das ciências penais: a Vitimologia<sup>19</sup>.

Em muitos países, da Vitimologia derivou-se o *Victim's Rights Movement*.

O consenso, cujas fronteiras ultrapassa, cristalizou-se, outrossim, na *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1985, como, da mesma forma, e mais recentemente, na Decisão-quadro do Conselho da União Européia<sup>20</sup>, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal<sup>21</sup>.

- 
18. A Dogmática Jurídico-Penal, a Política Criminal e a Criminologia. Foi mérito de Franz von Liszt ter criado o “modelo tripartido”, a que chamou “ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal”: a *gesamte Strafrechtswissenschaft*. (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, apud FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 23/25).
  19. Para COSTA ANDRADE, ao sublinhar o conflito real que pode estar na gênese do crime, a Vitimologia veio pôr em causa o modelo tradicional que se bastava, pela abstração metafísica, de uma restauração da ordem jurídica como condição suficiente na superação do conflito que se exprimia no crime. Além disso, a Vitimologia veio recordar que, ao lado das relações entre a sociedade e o delinqüente, o crime pode torná-los, ambos, responsáveis perante a vítima. E o Estado não pode considerar-se desonerado da sua quota de responsabilidade dispensando à vítima o magro benefício da adesão (*A vítima*, p. 244/245).
  20. ANABELA MIRANDA RODRIGUES e JOSÉ LUIS LOPES DA MOTA, *Para uma Política Criminal*, p. 711/718.
  21. Outras orientações anteriores propugnadas pelo Conselho da Europa, relativas à salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas de crimes, são: a) Resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977 – indenização às vítimas de infrações criminais; b) Recomendação R (83)7, de 23 de junho de 1983 – participação do público na elaboração e na aplicação da Política Criminal; c) Convenção Européia, de 24 de novembro de 1983 – indenização, pelo Estado, às vítimas de crimes violentos; d) Recomendação R (85) 4, de 26 de março de 1985 – prevenção da violência no seio da família; e) Recomendação R (85) 11, de 28 de junho de 1985 – posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; f) Recomendação R (87) 21, de 17 de setembro de 1987 – assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimação; e g) Recomendação R (91) 11, de 9 de setembro de 1991 – exploração sexual, pornografia, prostituição, tráfico de crianças e de jovens adultos.

Paralelos à escalada da Vitimologia, fatores outros têm provocado um ressurgimento extraordinário da figura da vítima na discussão científica dos últimos anos. Para essa ocorrência são muito variadas as causas<sup>22</sup>, dentre as quais, as mais representativas são a força do movimento de “restituição” americano e a frustração pelos resultados obtidos com o tratamento social-terapêutico<sup>23</sup> de infratores jurídicos .

Acrescente-se a tudo isso a visão, cada vez maior, da injustiça social de uma Justiça Penal que não tem tomado a vítima em nenhuma ou em pouca consideração.

Sobre esse panorama, alerta ROXIN<sup>24</sup>: “Tudo parece indicar que nossa Justiça Penal é, sobretudo, um sistema para fazer fracassar os interesses da vítima, apesar de que seria racional, do ponto de vista político-social, começar, no intuito de uma solução do conflito social emergente da conduta punível, por colocar a vítima em situação de incolumidade e, depois, ver se existe algo mais de que dispor”.

Assinale-se que o princípio vitimológico, já aludido, assumiu, nas últimas décadas, três vetores fundamentais, em termos de Política Criminal: o primeiro vetor resolve sua atuação no âmbito do movimento da criminalização / descriminalização<sup>25</sup>; o segundo, assume-se na colocação da vítima, como destinatária da Política Criminal, relativamente ao discurso da vitimização / desvitimização e ao papel da vítima em face das instâncias

---

22. ROXIN, *De los delitos*, p. 139.

23. “Houve um tempo, faz vinte ou trinta anos, no qual os penalistas escandinavos acreditavam que o preso médio poderia ser reformado através de esforços reabilitadores cientificamente planejados. Esta filosofia obteve uma legião de partidários, parecendo ser mais humana e benévola se comparada com a justiça criminal ordinária. Sem embargo, pouco a pouco o crescente volume de investigações conduziu à conclusão de que, em geral, existia um suporte empírico muito escasso para esse modelo médico ou ideológico do tratamento. Também se demonstrou, claramente, que este modelo não conduzia necessariamente a um sistema mais humano e benévolo. Pelo contrário, amiúde, favorecia sentenças indeterminadas, algumas delas por delitos relativamente triviais. Ignorou também o princípio de igualdade perante a lei” (ANTTILA, *La ideología del control del delito em Escandinávia. Tendencias actuales*, 1986, apud SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 29).

24. *De los delitos*, p. 140.

25. Dando margem, segundo alertou FIGUEIREDO DIAS, a tensões contrapostas; reque-rendo-se, aqui, o endurecimento da criminalização e da penalização em nome do direito de defesa, de proteção e de compensação das vítimas (e chegando a sufragar discursos de ‘guerra ao crime’ e de *law and order*), apoiando além, pelo contrário, em nome da prevenção da vitimização potencial e de uma nova concepção sobre o interesse de reparação da vítima, movimentos de diversão, de descentralização e de participação, como já foi referido. (*Direito Penal Português*, p. 76).

formais de controle; o terceiro, refere-se à idéia de tornar a reparação das conseqüências do delito uma terceira espécie de sanção criminal, ao lado das penas e das medidas de segurança.

## 2. O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA

Falemos, contudo, ainda que sejamos breves, sobre a vítima.

Sabe-se que, antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, uma vez que, nesses sistemas, seria ela, a vítima, ou seus parentes, os que se encarregavam de dar soluções a tudo aquilo que lhes significava agressão. Vale dizer, era a eles que competia administrar a justiça.

O nascimento e o desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção das formas de justiça privada. Todavia, o que, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, nesse aspecto, foi o *jus puniendi* competir exclusivamente ao Estado, implicando, porém, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele, compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinqüente, resultando a vítima cair no esquecimento.

Iniciou-se, assim, o processo de “neutralização” da vítima<sup>26</sup>.

---

26. Na história do Direito Penal distinguem-se, no que se refere à relevância da vítima, duas fases distintas. No Direito romano primitivo, no Direito dos povos germânicos e, em alguma medida, no Direito medieval, foi-se possível assistir a uma fase conhecida como “idade de ouro” da vítima. Nesses períodos, também em razão da confusão existente entre o Direito Penal e o Direito Civil, a reação ao delito ficava praticamente nas mãos da vítima, ou de seus parentes, a quem devolviam a ofensa sobre a esfera jurídica autor do delito (seus bens jurídicos ou de seus familiares), nos termos do *ius talionis*. Era o Direito Penal da vingança privada. Contudo, progressivamente, produz-se a consolidação do Direito Penal como Direito Público, e, no surgimento do Estado moderno, passa a ser possível falar de que o exercício do *ius puniendi* constitui um monopólio das instituições do Estado. Assim mesmo, tem lugar a crescente diferenciação entre o Direito Civil e o Direito Penal como disciplinas que se ocupam, respectivamente, da relação entre o autor do delito e a vítima (no que se refere à pretensão indenizatória) e de relação entre o autor do delito e o Estado.

O trânsito de um Direito Penal de conotações privadas a um Direito Penal público foi vantajoso tanto em se tratando de pacificação social, quanto, outrossim, em objetivação, imparcialidade e proporcionalidade. Entretanto, com essa nova fase iniciou-se um largo processo de esquecimento da vítima no Direito Penal. Dessa forma, o delito passa a ser entendido como uma relação entre o indivíduo e o Estado, seja como infração das normas estatais, seja como lesão de bens jurídicos, cuja proteção se estima como

Ocorreu, porém, que, com o surgimento da noção de “bem jurídico”, surgiu uma objetivação da figura da vítima, deixando ela de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado.

Como assegura HASSEMER, o pensamento sobre o bem jurídico não se ocupa da proteção da vítima, senão da proteção da liberdade frente ao controle jurídico-penal ilegítimo. Nessa concepção, a vítima é somente uma condição que possibilita a delimitação sistemática do bem ou interesse digno de proteção. Sendo assim, não é de se estranhar que nos amplos estudos que se vêm realizando sobre o bem jurídico não se encontrem análises sobre a vítima<sup>27</sup>.

Forçoso admitir, contudo, que a evolução de um Direito Penal de característica retributiva a um Direito Penal baseado na prevenção, seja ela geral ou especial, nada significou, em termos de melhoria, quanto à condição da vítima. Isso porque a ideologia da prevenção especial, direcionada ao pensamento da ressocialização do delinqüente, terminou por consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime, enquanto que a ideologia da prevenção geral tem em vista a sociedade.

Recentemente, em razão dos conhecimentos hauridos da Vitimologia, sobretudo nos últimos 20 anos, e relativos à constatada inter-relação entre o autor do delito e a sua vítima, e à eventual influência desta última na origem do delito, desenvolveu-se, no âmbito da dogmática penal, uma nova

---

pressuposto necessário da convivência em sociedade. A vítima também ficou ausente da definição da pena e de suas finalidades; a pena passou a ser uma resposta social pelo comportamento delitivo que cumpre finalidades de prevenção geral e especial. Por fim, o processo penal constitui o mecanismo para a imposição da sanção estatal, e não para atender às questões privadas.

Sem embargo, tudo isso, instituído com a finalidade de obtenção de uma Justiça Penal objetiva e desapaixonada, na qual fiquem devidamente garantidos os direitos do autor do delito, relegou a vítima à condição de mero objeto neutro, passivo, sobre o qual recai o delito (lembrar, entretanto, que, se bem que os delitos sejam perseguíveis de ofício, alguns deles se entendem como perseguíveis à instância da parte, o que atribui à vítima certa disposição sobre o começo do processo. Ademais, deve ser lembrada, ainda, a possibilidade da constituição de acusação particular, para os delitos perseguíveis de ofício). Já não se trata somente de que a intervenção jurídico-penal não dê satisfação aos autênticos interesses da vítima, senão que, em ocasiões, inclusive, supõe um dano adicional para a mesma, a chamada “vitimização secundária”. Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Revista Brasileira*, p.163/165.

27. *Anuario*, p. 246.

abordagem, a “Vitimodogmática”, de pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão, e tão-somente, para o autor do delito.

A Vitimodogmática trata de analisar até que ponto pode tomar-se em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Isso significa que, a depender da conduta imputável à vítima, deve-se conceder uma atenuação, senão a própria exclusão da responsabilidade penal do autor do delito.

A orientação da Vitimodogmática parte do princípio de que o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos. Conseqüentemente, só estarão legitimadas a ameaça penal e a pena quando se tratar de proteger os bens jurídicos. Por sua vez, a vítima possui e detém seus próprios meios de autoproteção, podendo deles fazer uso para proteger o bem jurídico, do qual é portadora.

Inspira-se nisso o chamado *Princípio da auto-responsabilidade da vítima*, com base no qual se entende que, caso a vítima, por iniciativa própria, renuncie ao uso das medidas de proteção de que dispõe, e, portanto, abandone o bem jurídico, o autor do delito deverá ser eximido de sua responsabilidade penal.

Assinale-se, contudo, que essa possibilidade de isenção da pena por parte do autor apenas é defendida pela corrente mais radical, representada por SCHÜNEMANN<sup>28</sup>, sob o fundamento de que, nessas hipóteses, o fato será impune por atipicidade<sup>29</sup>.

No entanto, a opinião majoritária na Alemanha sustenta uma conclusão mais moderada, consistente em apreciar a eventual co-responsabilidade da vítima, exclusivamente no âmbito da medição da pena.

---

28. SCHÜNEMANN desenvolveu o que denomina “princípio vitimológico”: uma máxima de interpretação, consistente em subsumir somente no tipo penal uma ação que suponha manobrar, para evitar a possível e exigível autoproteção da vítima potencial. E utilizando, como exemplo, os tipos protetores dos segredos (§§ 201 e ss. do StGB), vem tentando demonstrar que o legislador, ao configurar os tipos e descrever o círculo dos autores, tem seguido pontos de vista vitimológicos, aos que também se podem recorrer, neste campo, para solucionar os problemas interpretativos [ZStW 90 (1978, p. 11 e ss., e *Bockelmann-FS*, 1979, p. 130, apud ROXIN, *Derecho Penal*, p. 563)].

29. Como aponta SCHÜNEMANN: Acaso pode o Direito Penal sancionar quando a conduta do autor, em si mesma considerada, não contém um perigo relevante de lesão de bens jurídicos, senão que só adquire tal caráter perigoso somente por consequência de determinados comportamentos da vítima? (“Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”, II, *NSZ*, 1986, p. 442, apud SILVA SÁNCHEZ, *Revista Brasileira*, p. 176).

## 2.1 O contributo da Criminologia / Vitimologia

De idêntica forma, o surgimento da Criminologia pouco serviu para melhorar a situação da vítima. Os pioneiros da Criminologia, que deram lugar ao seu nascimento como ciência, foram representantes da Escola Positiva italiana, que buscavam explicar o crime através da perspectiva do delinqüente. De acordo com eles, as causas do delito seriam determinadas por indícios presentes na pessoa do delinqüente, que, por sua vez, não tendo liberdade de vontade, necessitaria de tratamento para evitar a reincidência, enquanto que a vítima, considerada como mero objeto neutro, passivo, estático, em nada influenciaria a origem do delito<sup>30</sup>.

A situação de interesse exclusivo pela pessoa do delinqüente, na investigação criminológica, manteve-se até as mudanças de orientação na Criminologia, ocorridas posteriormente à 2ª Guerra Mundial, com o que se conecta o nascimento da Vitimologia, como disciplina científica.

Atualmente, a moderna Criminologia explica o delito através da perspectiva de conflitos interpessoais. Isto se deve, em especial, à significação que adquiriu na Criminologia a teoria da aprendizagem social e da interação simbólica. O delito é compreendido agora como um processo social, como uma interação entre o delinqüente, a vítima e a sociedade. O que também caracteriza a criminologia moderna é a circunstância de o sistema penal aparecer como objeto central de conhecimento de crítica e de Política Cri-

---

30. Hoje, com efeito, parece irreversivelmente abandonada a idéia de uma Criminologia de conteúdo exclusivamente explicativo-etiológico operando nos limites e ao serviço do sistema jurídico-penal. Uma Criminologia que, para ser ciência, deveria, segundo os cânones positivistas, limitar-se a explicar, *por causas*, como deveria, segundo a epistemologia de raiz aristotélica, recentemente retomada por MAX WEBER, resistir à tentação de qualquer referência política. Quer se entendesse que o seu objeto era heteronomamente determinado, porque recebido passivamente das mãos do legislador e da doutrina penal, quer se entendesse que caberia à Criminologia assistir o direito de identificar o seu objeto como unidade de sentido sociológico real (com destaque para SELLIN e a generalidade dos criminólogos americanos com o seu conceito de *deviance*), em um ponto encontravam-se todos os cultores da Criminologia tradicional: na crença da neutralidade axiológica-política da sua ciência. Em conformidade, a Criminologia aceitava positivamente a ordem social oficialmente imposta e, por isso, a definição do que é ou não é criminalizado (do que deve e do que não deve ser criminalizado), na base do postulado acrítico de que o crime releva necessariamente das margens de consenso e dos valores fundamentais da coletividade. Em síntese, e segundo a dicotomia dos neokantianos, a Criminologia perfilava-se como uma *ciência da natureza ou do ser*, versando sobre o crime em termos radicalmente distintos daqueles das ciências do *espírito* ou da *cultura* (máxime a doutrina penal), que, também, têm por objeto a mesma manifestação da vida (cf. COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Criminal*, p. 187/188).

minal. Trata-se, acima de tudo, de penetrar na racionalidade desse sistema de controle em toda a sua dimensão: a começar pela lei criminal – instância de criminalização primária – até as sucessivas instâncias de reação formal (Polícia, Ministério Público, Tribunal, Administração Penitenciária), a quem cabe recrutar as pessoas que, em concreto, vão desempenhar o papel de delinqüente e imprimir às simbolizações abstratas da lei o seu conteúdo definitivo, acrescentando a isso, como afirma COSTA ANDRADE<sup>31</sup>, uma atitude reflexiva mais ou menos explícita: no pressuposto de uma idéia de conflito, os cultores da criminologia moderna preocupam-se em saber de que lado estão e quem aproveitam os resultados do seu labor. É fundamentalmente nesse sentido que se encaminham as diferentes correntes ou escolas da chamada criminologia nova ou criminologia dos anos sessenta, com destaque para a perspectiva interacionista, ou *labeling approach*, e para a *criminologia radical* ou *crítica*, descontadas as naturais divergências que as separam, tanto no plano teórico quanto político-criminal.

Por outro lado, merece chamar atenção para o avanço da investigação vitimológica nas suas bases científicas, nas últimas décadas<sup>32</sup>, devido, prin-

---

31. *Jornadas de Direito Criminal*, p. 192.

32. De acordo com COSTA ANDRADE, foi nos meados do século passado que se assistiu ao retorno da vítima ao primeiro plano das preocupações da Criminologia e da Política Criminal, evento que podemos situar em 1948, data em que HENTIG publicou o clássico *The Criminal and His Victim*. Tal retorno deu-se, de resto, como um estatuto reconhecidamente equívoco já assimilado ao rosto de Jano: entre o extremo de uma vítima – Abel, que sofre inocentemente o crime e suscita solidariedade, ato extremo oposto de uma vítima–Mulher–de–Putifar que provoca, precipita ou causa o crime e suscita censura, há todo um contínuo de manifestações intermédias. Complementarmente, a teoria da seleção veio revelar a vítima como a mais poderosa agência de seleção, já que da sua decisão dependem cerca de 90% dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais, que só excepcionalmente intervêm de forma pró-ativa, limitando-se, por via de regra, a reagir ao *input* feito pela vítima.

De acordo com o autor, este estatuto criminológico reflete-se no teor das propostas de Política Criminal de conteúdo vitimológico. Ganhou-se, em primeiro lugar, a consciência da gratuitidade da criminalização de condutas, que contam com o apoio ou, pelo menos, com a tolerância da vítima, como o demonstra, de forma paradigmática, a criminologia dos crimes sem vítima. Em segundo lugar, a reparação da vítima readquiriu o seu significado penal originário funcionando hoje já como forma de sanção, como expediente de diversão, já como critério da concessão de benefícios (v.g., o regime de prova ou a sentença condicional), como reinvidicação dirigida diretamente ao Estado, como expressão maior da solidariedade institucionalizada ou como responsável último pela ocorrência do crime. Em terceiro lugar, há princípios basilares da Política Criminal, cuja compreensão se vem enriquecendo à custa de uma nova dimensão vitimológica. É o que sucede, v.g., com o princípio da bagatela – em que a referência à situação concreta da vítima vale como critério da gravidade da ilicitude – e com o princípio da subsidiariedade, que, segundo o entendimento dominante, deve funcionar,



principalmente, ao descobrimento do interesse que apresentam as pesquisas de vitimização como fonte de informação de grande valor, mormente no que se refere à pesquisa sobre as cifras ocultas da criminalidade. Ademais, ficou evidente o papel da vítima como fator desencadeante da atuação dos órgãos da Justiça Penal, mediante a sua denúncia, uma vez que cabe à vítima pôr em marcha o processo penal, em muitos casos. Em face disso, investigam-se não apenas os motivos que movem a vítima a apresentar a denúncia, mas também aqueles que operam no sentido de abster-se ela de fazê-lo.

Hoje, em razão do avanço da Vitimologia como disciplina científica, os esforços dos vitimólogos dirigem-se também à elaboração de programas de assistência às vítimas, de tratamento dirigido a elas e de prevenção do delito (programas direcionados a vítimas em potencial), tais como, recentemente, as propostas de programas de indenização às vítimas, tanto a cargo do infrator quanto do Estado.

## **2.2 A condição da vítima no âmbito do processo penal**

Paralelamente a essas abordagens do Direito Penal e da investigação criminológica / vitimológica, vale a pena chamar a atenção, ainda, para a circunstância de o Direito Processual Penal ter se preocupado, tradicionalmente, com os direitos de defesa do acusado, ficando renegados a um segundo plano os direitos da vítima.

De forma idêntica, o processo penal, desde as suas origens e em suas etapas de desenvolvimento, orbitou-se em torno da pessoa do delinqüente e ateu-se tão-somente aos direitos fundamentais do mesmo. No entanto, a vítima do delito precisa que se lhe reconheçam direitos, ao se ver envolvida num processo penal, não bastando, pois, apenas, esta assistência. Na verdade, para uma completa segurança, necessita ela de que o Estado tenha a obrigação de assegurar apoio efetivo e proteção desde o momento em que acorre aos órgãos de Justiça Penal.

Ironicamente, a realidade oferece quadro diverso, posto que, desde o momento em que a vítima entra em contato pela primeira vez com esses órgãos, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se, para ela, mor vezes, um novo processo de vitimização.

---

em primeira linha, em relação à autotutela que uma sociedade tolera e exige de cada vítima potencial do crime. Nesta linha, não faltam mesmo as tentativas de imprimir um cunho vitimológico à construção dogmática de certos tipos de crimes. (*Jornadas de Direito Criminal*, p. 198/199.)

Os criminólogos põem em relevo um detalhe extremamente importante: a vítima, além de sofrer a vitimização primária (decorrente de sua relação com o infrator), pode sofrer uma vitimização secundária, que decorre do contato da vítima com as instâncias de controle social, que a tratam de maneira impessoal. Some-se a isso a sensação de perda de tempo e de recursos, como consequência da excessiva burocratização do sistema.

Ao chegar à fase processual, a vítima já se encontra, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, curiosamente, é nesse momento que a vítima se confronta com o agressor, seus familiares e seu advogado; este, muitas vezes empenhado em demonstrar a falsidade da acusação, ou pretende deixar claro que a vítima mente, ou, como acontece com bastante frequência, busca desqualificá-la. Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e as suas necessidades não são levadas em conta.

Em suma, pode-se afirmar que, no processo penal, ainda no presente estágio, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, acrescidos daqueles ocasionados pelo delito.

A constatação dessa realidade tem contribuído para o funcionamento, na ordem internacional, de determinadas medidas encaminhadas a melhorar a situação jurídica da vítima no processo penal<sup>33</sup>. Algumas dessas medidas sugerem que, ao se dirigir à Polícia, a vítima deva ser tratada de forma a não sofrer nenhum dano psíquico adicional, além de receber informações sobre suas possibilidades de obter ajuda, tanto material quanto médica e psicológica, assim como seus direitos de reparação, não apenas por parte do autor do delito, mas, também, por parte do Estado (fundos de assistência).

---

33. A partir do primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), passando pelos quatro congressos seguintes (Boston, 1976; Munster, 1979; Tokyo / Kyoto, 1982, e Zagábria, 1985), houve uma reformulação da concepção da vítima no Direito Penal e no Direito Processual Penal. A posição da vítima viu-se particularmente reforçada nos códigos latino-americanos. Nos ordenamentos da Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Paraguai, a vítima pode impugnar a decisão que dá por concluídas as investigações ou a instrução, ainda que não a tenha tido qualquer participação ativa ao longo do processo; deve ser informada, pelo Ministério Público, a respeito de seus direitos e, pelo Juiz, sobre o resultado do processo; pode recorrer da sentença absolutória; eventuais soluções consensuais somente podem ser adotadas após ouvir a vítima (também no Brasil). Na Bolívia, caso a vítima não disponha de recursos necessários para a participação no processo, pode recorrer a organizações sem fins lucrativos. Tem, ainda, a possibilidade de obter a reparação na própria sentença condenatória penal (Costa Rica, projeto brasileiro de reforma ao Código de Processo Penal). Também no México houve um certo fortalecimento dos direitos da vítima. (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *RBCCRIM*, p. 99.)

Dentro do processo penal, a vítima deve ser ouvida respeitosamente, sem que seja atingida nos seus direitos e honra, e ser informada da sua função no processo, das datas e das marchas dos mesmos, bem como, ainda, das decisões de suas causas; deve-se considerar a possibilidade de constituir a reparação do dano em sanção; adotar medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, assim como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias<sup>34</sup>.

### 3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A conceitualização inicial da justiça restaurativa iniciou-se na década de 70 do século passado. A discussão deste novo paradigma se estabeleceu, principalmente, nos Estados Unidos, com uma pequena rede de acadêmicos e práticos na Europa.

Em 1990, realizou-se na Itália uma conferência internacional custeada com fundos da Organização do Tratado do Atlântico Norte para analisar o crescente interesse mundial sobre a justiça restaurativa. Em 1995, o Ministério da Justiça da Nova Zelândia emitiu um documento de trabalho sobre a justiça restaurativa, a fim de tomá-la em consideração, em forma relevante, nos planos de ação do governo federal. Em 1997, um grupo de estudiosos e práticos dos Estados Unidos e da Europa reuniram-se na Bélgica para examinar, mais detidamente, a teoria e prática emergentes em uma conferência sobre justiça restaurativa. O interesse nos Estados Unidos tem aumentado nos últimos anos. Também na Europa há um número

---

34. O Brasil, conquanto encontre-se, ainda, tímido, no tratamento dispensado às vítimas de delitos, não permanece absolutamente inerte diante desse quadro, uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 245, reconhece que: “*A Lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito*”. Relembremos, ainda, das Leis dos Juizados Especiais *Criminais*. Recentemente, a Lei brasileira n. 10.741, de 1º/10/2003, que dispõe sobre o *Estatuto dos Idosos*, prevê, no seu artigo 94, que aos crimes nela previstos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/95.

Por outro lado, ressalte-se a vigência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”), como, também, a recente reforma do Código de Processo Penal comum que, entre outras alterações, estabeleceu no seu artigo 387, IV que o magistrado, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

considerável de experiências neste sentido, principalmente na Alemanha, Finlândia, Noruega, França, Inglaterra, Áustria, Bélgica, Escócia, etc.

O movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do delito. A justiça restaurativa considera que, para combater com êxito os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas individuais e das comunidades. Ademais, pondera que deve dar-se aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado. Entende que a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que aqueles se conscientizem de suas responsabilidades.

A justiça restaurativa estima que se deve oferecer-lhes a oportunidade de emendar seus erros e de redimir-se ante a si mesmos e a comunidade. Entende que, se não se oferecem tais oportunidades, tanto os ofensores quanto as suas próximas vítimas, e a comunidade, todos pagarão um preço. A noção de justiça restaurativa sustenta que, quando se comete um ato delituoso, o transgressor incorre na obrigação de reparar a vítima e, por extensão, a comunidade.

As bases da justiça restaurativa estão nas seguintes idéias: a) o delito constitui, em primeiro lugar, uma ofensa contra as relações humanas; em segundo, uma violação à lei; b) a justiça restaurativa reconhece que o delito é pernicioso e não deve ocorrer; porém, admite também que, depois de ocorrido, existem não somente riscos, como também oportunidades; c) a justiça restaurativa é um processo que permite emendar as coisas tanto quanto seja possível, e inclui a atenção das necessidades criadas pelo ato delituoso, tais como segurança, reparação dos prejuízos, restabelecimento das relações ou dano físico resultante; d) tão pronto como as condições de segurança da vítima imediata, da sociedade e do infrator fiquem satisfeitas, a justiça restaurativa percebe a situação como um tempo de aprendizagem e como uma oportunidade para inculcar no autor do delito novas maneiras de atuar na comunidade; e) a justiça restaurativa tende a responder ante o delito com a maior antecipação possível, com a máxima vontade de cooperação e a mínima coerção aos fins do restabelecimento das relações humanas; f) a justiça restaurativa dá preferência a que a maioria dos atos delituosos sejam tratados com uma estrutura cooperativa que inclua os mais impactados pelo delito como grupo que provê apoio e faça assumir responsabilidades; g) a justiça restaurativa reconhece que nem todas as vítimas serão cooperadoras; h) deve ser alertado, para não gerar equívocos, que a justiça restaurativa não é branda com o crime; ao contrário, mantém em

expectativa os infratores e submete-os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional; não é contrária à privação da liberdade; põe sua atenção na capacidade do infrator de corrigir-se, e não em seus defeitos ou falta de capacidades.

No que se refere à relação entre o autor do delito e a vítima, a justiça restaurativa entende que ele deve responsabilizar-se por suas próprias ações e conseqüências. Busca-se impor a ele o reconhecimento do verdadeiro impacto humano de sua conduta e dar-lhe uma oportunidade de tomar responsabilidade direta para consertar o realizado. A justiça restaurativa pretende que se busquem esforços por parte do autor do delito para restaurar as perdas sofridas pela vítima. A noção de reparação, de serviço comunitário e de mediação autor-vítima instam aquele a se dar conta das conseqüências de seus atos em prejuízo das vítimas e o motiva a tomar vias de atuação para lograr emendar tais conseqüências para as vítimas e a comunidade. O papel do sistema judicial deve consistir em prover recursos para assegurar que os autores dos delitos paguem às vítimas e cumpram outros requerimentos de reparação como bases prioritárias do programa. Busca-se, com isso, uma prática eficiente, justa e significativa da justiça restaurativa e um aumento de respostas às necessidades das vítimas<sup>35</sup>.

### 3.1. A Justiça Criminal consensual

Tradicionalmente monolítica e autoritária<sup>36</sup>, a justiça “imposta, de caráter unilateral e vertical, cede o passo a uma justiça negociada, horizon-

---

35. Sobre o tema, ver: CAREN FLATEN, *Restorative Justice*, p. 387/401. Sobre as tendências atuais da justiça restaurativa, ELENA LARRAURI, *RBCCRim*, p. 67/104.

36. ROXIN explica que o processo penal até agora vigente é contraditório: Ministério Público e acusado se enfrentam como adversários. Este processo contraditório continuará conservando sua importância no futuro, uma vez que, sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação, ou que não mostre interesse na reparação ou no acordo de compensação com a vítima, deve seguir mantendo-se todos seus direitos a um procedimento contraditório e, especialmente, todos seus amplos direitos de defesa. Porém, junto ao procedimento contraditório figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental: a consensual, desenhada para a reparação e o entendimento. À que muitos acusados não negam o delito que lhes é imputado, nem tampouco poderiam fazê-lo com possibilidades de êxito, tendo em conta as provas que os incriminam. Contudo, têm um grande interesse em chegar a um entendimento com a vítima e em sair livres do processo. Em tais casos, a vítima e, também, o Estado têm o mesmo interesse em um acordo de compensação autor-vítima. E isto significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensual, pois, em um processo assim configurado, há que se chegar a acordos cuja conclusão, licitude, conteúdo e limites devam ser determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras. (*Anuario*, p. 15.)

tal, que procura a composição de interesses utilizando uma racionalidade dialética.”<sup>37</sup> A tendência consensualista na Justiça Penal tem obedecido a uma lógica racionalizadora e de eficácia, não apenas atendendo a uma “lógica de produtividade”, mas, ainda, a uma “lógica de justiça”. A tendência consensualista, na Justiça Penal, não é alheia ao movimento de expansão dos direitos do homem.

Nas sociedades modernas, o indivíduo reforçou sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projeto e limite. O Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa. Os direitos do homem, sobre os quais se constrói a sociedade, constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa idéia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, inclusive ao Estado.

A nova Justiça Penal assume-se, então, como guardiã desta concepção do Homem. Daí que, e paradoxalmente, o Estado, tido como principal ameaça à liberdade do indivíduo, é conduzido a desenvolver um sistema de proteção jurídica para garantir o exercício de direitos e, ao mesmo tempo, apagar-se precisamente por esses mesmos motivos. “É um movimento circular de demanda de proteção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo”<sup>38</sup>.

A justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso<sup>39</sup>, conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito. Essa nova forma de justiça – com os limites que a impeçam de se tornar um “negócio sobre a pena” (aqui a igualdade das partes repousaria numa ficção) –, aparece como a mais adequada numa sociedade menos estratificada e mais com-

---

37. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Liber Discipulorum*, p. 228.

38. “Se a justiça negociada não é (ou ainda não é) uma alternativa à justiça ritualizada e formalizada, a verdade é que ela reforça a ordem jurídica estadual. Tornando mais consensual, mais rápida e mais eficaz a reação social, reforça a sua função simbólica” (ANABELA RODRIGUES, *Separata da Revista Portuguesa*, p. 236).

39. Sobre uma justiça penal “à medida do ser humano”, ESER sustenta que, quando se privam autor e vítima, de forma absoluta, da possibilidade de resolução de conflitos, transferindo essa competência a uma instância superior, e impondo-se esta via como solução geral, podem-se produzir soluções equivocadas. Pode haver, sem dúvidas, razões de peso argumentando que esta forma viabiliza a continuação da vingança interpessoal, ou, até, a própria guerra por vingança entre diversos grupos. Não obstante, deve-se ter muito presente a circunstância de que, com a desautorização da vítima e a monopolização da legítima violência (Estado), produz-se uma despersonalização do conflito e deixa-se de produzir a consciência de que a indenização de danos e prejuízos é algo que pertence ao indivíduo e ante o qual deve sentir-se ele responsável (*Revista*, p. 137/138).

plexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida cotidiana pelo direito, na conhecida formulação de HABERMAS. Nesse modelo, o que é novo é a emergência do privado, do individual. O Estado recua, restringe o seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo<sup>40</sup>.

Contra a justiça negociada, surgem críticas que denunciam a perigosa armadilha de uma ilimitada disposição de espaços irrenunciavelmente públicos em um Estado garantista e de Direito. A informalidade da fórmula consensual, contudo, não é sentida como ameaça no âmbito do Direito Penal do Jovem Adulto, porém é sentida diferentemente quando se trata de ganhar espaço no Direito Penal comum.

Os registros de opinião social revelam tão favoráveis receptivas inclinações às formas consensuais que têm provocado o descrédito do mito com que se pretendeu abater a alternativa consensual; ou seja, a falsa idéia da vítima espantada, esquivada, não participativa, e pouco interessada em se envolver pessoalmente nos mecanismos de reação ao conflito e, no entendimento de BURT GALAWAY<sup>41</sup>, mais que disposta a ficar afastada dessa possibilidade, deixando ao Estado a tarefa de enfrentar esse “trabalho sujo”.

Esse mito tem sua base em concepções punitivas e mercantilistas: de um lado, a vítima não desejaria dialogar porque seu interesse exclusivo radicaria na obtenção de um severo castigo ao autor do delito. Nessas condições, a vítima somente teria aspirações retributivas; de outro, a vítima aparece como figura parasita, auto-inibida e única e vorazmente interessada na percepção da indenização.

Tais perspectivas, certamente, não são infundadas em todos os casos. Contudo, desde as primeiras experiências da alternativa consensual, a vítima indiferente, mercantil e punitiva perdeu seu brilho diante do surgimento de um novo tipo de vítima, sobretudo em relação aos delitos de pequena e média gravidades; uma vítima participativa, adaptativa e flexível, de tal maneira que não apenas encontra na renovação das interações vítima-autor do delito um meio conveniente, senão, inclusive em ocasiões, um expediente imprescindível e necessário para que seu conflito interpessoal termine satisfatoriamente resolvido<sup>42</sup>.

---

40. Idem, *Ibidem*, p. 230.

41. “Victim participation in the penal corrective process”, *Victimology, An International Journal*, v. 10, USA, 1985. p. 626, apud HERRERA MORENO, *Revista*, p. 386.

42. Neste sentido, HERRERA MORENO, *Revista*, p. 386/387.

É sabido que muitos países já tenham introduzido em seus ordenamentos modelos processuais fundados em um consenso<sup>43</sup> entre as partes<sup>44</sup>. Trata-se, na realidade, da introdução, no âmbito da justiça criminal, de um modelo consensual de solução de conflitos de natureza penal, devendo alertar-se, desde logo, que estamos diante de uma complementariedade entre modelos baseados, um, no conflito, e outro, no consenso; e de que este último, além de ser complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal.

FIGUEIREDO DIAS<sup>45</sup>, bem sintetiza essa tendência, ao sustentar que a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível, para o que importaria melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais<sup>46</sup>.

Pela negativa, a tese de NIKLAS LUHMANN<sup>47</sup>, que nega ao consenso todo o relevo processual (a teoria da *legitimação através do processo*, ou

43. Sobre o significado geral do consenso no processo penal, COSTA ANDRADE defende que: a) um alargamento da tentativa de consenso, “para o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais”; b) a impossibilidade de um processo penal perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta; c) além de não ser viável, um modelo de consenso puro seria, do ponto de vista ético-jurídico, indesejável. Ele seria incompatível com um processo penal alinhado segundo as exigências e valores do Estado de Direito. (*Jornadas*, p.325/330.)
44. As especificidades da sociedade de risco, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, pode suscitar, no Direito Processual Penal, novos e interessantes problemas, nomeadamente em tudo que respeite à definição da vítima e à admissibilidade, e aos modos da sua participação no processo; “o que, quanto a este último ponto, assume particular interesse entre nós, perante a figura (com tendências ainda incipientes e relativamente imprecisas de alargamento) dos assistentes como exclusivos titulares do bem jurídico protegido pela incriminação. Discutir a possibilidade de esta figura ter também – em termos ainda a precisar – lugar relativamente a certos crimes cujo bem jurídico protegido seja de natureza supra-individual ou mesmo colectiva é decerto uma tarefa que os anos próximos tornarão particularmente instante e mesmo inevitável.” (*Revista Brasileira*, p. 64).
45. *Para uma reforma global*, p. 220.
46. O conceito e o programa político-criminal da diversão e, por via de consequência, da Justiça Penal consensual, podem ser procurados, numa perspectiva criminológica, a partir da teoria do *interaccionismo* ou do *labeling approach*. De acordo com essa teoria, as questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao delinqüente, ou mesmo ao crime, para se dirigirem, principalmente, ao próprio sistema de controle, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. O âmbito de investigação dessa teoria deixa de ser os “motivos” do delinqüente e passa a ser os critérios de seleção utilizados pelas agências ou instâncias formais de controle.
47. *Legitimation durch Verfahren*, 1969, apud COSTA ANDRADE, *Jornadas*, p. 326.



*legitimation durch Verfahren*). Para essa teoria, o processo penal consiste num sistema de ação cuja função é tornar as decisões judiciais aceitáveis pelos seus destinatários. O fator determinante é que estes convertam as decisões em premissas vinculativas da sua ação futura. E é precisamente na aceitação fática e na reorientação das expectativas por via de aprendizagem que se consuma a legitimação da decisão judicial. A legitimação através do processo não leva necessariamente a um consenso real, à harmonização social de opiniões quanto ao lícito e ao ilícito. Do que basicamente se trata é, antes, de um processo de aprendizagem no sistema social, que, por princípio, tende a ser indiferente à circunstância de aquele que deva modificar as suas expectativas, concorde ou não.

Para LUHMANN, o consenso<sup>48</sup> não constitui um fim para o processo. Sua função não reside na prevenção de frustrações, mas em imprimir às frustrações inevitáveis a forma definitiva de um ressentimento privado e difuso, insusceptível de se converter numa instituição. A função do processo é, em suma, a especialização do descontentamento, a pulverização e a absorção dos protestos.

Na realidade, o modelo consensual<sup>49</sup> de solução de conflitos de natureza penal busca tanto atenuar o efeito de estigmatização dos delinquentes,

---

48. FARIA COSTA delimita o âmbito conceitual do consenso e do consentimento. Para o autor, o consenso se verifica quando uma idéia, opinião, causa, ideologia ou crença, se beneficia da partilha mais ou menos generalizada de uma comunidade de pessoas ou de parte substancial dessa mesma comunidade. O consentimento, em contrapartida, constitui um ato de realização individual que somente pode ter lugar a bens ou valores disponíveis. O autor ainda considera que “vontade consensual e verdade cruzam-se no direito. E cruzam-se em proporções, está bom de ver, que variam conforme o tempo histórico da sua realização do direito, o lugar da sua específica concretização, e variam através de modos diferentes tendo em vista os objectivos que se querem alcançar” (*BFD*, p.421/432).

49. De acordo com HERRERA MORENO, os custos com a conciliação penal não são significativos se os compararmos com os custos do processo tradicional e a manutenção da infra-estrutura adequada para a execução das penas privativas de liberdade. O processo conciliador estimula menor hostilidade e tensão emocional. Não se trata de esclarecer fatos e estabelecer a culpabilidade. Se o processo penal gira em torno da atribuição da responsabilidade, na conciliação manda o critério do equilíbrio, a aproximação humana e a busca do compromisso. Mais que os problemas formais e de organização processual, o debate se concentra e focaliza o conflito humano. (...) A sensação final será a de que todos obtiveram ganhos: a vítima se sente “menos vítima” e o autor do delito, humanizado diante da vítima, “menos ofensor”. A melhora do clima social e a reabilitação serão os efeitos co-naturais à consecução de um compromisso vítima-ofensor como máxima expressão da mínima aflição na reação social ao delito (*Revista*, p. 400/401).

quanto, ainda, alcançar os objetivos de ressocialização e de estabilização contrafática das normas.

Esse modelo deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal, sendo legítimo e admissível tão-somente à medida que, além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar, outrossim, funcional, e não anular as garantias essenciais do processo penal. Assim, o modelo fundado no consenso insere-se num sistema jurídico-penal orientado para as conseqüências, já que esse modelo consensual procura dar mais importância às conseqüências do processo do que às formalidades. Isto significa, muito concretamente, na pequena e média criminalidades, dada a sua massificação, abrir caminho a procedimentos consensuais, acelerados e simplificados não somente para evitar o bloqueio ou a paralisia do sistema, mas também como penhor da própria realização da “justiça”.

A área da pequena e média criminalidades, constitui, sem dúvida, o domínio onde se pode ir mais longe, “reinventando” a punição, na via da reparação – como terceira via, ao lado das penas e das medidas de segurança –, e na renovação de soluções de diversão, flexibilizando o princípio da legalidade e explorando as virtualidades, designadamente, da mediação.

Deve-se adotar a idéia de que um processo penal não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. É necessário integrar esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinqüente.

O modelo consensual promete um processo penal mais humano e um aumento da disponibilidade para aceitar os seus resultados, de modo que, “na perspectiva do acusado, quem antes aceitou o desfecho do processo, pela via da negociação, depois não poderá queixar-se; pelo lado do Tribunal, quem conseguiu o consenso do acusado sobre a decisão não precisa de legitimar o veredicto.”<sup>50</sup>

No modelo tradicional do processo penal, inserido numa justiça conflitual<sup>51</sup>, o respeito pelos direitos fundamentais do acusado impõe, indiscutivelmente, limites à realização da administração da justiça, consagrados nas leis processuais penais como “leis de garantia”. Só que, também aqui, a compreensão dos direitos fundamentais como direitos solidários, e não como direitos egoístas, impede que a sua utilização possa paralisar

---

50. Neste sentido, FERNANDO FERNANDES, *O processo penal*, p. 145.

51. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Liber Discipulorum*, p. 230/231.

o sistema: está em causa não o que se “pode” fazer, mas o que se “deve” fazer. Não é a oposição liberdade-segurança, reduzindo o conflito a uma estrutura binária, que determina a utilização dos direitos fundamentais. O que ressalta é a interdependência das relações sociais, que se exprimem, nomeadamente, na multiplicidade dos direitos em jogo e comprometem o homem – cada homem – na realização de um projeto ao mesmo tempo individual e coletivo. Isto implica, portanto, que os direitos que o acusado pode utilizar para sua proteção não sejam instrumentalizados. O que significa, com vistas à realização eficaz da justiça, que se deverá encontrar novos equilíbrios em face da proteção dos direitos do acusado.

Sob a perspectiva do modelo tradicional do processo penal, direcionado predominantemente à garantia da dignidade da pessoa humana, o modelo consensual de justiça criminal gera preocupações e temores<sup>52</sup>, em razão do risco de tais garantias não serem observadas em prol do objetivo da eficiência<sup>53</sup>.

---

52. No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a realização de um delito; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento preestabelecido. Tudo isso cai por terra no modelo negocial.

O sistema negocial viola os seis princípios que sustentam o processo penal garantista: Jurisdicionalidade; Interrogabilidade do juízo; Separação das atividades de julgar e acusar; Presunção da inocência; Contradição e Fundamentação das decisões judiciais. O sistema negocial fulmina esses seis pilares do garantismo processual – instrumentalidade garantística –, acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo (AURY LOPES JÚNIOR, *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*, disponível em <<<http://www.ambito-juridico.com.br/aurylopes/art0008.htm>>>, em 17 agost. 2004).

53. Alguns sustentam como a mais grave consequência da linha conciliatória a vulneração de princípios e garantias do sistema jurídico-penal. Segundo TAMARIT SUMALLA e HERRERA MORENO, estas graves acusações concitam a uma necessária reflexão sobre a possibilidade de que tão inovadora combinação de “coerção e consentimento, espaços de consenso em um processo ontologicamente conflitual e contraditório, e a assunção da sanção pelo próprio autor do delito”, possa ser admitida no ordenamento, sem perda de seus valores fundamentais (*La reparació a la víctima e La hora de la víctima*). Segundo HERRERA MORENO, não parece que a conciliação deva ser entendida como uma forma de burlar as instâncias legítimas de resolução. Se poderá ser dito que o conflito em questão, ainda que se vá, não se ausenta do Direito Penal senão de forma relativa e matizada. Certamente, seria incabível afirmar que a reparação se situa em um terreno absolutamente alheio ao Direito Penal. A via conciliatória não implica, na realidade, essa fuga conceitual que tanto parece amedrontar os autores. Trata-se de um mero instrumento de flexibilização na dinâmica da aplicação punitiva. Certas soluções inspiradas na oportunidade, em desprezo absoluto da legalidade vigente, têm

Sendo já conhecida a apreensão sobre a desconexão entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, como também a necessidade de aproximação entre ambos, torna-se imprescindível a construção, outrossim, de modelos de ritos consensuais com recurso à integração teleológica-funcional, procurando-se a composição dos ideais de garantia e funcionalidade.

Concluindo, é alvissareiro perceber que a vítima, antes praticamente expulsa do campo de visão nos últimos anos, seja novamente considerada. No entanto, não se deverá recair, em direção oposta, renovadamente, em uma maneira de ver as coisas de uma forma demasiadamente unilateral. Isso significa que não se deve tratar de ampliar as faculdades da vítima à custa dos justos direitos e garantias processuais do autor do delito, tampouco reduzir o Direito Penal a um conflito entre autor e vítima.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal** – Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980 (citado: *A vítima*).

\_\_\_\_\_, “O novo Código Penal e a moderna Criminologia”. **Jornadas de Direito Criminal**. Lisboa, 1983. p. 187/234 (citado: *Jornadas de Direito Criminal*).

APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs e los avatares de un derecho penal dela enemistad”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 51. São Paulo, 2004. p.9 / 43 (citado: *RBCrim*).

COSTA, José Francisco de Faria, “Consenso, Verdade e Direito”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 2001. v. LXXVII, p. 421/432 (citado: *BFD*).

---

sido justamente qualificadas de toscas e assistemáticas. “Estes impropérios não podem alcançar a via conciliatória, já que não constitui saída para a arbitrariedade. Antes bem, goza de previsão formal em programas de conciliação vítima /autor do delito, com absoluta sujeição a um escrupuloso controle e sistemática seleção de casos”. (...) “Por outra parte, no próprio encontro conciliador, o componente dialético não desaparece, senão que está moldado por uma plataforma comum da voluntariedade sobre a qual se desenvolve o enfrentamento”. (...). “Em suma, a conciliação implica uma especial forma de vigência de certos axiomas penais, porém supõe, assim mesmo, a máxima realização de outros princípios penais relevantes, como são o princípio de *interesse ou salvaguarda do menor* (na hipótese da Justiça de menores), o princípio da *minima aflição* ou da *pena humanizada*, e finalmente, o princípio da *intervenção ultima do Direito Penal Sancionador*; cobra, através da conciliação, um vigoroso sentido; a pena privativa de liberdade, repressão punitiva extrema, ficará como recurso final, quando outra solução não seja viável”. (*La hora de la víctima*).

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização”. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 36. Lisboa, 1976. p. 69/98 (citado: *Revista da Ordem dos Advogados*).

\_\_\_\_\_, **Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais**. Conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto, e em 21/10/1983, na Ordem dos Advogados de Lisboa (citado: *Para uma reforma global*).

\_\_\_\_\_, “Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal português do futuro”. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 15, nº 11. 1987. p. 67/84 (citado: *RMP*).

\_\_\_\_\_, **Direito Penal Português**. As conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Editorial Notícias, 1993 (citado: *Direito Penal Português*).

\_\_\_\_\_, **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (citado: *Questões Fundamentais*).

\_\_\_\_\_, “O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 33. São Paulo, 2001. p. 39/65 (citado: *Revista Brasileira*).

\_\_\_\_\_, / ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 1997 (citado: *Criminologia*).

ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª época, Madrid, 1998. p. 131/152 (traduzido por Jon Mirena Landa Gorostiza) (citado: *Revista*).

\_\_\_\_\_, “Consideraciones finales”. Reunião Internacional realizada na Academia de Ciências de Berlim-Brandenburgo, nos dias 3/6 de outubro de 1999. **La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 463/476 (traduzido por Carmen Gómez Rivero) (citado: *La Ciencia*).

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de Política Criminal**. Almedina, 2001 (citado: *O processo penal*).

FLATEN, Caren L. “Victim – Offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles”. **Restorative Justice: International Perspectives** (editado por Burt Galaway e Joe Hudson). Monsey / New York: Criminal Justice Press: Amsterdam / Netherlands: Kugler Publications, 1996. p. 387/401 (citado: *Restorative Justice*).

FRANCO, Alberto Silva. “Globalização e a criminalidade dos poderosos”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 5, fasc. 3/4. 1996. p. 361/372 (citado: *RPCC*).

- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre o Juiz e o Ministério Público. Seus limites”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 40. São Paulo, 2002. p. 91/104 (citado: *RBCCRIM*).
- HASSEMER, Winfried. “Consideraciones sobre la víctima del delito”. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XLIII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. p. 241/259 (traduzido por Rocío Cantarero Bandrés) (citado: *Anuario*).
- HERRERA MORENO, Myriam. “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, nº 6. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 377/414 (citado: *Revista*).
- \_\_\_\_\_, **La hora de la víctima**. Compendio de victimología, Madrid: Edersa, 1996 (citado: *La hora de la víctima*).
- HULSMAN, Louk. “Práticas punitivas: um pensamento diferente”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 14. São Paulo, 1996. p. 13/26 (traduzido por Helena Singer) (citado: *RBCCrim*).
- \_\_\_\_\_, “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal”. **Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 189/213 (traduzido por Maria Abramo Brant de Carvalho) (citado: *Conversações abolicionistas*).
- KUHLEN, Lothar. “El derecho penal del futuro”. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 225/229 (traduzido por Adán Nieto Martín) (citado: *Crítica y justificación*).
- \_\_\_\_\_, “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. Comentario”. **La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 65/85 (traduzido por Pastora García Alvarez) (citado: *La Ciencia del Derecho Penal*).
- LARRAURI, Elena. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 51. São Paulo, 2004. p. 67/104 (citado: *RBCCrim*).
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista**, disponível em <<<http://www.ambito-juridico.com.br/aurylopes/art0008.htm>>>, em 17 agost. 2004).
- MARINHO, António. “O direito penal do inimigo”. **Expresso**, 12/02/2005. p. 52/53 (citado: *Expresso*).
- MARTY, Mireille Delmas. **Modelos e Movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992 (traduzido por Edmundo de Oliveira) (citado: *Modelos e Movimentos*).
- MAZZACUVA, Nicola. “El futuro del derecho penal”. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 231/237 (traduzido por Rodríguez Arias) (citado: *Crítica y justificación*).

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado”. **Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 8, fascículo 2, 1998 (citado: *Separata da Revista Portuguesa*).

\_\_\_\_\_, “Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos”. **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2003. p. 207/234 (citado: *Liber Discipulorum*).

\_\_\_\_\_, /MOTA, José Luís Lopes da. **Para uma Política Criminal Européia. Quadro de instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Européia**. Coimbra Editora, 2002 (citado: *Para uma Política Criminal*).

ROXIN, Claus, “Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht”. **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.** (org. Albin Eser, Günther Kaiser, Kurt Madlener). Freiburg im Breisgau, 1992. p. 367/375 (citado: *Neue Wege der Wiedergutmachung*).

\_\_\_\_\_, **Derecho Penal – Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Editorial Civitas, S. A., 1997 (traduzido da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal) (citado: *Derecho Penal*).

\_\_\_\_\_, “Pena y reparación”. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 52. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999. p. 5/15 (traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig) (citado: *Anuario*).

\_\_\_\_\_, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 131/156 (traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza) (artigo publicado, originariamente, no livro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, aos cuidados de Heinz Schöch, München: Ed. W. Fink, 1987) (citado: *De los delitos*).

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1992 (citado: *Aproximación*).

\_\_\_\_\_, “El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 24. São Paulo, 1998. p.65 /78 (citado: *Revista Brasileira de Ciências*).

\_\_\_\_\_, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 34. São Paulo, 2001. p. 163/194 (citado: *Revista Brasileira*).

TAMARIT SUMALLA, Josep M. **La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals**. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993 (citado: *La reparació a la víctima*).





## **ARTIGOS DO CORPO DISCENTE**

---



## CAPÍTULO I

# O DIREITO AMBIENTAL E A RECICLAGEM

*Ana Carine Barros Ribeiro\**

*“O que é o homem sem os animais? Se todos os animais acabassem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito. Porque tudo quanto acontece aos animais, logo acontece ao homem. Tudo está relacionado entre si.*

*Deves ensinar a teus filhos que o chão debaixo de seus pés são as cinzas de nossos antepassados; para que tenham respeito ao pais, conta a teus filhos que a riqueza da terra são as vidas da parentela nossa. Ensina a teus filhos o que temos ensinado aos nossos: que a terra é nossa mãe. Tudo quanto fere a terra – fere os filhos da terra. Se os homens cospem no chão, cospem sobre eles próprios”.*

*“Carta do Chefe Indígena Duwamish de Seattle ao Presidente Franklin Pierce” (1854).*

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Contexto Histórico do Direito Ambiental – 3. A Questão da Educação Ambiental – 4. A Grande Questão do Crescimento e/ou Desenvolvimento Econômico – 5. A Reciclagem no Meio Ambiente e Social – 6. Conclusão – 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A globalização dos riscos ambientais demanda que o estudo da efetividade do Direito Ambiental leve em consideração a mutação da concepção da ordem jurídica, enfatizando-se o que não existe de relativo e de universal na edificação da reutilização dos resíduos sólidos. A questão ambiental emergiu na agenda de temas mundiais – como resultado de desastres ecológicos, e apoiada em um crescente movimento social que buscava medidas no modo de produzir e de consumir – a partir da Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo (1972). Outra abordagem é em relação à questão do destino final do lixo industrial e residencial. Formas inadequadas de manuseio do lixo podem gerar grandes prejuízos ao meio ambiente. O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece parâmetros que regulem os processos de reciclagem orgânica e inorgânica. A problemática da efetividade das políticas ambientais e da necessidade de criarem-se instrumentos que incentivem os agentes

---

\*. Estudante do 4º semestre do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

a comportarem-se no sentido do incremento da proteção ambiental, em relação à reciclagem, é central nesse estudo científico.

**PALAVRAS-CHAVE:** EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL; MEIO AMBIENTE; ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; REUTILIZAÇÃO DOS RESÍDUOS.

## 1. INTRODUÇÃO

A palavra “ambiente” indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que se vive. Portanto, em certo sentido, nela já se contém o sentido da palavra “meio”. Esta, na concepção de Odum é o “termo especial para indicar os campos de interesse da Biologia é a ecologia, que deriva da raiz grega *oikos*, que significa ‘casa’. Assim, na forma literal, ecologia é o estudo das ‘casas’ ou, por extensão, do habitat”. Outro estudo foi concebido pela Escola de Chicago (ecologia humana) que diz: “as instituições humanas e a própria natureza humana adaptam-se a certas relações espaciais dos seres humanos; quando estas relações espaciais mudam, a base física das relações sociais se altera, suscitando, dessa forma, problemas sociais e políticos”.

O ambiente integra-se de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí porque da expressão “meio ambiente” manifestar-se mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra “ambiente”. Esta exprime o conjunto de elementos ou aquela que expressa o resultado da interação destes elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo-se, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, os patrimônios históricos, artísticos, paisagísticos e arqueológicos.

Tem-se que: o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, ou seja, a integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais. Sobre isto, é expressiva a sentença 210/87 da Corte Constitucional italiana, por isto, é que: a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do Poder Público e conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e expande-se a vida do ser humano.

A concepção cultural dos bens ambientais tem a importância de refletir seu sentido humano, seu valor coletivo e a visão unitária do meio ambiente em todos os seus aspectos, mas pode trazer o risco de perder-se o sentido da Natureza como natura, o risco de direcionar-se num ambientalismo abstrato,

formal, que entende somente na preservável realidade de conhecimento comum, desmembrando da matéria puramente de natureza ecológica, a Natureza, diga-se bruta; ainda sem referência valorativa, salvo por mero pensamento abstrato.

Outra abordagem é em relação à questão do destino final do lixo industrial e residencial. No Brasil, a Constituição Federal estabelece que: o Poder Público Municipal é o órgão responsável pela coleta de lixo, além da limpeza das ruas e praças da cidade. Formas inadequadas de manuseio do lixo podem gerar grandes prejuízos ao meio ambiente. Exemplo de tal fato são os lixões que são responsáveis pela proliferação de doenças, contaminação dos solos, mau cheiro, entre outros. O perfil qualitativo dos resíduos sólidos urbanos no Brasil, de uma maneira geral, é denominado de “lixo pobre”, por conter uma baixa parcela de materiais reaproveitáveis. Diferentemente, de países Centrais como o Japão que a porcentagem maior do lixo é composta por eletroeletrônicos.

O Brasil, mesmo quando comparado a alguns países desenvolvidos, apresenta grandes índices de reciclagem. O país desenvolveu métodos próprios para melhorar essa atividade e o maior engajamento da população pode contribuir ainda mais. Apesar do que foi supracitado o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece parâmetros que regulem os processos de reciclagem orgânica e inorgânica.

## **2. CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO AMBIENTAL**

Os valores de um povo são refletidos através do Direito e, através destes, se estabelecem conotações morais. A moral é constituída de um conjunto de valores relativos, isto é, mutáveis no tempo e no espaço e, sociologicamente, emitem eficácia ao Direito. Com isso, na Sociologia, a identidade cultural de um povo deve ser estampada, exatamente no seu Ordenamento Jurídico. Já Reale:

O homem é a fonte de todos os valores, sendo que a liberdade é que possibilita a história é sendo que o ‘ser’ do homem é o seu ‘dever ser’ (REALE, 1994).

O Direito, para este, não compõe somente para salvaguardar e tutelar os bens adquiridos, como, acima de tudo, preservar e garantir o homem mesmo como livre criador de novos bens.

O filósofo, com a busca da conduta segundo a verdade, uma certa “ética”, tem prevalência ao valor sobre a norma e o nato, se subsumindo a norma a valores-fins, perante aos fatos. O sociólogo dá predominância para

o fato, que afirmaria eficácia sobre a norma e, assim, entendida absorvendo o valor que a estimula (ou inspira). Já o jurista tende a fortalecer a norma em si, privilegiando o aspecto formal da decisão ética, sobre fatos e, uma vez surgida a norma, através da sua dogmatização, direciona o comportamento, segundo valores. Segundo Reale:

Não era bom que houvesse essa distensão histórica entre as três dimensões da vida social, querendo integrá-las numa ‘tri-dimensão’, ou seja, os três aspectos que tendem a se sobrepor, devem, na verdade, se correlacionar (REALE, 1994).

Este analisa e defende que:

Historicamente, os significados da palavra Direito se delinearão segundo três elementos fundamentais: o elemento valor, como intuição primordial, o elemento norma, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social, e o elemento fato, como condição da conduta (REALE, 1994).

A partir da segunda metade do século XIX, a partir deste momento, a degradação ambiental e suas catastróficas consequências – em nível mundial – originaram estudos e as primeiras reações no sentido de conseguir fórmulas e métodos de diminuição dos danos ao ambiente. Já no século XX, na reunião do Clube de Roma (1948), autoridades reconheceram formalmente os problemas ambientais, onde se constatou a falência dos recursos naturais solicitando o estudo intitulado *Limites do Crescimento*, liderado por Dennis Meadows. Com este diagnóstico se mostrou que a degradação ambiental decorre, principalmente, do descontrolado crescimento populacional e da superexploração dos recursos naturais e que não ocorrendo estabilidades populacionais, econômicas e ecológicas, tudo um dia chegará à extinção. A partir destes estudos, lançaram subsídios para a ideia desenvolvimento aliado a preservação e, com isto, a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a Conferência de Estocolmo (1972), com a intenção de discutir e encontrar soluções para este problema.

A questão ambiental emerge na agenda de temas mundiais, como resultado de desastres ecológicos, mas também apoiada em um crescente movimento social que buscava medidas no modo de produzir e de consumir, a partir da Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo (1972). Era o período do final dos “30 anos gloriosos”, que se seguiram no pós Segunda Guerra, ou seja, a indústria crescia, o consumo massificava-se e tinha a ideia de que os recursos naturais eram infinitos. O Brasil passava por uma fase desenvolvimentista, vivendo o período do “milagre econômico”, mas o mercado consumidor interno manifestava sintomas de saturação. Com a crise do petróleo (1973),

afirmou-se o alerta do movimento ecologista e de uma restrita parcela de pensadores que analisavam o problema da escassez de recursos naturais.

Neste período, em todo o mundo, ocorreu um movimento de conscientização a respeito da necessidade de estabelecer medida para melhorar a qualidade ambiental e regular o uso dos recursos naturais. Após três anos os norte-americanos criaram sua Agência de Proteção Ambiental; no Brasil, cria-se a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), dando início a um grande Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISAMA), estabelecido por Lei Federal em 1981. A partir deste momento, o país conta com dispositivos que regulamentam a implantação de empreendimentos econômicos – licenciamento ambiental.

As Constituições brasileiras, anteriores à de 1988, nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía a orientação protecionista do preceito sobre a proteção de saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca; que possibilita a elaboração de Leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que: ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um Capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no Título da “Ordem Social” (Capítulo VI, do Título VIII), MILARÉ analisa que:

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou o legislador constituinte, no Caput do art. 225, um novo Direito Fundamental do Ser Humano, direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente saudável ou, na dicção da Lei ‘ecologicamente equilibrado’ (MILARÉ, 1998).

Este, afirma também, que esse Direito Fundamental:

Nada perde em conteúdo por situar-se topograficamente foi o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), da Lei Maior, já que esta admite, como é da tradição do constitucionalismo brasileiro a existência de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja (Constituição Federal, Art. 5º, § 2º) (MILARÉ, 1998).

As políticas ambientais, em ritmo diferenciado, foram disseminando-se para os estados e municípios. Podendo afirmar, com uma análise dos últi-

mos anos, que ampliou bastante as áreas legalmente protegidas – parques, florestas nacionais, reservas extrativistas, entre outros. Com certo atraso, o Brasil passou a adotar a chamada “agenda azul”, que trata das águas – a política de recursos hídricos está sendo lentamente implantada, diferentemente de outros países, em que já está consolidada. A adoção da terceira agenda ambiental é de maior desafio na visão social: a “agenda marrom”, que diz respeito à poluição urbana, ao saneamento, lixo e qualidade de vida nas cidades, ou seja, com 80% da população vivendo em cidades ou núcleos urbanos, não se tem justiça social sem a resolução destes problemas.

O eminente juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, um dos maiores especialistas mundiais em Direito Internacional dos Direitos Humanos, faz uma observação entre os Direitos Humanos e o meio ambiente, destacando-se que “embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porque correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano”. Nos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos e do ambiente, demonstrando-se a existência de um paralelismo e de uma interação na evolução histórica desses sistemas, levando à conclusão de ambos para a conversão de um objetivo maior de assegurar uma vida digna a todos os habitantes da Terra. Tem-se que: a norma, e a lei, em particular, devem ser vistas como um meio para atingir um fim. É, desta forma, a despeito de sua eventual vigência e obrigatoriedade, um referencial a ser sempre completado, a fim de realizar sempre o fim último a que se pretendeu no momento político – trata-se de uma questão hermenêutica.

O Direito Ambiental está intimamente relacionado com vários outros ramos do Direito, como o Direito Constitucional (disciplina Normas fundamentais de proteção ao meio ambiente, Direito Civil), trata do direito da propriedade, direito de vizinhança, entre outros, Direito Administrativo (cuida do poder de polícia, de atos administrativos, entre outros, Direito Processual (cuida dos princípios processuais e das ações coletivas), Direito Penal (dispõe sobre Normas de proteção à saúde), Direito Tributário (disciplina a incidência ou isenção de tributos em áreas de preservação permanente ou reserva florestal legal) e o Direito Internacional (cuida de sistematizar a adoção de regras internacionais uniformes por meio de convenções, pactos ou tratados).

Em um âmbito meramente administrativo ou “econômico” do corpo social, não há como deixar de lado o caráter instrumental do Direito, mas



a conveniência que rege o ordenamento não pode de modo algum contrariar o princípio de Justiça, sob pena de não funcionar, pois se a correlação norma – valor – fato é impossível, a preponderância deverá ser sempre do justo. A verdade como valor absoluto, e já não mais valor (conveniência), mas verdade em si mesma ocorre por si mesma, através do fato, que é a origem a cada momento da história.

Em 1983, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, através da Organização das Nações Unidas e presidida por Gro Harlem Brundtland que tinha como principais objetivos:

- 1) Reexaminar as questões críticas relativas ao meio ambiente e reformular propostas realísticas para abordá-las;
- 2) Propor novas formas de cooperação internacional nesse campo de modo a orientar as políticas e ações no sentido das mudanças necessárias, e dar a indivíduos, organizações voluntárias, empresas, institutos e governos uma compreensão maior desses problemas, incentivando-os a uma atuação mais firme.

A noção de desenvolvimento sustentável apareceu pela primeira vez no início da década de 1980, em documentos da União Internacional para Conservação da Natureza e Recursos Naturais (IUCN). Ou seja, o desenvolvimento sustentável busca riquezas sem valer-se da natureza, mas é necessário aprender a apropriar-se desses recursos sem comprometer a sobrevivência das futuras gerações. Também busca satisfazer as necessidades básicas da população (educação, saúde, alimentação, lazer, entre outros), dividindo de forma justa as riquezas existentes e preservando os recursos naturais. Mas, para alcançar o desenvolvimento sustentável, é preciso o planejamento das ações humanas e o reconhecimento de que os recursos naturais são finitos. Os elementos básicos do desenvolvimento sustentável foram indicados em 1986, durante a Conferência de Otawa, a primeira internacional sobre a promoção da saúde. A ECO-92, previsto no Relatório *Nosso Futuro Comum*, foi considerado o evento ambiental mais importante de século XX, sendo a primeira grande reunião internacional realizada após o fim da Guerra Fria. Os compromissos específicos por este evento incluem três convenções: Mudança do Clima, Biodiversidade e a Declaração sobre Florestas. A Conferência aprovou, também, documentos com objetivos mais abrangentes e de natureza mais política: a Declaração do Rio e a Agenda 21. Ambos adotam o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável, que combina o progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica. A partir desta conferência, as relações entre países ricos e pobres têm sido conduzidas por um novo

conjunto de princípios inovadores, como: os de “responsabilidades comuns, mas diferenciadas entre os países”, de “o poluidor paga” e de “padrões sustentáveis de produção e consumo”. Como também, com a adoção da Agenda 21, a Conferência estabeleceu objetivos concretos de sustentabilidade em diversas áreas, explicando-se a necessidade de buscarem-se novos recursos financeiros para a complementação em nível mundial do desenvolvimento sustentável.

A comissão, em 1987, recomendou a criação de uma nova carta ou Declaração Universal sobre a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável, o Relatório Brundtland. O documento, publicado com o título *Nosso Futuro Comum*, propôs integrar o desenvolvimento econômico à questão ambiental, surgindo não somente um novo termo, mas também uma nova forma de progredir. Segundo Gro Harlem Brundtland, “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. Esta afirmação proposta pelo Relatório sugere que as organizações do desenvolvimento devem adotar a estratégia de desenvolvimento sustentável; ou seja, a comunidade internacional deve proteger os ecossistemas supranacionais como a Antártica, os oceanos, o espaço; as guerras devem ser banidas e que a ONU deve implantar um programa de desenvolvimento sustentável.

Neste mesmo período (1987), o conceito de desenvolvimento sustentável foi lançado no relatório *Our Common Future – Nosso Futuro Comum* –, conhecido como Relatório Brundtland, resultado da Assembléia Geral das Nações Unidas, que demonstrava a preocupação dos países com o meio ambiente e definia novos paradigmas que norteariam as relações humanas a partir daquele marco. A Agenda 21 foi o principal documento produzido na ECO-92 e é um programa de ação que viabiliza o novo padrão de desenvolvimento ambientalmente racional. Este concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. É um documento estruturado em quatro seções subdivididas num total de 40 Capítulos temáticos que abordam os temas:

- 1) Dimensões Econômicas e Sociais enfoca as políticas internacionais que podem ajudar o desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento, as estratégias de combate à pobreza e à miséria, as mudanças necessárias a serem introduzidas nos padrões de consumo, as inter-relações entre sustentabilidade e dinâmica demográfica, as propostas para a promoção da saúde pública e a melhoria da qualidade dos assentamentos humanos;

- 2) Conservação e questão dos recursos para o desenvolvimento apresenta os diferentes enfoques para a proteção de atmosfera e para a viabilização da transição energética, a importância do manejo integrado do solo, da proteção dos recursos do mar e da gestão eco – compatível dos recursos de água doce; a relevância do combate ao desmatamento, à desertificação e à proteção aos frágeis ecossistemas de montanhas; as interfaces entre diversidade biológica e sustentabilidade; a necessidade de uma gestão ecologicamente racional para a biotecnologia e, finalmente, a prioridade que os países devem conferir à gestão, ao manejo e à disposição ambientalmente racional dos resíduos sólidos, dos perigosos em geral e dos tóxicos e radioativos;
- 3) Medidas requeridas para a proteção e promoção de alguns dos segmentos sociais mais relevantes analisam as ações que objetivam a melhoria dos níveis de educação da mulher, bem como a participação da mesma, em condições de igualdade, em todas as atividades relativas ao desenvolvimento e à gestão ambiental. Adicionalmente, são discutidas as medidas de proteção e promoção à juventude e aos povos indígenas, às ONGs, aos trabalhadores e sindicatos, à comunidade científica e tecnológica, aos agricultores e ao comércio e a indústria;
- 4) Revisão dos instrumentos necessários para a execução das ações propostas, discute os mecanismos financeiros e os instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais; a produção e oferta de tecnologias ecosconsistentes e de atividade científica, enquanto suportes essenciais à gestão da sustentabilidade; a educação e o treinamento como instrumentos da construção de uma consciência ambiental e da capacitação de quadros para o desenvolvimento sustentável; o fortalecimento das instituições e a melhoria das capacidades nacionais de coleta, processamento e análise dos dados relevantes para a gestão da sustentabilidade.
- 5) A criação da Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS), vinculada ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Ecosoc) foi devido a aceitação do formato e conteúdo da Agenda 21, sendo aprovada por todos os países presentes à Rio-92. Esta comissão tem por objetivo acompanhar e cooperar com os países na elaboração e implementação das agendas nacionais, e vários países já iniciaram a elaboração de suas agendas nacionais. Dentre os de maior expressão política e econômica, somente a China terminou o processo de elaboração e iniciou a etapa de implementação.

Em Nova Iorque, foi aprovada (em 2000) a Declaração das Nações Unidas por 147 Chefes de Estado e de governo de 191 países. O documento estabelece metas mínimas até 2015 para o combate à pobreza, fome, doença, analfabetismo, degradação do meio ambiente e discriminação contra a mulher. Tem-se que: promover a mudança do modo de pensar e agir é a atitude mais importante para garantir um mundo habitável para as futuras gerações.

### 3. A QUESTÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A Organização das Nações Unidas (ONU) decretou a Década da Educação (2005), para o Desenvolvimento Sustentável, para incorporar, de forma efetiva o conceito de desenvolvimento sustentável às políticas de educação, em que o protocolo da Década traz recomendações importantes para a atuação dos poderes públicos, entidades privadas, organizações não-governamentais (ONGs) e sociedade. Na América Latina, o documento foi apresentado em maio durante o Congresso Ibero-Americano sobre Desenvolvimento Sustentável 2005. Segundo o coordenador de Ciência e Meio Ambiente da Unesco, Celso Schenkel, “a gente sabe que o consumo atual não é sustentável, mas mesmo assim continuamos estimulando a insustentabilidade. É preciso um efetiva mudança na atitude das pessoas”.

Para a Educação Ambiental, através da Carta de Belgrado, foram definidos seis objetivos indicativos, que são:

- 1) Conscientização, levar os indivíduos e os grupos associados a tomarem consciência do meio ambiente global e de problemas conexos e de mostrarem aos mesmos;
- 2) Conhecimento, levar os indivíduos e os grupos a adquirir uma compreensão essencial do meio ambiente global dos problemas que estão a ele interligados e o papel e lugar da responsabilidade crítica do ser humano;
- 3) Comportamento, levar os indivíduos e os grupos a adquirir o sentido de interesse pelo meio ambiente e a vontade de contribuir para sua proteção e qualidade;
- 4) Competência, levar os indivíduos e os grupos a adquirir o *savoir-faire* necessário à solução dos problemas;
- 5) Capacidade de Avaliação, levar os indivíduos e os grupos a avaliar medidas e programas relacionados ao meio ambiente em função de fatores de ordem ecológica, política, econômica, social, estática e educativa;

- 6) Participação, levar os indivíduos e grupos a perceber suas responsabilidades e necessidades de ação para a solução dos problemas ambientais.

Ou seja, o Direito nasce de uma condição política, que valora condutas, e somente as condutas podem ser objeto do Direito. E somente o são as condutas que têm relevâncias axiológicas, que na ética ou moralmente assumem importância tal que devam ser disciplinadas, também, o Direito é uma questão axiológica, eis que leva em conta os valores éticos e ou morais, incluindo, entre estes, os econômicos e os educacionais. Tem-se que as campanhas educativas são de alto valor social, formando e robustecendo a consciência da necessidade de limpeza pública, entretanto, não basta a elaboração de normas éticas, é preciso revestir tais normas de coercibilidade, pois a promoção da Educação Ambiental adota um caráter de instrumento – processo fundamental para a promoção das profundas mudanças que precisa ser experimentada e esta é uma tarefa da sociedade.

Buarque diz que:

Os riscos que se apresentam à humanidade, criados pela civilização, restituem ao homem a aventura de retomar seu destino e controlá-lo. O que ele antes fazia temendo aos deuses aos quais já não teme, como medo de pragas, que já controla, submetido ao desconhecido, que já conhece, agora o homem terá que fazer diante dos riscos que criou (BUARQUE, 1990).

É pelos fatos que constitui a sociedade e por causa deles é que erguem movimentos legais que os tornam fatos jurídicos, iluminados pela escolha axiológica. Sendo que diversos setores da sociedade passaram a contribuir, de forma multidisciplinar, com propostas que tendem a fundir-se e fazendo-se emergir novas posturas que envolvem vários segmentos agrupados. A reciclagem é um mecanismo propulsor deste processo, já que o conceito aborda diversos aspectos técnicos, econômicos e sociais da relação Homem *versus* Meio Ambiente, pois entender a importância da reciclagem é o primeiro passo, mas o grande desafio para este novo século é saber praticá-la. A relação custo-benefício de um projeto de reciclagem bem gerenciado pode apresentar resultados surpreendentes, como exemplo, a indústria que passa a exercer um importante papel nesta abordagem, reforçando o seu compromisso com a qualidade de várias formas:

- 1) Atuando-se como interlocutor entre diversos setores da sociedade, tais como ONGs, governo, entre outros;
- 2) Propondo-se alternativas concretas de tratamento e redução da geração de resíduos, através do desenvolvimento tecnológico e da organização da produção;

- 3) Desenvolvendo-se e utilizando-se tecnologias de reciclagem, quando possível; executando-se projetos em parcerias com universidades, centros de pesquisa, comunidades locais e governos.

#### **4. A GRANDE QUESTÃO DO CRESCIMENTO E/OU DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

A aplicação de uma política empresarial de gestão ambiental deve buscar benefícios internos e externos. Na análise interna, percebe-se os benefícios econômicos diretos em diversas empresas que adotam sistemas de gestão ambiental, incluída a reciclagem. As vantagens estão relacionadas com a economia de energia e matéria-prima, melhorias na saúde e comportamento do trabalhador. Já na análise externa, os benefícios associam-se à imagem que cada empresa constrói perante um importante parceiro: o consumidor. Este, cada vez mais consciente e exigente com os aspectos sócio-ambientais – ainda que não de forma desejada e planejada –, passa a optar por produtos que tenham implícitos em seu processo produtivo e na etapa pós-consumo, esforços para tornar, este indivíduo, cada vez mais amigo e aliado da ecologia, a partir de uma avaliação positiva de seu ciclo de vida. E, com isto, a reciclabilidade de um produto ganha evidência, apesar de não se dever encarar a reciclagem como solução dos problemas para às questões ambientais. A partir disto, lembra-se que a educação é melhor mecanismo na busca destes resultados, sendo necessários investimentos, tempo e perseverança.

Na concepção de Reale (REALE, 1994): “valor”, “dever ser” e “fim” são momentos que desenrolam na unidade de um processo, que é a experiência total do homem, processo este que não é unilinear e simétrico, mas antes denso de coerências e contradições, de avanços e recuos, de pausas e de acelerações de ritmo, de serenidades e de crises, obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor, ideal perene, porque conatural e próprio do homem, o único ente que, originariamente, é enquanto dever ser, com poder de transfundir essa qualidade aos “bens culturais” que instaura, ou seja, a lei é o momento culminante do Direito. Enquanto fato, o fenômeno é apenas social, o valor é apenas filosófico e só como norma é que passa a ser jurídico, sem que um sobreponha-se sobre o outro e, com isso, todos possuem uma grande importância para a sociedade.

#### **5. A RECICLAGEM NO MEIO AMBIENTE E SOCIAL**

A norma e a lei, em particular, devem ser vistas como um meio para atingir um fim. É, pois, a despeito de sua eventual vigência e obrigatorie-

dade, um referencial a ser sempre completado, a fim de realizar sempre o fim último a que se pretendeu no momento político, tratando-se de uma questão hermenêutica. Num âmbito meramente administrativo ou “econômico” do corpo social, não há como deixar de lado o caráter instrumental do Direito, mas a conveniência que rege o ordenamento não pode de modo algum contrariar o princípio de justiça, sob pena de não funcionar, pois se a correlação norma – valor – fato é impossível, a preponderância deverá ser sempre do justo. A verdade como valor absoluto, e já não mais valor (conveniência), mas verdade em si mesma ocorre, através do fato, que é a origem a cada momento da história.

O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade, e o Direito Ambiental, por ser uma ciência, tem seus princípios próprios, todos eles adequados aos novos conceitos e atribuições desta instigante área do Direito. Os objetivos e diretrizes do Direito Ambiental, são regrados pelos princípios e as normas ambientais seguem as mesmas concepções estruturais.

Segundo Milaré (MILARÉ, 1998), em relação ao meio ambiente afirma que não se está diante de direito patrimonial quando se trata de matéria de tutela do meio ambiente difusamente considerado. Trata-se de um direito fundamental, indisponível do ser humano; logo, intangível pela prescrição. Contudo, a qualificação do meio ambiente como um direito fundamental do ser humano propicia uma proteção mais efetiva desse direito, pois, a par de ser garantido agressões no plano interno, o seu descumprimento pode ensejar a responsabilização do país perante os organismos internacionais de defesa dos direitos humanos. O autor em *Direito do Ambiente* faz uma análise de que o Direito Ambiental ajuda-nos a explicitar o fato que, se a Terra é um imenso organismo vivo, nós somos a sua consciência. O espírito humano é chamado a fazer às vezes da consciência planetária. E o saber jurídico ambiental secundado pela ciência passa a co-pilotar os rumos dessa nossa frágil espaçonave.

O Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, pó que também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas, o Direito é uma dimensão da vida humana. Para Reale (REALE, 1994), a norma jurídica seria apenas a indicação de um caminho, cujo ponto de partida é o fato, e cujo ponto de chegada é o valor. Assim, para ele, o Direito é uma integração normativa de fatos segundos valores. Mas o Direito não é abstrato, porque também está imerso na vida humana que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana, é um produto histórico-cultural. Segundo este,

no entanto, a interferência do Poder no processo nomogenético, e afirma que sem base de Justiça não pode haver ordem, nem segurança, assim como a riqueza passa a ser privilégio de alguns.

Para Reale (REALE, 1994), o Direito é a concretização da ideia de Justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores. Também faz uma análise desses princípios em *Lições Preliminares do Direito* (REALE, 1998), afirmando que são orientações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Desta forma, a força dos princípios é capaz de conduzir e de modificar as regras e costumes de uma sociedade.

Os princípios são normas de hierarquia superior as demais regras de qualquer ordenamento jurídico, pelo que devem sempre orientar a interpretação destas. Também correspondem à cristalização de determinados valores sociais tidos como relevantes em determinada organização social.

De acordo com Reale (REALE, 2004), não há dúvidas que, na compreensão do que seja “defesa do meio ambiente” e do papel que nele cabe ao ser humano, houve notável progresso nos debates havidos sobre o tema, a começar por não mais “encarar o homem como um ser vivo qualquer”. Já agora se reconhece que o homem é o principal sujeito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas não o único.

Segundo Gianni (GIANNI *apud* MACHADO, 1996) a busca do aperfeiçoamento legislativo pode “custar ao legislador muito trabalho”, principalmente porque os interesses econômicos estão em posição de resistência ou em conluio com os poderes públicos locais. O professor italiano enfatiza que a resistência desse tipo sempre se encontra e se encontrará, e a reflexão sobre os acontecimentos na história ensinam que quando há resistência para a adoção de uma medida, se cria e se consolida um convencimento difuso ao ponto que depois ninguém está disposto a aceitar uma realidade material privando-se dessa medida.

Em relação ao tratamento de resíduos sólidos a bióloga Blauth (BLAUTH, 1994) diz que apesar de haver uma grande preocupação por parte das organizações mundiais, quanto à postura e divulgação da cultura da reciclagem como um dos mecanismos para os problemas do consumismo na atualidade, a sociedade descuida-se na formulação de políticas e da educação direcionada para um desenvolvimento sustentável.

A crítica feita à reciclagem deve-se ao fato de a terem colocado como a primeira na sequência dos 3R's, alterando a ordem de prioridades dessa



pedagogia, divulgada pela Agenda 21. Blauth (1996/1997) também constata que o equacionamento da problemática dos resíduos sólidos tem-se sido focado apenas na reciclagem, a qual tem a capacidade de produzir um efeito ilusório e desastroso – na consciência dos resíduos – que podem passar a consumir mais produtos (sobretudo descartáveis), sem nenhum mecanismo repressor, pois agora são recicláveis. Mas também, que as indústrias utilizam-se de símbolos referentes à reciclabilidade garantida e infinita, além da suposição de que a embalagem é inerentemente ecológica, tendo-se na verdade o próprio símbolo como um componente estimulador da descartabilidade, reforçando-se a ideologia do consumismo.

## 6. CONCLUSÃO

Adotar a reciclagem significa ainda assumir um novo comportamento diante do ambiente, conservando-o o máximo possível. A supervalorização do aspecto ambiental da reciclagem é notada nas considerações feitas por pessoas defensoras de um paradigma reducionista, tecnicista e comportamental, que acreditam ser todas as opções ditas terminais em relação ao tratamento do lixo, a reciclagem é considerada a mais adequada, por razões ecológicas e também econômicas, pois diminui os acúmulos de detritos na natureza e a reutilização dos materiais poupa, em certa medida, os recursos naturais não renováveis.

Com efeito, a irrevogabilidade do Direito ao meio ambiente traz seus próprios corolários, espalhando-se não só pelos demais dispositivos do texto constitucional para toda a legislação infraconstitucional. Com isso, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que relacionam-se com o meio ambiente não podem ser alterados de modo a suprimir ou enfraquecer esse direito fundamental e irrevogável. Nesse sentido, é inconstitucional, por exemplo, qualquer tentativa de realizar a garantia da reserva legal prevista no Artigo 16 do Código Florestal, posto ser tal reserva uma forma de garantir a todos a fruição do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado.

A sociedade é constituída pelos fatos e por causa deles é que erguem-se movimentos legais que os tornam fatos jurídicos, iluminados pela escolha axiológica. Tem-se que diversos setores da sociedade passaram a contribuir, de forma multidisciplinar, com propostas que tendem a fundir-se e fazendo-se emergir novas posturas que envolvem vários segmentos agrupados. Com isso, o julgador deve possuir uma consciência ecológica moderna, uma visão sustentável de futuro, de forma que possa suas decisões, levando em consideração as gerações presentes e futuras em relação a reciclagem orgânica e inorgânica.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, P. de B. **Direito Ambiental**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- BENJAMIN, A. H. V. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental**. São Paulo: RT, 1993.
- BRANCO, S. M.; ROCHA, A. A. **Ecologia: Educação Ambiental: Ciências do Ambiente para universitários**. São Paulo, CETESB, 1980.
- BUGALHO, N. R. **Revista de Direito Ambiental**. nº. 11. São Paulo: RT, 1997.
- CRUS, Branca Martins. **Revista de Direito Ambiental**. nº. 5. São Paulo: RT, 1997.
- DIAS, G. F. **Ecopercepção: um resultado didático dos desafios socioambientais**. São Paulo: Gaia, 2004.
- GRIMBERG, E.; BLAUTH. **Coleta Seletiva: reciclando materiais, reciclando valor**. Polis – Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais. São Paulo: 1998.
- JAMES, B. **Lixo e reciclagem**. Tradução: Dirce Carvalho de Campos. 5ª ed. São Paulo: Scipione, 1997.
- MACHADO, P. A. L. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 1996.
- MANCUSO, R. C. **Ação civil Pública**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1994.
- MELLO, C. A. B. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1980.
- MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAIS, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.
- MILARÉ, E. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental**. São Paulo: RT, 1993.
- REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SCARLATO, F. C.; PONTIN, J. A. **Do nicho ao lixo: ambiente, sociedade e educação**. 17. ed. São Paulo: Atual, 1992. (Série meio ambiente).
- SILVA, J. A. **Direito Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SIRVINSKAS, L. P. **Manual de Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

## CAPÍTULO II

# DIREITOS DA CONCUBINA

*Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Escorço Histórico: A tutela Jurídica – 3. O Dever de Fidelidade Recíproca – 4. O que é Adultério para o Direito – 5. A Distinção entre Concubina e Companheira – 6. O Poliamor – 7. Os Pronunciamentos dos Tribunais – 8. Direitos do(a) Amante e os Ramos do Direito – 9. Conclusão – 10. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A tutela jurídica das relações concubinárias é tema que suscita ferrenhas discussões. O Ordenamento pátrio, atado ao conservadorismo, tem disciplinado a matéria de forma displicente, o que enseja, por vezes, a proliferação de soluções injustas e a reboque da dinâmica das relações sociais. Em verdade, a afetividade é o sustentáculo efetivo da família, e diante desta, sopesados os liames do caso concreto, os formalismos podem ceder espaço. Deste modo, para demonstrar o quanto se afirma, mister se faz proceder a um breve escorço histórico, seguindo-se à delimitação do que é adultério para o foro jurídico. Ademais, incumbe pôr em relevo a distinção entre as figuras da “companheira” e “concubina” para que, enfim, se trate do ponto fulcro da problemática: a amante possui direitos? Impõe-se, a esta altura, a superação dos preconceitos que teimam em conspurcar a discussão, afinal, o ideal é que Direito e Justiça andem lado a lado.

**PALAVRAS-CHAVE:** RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS; ADULTÉRIO; TUTELA JURÍDICA.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a costumeira habilidade, Eça de Queirós envolve o leitor no dilema da doce e “ingênua” Luisa, que reencontra um antigo amor, Basílio, justamente quando não mais suporta o ócio típico da vida burguesa, e as ausências constantes de seu esposo. Sob uma atmosfera extremamente propícia ao adultério, a protagonista cede às lancinantes investidas do *bom vivant* sedutor, e passa a desfrutar de uma paixão intensa, porém, “proibida”.

A astúcia das Luisas não está adstrita ao mundo da ficção. O enredo das relações paralelas de afeto é recorrente, e suscita polêmica

---

\*. Estudante de Direito da UFBA, 9º semestre.

por desaguar na possibilidade dos Basílios, na condição de amantes, pleitearem em juízo o direito à herança, aos alimentos e ao regime de bens, em concorrência com o cônjuge traído e com a prole, advinda do casamento ou não. As opiniões, neste particular, são plurais, e a despeito do concubinato remontar de um passado longínquo, o Direito ainda não se pronunciou com a solidez necessária. Desta maneira, imperioso se faz proceder a uma breve abordagem histórica para que reste clara a dimensão da discussão proposta.

## 2. ESCORÇO HISTÓRICO: A TUTELA JURÍDICA

Conforme preleciona a respeitável doutrinadora Maria Berenice Dias, em seu *Manual do Direito das Famílias*, até o advento do Regime Republicano somente era legítima a união entre pessoas de sexos opostos, fundada numa celebração religiosa. O casamento civil, por seu turno, somente foi implementado em 1891, permanecendo vigente a indissolubilidade matrimonial.

Quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que havia um único modo de se constituir: pelo casamento. A família tinha um viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. Somente era reconhecida a família unida pelos *sagrados* laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era **indissolúvel**. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e impedia novo casamento (DIAS, 2007, p.127).

Neste passo, os vínculos extramatrimoniais, e a prole destes decorrentes, eram alvos de premente repúdio social e legislativo. Assim, as eventuais referências legais reputadas aos mesmos, necessariamente, funcionavam como via para preservar os interesses da família “legítima” (matrimonial), excluindo-se, então, os direitos daqueles.

O advento da Lei do Divórcio permitiu a dissolução do casamento, sendo que através desta, o Desquite, que impedia núpcias posteriores, foi transfigurado em Separação. Portanto, desde então, o Casamento poderia ser rompido mediante a Separação ou Divórcio. Apesar do avanço que tais institutos representaram, permaneceram as reservas legislativas impostas às uniões “informais”. Neste passo, não bastasse a exigência de longo decurso de tempo, vedava-se ao “culpado pela separação” o condão de, após os devidos trâmites processuais, pôr termo ao relacionamento. A este último, outrossim, também não assistia o direito à percepção dos alimentos, tampouco ao patronímico do outro cônjuge.

Conspurado, pois, por um conservadorismo lamentável, o Legislador do CC/16 não deferiu amparo legal aos arranjos familiares extramatrimoniais, entretanto, tal estratégia não foi capaz de impedir a constituição dos mesmos. Nesta medida, estas uniões passaram a ser designadas de “concubinato”. Rompidas estas, por ocasião da separação, ou em decorrência do falecimento de um dos consortes, tornou-se imperioso o pronunciamento do Judiciário quanto aos efeitos jurídicos às mesmas concernentes.

Primordialmente a tutela jurídica por ora concedida àquelas limitou-se às repercussões patrimoniais do relacionamento, fornecendo-se uma “indenização por serviços domésticos prestados”. Isto porque, no domínio do senso-comum, imperava a noção de fragilidade feminina, economicamente inativa, e portanto, plenamente dependente dos vencimentos do companheiro. Diante disto os Tribunais vislumbraram a necessidade de oferecer à concubina uma espécie de reparação pelos “serviços de cama e mesa”, com o intuito de coibir o enriquecimento ilícito do homem, beneficiário de seus préstimos.

O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber a herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento (DIAS, 2007, p.145).

Diante das reclamações quanto ao tratamento displicente oferecido pelo Judiciário a tais uniões, passou-se a considerar, estas últimas, como “sociedades de fato”. Como condição *sine qua non* para se promover a divisão dos bens aquinhoados no curso de tal relacionamento era inarredável, no entanto, a demonstração da contribuição econômica de cada consorte.

Em virtude dos novos imperativos que passaram a cercear a sociedade, a Constituição de 88 ampliou o conceito de família, considerando como entidades familiares arranjos de natureza diversa, a exemplo da União Estável. Em verdade, este reconhecimento formal não repercutiu, de fato, no foro jurisprudencial uma vez que as relações concubinárias permaneciam sob a salvaguarda do Direito das Obrigações.

Em face da Lei 8971/94 atribuiu-se ao companheiro o direito aos alimentos, e à sucessão do *de cuius*. Por outro lado, perdurava a inclinação retrógrada do Legislador, ao exigir como condições para o reconhecimento de tais uniões que fossem firmadas entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas. Ao lado disto, demandava-se um lapso temporal de ao menos cinco anos de convivência, ou prole comum, sendo deferido ao companheiro o usufruto de uma parcela dos bens do falecido.

Inexistindo ascendentes ou descendentes deste, caberia ao cônjuge, ou companheiro, na condição de herdeiros legítimos, recolherem a herança.

A Lei 9278/96 eliminou o requisito da quantificação do prazo de convivência ao reconhecimento da união estável, passando a conceber a existência desta, inclusive, entre pessoas separadas de fato. Desde então se tornou competência do Direito de Família o julgamento das lides de tal natureza, atribuindo-se o direito Real de Habitação ao cônjuge e ao companheiro. Quanto àquele, para haver a incidência de tal direito sobre o imóvel destinado à residência da família, este deveria ser o único bem com tal natureza a inventariar, não se impondo tal exigência ao companheiro. Desde então se presumia que os bens adquiridos, onerosamente, no curso da união teriam sido amealhados por esforço comum, sendo este considerado como “contribuição material ou moral” dos conviventes.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1723, considerou como União Estável a “convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. A despeito da suposta equivalência entre esta e o Casamento, em verdade, o tratamento permanece distinto.

Há de se ressaltar que, embora o convivente apresente o direito aos alimentos e à partilha igualitária de bens, certas prerrogativas são atribuídas exclusivamente ao cônjuge. O convivente, ao contrário do esposo, não é herdeiro necessário, logo, só pode proceder à concorrência quanto ao patrimônio amealhado, onerosamente, no curso da união. Além disto, não foi deferida ao mesmo a prerrogativa da reserva da quarta parte dos bens particulares do *de cujus*, parcela esta deferida ao cônjuge, em concorrência com os descendentes comuns, conforme estabelece o art. 1832 do CC/02.

Diante do exposto depreende-se que, mesmo o companheiro já dispondo de alguns direitos, a disciplina deferida ao mesmo remanesce, deveras, aquém do desejável. A própria CF/88 se refere à União Estável como “equiparável ao casamento, devendo a lei fornecer todos os meios necessários” para converter a primeira no segundo. Ou seja, há o claro ímpeto legislativo de formalizar a aludida união, devendo-se envidar esforços para que, em última análise, redunde num matrimônio.

Quanto às relações afetivas paralelas ao casamento, ainda há, por conseguinte, a lacuna no Ordenamento. Deste modo, exsurgem as seguintes indagações: incumbe ao Direito deferir direitos aos “amantes”, e fazendo-o, sobre qual ramo jurídico recairia a competência de julgar tais lides, ao Direito da Família, ou ao Obrigacional?

O deslinde de tais questões, por assim dizer, não é façanha das mais simples. Isto, todavia, não deve constituir entrave à análise do tema, afinal, a recorrente casuística impõe um pronunciamento jurisdicional efetivo. Necessário se faz, neste ponto, ressaltar o papel do dever de Fidelidade conjugal, consagrado pelo Direito pátrio com vistas a demonstrar o quanto dito nas linhas antecedentes.

### 3. O DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA

A luz do Princípio da Intervenção Mínima não se pode atribuir ao Estado o condão de interferir na esfera da vida íntima de um casal. Isto porque cabe tão somente aos consortes da união optar pela observância estrita da Monogamia, ou permitir-se ao desfrute de relações paralelas de afeto. A despeito disto, mantendo a previsão do CC/16, o Código Civil de 2002 firmou como um dos deveres decorrentes do matrimônio a Fidelidade Recíproca, e quanto à União Estável, o Dever de Lealdade. Prova disto se depreende dos termos seguintes:

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges:

I – Fidelidade Recíproca

II – Vida em comum, no domicílio conjugal;

III – Mútua assistência;

IV – Sustento, guarda e educação dos filhos;

V – Respeito e consideração mútuos;

Art.1724. As relações entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

O brilhante doutrinador Pablo Stolze, em sua obra *Direitos da(o) Amante. Na Teoria e na prática*”, pondera que no que concerne aos conviventes, o Legislador consagrou a expressão “lealdade”, com o intuito de preservar entre estes a “fidelidade emocional e sexual”. A relevância do dever de fidelidade é de tal monta que sua transgressão pode desencadear a insustentabilidade da vida em comum, culminando, possivelmente, numa Separação Judicial, ou dissolução de União Estável. Estas repercussões podem suscitar o dever de indenizar, se houver danos morais e/ ou materiais originados da infidelidade. Este entendimento tem sido esposado pelo próprio STJ, como se pode constatar a seguir:

Um pai que, durante mais de 20 anos, foi enganado sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante seu casamento re-

ceberá da ex-mulher R\$ 200 mil a título de indenização por danos morais, em razão da omissão referida.

O caso de omissão de paternidade envolvendo o casal, residente no Rio de Janeiro e separado há mais de 17 anos, chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recursos especiais interpostos por ambas as partes. O ex-marido requereu, em síntese, a majoração do valor da indenização com a inclusão da prática do adultério, indenização por dano material pelos prejuízos patrimoniais sofridos e pediu também que o ex-amante e atual marido da sua ex-mulher responda solidariamente pelos danos morais. A ex-mulher queria reduzir o valor da indenização arbitrado em primeiro grau e mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por 3 a 2, a Terceira Turma do STJ, acompanhando o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, rejeitou todos os pedidos formulados pelas partes e manteve o valor da indenização fixado pela Justiça fluminense. Segundo a relatora, o desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a dignidade e a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi destacou que a pretendida indenização por dano moral em decorrência da infidelidade conjugal foi afastada pelo Tribunal de origem ao reconhecer a ocorrência do perdão tácito, uma vez que, segundo os autos, o ex-marido na época da separação inclusive se propôs a pagar alimentos à ex-mulher. Para a ministra, a ex-mulher transgrediu o dever da lealdade e da sinceridade ao omitir do cônjuge, deliberadamente, a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo-o na ignorância. Sobre o pedido de reconhecimento da solidariedade, a ministra sustentou que não há como atribuir responsabilidade solidária ao então amante e atual marido, pois não existem nos autos elementos que demonstrem colaboração culposa ou conduta ilícita que a justifique.

Para Nancy Andrighi, até seria possível vislumbrar descumprimento de um dever moral de sinceridade e honestidade, considerando ser fato incontroverso nos autos a amizade entre o ex-marido e o então amante. “Entretanto, a violação de um dever moral não justificaria o reconhecimento da solidariedade prevista no artigo 1.518 do CC/16”, ressaltou a ministra.

(TV JUSTIÇA– STJ. Mulher pagará indenização ao ex-marido por ter omitido verdadeira paternidade do filho. Disponível em: <[http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id\\_noticias=4867](http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=4867)>. Acesso: 31 mar 2009).

A bem da verdade, a traição remanesce como conduta rechaçada por ponderável parcela dos integrantes da sociedade brasileira sob o argumento de que viola preceitos éticos, morais e religiosos vigentes. Acontece que, diante de uma realidade tão plural como a nossa, não se pode impor a todas as pessoas a consagração de um padrão afetivo único. Afinal, no Estado



Brasileiro, reputado “Democrático de Direito”, deve haver espaço para todos, sejam estes, neste caso, adotantes da fidelidade ou não.

Imprescindível se faz, neste passo, traçar os moldes do que se concebe como adultério para o foro jurídico.

#### **4. O QUE É ADULTÉRIO PARA O DIREITO**

Consoante entende a Doutrina majoritária, o adultério é consumado, necessariamente, quando há conjunção carnal, ou cópula, entre pessoas de sexos opostos. Acontece que a casuística traz a lume situações inusitadas que, à primeira vista, parecem casos típicos de adultério, porém, diante da supracitada definição, podem configurar mero ato libidinoso.

Neste sentido, Tito Fulgêncio e Pontes de Miranda reconhecem que em uma relação sexual entre pessoas de idêntico sexo há um ato indigno que pode conduzir à separação, todavia, isto destoa da definição de adultério. Carlos Alberto Gonçalves, por sua vez, menciona que, só há adultério de *per si* quando o mesmo envolve pessoas casadas. Sob esta perspectiva, o noivo participante das “despedidas de solteiro”, identicamente, não praticaria adultério porque este seria um ato anterior ao casamento.

Feitas tais considerações é preciso estabelecer a relevante distinção entre as figuras da concubina e companheira para que a meta da análise pretendida seja alcançada.

#### **5. A DISTINÇÃO ENTRE CONCUBINA E COMPANHEIRA**

Não raro, as designações “concubina” e “companheira” são utilizadas como sinônimas, embora, entre estas, haja clara distinção, consoante será demonstrado a seguir, porém, antes, deve-se firmar a distinção entre as espécies de concubinato.

De acordo com as postulações do doutrinador Álvaro Villaça, o concubinato pode ser classificado como puro ou impuro. No primeiro caso trata-se de uma relação entre pessoas de sexos opostos, de caráter duradouro, não matrimonial, e configura a “família de fato”. Tal união é firmada entre solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, por um período superior a dois anos, desde que não haja outro envolvimento de idêntica natureza.

O concubinato será impuro “[...] se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato” (AZEVEDO, 2002, p.190).

Diante de tais postulações tem-se que a companheira corresponde à mulher que vive em União Estável com um homem não impedido para o casamento, ou separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se casados fossem. Em contrapartida, concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a um homem comprometido, legalmente impedido de casar. Cabe inferir que, contrariamente à União Estável, no concubinato não há o intuito de constituir família.

Impende ressaltar que, com a consagração, pela CF/88, da expressão “União Estável” para referir-se ao concubinato puro, a primeira terminologia tem sido amplamente utilizada. Ao lado disto, a designação “concubinato” é manejada, atualmente, para fazer referência às uniões adulterinas, ou concubinárias impuras.

## 6. O POLIAMOR

Para uma vertente de psicólogos, surgida nos Estados Unidos, o ser humano, especialmente do sexo masculino, apresenta uma tendência atávica a amar mais de uma pessoa, ao mesmo tempo. Esta nova maneira de enxergar o amor, sob um prisma plural, foi batizada de Poliamor e combate, veementemente, a Monogamia.

Consoante refere o brilhante civilista Pablo Stolze, em seu artigo *Os Direitos do (a) Amante. Na teoria e na prática (dos tribunais)*, o poliamorismo abarca a possibilidade de co-existirem múltiplas relações amorosas paralelas em que seus integrantes se conhecem e aceitam mutuamente.

Sobre este tema, a psicanalista e sexóloga Regina Navarro Lins, autora da obra *A Cama na Varanda*, refere que:

(...) não há dúvida de que podemos amar várias pessoas ao mesmo tempo. Não só filhos, irmãos e amigos, mas também aqueles com quem mantemos relacionamentos afetivo-sexuais. E podemos amar com a mesma intensidade, do mesmo jeito ou diferente. Acontece o tempo todo, mas ninguém gosta de admitir. A questão é que nos cobramos a rapidamente fazer uma opção, descartar uma pessoa em benefício da outra, embora essa atitude costume vir acompanhada de muitas dúvidas e conflitos (LINS. *Amar Duas pessoas ao mesmo Tempo*. Disponível em: <[www.camanarede.terra.com.br](http://www.camanarede.terra.com.br)>. Acesso em: 26 mar. 2009).

Tais relações são alijadas na sinceridade mútua, amizade, companheirismo e honestidade, e segundo seus adeptos, inexistem margem às crises de ciúme. A diferença entre tais relações e as de cunho meramente lascivo é que a primeira tem como ponto fulcro os vínculos de afeto.

A despeito das ressalvas impostas a este tipo de conduta, não incumbe ao Direito o condão de permanecer a reboque dos fatos. Isto porque esta espécie de arranjo existe por ato volitivo das partes, optantes, neste caso, pela dispensa da fidelidade. Havendo lide relativa a tais vínculos, o Judiciário não pode se eximir de apreciá-la sob o subterfúgio de que o Ordenamento Jurídico é omissivo.

Neste ponto, mister se faz demonstrar, em arraigada síntese, a inclinação dos Tribunais no que se refere ao objeto da abordagem em curso.

## 7. O PRONUNCIAMENTO DOS TRIBUNAIS

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas Apelações Cíveis de nº 70026568352 e nº 70027871250, negou provimento ao pleito das amantes pelos anos devotados aos respectivos consortes. Isto porque, segundo a reiterada Jurisprudência, o concubinato adúlterino é insuscetível de produzir efeitos jurídicos, salvo os de ordem patrimonial, quando houver comprovação da sociedade de fato. Para este fim impõe-se a demonstração da participação econômica do outro consorte com vistas a amearhar o patrimônio comum, o que sequer foi mencionado nos casos em comento. A tais relações não foi atribuído o “status” de Uniões Estáveis por inexistir o intuito de configurarem famílias. Em última análise, entendeu-se que não há União Estável paralela ao casamento.

O mesmo Tribunal, todavia, já se posicionou de modo diverso. A 7ª Câmara Cível, na Apelação nº 70005330196 admitiu a repartição equitativa do patrimônio imóvel de um cidadão casado que vivia, paralelamente, uma relação concubinária. Cumpre fazer, neste ponto, uma ressalva: o elo entre a companheira e o falecido era de tal ordem que a esposa e o filho do patrimônio não poderiam se opor aos fatos. O relacionamento em tela poderia ser praticamente classificado como um “concubinato consentido”.

Os ministros do STJ, por sua vez, no Agravo Regimental nº 746042 reconheceram o direito da concubina à partilha do patrimônio amealhado durante período de convivência com um homem casado. Diante do arcabouço probatório, e da própria confissão do varão, que pretendia tirar proveito de seu estado civil, não havia como deixar de reconhecer o direito da amásia à metade dos bens do ex-companheiro, resguardando-se, entretanto, a meação da esposa do réu.

Em decisão firmada no RE 397762 a Primeira Turma do STF indeferiu o pleito da “concubina” em prol do recebimento da metade da pensão deixada pelo *de cuius*, com quem mantinha uma relação adúlterina por 37 anos. A

decisão por ora firmada destoava, portanto, da determinação do TJ/BA, que deferiu a partilha equitativa da pensão entre a esposa e a concubina, admitindo a União Estável concomitante ao Matrimônio.

Conforme o relator do STF, o Min. Marco Aurélio, o § 3º do art. 226 da CF/88 não se aplica ao caso em tela, visto que a união em questão não pode ser considerada como estável. O mesmo rememorou que, de acordo com o art. 1727 do CC/02, consideram-se como concubinárias as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de contrair matrimônio.

Os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Ricardo Lewandowski adotaram entendimento idêntico ao do relator. Este último ministro ressaltou, ainda, que o vocábulo “*concubere*” indica o “compartilhamento do leito”, diferentemente de “união estável”, que traduz um “compartilhamento da vida”. Para a ministra Carmem Lúcia, a tutela referida pela Constituição deve ser atribuída à união que pode ser convertida em casamento, sendo assim, no caso sob análise, “a segunda união desestabiliza a primeira”.

Impende registrar, ainda, a recente decisão prolatada pelo juiz da 3ª Vara Cível de Goiânia que condenou uma vendedora a pagar R\$ 31.125,00 a título de reparação pelos danos morais causados à esposa de seu amante. Isto porque, segundo o juiz, a autora teria sido exposta a uma situação vexatória, a ponto de tornar-se alvo de humilhação e zombarias das pessoas de seu círculo social.

Consoante consta dos Autos, o relacionamento extraconjugal do marido teria durado nove anos sem vir a conhecimento da demandante. Acontece que, segundo aduzido por esta, após a descoberta da traição, passou a sofrer ameaças da amante do marido, que demonstrava expressamente o intento de destruir o casamento da primeira. Malgrado o objetivo da concubina, a família foi compelida a mudar de residência para não submeter os filhos do casal a maiores constrangimentos. Em sede de Sentença, o juiz não acolheu integralmente o pleito da autora no tocante ao *quantum* indenizatório, cujo importe era de R\$ 62.500,00 porque não restou demonstrado o dispêndio em tratamentos médicos e/ou psicológicos por parte da pleiteante.

## **8. DIREITOS DO (A) AMANTE E OS RAMOS DO DIREITO**

Uma das grandes discussões concernentes a este tema reside na dúvida quanto a que ramo do Direito caberia o balizamento das relações concubinárias. Neste interim, ousamos referir que a solução de tal questão pode ser obtida se levadas em consideração as singularidades que o caso concreto trouxer a lume.

Tendo em vista o Princípio da Boa-Fé Objetiva, se o partícipe da relação concubinária ignora a situação jurídica do outro consorte, casado ou em União Estável, nos parece totalmente inescusável, neste caso, a concessão da tutela jurisdicional. Neste caso restaria configurada a “União Estável Putativa”, à semelhança do “Casamento Putativo”. A discussão se torna mais ferrenha, todavia, na hipótese em que o companheiro ou cônjuge mantém relação concubinária com outrem, e este último tem ciência da situação do primeiro. O pronunciamento que nos parece mais coerente é o da doutrinadora Maria Berenice Dias, que prolatou seu voto na Apelação Cível 7005330196, trazendo a lume as seguintes considerações:

Em tal maneira de ver as coisas, não se pode deixar de reconhecer que persiste uma postura conservadora e preconceituosa, principalmente contra a mulher, porquanto resta sendo ela punida, em nome da preservação que se convencionou chamar de moral e dos bons costumes, enquanto sai privilegiado o varão. O inadmissível é tentar não ver o que existe, ou seja, um vínculo afetivo que enseja a extração de efeitos jurídicos, senão pelos deveres de mútua assistência preconizados na lei, mais pela tão conhecida expressão de Saint Exupéry: você é responsável pelas coisas que cativa (CAHALI, 2004, pp.288-289).

Configurada a hipótese, portanto, de um concubinato, não decorrente de um ímpeto circunstancial, e demonstrada a contribuição, direta ou indireta, do amante para aquinhoar o patrimônio com seu parceiro, por óbvio, não há como negar-lhe tutela jurisdicional. Isto se funda na vedação jurídica expressa do enriquecimento ilícito. Neste passo, deve-se evitar que o traidor seja beneficiado duplamente, afinal, além de “enganar” o cônjuge, violando o cânone da Monogamia, desobrigá-lo de qualquer encargo quanto à relação adulterina não é razoável.

Neste ínterim, conforme têm se pronunciado, majoritariamente, a Doutrina e Jurisprudência, as lides que envolvem relações concubinárias, sem o intuito de constituir família, devem ser balizadas no foro Obrigacional. Isto porque impera a concepção de que se tratam de meras sociedades de fato que, uma vez desfeitas, ensejam a repartição do *quantum* amealhado, proporcionalmente à contribuição de cada consorte.

Em hipóteses excepcionais, todavia, caberia ao Direito das Famílias a incumbência de balizar as controvérsias, desde que haja, no entanto, a devida justificativa para este fim. Esta “excepcionalidade” há de ser demonstrada para que a Justiça não produza sentenças paradoxais, que ao invés de promoverem o justo beneficiam a litigância de má-fé. Deverá ser demonstrada em Juízo, então, a existência de uma união pública, du-

radoura, contínua, e que traduza inarredavelmente a configuração de um arranjo de caris familiar.

A depender, por conseguinte, das feições do caso concreto, poderá assistir ao concubino o direito de postular em Juízo o recebimento da Pensão Alimentícia e da Meação, quanto ao patrimônio construído com esforço comum no curso da relação.

## 9. CONCLUSÃO

A carência de Legislação efetiva quanto à temática por ora abordada, indubitavelmente, é uma das inúmeras máculas do Ordenamento brasileiro, mas nem por isto eximem o julgador de apreciar o caso concreto. As relações amorosas plúrimas são uma realidade à qual não se pode negar existência.

A despeito de não concordarmos com o *modus vivendi* do (a) amante, não se pode olvidar que qualquer pessoa, por razões múltiplas, pode ser tomada de assalto por uma paixão paralela. Afinal, muitas vezes, o “coração” tem estratégias alheios à “razão”, daí porque não se deve incorrer no equívoco de estipular um padrão afetivo único para todas as pessoas.

Incumbe ao Direito envidar esforços para concretizar o seu desiderato crucial: promover a Justiça de fato. Mister se faz que tal lacuna seja sanada sem maiores delongas, afinal, as demandas eivadas de tal caráter, que incessantemente se lançam ao Judiciário, não podem esperar *ad eternum*.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adulterino**. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 09 abr. 2008.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.
- BARROS, Sérgio Resende. Matrimônio e patrimônio. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 8, pp. 05-12, jan./mar., 2001a.
- BRASIL. **Lei nº. 8971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de dez. 1994. Disponível em: <[http://dji.com.br/leis\\_ordinarias/1994-008971-1c/8971-94.htm](http://dji.com.br/leis_ordinarias/1994-008971-1c/8971-94.htm)>. Acesso em: 7 jun.2008.
- BRASIL. **Lei nº. 9278**, de 10 de maio de 1996. Regulamenta os Direitos e Deveres relativos à União Estável. Diário Oficial da República Federativa do

- Brasil, Brasília, DF, 10 mai. 1996. Disponível em: <[http://dji.com.br/leis\\_ordinarias/1996-009278-lue/9278-96.htm](http://dji.com.br/leis_ordinarias/1996-009278-lue/9278-96.htm)>. Acesso em: 7 jun.2008.
- BRASIL. **Lei nº. 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan.2002. Vademecum: universitário de Direito Rideel, 2007.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 380. Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 10 abr. 2008.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Cível. Recurso Extraordinário 397762. Recorrida:Joana da Paixão Luz e Recorrente: Estado da Bahia. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, jun/2008.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental 746042. Relator: Min. Fernando Gonçalves.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível 70026568352. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível 70027871250. Relator: Ricardo Raupp Ruschel.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível 70005330196. Relatora: Maria Berenice Dias.
- CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002. Coleção Orientações Pioneiras: Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: O dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FILHO, Aziz. Amor Demais. **Revista Istoé**, São Paulo, 10 nov.2006. Disponível em: <[http://terra.com.br/istoe/1930/comportamento/1930\\_amor\\_demais.htm](http://terra.com.br/istoe/1930/comportamento/1930_amor_demais.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos do (a) Amante– na Teoria e na Prática (dos Tribunais)**. Salvador, jul.2008. Seção: Meus artigos. Disponível em: <[http://www.pablostolze.com.br/pabloStolze\\_meusArtigos.asp](http://www.pablostolze.com.br/pabloStolze_meusArtigos.asp)>. Acesso em: 26 jul. 2008.
- GAGLIANO, P. S.. Os Direitos da Amante. **Rede Bahia**, Salvador, 7 jul.2008. Entrevista.
- LINS. Regina Navarro. **Amar Duas pessoas ao mesmo Tempo**. Disponível em: <[www.camanarede.terra.com.br](http://www.camanarede.terra.com.br)>. Acesso em: 26 mar. 2009.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, pp. 40-55, jan./mar, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. V. 1. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2001.
- Mulher pagará indenização a ex-marido por ter omitido verdadeira paternidade dos filhos. **TV Justiça**, STJ, 17 set.2007. Mais Notícias. Disponível em: <[http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id\\_noticias=4867](http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=4867)>. Acesso em: 31 mar. 2009.
- SOUZA, Isonilda. Mulher é condenada a indenizar esposa do amante em Goiás. **Jornal O Globo**, 23 set. 2008. Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/09/23/mulher\\_condenada\\_indenizar\\_esposa\\_do\\_amante\\_em\\_goiias-548345123.asp](http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/09/23/mulher_condenada_indenizar_esposa_do_amante_em_goiias-548345123.asp)>. Acesso em: 20 out. 2008.



CAPÍTULO III

# PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E AFIRMAÇÃO DE UM DIREITO JUDICIAL CRIATIVO

*Analu Paim Cirne\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Precedente judicial nas diferentes famílias jurídicas – 3. Conceito de precedente à luz do ordenamento jurídico pátrio – 4. A criatividade do direito judicial e o papel de fonte do Direito assumido pela jurisprudência – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** É notória a progressiva aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e as de tradição romanística. Enquanto, na primeira, fortifica-se o direito legislativo, no *civil law*, como é o caso do Brasil, torna-se inegável a influência que as decisões pretéritas reiteradas vêm exercendo sobre demandas análogas, especialmente em matérias constitucionais. Já é possível, até, falar-se em um sistema brasileiro de precedentes judiciais, o qual, urge ressaltar, clama pela aplicação das técnicas da teoria do *stare decisis*, de forma adaptada às peculiaridades nacionais. Todo esse panorama torna ainda mais indiscutível a possibilidade de os tribunais criarem direito, afirmando a tese constitutiva e consagrando o papel da jurisprudência como uma de suas fontes.

**PALAVRAS-CHAVE:** *STARE DECISIS*; PRECEDENTE JUDICIAL; SÚMULA; *COMMON LAW*; *CIVIL LAW*; JURISPRUDÊNCIA.

## 1. INTRODUÇÃO

A doutrina pátria referente às operações com precedentes encontra-se, ainda, em um estágio embrionário. Uma breve análise das recentes posturas do Supremo, bem como dos inúmeros dispositivos incorporados ao Código de Processo Civil e à Constituição Federal/1988, revela, no entanto, que a fortificação da jurisprudência, enquanto fonte do Direito, tende a crescer em progressão geométrica, consoante demonstraremos ao longo deste ensaio.

---

\*. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Vivemos um momento de salutar importância no mundo jurídico – fase de transição e encurtamento de diferenças entre as famílias de tradição romanística (*civil law*) e as estruturadas em torno da teoria do *stare decisis* (*common law*). Se, de um lado, aumenta-se a importância do direito legislativo em países como a Inglaterra, de outro, expande-se a força vinculante dos precedentes judiciais em países como o Brasil. Talvez estejamos a alguns passos de uma nova era da Ciência Jurídica.

Por conta disso, revela-se imperioso que reconheçamos a inegável existência de um Direito Judicial criativo e, por conseguinte, do papel de fonte do Direito assumido pela jurisprudência, para que, deixando de lado esses debates mais filosóficos, aprimoremos nossa deficiente técnica de operação dos precedentes judiciais. Com esse intuito, exporei os argumentos a favor e contrários ao reconhecimento da criatividade judicial, com vistas a pacificar essa polêmica secular, ainda persistente, não se entende por que nem para quê.

Ademais, reconhecida a necessidade de aplicação de técnicas da *stare decisis* (no qual a força dos julgados possui papel central) ao sistema de precedentes pátrio, será construído um conceito brasileiro de precedentes, a fim de evitar controvérsias inúteis, como a referente ao reconhecimento dos enunciados sumulares como precedentes.

É o que se pretende.

## 2. PRECEDENTE JUDICIAL NAS DIFERENTES FAMÍLIAS JURÍDICAS

O precedente judicial está presente em todo e qualquer sistema jurídico, sem exceção. Em qualquer país, seja de tradição romanística (a exemplo do Brasil e dos países da Europa Continental), seja filiado ao *common law* (modelo comum às nações de colonização inglesa – E.U.A., Canadá, Austrália, Nova Zelândia, parte da África e do subcontinente indiano), a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele similares, um precedente judicial (SOUZA, 2008, p. 15).

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 25), “o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior é o ‘princípio da universalidade’, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de forma semelhante”. Esse princípio representa o próprio ideário de justiça, o qual, indissociável do Direito, justifica a aplicação universal do núcleo essencial de um precedente aos casos análogos em todos os sistemas jurídicos que se tem notícia.

Em verdade, o que varia é a primazia que é conferida à jurisprudência como fonte do Direito pelos diferentes ordenamentos, bem como sua eficácia e a forma de operá-la (PERRONE, 2008, p. 12). São justamente esses atributos, tais como o poder criativo ou meramente declarativo do precedente, seu caráter vinculante ou persuasivo, que a doutrina vem utilizando para enquadrar os sistemas jurídicos na família do *common law* (*judge made law*) ou do *civil law*, se é que é possível tal delimitação (SOUZA, 2008, p. 15).

O *common law* tem como diretriz básica a teoria do *stare decisis*, cujo nome deriva da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, significando: “mantenha-se o Direito e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, 2004, p. 160). Dela decorre que o princípio extraído do precedente terá eficácia vinculante externa (vertical), ou seja, será obrigatório para todas as cortes inferiores. De forma complementar, os países que adotam o *judge made law* são informados pela *doctrine of binding precedent*, definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*<sup>1</sup>, quando a *House of Lords*<sup>2</sup> ratificou o efeito auto-vinculante de suas próprias decisões, renunciando formalmente ao poder de superá-las. Todavia, em 1966, a Corte sabiamente anunciou que seus juízes poderiam se afastar de anteriores posicionamentos quando entendessem necessário (SOUZA, 2008, p. 63).

A análise do desenvolvimento das teorias supracitadas revela que houve certa resistência em condicionar a Corte Suprema, de forma vinculante, às suas decisões pretéritas. De fato, o efeito auto-vinculante só foi reconhecido depois de firmada a eficácia frente às cortes inferiores. Essa questão merece menção devido a uma curiosa situação do ordenamento pátrio: o fato da súmula simples de um tribunal ser obrigatória para o próprio tribunal, mas não o ser para os juízes de primeiro grau a ele *vinculado*. Realmente,

- 
1. Para facilitar o trabalho com precedente, existe regramento específico para nomenclatura dos casos, tanto no Direito inglês, como no norte-americano. Em ambos, a regra geral é: nome autor em primeiro lugar *versus* nome do réu. No entanto, havendo recurso por parte do réu, em geral, seu nome passa a iniciar a nomenclatura (SOUZA, 2008, p. 118).
  2. Corte máxima da organização judiciária da Grã-Bretanha, (“competindo-lhe julgar, em caráter final, as ações oriundas da Inglaterra, de Gales, da Escócia e da Irlanda do Norte”) constitui um órgão do Parlamento – razão pela qual, por meio do *Constitutional Reform Act*. de 2005, criou-se uma nova suprema corte, com funcionamento previsto para outubro de 2009, com vista ao estabelecimento de um judiciário independente (PERRONE, 2008, p. 30).

neste ponto, o sistema brasileiro vem se desenvolvendo, contraditória e esdruxulamente, de forma oposta a tendência seguida no *common law*.

É de notar, a despeito das peculiaridades de cada ordenamento que adota o *judge made law*, a existência, *segundo entendimento convencional*, de inúmeros traços comuns, oriundos do Direito inglês, berço desta família jurídica. Dentre eles, há de destacar a primazia conferida à jurisprudência, atribuindo-se às decisões judiciais o papel de principal fonte normativa, com efeitos vinculantes e gerais; a função secundária da lei; e o predomínio do raciocínio indutivo na metodologia de associação e distinção entre casos (PERRONE, 2008, p. 12).

Registre-se, no entanto, que mesmo no âmbito de similitude entre os integrantes do *common law*, as diferenças são relevantes e merecem menção, basta analisarmos o papel dos precedentes nos Direitos inglês e norte-americano.

De fato, nos E.U.A, o precedente é “bem mais flexível, mais pragmático e menos conservador que no Direito inglês” (SOUZA, 2008, p. 90). O sistema norte-americano é muito menos resistente às mutações jurisprudenciais, com vista a compatibilizar as decisões às novas situações sociais, políticas, econômicas ou mesmo culturais. Isto é completamente justificável pela quantidade bem maior de casos levados a juízo, além de que a organização judiciária (um sistema federal ao lado de dezenas de sistemas estaduais) enseja comumente a formação de precedentes contraditórios – o que acaba por expandir o leque de escolha dos juízes, os quais poderão optar pelo precedente mais adequado. Além disso, em virtude da maior dinâmica social e econômica daquele país, associada ao papel mais preponderante do Direito Constitucional (eminentemente político e, por conseguinte, caracterizado por uma interpretação mais flexível), torna-se mais difícil e tormentosa a adoção estrita da teoria do *stare decisis* (SOUZA, 2008, p. 92).

De forma paralela às diferenciações que foram se formando, justamente, nos elementos comuns de certos sistemas pertencentes ao Direito casuístico, levando alguns a uma certa aproximação ao *civil law* (como é o caso dos E.U.A, no qual a Louisiana já integra esta família), verifica-se, progressivamente, uma fortificação do papel da jurisprudência como fonte do Direito em países de tradição romanística, como o Brasil.

Assim, tudo conspira para o surgimento de uma nova fase do Direito, em âmbito mundial, reduzindo-se ou, até mesmo, eliminando-se o enquadramento dos ordenamentos em famílias jurídicas. Ora, salta aos olhos a importância que a jurisprudência vem assumindo no *civil law*, ao mesmo

tempo em que é inquestionável o crescimento da legislação nos países que adotam o *judge made law*. Enquanto, na Inglaterra, a supremacia do Parlamento<sup>3</sup>, o triunfo dos ideais democráticos, a concepção do Estado de bem-estar social e o ingresso da nação na Comunidade Européia conduzem à expansão do Direito legislativo, em países como o Brasil, a incorporação do modelo constitucionalista norte-americano vem realçando o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito Constitucional (PERRONE, 2008, p. 37).

Miguel Reale (REALE, 1991, p. 153) chega a afirmar que cresce, dia a dia, no *common law*, a influência do processo legislativo, impondo-se, progressivamente, o *primado da lei* como forma de disciplina superior das relações sociais. A questão é tal monta que a publicação oficial britânica *The English Legal System*, já em sua edição de 1972, chegou a dizer que, desde o momento da afirmação da supremacia do Parlamento, as leis tornaram-se obrigatórias, com *precedência* sobre todas as demais fontes do Direito (GALLO, 1991, p. 31). Em verdade, hoje em dia, é raro algum aspecto da vida que não tenha sido afetado pela legislação inglesa.

Paulatinamente, como a outra face desse mesmo processo, no *civil law*, verifica-se “a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais”, afirmando que “o Direito só se define à luz do caso concreto”. Além disso, “a idéia de supremacia da constituição e da necessidade de preservar sua força normativa justificaram a atribuição de efeitos gerais e vinculantes às decisões sobre matéria constitucional”. Por último, o excessivo volume de casos levados ao Judiciário, associado à necessidade de conferir uniformidade e credibilidade aos julgados, ensejou o reconhecimento de uma eficácia mais do que persuasiva à jurisprudência consolidada em certas matérias, de forma a aprimorar a administração da justiça (PERRONE, 2008, p. 52).

Como era de esperar, o Brasil não ficou alheio a este processo. Desde a origem de seu ordenamento jurídico, recebeu influências tanto do *civil law* como do *common law*. Do primeiro, recepcionou, em decorrência da

---

3. Esse princípio, adotado pelo Direito inglês, não encontra correspondência no sistema americano, por se mostrar inconsistente com a separação de poderes prevista em sua constituição escrita e, em decorrência, com o federalismo e com o *judicial review*. Segundo ele, o Parlamento (Rainha, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns) tem poder de “produzir ou revogar normas que serão obrigatoriamente observadas por todos, inexistindo qualquer órgão ou poder que possa, à luz da constituição inglesa, afastar a sua aplicação”. Registre-se que há fortes presságios acerca do desenvolvimento de *judicial review* de leis na Inglaterra, numa ruptura com a anterior tradição (PERRONE, 2008).

colonização portuguesa, o sistema romanístico, adotando a idéia da lei como a principal fonte do Direito. Ao mesmo tempo, numa típica aproximação ao *judge made law*, incorporou os assentos portugueses<sup>4</sup>, verdadeiros antecedentes históricos dos antigos prejulgados e das atuais súmulas (TUCCI, 2004). De outro lado, ao adotar, a partir da Constituição de 1891, o controle difuso de constitucionalidade, sob profunda influência norte-americana, levou a uma relevante fortificação de seu direito casuístico (SOUZA, 2008). Isso sem contar a introdução, pela emenda constitucional n. 16/1965, da fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, a qual, a despeito da inspiração européia, representa significativa valorização da jurisprudência, em virtude da força vinculante e geral de seus julgados.

Foi, contudo, com a Constituição Federal de 1988 que a jurisprudência deu um grande e significativo salto. Foram inúmeras as razões, conforme ensina Patrícia Perrone, *in verbis*:

[...] a) a redemocratização do país, b) a amplitude da pretensão normativa de seu texto, c) a nova hermenêutica constitucional e d) a inovação dos instrumentos de *judicial review*. Assim, primeiramente, a Constituição representou a restauração do Estado democrático e operou um reequilíbrio entre os Poderes da República, fortalecendo a autonomia e a independência do judiciário e, com isso, **criando condições adequadas para o desenvolvimento judicial do Direito.**

Simultaneamente, em virtude de sua estrutura analítica, a nova Carta constitucionalizou diversas matérias e contemplou, em seu texto, um grande rol de direitos fundamentais, os quais, sob os influxos das teorias pós-positivistas antes referidas, permitiram a afirmação aqui das idéias: a) de normatividade dos princípios; b) de solução de antinomias, através da técnica de ponderação de valores e do princípio da razoabilidade; c) de recurso à argumentação; e d) do reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre o ordenamento, ensejando uma releitura do conteúdo das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores, **e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa.**

---

4. “Enunciados judiciais com caráter normativo que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação de normas e a conferir-lhe uniformidade, e que perduraram até a República [...]” (PERRONE, 2008, p. 55). Foram implantados no ordenamento jurídico pátrio, com força de lei, pelo Decreto n. 2.684 de 1875, sendo obrigatórios até que fossem derogados pelo legislativo. Culminando num funcionamento autoritário da elaboração da lei, deram lugar, durante o período republicano, ao recurso extraordinário, inspirado no modelo norte-americano, tendo por escopo a preservação da autoridade e da uniformidade da interpretação da Constituição e das leis federais, pelo Supremo Tribunal Federal (TUCCI, 2004, p. 234).

Verificou-se, ademais, com a promulgação da nova Carta, a ampliação dos precedentes constitucionais com efeitos vinculantes e gerais, quer em virtude da extensão dos legitimados para promover o controle concentrado, antes restrito ao Procurador-Geral da República, quer por conta da efetiva introdução no ordenamento brasileiro de novos instrumentos com tal eficácia, inclusive através de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional. Paralelamente, algumas leis ordinárias conferiram, ainda, efeitos impositivos mais brandos, para além do caso concreto, à jurisprudência do STF e dos tribunais, e às súmulas (PERRONE, 2008, p. 56, grifos nossos).

É inegável, portanto, o papel desempenhado pelo precedente judicial no ordenamento pátrio, merecendo menção suas principais manifestações, as quais, diga-se de passagem, não são poucas. Destacam-se: a) a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A, da CF/88, e a Lei Federal n. 11417/06); b) a presunção de “repercussão geral”, necessária ao conhecimento do recurso extraordinário, quando o acórdão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11418/06); c) a possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, do CPC); d) a previsão de que, em questões que ensejem multiplicidade de recursos extraordinários iguais, a orientação firmada pelo STF sobre a matéria, em um caso paradigma, abrirá para o tribunal de origem a possibilidade de julgar os apelos, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrem, em consonância com o posicionamento firmado na Corte Suprema, sob pena de tê-las casadas ou reformadas liminarmente (art. 543-B, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/06); e) a determinação de que as decisões proferidas contra a Fazenda Pública produzirão efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, quando estiverem de acordo com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente (art. 475, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei n. 10.232/01); f) os recursos que têm por escopo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, a exemplo do recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, da CF/88) e dos embargos de divergência (art. 546, do CPC); g) os institutos de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, do CPC); h) a atribuição de poderes ao relator para inadmitir recursos em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, bem como para dar provimento àqueles em consonância com entendimentos prevaletentes no STF ou em tribunais superiores (art. 557, caput, e § 1º, do CPC, incluídos pela Lei n. 9.756/98); i) a dispensa do dever de submeter a arguição incidental de inconstitucionalidade ao plenário, quando já houver pronunciamento do STF ou do próprio tribunal sobre a matéria

(art. 481, § único, do CPC, com redação dada pela Lei n. 9.756/98); j) a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, caso o título judicial esteja fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou se baseie em interpretação tida por ele como incompatível com a Constituição Federal (art. 475-L, inciso II, e § 1º, e art. 741, § único, ambos do CPC – introduzidos pela Lei 11.232/05).

A análise de todos esses institutos, alguns dos quais chegam a conferir força de lei a certos comandos jurisprudenciais, ao atribuir-lhes eficácia vinculante e *erga omnes*, torna imperativa o desenvolvimento de estudos sobre a teoria dos precedentes no *common law*, com vistas a definição de critérios, que, adequados às peculiaridades nacionais, facilite a aplicação e interpretação da jurisprudência como fonte do Direito.

### 3. CONCEITO DE PRECEDENTE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inicialmente, é importante ressaltar que o termo “precedente” não guarda exata correspondência com “jurisprudência”, pois esta, segundo José Guilherme de Souza (SOUZA, 1991, p. 30), possui, pelo menos, cinco sentidos, quais sejam: a) em sentido amplo, abarcaria toda a ciência do Direito, “independentemente de que sua elaboração tenha sido feita por juristas ou por magistrados; b) etimologicamente (*juris + prudentia*), consiste no “conjunto das manifestações dos juristas, diante de problemas jurídicos concretos levados ao seu conhecimento”, englobando o que se conhece por “pareceres”; c) “um terceiro significado envolve o aspecto da doutrina jurídica, em caráter geral ou específico, sem a preocupação de solucionar problemas concretos”; d) pode, ainda, ser designada como o “conjunto de decisões do Poder Judiciário sobre as causas a ele sujeitas *in concreto*”; e) por fim, “diz-se jurisprudência o conjunto de decisões do poder judiciário, referente a determinado assunto, **num sentido uniforme e reiterado**” e, neste sentido, guarda maior aproximação com o precedente judicial.

Há, ainda, consoante ensinamento de Maria Helena Diniz (DINIZ, p. 290, *apud* VIGLIAR, p. 60), outro sentido para “jurisprudência” que a define como o “conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. **É o conjunto de normas emanadas dos juizes em sua atividade jurisdicional**”. Esta última acepção guarda fortes semelhanças com o conceito de precedente judicial, como será esclarecido, e será adotada neste trabalho.



Pois bem, precedente judicial, nas palavras do Prof. Fredie Didier (DIDIER, 2009, p. 381), “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. “O alcance dele somente será depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores”. Desta forma, “o precedente nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos” (TUCCI, 2004, p. 11).

Segundo Karl Larenz (LARENZ, 1991, p. 611), os precedentes são resoluções paradigmáticas em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal em outro caso. Assim, para ele, “vale como precedente não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, **no quadro da fundamentação da sentença**, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora”.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 12) esclarece que “todo precedente é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentando na motivação (*ratio decidendi*)<sup>5</sup> do provimento decisório. É, justamente, essa segunda parte do precedente que poderá vincular ou persuadir o órgão jurisdicional que tiver de julgar uma causa semelhante àquela da qual se extraiu o comando jurisprudencial.

Mas se entendermos o precedente como a decisão judicial de um determinado caso concreto, cujo núcleo influenciará no julgamento de questões similares, então basta uma simples decisão judicial anterior para que a tese jurídica dela extraída opere seus efeitos sobre demandas análogas? Se a análise recair sobre os adeptos da *Stare decisis*, a resposta será afirmativa. Ali, em regra, basta *uma* decisão em certo sentido para que os órgãos judicantes hierarquicamente inferiores (e a própria Corte que proferiu o comando normativo) sofram a eficácia do quanto decidido anteriormente. No entanto, no Brasil e no *civil law* em geral, a eficácia de um posicionamento judicial anterior, em regra, só funcionará como precedente se reiterado e uniforme ao longo do tempo, sendo insuficiente apenas *uma* decisão para a produção de qualquer efeito, desde os vinculantes até os meramente persuasivos.

---

5. São, em suma, as teses jurídicas, contidas na fundamentação, que influenciam no julgamento de casos semelhantes.

Por conta disso, alguns estudiosos, a exemplo de Marcelo Alves Dias de Souza (SOUZA, 2004, p. 177) e Lenio Luiz Streck (STRECK, 2008, p. 164), sugerem duas acepções para o termo precedente judicial. Em sentido amplo, seria qualquer decisão ou conjunto de decisões (reiteradas e uniformes), cujo núcleo essencial poderá servir de diretriz no julgamento de casos similares, enquadrando-se aí os institutos do ordenamento brasileiro citados anteriormente como manifestações da fortificação da jurisprudência no Brasil. De outro lado, em sentido estrito, segue-se a definição de precedente da *stare decisis*, para o qual uma única decisão judicial já é apta para influenciar casos similares, respeitada a organização judicial hierárquica.

Em decorrência desse entendimento, Lenio Streck, em artigo publicado para combater entendimento de Fredie Didier Jr.<sup>6</sup>, publicado em seu site ([www.frediedidier.com.br](http://www.frediedidier.com.br) – editorial 49), chega a afirmar que as súmulas (simples e vinculantes) não constituem precedente judicial. *In verbis*:

[...] súmula não é “precedente”. Um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser caso, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam “comuns” ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas esteja no fato de o **texto** ser diferente da **norma**. (...) Outro problema reside no fato de que a experiência das súmulas possibilita que o STF seja ao mesmo tempo criador do texto e seu aplicador/concretizador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação do texto sumular pelos tribunais inferiores (...) O precedente possui um *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na constituição, nem na lei e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*<sup>7</sup>. (...) Dos traços gerais que foram colacionados acima, a SV apresenta profundas *dessemelhanças* com os precedentes: 1º) O efeito vinculante está presente em um texto normativo (art. 102, § 2º; art. 103-A, CF); 2º) A instituição do efeito vinculante tem como finalidade “barrar” novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); 3º) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infligindo área de competência do legislador (art. 5º, II, da CF). Este último fator demonstra

- 
6. No editorial n. 49, o Prof. Fredie Didier traz inúmeras críticas à técnica de elaboração dos precedentes, a partir da análise do enunciado n. 11 da súmula vinculante do STF.
  7. Argumentos secundários presentes na fundamentação da decisão, sem os quais o comando decisivo se manteria completamente.

a *incompatibilidade “genética”* entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria de leis (DIDIER, 2008, p. 164).

Ora, distinguir precedente *lato sensu* de precedente *stricto sensu* é até aceitável, com o fim didático de diferenciar os institutos representantes da primazia da jurisprudência no Brasil dos precedentes nos termos da *stare decisis*. O que não se concebe é a utilização dessa diferenciação, ressalte-se, sem nenhum efeito prático de monta, para negar a aplicação de certas técnicas da teoria do precedente do *common law* a institutos como a súmula, a qual, com todo respeito a entendimento contrário, é, inegavelmente, precedente judicial à luz do sistema jurídico brasileiro.

De fato, não se discute que o que consideramos precedente, a exemplo das súmulas, não se encaixa completamente no conceito da *stare decisis* (precedente *stricto sensu*, como querem os doutrinadores supracitados). Isso já era de se esperar, tendo em vista as peculiaridades jurídicas nacionais, com raízes assentadas no sistema romano. Essas diferenças, entretanto, não desnaturam a natureza de precedente de tais institutos, pois, até mesmo o conceito deste deve ser adequado às realidades de cada país, sob pena de persistirmos na separação utópica dos sistemas jurídicos em famílias estanques e continuarmos negando o indiscutível papel da jurisprudência em todos os ordenamentos, sem exceções.

Neste mister, o fato de a eficácia das súmulas decorrerem de dispositivo de lei (ou, no caso das vinculantes, da própria Constituição), enquanto os precedentes do *judge made law* se firmam pela tradição, é plenamente aceitável em um país que, pautado no *civil law*, acaba por querer transformar em “lei” o próprio Direito Judicial. É uma consequência lógica de anos de primazia da norma legislativa sobre qualquer outra fonte do Direito. Ademais, o fato de a súmula ser um comando geral e abstrato, e não um caso concreto servindo de inspiração à solução de outros análogos, não retira sua natureza de precedente, como quer Lenio Streck, pois o enunciado da súmula representa o comando normativo *extraído da jurisprudência reiterada e uniforme sobre certa matéria*. Assim, enquanto no *common law*, se comparam casos para daí extrair o comando jurisprudencial, no caso das súmulas, tentou-se, talvez, simplificar esta atividade, fornecendo, de logo, a regra oriunda das decisões pretéritas, devendo o intérprete analisar seu cabimento no caso *sub judice*. Resta, portanto, indubitoso o caráter de precedente das súmulas.

De mais a mais, todos os institutos acima citados como expressões do crescimento da jurisprudência no Brasil devem ser considerados preceden-

tes, a luz do sistema jurídico pátrio, para o qual, precedente judicial deve ser entendido como “resoluções paradigmáticas” em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal em outros casos análogos (LARENZ, 1991, p. 611). Agrega-se a esse conceito que a tese jurídica poderá ser extraída, de forma indutiva, das decisões pretéritas reiteradas e uniformes sobre a matéria, ou a solução do caso *sub judice* pode resultar da aplicação, por dedução, de enunciados normativos proferidos pelo tribunal, como é o caso da súmula. Por fim, qualquer instituto, representativo de força vinculante de comandos jurisprudenciais, enquadra-se como precedente judicial no ordenamento brasileiro, sendo-lhe aplicáveis, de forma adaptada, por óbvio, algumas técnicas da *stare decisis*.

#### 4. A CRIATIVIDADE DO DIREITO JUDICIAL E O PAPEL DE FONTE DO DIREITO ASSUMIDO PELA JURISPRUDÊNCIA

“Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do Direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?” (LORD RADCLIFFE *apud* CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

De fato, salta aos olhos, pelos motivos abaixo expostos, o papel criativo da jurisprudência tanto no *civil law* quanto no *common law*, pois nem precedentes nem leis são capazes de vincular de *maneira absoluta* o intérprete, já que “sempre existirá a possibilidade de ‘distinguir’ em relação os primeiros, ou de ‘argumentar a contrario’, mais do que ‘por analogia’, em face do Direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado”. Assim, conforme aduz Mauro Cappelletti, o problema não está na possibilidade de criação do Direito pelo juiz e, por conseguinte, na existência de um Direito Judicial, mas sim no grau dessa criatividade e nos seus modos, limites e aceitabilidade (CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

O autor italiano traz o panorama histórico de desenvolvimento deste Direito, aduzindo, que, paradoxalmente, foi justamente na época do auge expansionista do direito legislativo (em especial no século XX) – verificado tanto no *judge made law* quanto nos países de tradição romanística – que se verificou a fortificação da função criativa da jurisprudência. Em verdade, o crescimento do primeiro fenômeno, “impressionantemente”, constituiu causa do segundo. Isso porque “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de ‘checks and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1999, p. 19).

Neste mister, a despeito da função criativa da jurisprudência sempre ter existido, em todos os ordenamentos, porque inerente à própria atividade interpretativa, é inquestionável que sua intensificação constitui típico fenômeno dos séculos XX e XXI. Atribua-se isso, em especial, à consolidação do estado social (*welfare state*), pautado numa legislação, frequentemente, limitada a estabelecer finalidades e princípios gerais (normas abertas), ampliando o espaço para um maior “grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado para a discricionariedade nas decisões judiciais” (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Este estado, pouco a pouco, foi vindo cair por terra sua utopia de se erigir em um “instrumento onipotente de progresso social”, na medida em que as confusões legislativas foram levando a um descrédito nos parlamentos – o que fez nascer, paralelamente, um estado administrativo não menos forte, mas também não menos problemático, tendo em vista a excessiva burocracia e opressões autoritárias. Tudo isso, naturalmente, impôs ao Judiciário muito mais funções e responsabilidades, fazendo surgir, sobretudo no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o controle abstrato de constitucionalidade das leis, como parte de uma **jurisdição constitucional**.

Neste novo cenário, nas palavras de Fredie Didier:

[...] a atividade criativa do Direito se mostra cada vez mais presente, sobretudo em razão dos atuais contornos da função jurisdicional, que vem exigindo do magistrado não apenas a tarefa de aplicação da lei, mediante o vetusto método de subsunção normativa, como também, e principalmente, a tarefa de **adequação constitucional** do caso concreto. **Muito mais do que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão**. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto **sob a perspectiva constitucional**, sobretudo à luz dos direitos fundamentais (DIDIER, 2009, p. 386, grifos nossos).

Some-se a isso a expansão da influência que as decisões judiciais pretéritas vêm assumindo no julgamento de casos análogos posteriores, mesmo nos países do *civil law*, como explanado no tópico 2. Ora, se a decisão judicial, além de criar a norma individual do caso concreto, pode conter, em sua fundamentação, uma norma geral, apta a produzir efeitos em outros julgamentos, similares e posteriores, torna-se ainda mais incontroverso o papel criativo dos precedentes e, por conseguinte, o enquadramento da jurisprudência como fonte do Direito.

Neste sentido vem se posicionando, majoritariamente, a doutrina pátria. José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 2004, p. 18) preceitua que “os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que se imagina”. De igual modo dispõe Lenio Luiz Streck (STRECK, 1998, p. 86), segundo o qual “é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de norma jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas”. José Guilherme de Souza (SOUZA, 1991, p. 37) chega a afirmar que “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de admitir-se que a jurisprudência é fonte do Direito”.

No entanto, apesar de majoritária, a corrente supracitada guarda, ainda, não se entende por que nem para que, opositores. É o caso de Tércio Sampaio Jr., para o qual:

[...] a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do Direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de *costume*. Restariam, talvez, como exemplo de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na equidade (FERRAZ JÚNIOR, 2004, grifos nossos).

Verifica-se, no entanto, que mesmo os opositores já estão tendendo ao reconhecimento do direito judicial criativo. É o que se extrai da própria citação acima, na qual o autor já começa a aceitar tal tese, ao menos no âmbito do direito do trabalho. Insta salientar ser totalmente normal, apesar de um pouco atrasada, a resistência à aceitação deste fato, tendo em vista que a questão envolve aspecto ainda mais polêmico, referente mesmo ao que se entende por “direito”. É o que se depura a partir da análise dos posicionamentos das diferentes correntes jurídico-filosóficas, as quais, variando no “conceito” do direito, oscilam no que toca à problemática em debate.

Consoante ensina Marcelo Alves Dias de Souza (SOUZA, 2008, p. 22), os jusnaturalistas, sobretudo os mais “puristas”, dão ao precedente o papel de mero revelador do Direito, por entenderem que as decisões judiciais apenas declaram aquilo “que é”, ou seja, são meros reflexos do Direito natural preexistente. De outro lado, a escola histórica, não concebendo a idéia de um direito “pronto e acabado”, entende caber ao juiz, “ao interpretar a norma jurídica, conformá-la às necessidades da época e do lugar” (SOUZA, 2008,

p. 28). Dessa forma, para os historicistas, o precedente tem, sim, atributos constitutivos, ocupando, ao lado da lei e dos costumes, a posição de fonte do Direito, segundo Savigny (SAVIGNY apud TUCCI, 2004). De igual modo se posiciona a escola sociológica americana, afirmando ser o direito formado, inclusive, pelas normas produzidas pelo Judiciário ao decidir um caso concreto. Assim também os realistas, para os quais “os juízes tomam suas decisões de acordo com suas próprias preferências políticas ou morais”, escolhendo “uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” e, desta maneira, sendo muito mais experiência do que lógica, o direito vai sendo criado nos tribunais (DWORKING, 2002, p. 6). Por fim, os positivistas, os quais não são assentes quanto à matéria. Enquanto a escola de exegese tinha o código como a única fonte do Direito, Kelsen (KELSEN, 1991, p. 255) aduzia que “uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório”, de forma que “a descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo”.

Sucintamente exposta a evolução do direito judicial, sua consequente função criativa, largamente admitida neste ensaio, e os posicionamentos das escolas jurídico-filosóficas sobre a questão, torna-se imprescindível analisar os argumentos das duas teorias estruturadas em torno da matéria: **teorias declarativa e constitutiva**. Desde já, como consectário lógico de tudo o quanto acima defendido, as ideias justificadoras da tese declarativa serão expostas e imediatamente rebatidas, tendo em vista a maior inteligência da já dominante “tese criacionista”.

A teoria declarativa é ainda adotada por autores ingleses de renome, como James Coolidge Carter (SESMA, 1995, p. 28, *apud* SOUZA, 2008, p. 43), além de ser acolhida em alguns posicionamentos jurisprudenciais. No entanto, mesmo na Inglaterra, na *Hord of Lords*, tem se afirmado, com moderação, em virtude do ainda vigente princípio da supremacia do parlamento, a tese constitutiva (SOUZA, 2008, p. 45). Sesma traz um exemplo bastante elucidativo do entendimento declarativo, *in verbis*:

Os tribunais da mais alta autoridade em todos os Estados dos Estados Unidos estão, esporadicamente, obrigados a mudar suas regras sobre questões da maior importância. Ao fazerem isso, não significa que o Direito mudou, mas, sim, que o tribunal estava equivocado na sua primeira decisão, e **que o Direito é, e na realidade sempre foi, como foi exposto na última decisão sobre a matéria. Não se pode dizer que os membros do Poder Judiciário fazem ou mudam o Direito**. Eles simplesmente o expõem e aplicam aos casos individuais (Caso Ray v. Western Pennsylvania Gas Co., 1981) (grifos nossos).

Verifica-se, assim, que, para os declaratistas, o direito preexiste à decisão judicial, a qual apenas serve para revelá-lo diante do julgamento de uma demanda concreta. É algo muito próximo ao ideário jusnaturalista, pautado na existência de um direito “pronto e acabado”. Assim, se os órgãos judicantes mudam o entendimento sobre dada questão, não significa que o direito inovou-se, mas, sim, que os tribunais passaram a declará-lo como realmente é, e sempre foi. Creio que a tese declarativa peca, neste ponto, por confundir a inegável plenitude do sistema jurídico com a crença utópica na existência de um direito “pronto e acabado”.

Ora, não se questiona que a solução para todas as questões jurídicas encontram-se no próprio sistema. Isso, no entanto, não quer dizer ser “impossível agregarem-se, paulatinamente, novas normas ou criar-se novo Direito” – o que seria, sem exageros, olvidar a própria realidade. Afinal, como negar o papel criativo do juiz diante de decisões normatizadoras de situação ainda não legislada?! De fato, crescem, progressivamente, os casos em que a jurisprudência se antecede ao legislador, criando novas normas, extraídas, não se nega, do próprio sistema jurídico, mas que constituem direito novo e, ressalte-se, de origem judicial<sup>8</sup> (SOUZA, 2008, p. 49).

Os juízes criam Direito. Merecem explanação, no entanto, as justificativas da teoria declarativa, as quais giram, principalmente, em torno de aspectos constitucionais, guardando inegável plausibilidade. Mcleod, com base no direito inglês, sintetiza a temática:

O problema é antes tudo de ordem constitucional. Primeiro (...) a doutrina da separação de poderes, que sugere que as funções legislativa, judiciária e executiva do Estado devem ser exercidas por órgãos ou poderes distintos. Conseqüentemente, se os tribunais criam Direito, há uma clara ofensa à doutrina. Em segundo lugar, a operação retroativa da doutrina do precedente (...) parece ser um a ofensa à rule of law, já que as pessoas não podem saber, com antecedência, as conseqüências legais de suas condutas. Um argumento constitucional final simples: Se as decisões judiciais são Direito, por que apenas algumas cortes, que estejam em determinada posição hierárquica em relação às cortes de onde emanaram a decisão, estão obrigadas por essas decisões? Em outras palavras, se uma decisão anterior contém o Direito, os tribunais que não são obrigados pela decisão estão sendo colocados acima do Direito (MCLEOD, 1996, p. 133, *apud* SOUZA, 2008, p. 46).

---

8. Fato largamente verificado no âmbito do direito de família, no Brasil, só para citar um exemplo. Neste ramo, quando ainda vigorava o defasado CC/16, as decisões judiciais supriam suas as lacunas e superavam seus atrasos, até que a CF/88 e, depois, o CC/02 transformou em lei o direito criado nos tribunais.



Apesar da plausibilidade, toda essa argumentação é facilmente rebatível. Vejamos.

Primeiro, mesmo na França, berço da doutrina da separação de poderes, a concepção rígida desse ideário vem, progressivamente, cedendo espaço para o sistema de controles recíprocos (*checks and balances*), no qual “o ‘crescimento do judiciário’ é obviamente o ingrediente necessário”. Ora, “o ideal da estrita separação teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”, e um “legislativo totalmente não controlado”, acompanhado de um executivo praticamente em iguais condições, pelos menos até o surgimento da justiça administrativa (CAPPELLETTI, 1999, p. 53). Por todas essas razões, é cada vez mais constante, “mesmo em nosso constitucionalismo, o exercício, por um dos poderes do Estado, de função típica de outros” (como é o caso da criatividade, “com contornos legislativos”, da função judicante), invalidando qualquer assertiva que venha a sugerir suposta inconstitucionalidade na existência de um Direito Judicial, com fundamento na ofensa à estrita separação dos poderes, desde que respeitados os devidos graus e limites na criação judicial do Direito. Isso porque as “orgias jurisprudências” são tão perigosas quanto as legislativas, sendo, por óbvio, combatidas neste trabalho (SOUZA, 2008, p. 48).

Segundo, o fato de o novo entendimento jurisprudencial se aplicar, normalmente, de forma retroativa, violando os valores de certeza e previsibilidade, é decorrência da própria ficção declarativa de que a nova decisão *diz* o que o direito sempre foi. Assim, é na teoria declarativa que a eficácia retroativa se respalda, de forma que, superada aquela, enfraquecida encontra-se esta. Isso sem contar que, a despeito da ofensa à previsibilidade e certeza, existe, no direito judicial, “o benefício de se dar maior peso à equidade e à justiça do caso concreto” (CAPPELLETTI, 1999, p. 85). Ademais, a retroatividade não é um dogma insuperável e, em verdade, raramente há uma mutação jurisprudencial sem prévio aviso, falando-se, mesmo, em uma técnica de sinalização. Por último, apesar de dominante no direito inglês e norte-americano, neste último, não se nega a possibilidade de atribuição de eficácia prospectiva (apenas para o futuro) aos novos entendimentos das cortes-estaduais, relativizando a eficácia retroativa de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto e, assim, enfraquecendo, ainda mais, o presente argumento declarativista (PERRONE, 2008).

Marcelo Alves Dias de Souza aduz ser o terceiro argumento (segundo o qual o precedente judicial não pode ser considerado Direito, por ser comum os casos que obrigam tribunais inferiores, mas não obrigam os

superiores, de tal forma que estes últimos estariam acima do direito) o de maior peso, porém igualmente superável. Sua explanação dispensa acréscimos, *in verbis*:

[...] é algo que decorre da própria natureza das coisas: a hierarquia dos tribunais é fundamental para o funcionamento da teoria do *stare decisis*, assim como a hierarquia das normas legais, com a supremacia da Constituição, é fundamental para o funcionamento do ordenamento jurídico de qualquer país. Ademais, o fato de uma norma ser aplicável aqui, mas não alhures, é fenômeno que se dá, também excepcionalmente, com a lei. Basta ver, como simples exemplos, as imunidades diplomáticas, as parlamentares ou as imunidades e isenções tributárias. Basta ver determinadas prerrogativas que certos agentes públicos detêm. São distinções que, se não decorrem da própria natureza das coisas, fizeram parte do juízo de conveniência para com funcionamento do sistema jurídico político como um todo (SOUZA, 2008, p. 49).

Os argumentos declarativistas não param por aí. Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1999, p. 91) afirma que, provavelmente, a maior limitação à criatividade judiciária seria sua alegada “*falta de legitimidade democrática*”, lastreada no suposto “*caráter não-majoritário*”. Ora, “há muitos casos em que as decisões políticas do governo (...) refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, mas isto não é verdade em muitos casos”. Some-se a isso o fato do próprio judiciário não ser completamente desprovido de representatividade, decorrendo da obrigação constitucional de fundamentação dos julgados (existente no Brasil e na Itália, por exemplo), um “*grau de ‘exposição’ ao público e controle por parte da coletividade que o legitima*”. Isso sem contar que “os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema”, permitindo o acesso ao *judicial process* e, assim, dando proteção a grupos marginais que “não estariam em condições de obter o acesso pelo *political process*”. Por fim, assim arremata Cappelletti, *in verbis*:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros controles de poder não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas (CAPPELLETTI, 1999, p. 107).

Neste mister, em virtude da função judicante constranger seus exercentes a se debruçarem sobre a realidade, na decisão de “casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos e problemas atuais da vida”, a “produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”, desde que respeitados os limites do sistema de freios e contrapesos, frise-se novamente (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

## 5. CONCLUSÃO

Neste mister, vencidas todas as justificativas lastreadoras da tese declarativa, só resta consagrar a já majoritária teoria constitutiva, pela obviedade, largamente demonstrada, da criação judicial do direito e conseqüente enquadramento da jurisprudência como uma de suas principais fontes. Espera-se que os juristas brasileiros reconheçam essa obviedade e aprimorem a construção de uma técnica de operação com os precedentes brasileiros, pois a atual forma de elaboração dos enunciados sumulares, só para citar um exemplo, clama por retificações.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. V. 2. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004.
- GALLO, Antônio Felipe A. **A lei como fonte principal do Direito inglês nos dias de hoje**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991, vol. 673.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. Port. José Lamengo. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1997.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência. Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

CAPÍTULO IV

# RECONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA SOCIEDADE DE RISCO – O “LANÇADOR DE ALERTA”

*Camilo de Oliveira Carvalho\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O Direito Ambiental Fundamental – 3. A Perspectiva constitucional-ambiental: reconstrução da relação contratual – 4. A relação contratual reconstruída. Vínculo essencial para a afirmação do Estado Ambiental Interventor – 5. A responsabilidade contratual das partes no Direito Ambiental a despertar um magno: o “lançador de alerta” – 6. O “lançador de alerta” no Estado Ambiental Interventor – 7. A modernidade reflexiva e a regularização das condutas do “lançador de alerta” – 8. Considerações finais – 9. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O desenvolvimento tecnológico e as catástrofes ambientais do último século reconstróem a percepção jurídica contemporânea com base em uma cidadania reflexiva e atuante, fazendo repensar as relações contratuais sob uma nova perspectiva constitucional-ambiental. Dentro deste contexto, o “lançador de alerta” é uma alternativa para o desenvolvimento de uma cidadania efetiva e da consolidação de direitos no Estado Ambiental Interventor. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 edifica melhores possibilidades de construção de um Estado ético, fraternal e socialmente responsável. Como ator desse Estado, encontra-se uma coletividade atuante. Partindo da noção de risco ambiental, propõe-se a emergência do Estado Ambiental Interventor, tendo o “lançador de alerta” como o principal *plus* argumentativo das idéias a serem comunicadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** SOCIEDADE DE RISCO; RESPONSABILIDADE CONTRATUAL; ESTADO AMBIENTAL INTERVENTOR; LANÇADOR DE ALERTA.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é informacional. Ter acesso à informação não é apenas um direito previsto em Cartas de diversos países do mundo,

---

\*. Graduando e Pesquisador – UFBA. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Animal (NIPEDA) – UFBA.

mas uma exigência da estrutura econômica e social globalizada na diversidade dos países democráticos. Engajados numa consciência de necessidade coletiva, os atores sociais, em uma comunidade produtora de tecnologia e de riscos, reconstróem a perspectiva contemporânea de Estado. Este último, em contrapartida, reconhece a necessidade de interferência dos cidadãos no exercício de fiscalização e controle da ocorrência de danos ambientais.

Os mecanismos de iniciativa popular para a efetivação de direitos difusos tendem a atingir sua máxima efetividade na sociedade contemporânea. A responsabilidade nas relações contratuais internas se estende para que a coletividade prime num conflito de interesse entre as partes. A constitucionalização do direito no Brasil faz reconhecer a fundamentabilidade do Direito Ambiental. Nesse sentido, repensa-se o exercício da cidadania plena no Brasil, tendo por base experiências também desenvolvidas em outros países, como a França e a Inglaterra, que tratam do direito de alertar danos eminentes ou prováveis na sociedade de riscos contemporânea.

Os conceitos tradicionais ou clássicos que versam sobre o exercício da cidadania abrem espaço para a conformação de modalidades diversas de organização social.

## 2. O DIREITO AMBIENTAL FUNDAMENTAL

Os juristas brasileiros já não se alongam na discussão quanto a fundamentabilidade do Direito Ambiental. A Constituição é uma “ordem” jurídica Fundamental (CANOTILHO, 1998, pp. 1336-1337). Em conformidade com a natureza fundante da Lei Maior e partindo do caráter das normas-princípios<sup>1</sup> nela inseridas, tratam-se os *direitos e garantias individuais* enquanto *cláusula pétre*a inserida na Constituição Federal de 1988 (Art. 60, § 4º, VI).

Os direitos fundamentais são subdivididos pela doutrina em: direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais, à liberdade e à vida); direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e direitos fundamentais de terceira geração (direitos de fraterni-

---

1. Para Jorge Miranda: “As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação e execução imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores, conferem ‘elasticidade’ ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vem a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não se consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já [...]; aparecem muitas vezes acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.” (MIRANDA, 1996, pp. 244-245).

dade). Neste último grupo está o meio ambiente equilibrado (MORAES, 1999, pp. 56-57). É fundamental, portanto, o direito a um meio ambiente saudável, direito difuso, dotado de uma sociabilidade a que se reporta um grupo pouco determinado de pessoas (MORAES, 1999, pp. 56-57).

Neste ponto, é essencial o entendimento: parte-se da fundamentabilidade dos direitos e garantias individuais e, conseqüentemente, do *direito ao meio ambiente equilibrado*<sup>2</sup>, para atribuir-se ao Direito Ambiental a característica de *direito fundamental de terceira geração*.

Sem discutir profundamente o conceito da expressão *meio ambiente* (extremamente ampla), mas não perdendo de vista a sua importância e o objeto deste artigo, basta enfatizar que a proteção ambiental engloba bens materiais e imateriais, as gerações que vivem e as gerações futuras. A sua importância é visível com a explosão de textos normativos que tratam da matéria nas duas últimas décadas, tanto num sentido sócio-econômico, como na busca de uma conscientização ao redor do tema.

### **3. A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-AMBIENTAL: RECONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

Situado o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, toma-se por base a noção de constitucionalização do direito e, neste ponto, do Direito Ambiental, para uma interpretação mais digna da sociedade de risco. A adequação clássica dos princípios do direito civil abre espaço para uma noção transindividual e solidária (BORGES, 2007, pp. 673-690) no tratamento jurídico dado às coisas, entre as quais não se pode mais enxergar os animais e a natureza. Busca-se uma visão histórica para o tratamento do direito (BORGES, 2007, p. 674; KOERNER, 2005). Sobrepõe-se ao conceito clássico de contratos – que enxerga o indivíduo isolado, portador de uma vontade contratante – o conceito contemporâneo desse instituto – não se podendo mais subjugar o direito coletivo à vontade individual de um contratante isoladamente considerado. Esta noção mais se coaduna com a percepção de uma sociabilidade e de uma fraternidade

---

2. Apesar de não ter-se aqui o intuito de defini-lo, para Helita Barreira Custódio, o direito do ambiente pode ser entendido como o “conjunto de princípios e regras impostos coercitivamente, pelo Poder Público competente, e disciplinadores de todas as atividades direta ou indiretamente relacionadas com o uso racional dos recursos naturais [...], bem como a promoção e proteção dos bens culturais [...], tendo por objeto a defesa e a preservação do patrimônio ambiental (natural e cultural) e por finalidade a incolumidade da vida em geral, tanto a presente como a futura.” (CUSTÓDIO, 2006).

afeita à construção do direito ao meio ambiente equilibrado enquanto direito fundamental.

A visão pós-constituente de 1988 no Brasil desfigura os antigos slogans orientadores da segurança jurídica burguesa desde 1804 com o Código de Napoleão na França. A igualdade formal e a liberdade de contratar são postos em questionamento diante dos riscos ambientais que envolvem toda a humanidade. E, neste sentido, repensa-se a condição básica para o exercício da cidadania plena, expandindo o conceito tradicional ou clássico de cidadania e abrindo caminho a novas orientações de ação e modalidades de organização social (LEITE; AYALA, 2004, p. XIX.).

Da igualdade jurídica e formal, em que resvala a antiga noção de justo<sup>3</sup>, parte-se para a valorização da justiça contratual ou equidade contratual (LEITE; AYALA, 2004, p. 678). As noções de intangibilidade ou inalterabilidade, bem como a força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – diante de direitos fundamentais difusos – tais como o direito a um meio ambiente equilibrado, necessitam de uma aplicação mais adequada à necessária efetividade de direitos no Direito Ambiental.

A coletividade, sob a nova perspectiva contratual, já não pode abster-se das relações firmadas entre dois contratantes anteriormente isolados. Ao Estado não cumpre apenas o dever de proteção para que o contrato seja realizado. O discurso liberal perde sentido com o crescente avanço científico de uma tecnologia produtora de riscos (LUHMAN, 1993). Por isso, passa a ter importância uma análise funcional e não apenas estrutural dos contratos (BORGES, 2007, p. 677).

A Constituição Federal de 1988 no Brasil é o marco de uma nova percepção jurídica fundamental. No dizer de Roxana Borges (BORGES, 2007, p. 678): “a ordem civil constitucional brasileira contemporânea não é conservadora, mas dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária”. A segurança jurídica, ainda que existente, deve, nesta nova concepção, abrir espaço para que se sobreponha a equidade<sup>4</sup>, como norteadora de uma

---

3. Para Roxana Borges, “O voluntarismo – a vontade como poder jurígeno – era quase pleno e era visto como garantia de justiça dos contratos. A justiça contratual era consequência lógica da soma de igualdade (formal) com a liberdade de contratar, pois se as partes eram iguais e livres para contratar e não contratar, sendo a vontade um poder jurígeno, o que as partes contratassem seria, necessariamente, justo: ‘quem diz contrato diz justo’, em expressão da época.” (BORGES, 2007, p. 676).

4. Para Miguel Reale, “se podem superar as lacunas do direito graças a *normas de equidade*, e [...] mediante *juízos de equidade*, se amenizam as conclusões esquemáticas de regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cer-



justiça contratual. Assim, as relações de contrato deixam de ser estáticas, sobrepujando como elemento essencial do negócio jurídico a cooperação. Daí a importância do Princípio da Boa-fé Objetiva nas relações contratuais como uma regra de conduta baseada na lealdade, na confiança, na transparência, na veracidade, na assistência e na informação (CASSETTARI, 2008). Distinguindo-se o Princípio da Função Social do Contrato<sup>5</sup> como um outro norteador das relações contratuais contemporâneas. Entende-se, portanto, que num embate entre particulares contratantes e o interesse social, prevalece este último, ainda que em desfavor da autonomia da vontade.

No âmbito constitucional dos direitos, busca-se uma dimensão que vai além da proteção a direitos individuais e coletivos. Resguarda-se a *fraternidade* enquanto fundamental para a construção de uma dignidade ambiental e na *solidariedade* como um dos mais elevados valores éticos da humanidade. Cabe ao Estado o dever de buscar diretrizes que assegurem o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e a todos os povos (Princípio do Ambiente Ecologicamente Equilibrado). Mas, além do dever do Estado, é importante a superação da crise de consciência mundial, que reporta à satisfação de interesses imediatos em detrimento de uma *gestão patrimonial*<sup>6</sup> dos recursos ambientais.

#### **4. A RELAÇÃO CONTRATUAL RECONSTRUÍDA. VÍNCULO ESSENCIAL PARA A AFIRMAÇÃO DO ESTADO AMBIENTAL INTERVENTOR**

Sob as vicissitudes de uma nova ordem de pensamentos aqui relacionados aos paradigmas de uma principiologia contratual, já não afamam

---

cam certas hipóteses da vida social (...). Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real.” (REALE, 2005, pp. 298-299).

5. Segundo Caio Mário: “A função social do Contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.” (PEREIRA, 2007, p. 13).
6. Paulo Freire Vieira, em prefácio da obra – Direito Ambiental na Sociedade de Risco (LEITE; AYALA, 2004) – assim nota a noção de patrimônio: “o termo patrimônio deve ser entendido como um conceito relacional, que alimenta a reflexão sobre mudanças de percepção que desembocam na idéia de uma natureza-projeto, de uma relação complexa permeada pelo princípio da prudência ecológica (Ost, 1995). Vista dessa perspectiva, a natureza constitui, um sentido figurado, um espelho através do qual os seres humanos são estimulados a se aprofundar na via socrática do autoconhecimento, reconstruindo seu senso de identidade e o sentido profundo de suas vidas.” (LEITE; AYALA, 2004, p. XIII).

os estudiosos do direito aquilo que para o mais comum dos homens é evidente: a idéia de que o desenvolvimento do conhecimento humano e, conseqüentemente, da tecnologia alastra e faz cada vez mais necessário reconhecer os riscos ambientais na sociedade contemporânea.

O desenvolvimento resolve problemas, mas traz uma série de inquietações que na sociedade de riscos deve incluir a participação reflexiva. Esta é também uma noção que se aproxima da perspectiva de fundamentabilidade dos direitos. Busca-se o equilíbrio de uma sociedade que, diante dos riscos da contemporaneidade, tende a tornar-se uma sociedade ambiental reflexiva.

Neste ponto é importante inserir a noção de *triangularização nas relações contratuais* (BORGES, 2007, p. 683), entendimento que surge justamente de uma mudança interpretativa acerca do envolvimento das partes numa relação jurídica contratual. A sociedade contemporânea faz mister compreender que não apenas interessam numa relação contratual as famosas partes “A” e “B”, tão didaticamente usadas nos primeiros estudos acerca do negócio jurídico. Interessa também um terceiro que sequer arguiu a sua vontade na celebração do contrato, mas que da relação faz parte por ser indiretamente interessado: a coletividade.

Tal entendimento traz um pressuposto mais que relevante: antes de proteger as partes “A” e “B” de uma relação jurídica, sob a nova perspectiva constitucional-ambiental, protege-se inicialmente a coletividade, que quando atingida pela esfera limítrofe de poder que têm os dois contratantes iniciais, interfere na relação para regular tal desvio e tornar o exercício da liberdade a elas concedida *socialmente útil* (BORGES, 2007, p. 683).

Este terceiro essencial para a conformação da triangularização contratual realizar-se-á neste trabalho com a conformação de uma nova perspectiva de Estado: o *Estado Ambiental Interventor*<sup>7</sup>. As relações contratuais renovadas albergam a coletividade que se manifesta em prol de uma solidariedade, de uma fraternidade, por meio de um terceiro abstrato regulador dos riscos na sociedade civil contemporânea.

---

7. Ainda que a maioria dos autores utilize, num mesmo sentido de solidariedade, apenas a expressão Estado Ambiental; prefere-se aqui enfatizar o caráter “interventor” como forma de dignar um ente que aparentemente, ou ao menos inicialmente, não faz parte da relação, mas que, numa perspectiva contemporânea, pode atuar antes mesmo da ocorrência de um dano propriamente dito – a coletividade. É uma noção prévia para o desenvolvimento do entendimento acerca do lançador de alerta.

## 5. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DAS PARTES NO DIREITO AMBIENTAL A DESPERTAR UM MAGNO: O “LANÇADOR DE ALERTA”

O Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ainda que não se tratasse de forma incisiva do princípio da função social do contrato nos pontos anteriores, a conceitualização das idéias desenvolvidas até aqui resguarda um comportamento ético com base nesta principiologia. Entende-se, portanto, que “o contrato não deve atentar contra o conceito de justiça comutativa” (PEREIRA, 2007, p. 13). Um interesse social maior é resguardado.

Tratando da responsabilização das partes nas relações contratuais contemporâneas, triangularizadas, é truísmo dispor que responderão os contratantes principais pelos danos causados a terceiros, ainda que estes terceiros não possam ser enumerados, ou seja, que sejam difusamente considerados. Atenta-se, por conseguinte, ao que dispõe o artigo 187 do C.C: “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 e pelos bons costumes”. Repararão o dano as partes que lesarem direitos de outrem.

Essa simples análise positiva traz forte respaldo para a discussão do tema na medida em que a ordem jurídica civil posta reconhece, expressamente, princípios constitucionalizados importantes para o entendimento do tema, entre eles, o da função social da propriedade, o do não abuso do poder econômico e o princípio da solidariedade<sup>8</sup>. Esse fenômeno de constitucionalização, como referido anteriormente, é a chave mestra de reconhecimento de um Estado Ambiental Interventor. Isto porque ao Direito Ambiental cabe o reconhecimento de um ente difuso, principal propulsor da equidade contratual. Como preleciona Roxana Borges (BORGES, 2007, p. 684): “Ao inserirmos a questão ambiental outro fator prevalece sobre a intangibilidade do contrato: *a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado*”.

A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo do seu texto ao Meio Ambiente. Considerada uma das mais avançadas legislações do mundo, dispõe seu artigo 225, *in verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente

---

8. Tais princípios podem ser encontrados na Constituição Federal, respectivamente, nos artigos: 5º, XXIII e 170º, III; 173º, § 4º; e 3º, I. Para não fugir ao objetivo do estudo, não nos aprofundaremos nestes temas.

ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Deste dispositivo pode-se intuir a complexidade da relação jurídica ambiental. Preocupa-se o legislador constitucional com os descendentes das partes contratantes e de uma coletividade que participa indiretamente dos negócios jurídicos contratuais generalizados. Esta é a reconhecida equidade *intergeracional* (BORGES, 2007, p. 684) que torna a proteção ambiental um *direito-dever de todos* (BORGES, 2007, p. 684). Tais noções não poderiam ser desenvolvidas separadamente e, por isso mesmo, nas relações contratuais ambientais não se distinguem sujeitos ativos de passivos. A responsabilidade deixa de atuar inter-partes e passa a desenvolver-se cooperativamente, solidariamente. O “Poder Público” e a “coletividade” referidos no texto constitucional transcrito é, portanto, nesta comunicação, o *Estado Ambiental Interventor*. “Interventor” porque “defende” e “preserva” as presentes e futuras gerações, diferentemente, portanto, do simples Estado Ambiental, que espera a ocorrência do dano para regular a relação contratual pré-existente.

A sociedade de risco faz necessária a intervenção da coletividade e do Poder Público na gestão do patrimônio ambiental. No intuito de aumentar a participação da população na manutenção do patrimônio ambiental e cultural e de trazer eficácia à disposição do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, desenvolve-se aqui uma noção de *alerta*.

O *Estado Ambiental Interventor* é composto por dois elementos básicos: O *Poder Público* e a *Coletividade*. O primeiro deve realizar o serviço de fiscalização convencional, verificando os casos de abuso na gestão patrimonial, prevenindo contra prováveis danos que possam acontecer contra o meio ambiente equilibrado. Já a *Coletividade*, dispondo de meios próprios previstos em Lei, denuncia danos concretos ou prováveis situações de dano ambiental na sociedade.

O Brasil, atuando no processo de construção de uma democracia participativa, ainda que latente sua expressividade, desenvolve alguns elementos de inclusão social quando protege o meio ambiente. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 prevê o princípio da participação popular (Princípio n.º 10) como um dos seus dispositivos. A resolução n.º 9 de três de dezembro de 1987 (publicada apenas em cinco de julho de 1990) do Conselho Nacional do Meio ambiente (CONAMA) regula no âmbito federal as audiências públicas que tratam de problemas referentes ao equilíbrio ambiental.

Através destes mecanismos, o elemento *Coletividade* atua, ou deveria atuar, em conformidade com o *Estado Ambiental Interventor*. A efetividade de tal participação não é plena. Existe uma troca de informações entre a administração e os cidadãos, mas as opiniões não vinculam as decisões das autoridades. A população não é devidamente esclarecida sobre seus direitos. Muitas vezes, a participação popular ocorre num momento em que as decisões já foram estabelecidas, não surtindo efeitos o direito de participação do cidadão. Grupos mais bem organizados podem ser favorecidos influenciando um público leigo, seja pela manifestação de especialistas em determinadas áreas ou até mesmo de forte influência política. Uma série de processos burocráticos e técnicos facilita a estratificação, tornando as decisões mera imposição de poder, acentuando o aspecto teatral da participação popular nas decisões políticas.

Diante de tais dificuldades, buscam-se novas experiências que acrescentam ao elemento *Coletividade* uma maior eficácia na resolução de questões ambientais. Desenvolve-se, a partir de agora, com base em experiências propagadas na União Européia, uma nova interferência da *Coletividade* na sociedade de riscos: o “lançador de alerta”. O segundo elemento do Estado Ambiental Interventor pode e deve atuar por meio de um único ator, que além de proteger a si mesmo, alerta a coletividade de prováveis ou evidentes riscos ambientais, além de riscos à saúde de uma comunidade difusa ou não.

O “lançador de alerta” vem, neste ponto, confirmar a perspectiva de uma nova adequação contratual das partes, responsabilizadas pelos danos causados a terceiros (a sociedade). Além disso, é uma alternativa para a efetiva participação nas decisões políticas, instrumento de inclusão social afeito à construção de uma democracia participativa. O “Poder Público” e a “coletividade” (art. 225, CF) têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao “lançador de alerta”, atuando como membro da coletividade, é conferido o mesmo dever.

## **6. O “LANÇADOR DE ALERTA” NO ESTADO AMBIENTAL INTERVENTOR**

A curiosa expressão “lançador de alerta” é uma tradução não muito digna da designação francesa “lanceur d’alerte”. Não há correspondência entre as expressões, mas ambas significam “a pessoa que alerta a população ou as autoridades públicas sobre determinado risco” (NOIVILLE, 2006, p. 124).

A sociedade contemporânea repleta de perigos, no intuito de prevenir-se, torna o alerta um elemento essencial para a política de prevenção contra

todos os tipos de risco à comunidade. Diversos são os dispositivos na França que tratam da proteção do assalariado que denuncia um assédio ou casos de violência a mulheres e crianças, bem como da proteção ao alerta de ameaças sanitárias e de outros casos (NOIVILLE, 2006, p. 125). Tratar-se-á aqui da proteção ao alerta que denuncia ao poder público o perigo de ocorrência de danos ambientais.

Resta, porém, saber quando pode um trabalhador, um pesquisador, um empregado de uma empresa revelar às autoridades competentes os riscos decorrentes dos seus estudos ou do exercício da sua profissão, ainda que não seja do interesse dos seus patrões ou dos dirigentes das instituições onde trabalham manter sigilo.

Pode-se verificar um choque entre a liberdade de expressão dos alertas e o respeito ao sigilo profissional. É necessário, portanto, atingir o limite, a linha tênue de respeito que promana da relação contratual contemporânea, uma relação complexa, triangularizada. A coletividade alberga a possibilidade de contratos particulares, mas eles não podem a ela prejudicar, pois estariam ferindo a cooperatividade e fraternidade inerentes à ordem jurídica fundamental contemporânea.

A dificuldade que se impõe quando se trata da proteção do lançador de alerta está relacionada com a escala hierárquica a que ele muitas vezes está submetido. Não se está tratando, portanto do profissional liberal ou pesquisador sem compromisso com o sigilo. Este profissional tem sua liberdade de expressão e de expor os resultados de suas pesquisas ainda que a elas não seja sempre dado o status de confiança que têm instituições vinculadas diretamente ao poder público e responsáveis pela fiscalização e pela produção de conhecimento quanto a prováveis danos ambientais. Está-se pensando de forma mais estrita nos profissionais de empresas particulares, de instituições de fiscalização e pesquisa, que em favor de uma discrição profissional e de interesses econômicos da sua gerência não respondem cooperativamente à sociedade quando verificam latentes ou evidentes danos ao meio ambiente. Rompem, desta forma, com a equidade contratual que deveria ser mantida com o terceiro contratante abstrato, a sociedade. E na maioria das vezes o fazem não por falta de uma consciência coletiva, mas porque defrontam no interior das instituições onde exercem suas profissões com um poder hierárquico repressor, não encontrando muitas vezes respaldo do poder público que garanta a sua dignidade enquanto membro daquela instituição e enquanto cidadão.

As situações em que contratualmente estão previstas cláusulas de confidencialidade ou quando o alerta é dado de forma exagerada e muitas vezes injuriosa trazem mais dificuldades (NOIVILLE, 2006, p. 128). Em

alguns casos, o “lançador de alerta” tenta anteriormente tratar da questão danosa com seus superiores, sendo por vezes ameaçado ou ignorado. Em situações como essa, o alerta tende a ser exagerado, dramático, gerando situações desconfortáveis para as empresas. Somando-se a isso, as obrigações de origem contratual, como as que designam a propriedade dos resultados das pesquisas às empresas, quando rompidas, trazem a impressão de deslealdade e desconfiança.

A interpretação simplória desses fatos faria com que a questão se encerrasse neste ponto, imaginando-se que houve uma deslealdade do empregado, que havendo uma cláusula que especificasse a propriedade dos resultados da pesquisa, estar-se-ia rompendo a fidelidade pré-estabelecida e mais indignamente o “*pacta sunt servanda*”. Deflagra-se essa questão com no mínimo duas objeções: a primeira é que a interpretação sistemática do ordenamento faz entender que a lealdade, a confiança, a transparência e a veracidade são *pré-supostos* contratuais, estão presentes em qualquer relação contratual ainda que o contrato não especifique; a segunda questão trata da inserção do terceiro contratual abstrato que indiretamente poderia estar sendo lesionado caso o alerta não fosse anunciado. A junção desses dois elementos é fundamental para entender que não haveria, na questão posta um descumprimento de cláusula contratual, mas uma adequação da relação previamente estabelecida com os ditames de uma comunidade contratual contemporânea.

Não se pretende a proteção a alertas exagerados, marcados pela pessoalidade do lançador, mas a inserção nas relações contratuais de uma noção constitucional-ambiental que dignifica a coletividade enquanto membro indireto e fundamental para que a relação entre as partes iniciais seja equilibrada.

O essencial é que, estando o alerta cumprindo o seu dever de cooperação e fraternidade com o terceiro abstrato, não há que se falar em deslealdade ou infidelidade. A equidade não poderia firmar-se em outro sentido, senão no da proteção de uma coletividade a que devem se destinar as partes inicialmente contratantes.

A liberdade de expressão, o direito à crítica (todos derivados do direito à intimidade) é dado a todo empregado, mas as informações abusivas não poderiam ter resguarda. NOIVILLE (NOIVILLE, 2006, p. 131) entende que o abuso na informação é tão maior quanto à incerteza do risco e assevera que o alerta deve ter um objetivo fixado, não produzindo efeitos tão nocivos para a empresa ou instituição.

Como se mencionou em tópicos anteriores, o direito a um meio ambiente equilibrado é um direito fundamental. O “lançador de alerta”

enquanto membro da coletividade, atuando em conformidade com o Estado Ambiental Interventor, faz jus aos ditames dessa nova concepção. A prevenção deve acontecer da maneira mais antecipada possível, tendo a sociedade direito à informação (princípio da transparência), o que leva a entender que é necessária uma interpretação mais refletida acerca do campo de confidencialidade previsto em diversos contratos, principalmente naqueles que têm como objeto o resultado de pesquisas científicas (HERMITE, 2005, pp. 11-39).

Os Estados Unidos, desde 1989, têm uma lei geral de proteção ao lançador de alerta – *Whistleblower Protection Act* – que vem sendo seguida por diversos países no mundo (NOIVILLE, 2006, pp. 135-136). Apesar de o medo maior, no caso desses dispositivos específicos, dá-se em relação à economia, diversos códigos de ética e de conduta têm já estabelecido uma americanização no funcionamento das sociedades. Noiville (NOIVILLE, 2006, p. 137) ressalta que enquanto na África do Sul e em Gana o sentido do alerta é reforçar o Estado de Direito, no Reino Unido visa resguardar o *right to know* – a transparência. Exatamente sob tal ótica de clareza, direito à informação, percebe-se também no dever do “lançador de alerta” um artifício de combate à corrupção, com tal bandeira é levantado em países da África.

Diversos são, portanto, os dispositivos que tratam ainda que genericamente ou de maneira insuficiente do tema (Cf. NOIVILLE, 2006, p. 124 *et seq.*). O “lançador de alerta” é um elemento do Estado Ambiental Interventor. Como membro da coletividade, desempenha uma função que o Estado, nos seus moldes originais, não desempenharia. Muito difícil seria o exercício do poder estatal na coleta de dados sigilosos em empresas particulares e até mesmo dentro de instituições públicas, onde a hierarquia e domínio de alguns sobre as funções faz do silêncio uma constante entre os trabalhadores.

Apesar de o direito à informação estar previsto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, o segredo de negócio e o sigilo profissional impede muitas vezes o acesso à informação no país. Verifica-se, na maioria das vezes, o privilégio ao sigilo nas informações de interesse comercial (segredo de negócio), em detrimento de informações de interesse público (VALE, 2006, p. 345). As pessoas que possuem cargos ou funções específicas guardam informações (sigilo profissional) para não causarem danos a outrem. Este posicionamento não se conforma com a concepção contemporânea de contratos que vem sendo desenvolvida até aqui.

A principal proteção que existe no ordenamento brasileiro à informação é a liberdade de expressão. Mas tal liberdade é relativizada com as



cláusulas de confidencialidade (segredo de negócio, sigilo profissional). A priori qualquer pessoa pode opinar sobre um risco. Ainda que contrarie os administradores públicos ou privados, pode exercer o seu simples direito de opinião. Dificilmente, porém, algum funcionário se indisporia com seus superiores sem uma proteção que o resguardasse de maiores conseqüências para a sua vida profissional.

O segredo é protegido no ordenamento brasileiro em diversos dispositivos<sup>9</sup>. A violação do segredo é punida expressamente na Lei Penal (detenção, pagamento de multas) e na Lei Trabalhista (art. 482, CLT). A sentença judicial é título executivo na esfera civil (art. 583, do CPC), impondo-se ao detentor do segredo os danos que não tiver auferido (art 208 do CPC). Puni-se também a quebra do sigilo funcional (art. 305 do CP) e, em casos onde esteja envolvida a segurança nacional, a previsão de pena é de reclusão de dois a oito anos (VALE, 2006, pp. 346-348). Não se verifica nenhuma restrição quanto às informações de interesse público (VALE, 2006, p. 348). O contesto normativo da realidade brasileira, como temos dado sinal, dificulta bastante a proteção do lançador de alerta.

Na busca de interpretação mais adequada, pós Constituição Federal de 88, em conformidade com uma nova percepção das relações contratuais, determinando a possibilidade de proteção do lançador de alerta no Brasil, propõe-se o entendimento de que a coletividade (segundo elemento do Estado Ambiental Interventor) faz do lançador de alerta, seja ele ligado a entidades públicas ou particulares, um ator estatal. Enquanto Noiville (NOIVILLE, 2006, p. 145) considera que há uma redistribuição de poderes entre Estado e indivíduos, entende-se aqui, no mesmo sentido, que tais indivíduos são componentes de uma nova configuração estatal: O Estado Ambiental Interventor. É difícil delimitar o poder dos lançadores de alerta, porque como membros de uma comunidade, devem ter opinião influente tanto no âmbito do poder público, onde a fiscalização poderia ser mais fácil, como do poder privado, onde se submetem a uma série de subordinações de interesse econômico e patrimonial.

Quando se trata da proteção ao meio ambiente, está-se conformando ao alerta não apenas a proteção à delinqüência econômica, financeira e administrativa, mas a proteção de um interesse comum – o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este ponto é fundamental para entender que, além da globalização tecnológica e informacional, impõe-se a universal-

---

9. Lei 9227/96 – Lei da Propriedade Intelectual; Art. 227 do CPP; Art. 229 do CC; Art. 347 do CPC.

dade ao direito de alerta porque o cidadão que o pratica realiza um ato de civismo. Este é o membro socialmente enquadrado na triangularização da relação contratual contemporânea, exercendo um direito-dever, em conformidade com a solidariedade jurídica e ética. A ele é dado o direito de expressão e, mais do que isso, de se opor, de se recusar a uma submissão que venha prejudicar a coletividade. Além de serem uma alternativa para a regulação da proteção ao meio ambiente, os “lançadores de alerta” inserem o cidadão na modernidade reflexiva, tornando-o capaz de opinar e de se preocupar com o interesse comum.

## 7. A MODERNIDADE REFLEXIVA E A REGULARIZAÇÃO DAS CONDUTAS DO LANÇADOR DE ALERTA

Superar o estado de riscos, rodeado de irresponsabilidade administrativa e inércia política seria possível ao se atribuir aos indivíduos capacidade de reflexão suficiente para tomar decisões ou não. A modernidade reflexiva considera que o aumento da modernização dilata a capacidade de reflexão dos agentes sociais, tornando-os capazes de decidir (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

O acesso à informação alimenta a modernidade reflexiva, pois impõe aos atores sociais um alto grau de instrução (VALE, 2006, p. 342). Para Luhmann (LUHMANN, 1993, pp. 1-50), vive-se a sociedade da informação. Esta sociedade é reflexiva, tem direito a ser alertada porque faz parte das relações criadas (ao menos indiretamente) entre indivíduos particulares.

Pouco importa para uma proteção plena que o “alerta” seja um servidor público ou atue na esfera privada. Esse é o tratamento dado no Reino Unido<sup>10</sup>. Para resguardar o meio ambiente é importante que se estenda o âmbito de proteção da norma aos diversos tipos de trabalhadores, principalmente àqueles que trabalham com contratos de pesquisa (NOIVILLE, 2006, p. 147.).

Na busca de uma solução para o problema, entende-se ser necessária uma regularização das condutas do lançador de alerta em conformidade com a sociedade tratada nesta comunicação, uma sociedade complexa, de riscos universalizados. Com base em Noiville (NOIVILLE, 2006, p. 148 *et seq*) delimitam-se pontos importantes<sup>11</sup> a serem destacados nesta

---

10. “A Austrália, por exemplo, só protege os *public civil servants*, buscando antes de tudo que sejam caçadas as fraudes no serviço público. A lei japonesa retém uma restrição similar, mesmo se inferior: somente o empregado – privado ou público – é protegido.” (NOIVILLE, 2006, pp. 146-147).

11. A maioria delas inspirada nas regulamentações do Reino Unido (Public Interest Disclosure Act 1988) e da Nova Zelândia (Protect Disclosure Act 2000).

regulamentação: 1 – o “lançador de alerta” que divulga uma suspeita ou fato controverso, não pode restringir a sua atuação aos atos culposos que ocorrem no âmbito de seu trabalho; 2 – o direito de alerta precisa superar as obrigações de confidencialidade por ser o seu limite mais frontal; 3 – devem ser afastadas as possibilidades de banimento da sociedade científica ou corte de financiamento dos pesquisadores públicos que cuidam de questões ambientais ou de saúde; 4 – a denúncia deve ser divulgada de boa-fé (não denuncia caluniosa), pesando sempre sobre situações graves e sérias; 5 – não pode o denunciante sofrer o fardo da prova, sendo mais adequada a inversão sucessiva da responsabilidade de provar (teoria das provas dinâmicas); 6 – as denúncias não poderiam ser anônimas para não aumentar os riscos de alertas pouco sérios ou mesmo caluniosos; 7 – é importante que a informações sejam direcionadas aos dirigentes internos das instituições a elas vinculadas, só sendo levadas à mídia em casos de possibilidades de destruição das provas, ou quando ignoradas pelos responsáveis hierarquicamente superiores; 8 – dispositivos mais sólidos (também no âmbito administrativo) são importantes para o desenvolvimento de uma centralização dos alertas ou talvez de uma “jurisdição de alerta”.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que pouco desenvolvidas no Brasil, defende-se neste artigo as idéias de uma sociabilidade e fraternidade práticas ligadas à proteção do meio ambiente. A modernidade reflexiva reclama a interferência dos cidadãos em sua estrutura interna. A regulamentação do “lançador de alerta” é um passo para a configuração de uma cidadania mais efetiva, de direitos mais sólidos, condizentes com a complexidade das relações humanas na contemporaneidade; é o cidadão que protege a triangularização das relações contratuais, *plus* do Estado Ambiental Interventor.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Orgs.). **Modernização reflexiva – política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- BONAVIVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. In: 11º. **Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 2007, São Paulo. Meio ambiente e acesso à justiça: flora reserva legal e APP. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v. 1, pp. 673-690.

- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução Conama n.º 9 de dezembro de 1987**. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/estr.cfm>> Acesso em: 20 fev. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Almeida, 1998.
- CASSETTARI, Christiano. **A Nova Teoria Geral dos contratos**. Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/nova\\_contratos.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/nova_contratos.pdf)>. Acesso em: 15 jan 2008.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Legislação Ambiental no Brasil. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, 1996, v. 76/58.
- HERMITE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco: uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org). **Governo dos riscos**. Brasília: UniCEUB, 2005, pp. 11-39.
- KOERNER, Andrei. **Ordem Política e Sujeito de Direito no Debate sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/In/n57/a05n57.pdf>>. Acesso em: 15 jun 2007.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004.
- LUHMAN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Aldine de Gruyter, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MIRANDA, Jorge. **Estrutura das Normas Constitucionais**. 3ª ed. Coimbra, Portugal, 1996.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOIVILLE, Christine. Para uma proteção do lançador de alerta. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Brasília: UniCEUB, 2006, pp. 124-157.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- VALE, Caroline Fernandes do. Segredo de negócio *versus* risco de alerta. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Brasília: UniCEUB, 2006.

CAPÍTULO V

# RETRATAÇÃO DO DIREITO NO CINEMA: ENTRE A REALIDADE E A FICÇÃO

*Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O Direito na sua essência – 3. Conceituações relevantes: 3.1 Advogado; 3.2 Cinema; 3.3 Percepção – 4. O Direito no cinema: 4.1 Uma experiência didática; 4.2 Análise crítica de algumas produções cinematográficas: 4.2.1 Doze Homens e uma Sentença; 4.2.2 O Homem que Fazia Chover; 4.2.3 O Advogado do Diabo; 4.2.4 Justiça – 5. Considerações finais – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A produção cinematográfica a partir de seus roteiros, tramas, nuances, histórias e elementos lúdicos, retrata a realidade sob perspectivas diversificadas e, muitas vezes, não condizentes com o real. Assim, com muitas deturpações e estereótipos, o cinema obnubila a sociedade e são poucos que conseguem separar a ficção da realidade. No que concerne ao Direito, à produção cinematográfica estigmatiza muitos de seus elementos, representando-os distorcidamente, e com isso, reproduz uma falsa imagem da verdadeira essência do Direito e, mais especificamente, da figura do Advogado. É nesse contexto que o presente artigo tem como objetivo precípua propor uma análise sobre as diferentes formas de percepção da profissão de Advogado, bem como sobre a percepção do ordenamento jurídico, a partir da influência da sua representação nas produções cinematográficas, visando, assim, abrir caminhos para investigações mais profundas a cerca da relação entre o Direito e o Cinema.

**PALAVRAS-CHAVE:** PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA; DIREITO; PERCEPÇÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito é entendido pela maioria dos indivíduos como um conjunto de regras, princípios e valores da lei e da justiça. Contudo, o Direito não é apenas um fenômeno normativo, é, também, um fenômeno social que está presente na sociedade, interfere e modifica esta, assim como se

---

\*. Graduada do 4º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA (CEPEJ).

transforma para atender aos anseios das relações humanas. Com isso, o Direito deve estar intimamente ligado com a sociedade, mas não apenas na interpretação de contratos e dispositivos da lei, e sim, nos comportamentos humanos, na vida cotidiana e em outras formas de apreensão da realidade, como a arte.

É nesse cerne que se relacionará o Direito com o Cinema, através das diversificadas formas de compreensão e visualização da realidade, por intermédio de elementos lúdicos, libertadores, criativos, explicativos e informativos, dotados de cores, sons, imagens e efeitos, que vivificam diversas formas de expressão da linguagem, conferindo, assim, uma nova abordagem à realidade jurídica.

O Cinema, em suas produções relacionadas ao Direito, apresenta filmes com as mais variadas temáticas jurídicas, como por exemplo, os filmes relacionados ao Tribunal do Júri; à atuação dos advogados; às dificuldades encontradas pelo direito em regimes ditatoriais; ao encerramento voluntário da vida – eutanásia ou suicídio assistido; à pena de morte, entre outras. Contudo, à medida que informa e que aborda o Direito sob uma perspectiva cinematográfica, distorce muitos elementos jurídicos e estigmatiza outros, como o caráter e a atuação dos Advogados.

Sendo assim, diante das abordagens cinematográficas sobre o Advogado, os discursos enraizados na sociedade acerca destes, as deficiências do aparelho jurídico, e, principalmente, diante do senso comum, variadas percepções sobre esses profissionais são visualizadas na sociedade e apenas poucos conseguem distinguir, ou até mesmo separar, a realidade da ficção, assim como, as distorções e generalidades existentes nos discursos disseminados na sociedade.

A partir desse contexto, focalizar-se-á a análise de alguns filmes, nos quais o Direito é retratado de forma distorcida, principalmente no que tange à atuação do Advogado, a fim de que criticamente seja possível separar a realidade da ficção.

## **2. O DIREITO NA SUA ESSÊNCIA**

As inúmeras ideologias jurídicas e as correntes de estudo sobre o Direito frente ao pluralismo dos anseios da sociedade, dificultam definir o que vem a ser o Direito e compreendê-lo na sua essência.

A realidade é fruto de constantes ideologias, estereótipos e manipulações que a deturpam e dificultam o seu entendimento. O Direito como um fenômeno social, nascido das relações sociais, encontra-se contido na realidade e, sendo assim, sofre distorções.

As ideologias, primeiramente, significavam o estudo da origem e funcionamento das idéias em relação aos signos, mas, logo, designaram o conjunto de idéias de uma pessoa ou grupo e a estrutura de suas opiniões. Pela impossibilidade de correspondência entre a imagem mental e a realidade das coisas, as ideologias são dotadas de opiniões que não condizem realmente com a realidade. Nesse contexto, vale destacar as ideologias jurídicas que na tentativa de justificar, definir e entender o direito, lançam opiniões e teorias que, muitas vezes, desvirtuam o direito do seu ideal. Mas quais são essas ideologias jurídicas? Qual o “ideal” do direito?

Nos dizeres de Roberto Lyra Filho, o Direito é algo fluido que se modifica com as transformações da sociedade dentro do mundo histórico e social.

Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma e manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. Isto não significa, porém, que é impossível determinar a “essência” do Direito – o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo (LYRA FILHO, 2006, p. 12).

Contudo, vale destacar que não é impossível determinar a “essência” do Direito e nas diversas ideologias jurídicas essa “essência” vai transparecendo embora de forma incompleta. Os principais modelos de ideologia jurídicas são o jusnaturalismo e o positivismo. O primeiro aborda o direito como ordem justa, natural e imutável; enquanto o segundo apresenta o direito como ordem estabelecida, posta e válida. O direito natural e o direito positivo, respectivamente.

Lyra Filho assinala que a legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau o Direito e o Antidireito; isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido. Com isso, a identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, ou seja, corresponde ao conjunto de normas estatais, padrões de conduta impostos pelo Estado, com ameaça de sanções organizadas e controlados, geralmente, por aqueles que detêm o poder econômico.

Dessa forma, o Estado não deve ser o único com poder de “normar” e “sancionar” e repensando o papel da pesquisa em Direito e, consequentemente, no Direito em que cabe essa pesquisa, ele funda a Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), que compreende o Direito como fruto de uma dialética do opressor e oprimido; um Direito que não confunda norma pelo Direito e sanção pela norma; que não seja fechado no direito

positivo, seja ele costumeiro ou legal; que restrinja a liberdade, enfim, um Direito muito mais dialético, democrático, libertador e transformador (LYRA FILHO, 1984).

É nesse âmbito que se vai analisar o Direito e como ele é representado. Contudo, vale destacar que a realidade está ao tempo todo sendo representada e das mais diversas formas possível e o mesmo acontece com o direito.

O Direito é representado na Arte sob diversificadas formas como o cinema, o teatro, a literatura e é nesse contexto que vale destacar o pensamento do sociólogo Boaventura Santos (SANTOS, 2005). Boaventura de Souza Santos assinala que as sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos e o direito corresponde a um desses espelhos, ou melhor, estátua, pois assim como a ciência já estão consolidados e são de suma importância nas sociedades modernas. O paradigma sócio-cultural da modernidade, que rege as sociedades e conseqüentemente esses espelhos, está desenvolvido sob alguns pilares, dentre eles vale destacar o pilar da regulação e mais especificadamente a racionalidade estético-expressivo.

Sendo assim, Boaventura assevera que a racionalidade estético-expressiva reside nos conceitos de prazer, de autoria e de artefactualidade discursiva.

Essa representação do Direito pela Arte é de extrema importância para uma maior concepção do Direito e sob as mais diversas formas e nuances possíveis. Contudo, há uma má utilização dessa possibilidade de representação, deturpando o que verdadeiramente é o Direito e como ele é aplicado na sociedade. Essa alteração do ideal do Direito, fruto de manipulações e interesses ideológicos, mercadológicos e doutrinários, afeta o imaginário coletivo que vê o Direito com outros olhos.

É nesse cerne que o artigo em desenvolvimento objetiva analisar a retratação do Direito no Cinema, buscando a essência do Direito frente aos elementos indevidamente representados nas produções cinematográficas.

### **3. CONCEITUAÇÕES RELEVANTES**

#### **3.1 Advogado**

O vocábulo Advogado deriva da expressão em latim “*ad vocatus*” que significa *o que foi chamado* que, no Direito romano, designava a terceira pessoa que o litigante chamava perante o juízo para falar a seu favor ou



defender o seu interesse. Os dicionários jurídicos definem advogado como: “Profissional liberal legalmente habilitado a advogar, a prestar assistência profissional a terceiros em assunto jurídico, defendendo-lhes os interesses como consultor ou como procurador em juízo”<sup>2</sup>.

Vale ressaltar que o papel do Advogado na realização da justiça, na concretização do bem estar público, assim como, a sua função social, está estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 133 e no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no caput do seu artigo 2º: “O advogado é indispensável à administração da justiça”<sup>3</sup>.

### 3.2 Cinema

O cinema (ou cinematografia), abreviação de cinematógrafo, é a técnica de projetar fotogramas (quadros) de forma rápida e sucessiva para criar a impressão de movimento, bem como a arte de se produzir obras estéticas, narrativas ou não, com esta técnica. Ele é simultaneamente arte, técnica, indústria e mito.

A Retratação Cinematográfica corresponde à forma como as temáticas são abordadas nos filmes, mediante tramas, roteiros, histórias, entre outros. Assim, ao se falar na retratação do Advogado no Cinema, analisar-se-á como o Advogado é representado e caracterizado nos filmes, assim como a sua atuação, profissão, ética e caráter são abordados nas tramas.

### 3.3 Percepção

A Percepção é o “ato, efeito ou faculdade de perceber; adquirir conhecimento de, por meio dos sentidos”<sup>4</sup>. Dessa forma, a percepção consiste na aquisição, interpretação, seleção e organização das informações obtidas pelos sentidos. A percepção pode ser estudada do ponto de vista estritamente biológico ou fisiológico, envolvendo estímulos elétricos evocados pelos estímulos nos órgãos dos sentidos ou do ponto de vista psicológico ou cognitivo, através do qual a percepção envolve também os processos mentais, a memória e outros aspectos que podem influenciar na interpretação dos dados percebidos.

---

2. Pequeno Dicionário Jurídico, Ed. DP&A, 2ª Edição.

3. Lei 8.906, de 4 de Julho de 1994.

4. Dicionário Aurélio – Século XXI, Versão 3.0, Novembro de 1999.

Sendo assim, os indivíduos apreendem e interpretam os filmes e, conseqüentemente, os elementos jurídicos retratados nestes, através de como seus sentidos e impressões entendem tais elementos. Como a percepção dos indivíduos é baseada na interpretação que fazem da realidade e não na realidade em si, percepção do mundo é diferente para cada pessoa, assim como, a percepção dos filmes, tramas, problemáticas e o entendimento acerca destes.

## **4. O DIREITO NO CINEMA**

### **4.1 Uma experiência didática**

A relação entre o Direito e o Cinema é bastante inovadora e ousada, uma vez que, foge dos padrões convencionais e normativos e atinge o campo da Arte e da Literatura. Com isso, por se tratar de uma temática envolta de elementos artísticos, lúdicos e audaciosos, praticamente não existem obras e autores acerca do tema.

Gabriel Lacerda, na obra “O Direito no Cinema – Relato de uma Experiência Didática no Campo do Direito”, assinala: “Pode ser até que exista material parecido, mas desconheço. Acredito que seja o primeiro livro sobre cinema no Brasil que se pretende material de classe para o ensaio jurídico. Livro inovador. Pioneiro” (LACERDA, 2007, p. 10).

Gabriel Lacerda, em seu recente livro, busca: analisar o cinema através do olhar jurídico, convidando o aluno ao questionamento acerca dos temas, situações profissionais e dilemas do direito e do seu exercício; adotar um pluralismo didático através do qual a sala se transforma num verdadeiro laboratório com o objetivo de tornar o processo de aprendizagem mais interessante, mais sedutor, mais compreensivo, mais crítico e capaz de comprometer alunos e professores com os desafios da inovação; e o compromisso com a inovação permanente.

Nesse sentido, “O Direito no Cinema” é um relato de uma experiência didática pautada em torno da exibição de filmes, no curso de graduação em direito da Fundação Getúlio Vargas, cuja primeira turma teve início em fevereiro de 2005, que buscou inovar o ensino, trazer o cinema como um instrumento de informação e mostrar como o direito e a produção cinematográfica refletem e transformam valores sociais.

Com essa experiência didática, Gabriel Lacerda objetivou: sensibilizar os alunos para uma atitude diante da realidade; ajudar os alunos a perceber qual o papel social da profissão que estão começando a aprender; transmitir, compreender e fixar uma certa dose de informação básica sobre

temas jurídicos; exercitar a capacidade de expressão, poder de síntese e habilidade de argumentação; e pensar.

Com isso, em um livro dividido em três partes, contando com o material didático distribuído aos alunos e com materiais informativos, Gabriel Lacerda faz uma análise detalhada das produções cinematográficas, de como elas são retratadas, além de uma reflexão crítica acerca das temáticas abordadas. Para finalizar, Gabriel Lacerda assevera: “Repetindo, trata-se do relato de uma experiência bem-sucedida, com o objetivo de gerar material para que essa experiência possa ser elaborada ou servir de base a outras experiências” (LACERDA, 2007, p. 18).

## 4.2 Análise crítica de algumas produções cinematográficas

Francisco Müssnich, na apresentação da sua obra “Cartas a um Jovem Advogado”, assinala:

Hollywood nem sempre é generosa com os advogados. Um exemplo é o filme “O Advogado do Diabo”, com Al Pacino, cujo personagem é sócio majoritário de uma banca de advocacia americana que contrata um advogado iniciante, personagem de Keanus Reeves. À medida que o filme se desenrola, constata-se que o personagem de Al Pacino é o próprio diabo. O diabo em pessoa, na pele de um advogado. O cinema em geral capta o que está no imaginário das pessoas (MÜSSNICH, 2007).

Nesse sentido, é essencial analisar como os elementos jurídicos são retratados, principalmente a figura do Advogado, na filmografia e, posteriormente, levantar críticas e questionamentos acerca dessa representação. Dentre a filmografia analisada, serão objetos de estudo as produções cinematográficas: *Doze Homens e uma Sentença*; *O Homem que Fazia Chover*, *O Advogado do Diabo*; e *Justiça*.

### 4.2.1 *Doze Homens e uma Sentença*<sup>5</sup>

Um júri de 12 membros, obrigado por lei a decidir por unanimidade, deve condenar ou absolver um jovem acusado de ter assassinado o próprio pai. Na primeira votação, o resultado é de 11 votos pela condenação e apenas um pela absolvição. Decidido a analisar novamente os fatos do caso, pouco a pouco, porém, as provas da acusação vão sendo contestadas. Por fim, os jurados vão mudando seus votos até chegarem à absolvição unânime.

---

5. *Doze Homens e uma Sentença* (Twelve Angry Men), produzido em 1997, duração 118 minutos, diretor: William Friedkin.

O ponto central do filme é demonstrar se existe ou não dúvida razoável. São, portanto, duas verdades: uma, a verdade dos fatos, no caso impossível de alcançar. A outra, a verdade do julgamento, a verdade possível, tendo em vista a prova apresentada: existem ou não elementos de convicção suficientes para que se condene o réu?

Sendo assim, infere-se que não é a defesa que tem que provar que o réu é inocente. É a acusação que tem que provar que ele é culpado. Além disso, a história de vida pessoal de cada um dos jurados influencia sempre suas opiniões, bem como no modo de apreciarem as provas, pois, por exemplo, um dos jurados tinha pressa para ir assistir a um jogo de beisebol; e outro tinha problemas de relacionamento com o filho.

Vale ressaltar que existem diferenças entre o júri nos EUA e no Brasil, que passam despercebidas por que não conhece o ordenamento jurídico brasileiro. Duas principais diferenças, que podem ser evidenciadas no filme, são: nos EUA o júri versa sobre matéria civil e criminal, enquanto no Brasil apenas para os crimes dolosos contra a vida – homicídio, aborto, induzimento ao suicídio e infanticídio. Além disso, no Brasil não necessita unanimidade dos votos, mas a maioria.

Outro ponto de crítica refere-se ao fato de que a verdade absoluta, ou a verdade real, não pode ser atingida pelos jurados. É impossível ter certeza plena do que ocorreu exatamente, já que os jurados deliberam à luz de depoimentos e indícios, que são, muitas vezes, questionáveis.

#### **4.2.2 O Homem que Fazia Chover<sup>6</sup>**

Um jovem advogado, Rudy Baylor, recém saído da faculdade, consegue emprego em uma pequena firma de advocacia de sua cidade. O sócio que dá nome à firma – J. Lyman Stone – é mostrado como uma figura desonesta, conhecido como Bruiser Stone (pessoa mal-encarada). No curso do filme, Bruiser é forçado a se esconder para fugir da polícia.

Rudy trabalha com outro advogado, Dack Schiffler, que, apesar de ter curso completo, nunca conseguiu passar no exame de admissão da Bar Association, o equivalente americano ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Rudy consegue duas pessoas para que assinem com ele um contrato de honorários e se tornem clientes. A primeira é uma senhora de idade que teria herdado uma fortuna e queria fazer testamento, e a

---

6. O Homem que Fazia Chover (The Rainmaker), produzido em 1997, duração 134 minutos, diretor: Francis Ford Coppola.

segunda uma senhora cujo filho está morrendo de leucemia e que reclama da seguradora de saúde. No desenrolar da trama os casos são um total fracasso, do ponto de vista financeiro, e, devido aos fins que este tiveram, Rudy constata que para ser advogado deve ultrapassar certos limites, por isso deixa a prática e vai ser professor.

Todo o filme é uma reflexão sarcástica, aparentemente pessimista, sobre a profissão de advogado. A figura, supostamente típica, do advogado corporativo da companhia de seguros é traçada como uma pessoa de mau caráter, que manipula um juiz, instala escuta telefônica no escritório da parte contrária, bloqueia a apuração da verdade e compactua com atitudes antiéticas de seu cliente.

O chefe de Rudy, Bruiser Stone, mantém ligações escusas aparentemente criminosas. O companheiro de trabalho de Rudy é um cínico e desonesto, já que advoga sem estar inscrito, confiando não ser descoberto. Até mesmo o bem intencionado Rudy viola diversas vezes a ética profissional.

Com isso, o filme “O homem que fazia chover” traz claramente como o advogado é estigmatizado e visto pela sociedade. Características como: desonestidade, interesse, manipulação, ambição, antiética são retratadas na obra. Assim, o filme desmistifica a imagem do advogado como bom e justo e exterioriza valores que estão na mentalidade da sociedade e que, pela dificuldade da separação entre a realidade e a ficção, encontram-se cada vez mais enraizados no imaginário social.

#### **4.2.3 O Advogado do Diabo<sup>7</sup>**

Advogado criminalista de sucesso de uma pequena cidade do sul dos EUA é convidado a trabalhar em um grande escritório de Nova York, ganhando uma remuneração extraordinariamente alta. Aos poucos, o espectador é levado a suspeitar que o diabo que figura no título de filme é, de fato, o demônio e de que o escritório de Nova York era conduzido por ele, para lidar com as vaidades agressivas de uma cidade infernal. A solução da trama está vinculada a um delírio e o advogado volta a ser o bom moço, familiar e profissionalmente. Recusa-se a defender o cliente.

O filme aborda o poder da vaidade e do dinheiro para corromper as pessoas e a sociedade. Nesse contexto, a presente obra retrata a postura

---

7. O Advogado do Diabo (The Devil's Advocate), produzido em 1997, duração 144 minutos, diretor: Taylor Hackford.

profissional e pessoal dos advogados como ambiciosa e cheia de vaidades. Pode-se, portanto, realizar uma reflexão no que tange à imagem do advogado, que é colocada em questionamento quanto a sua atuação ética, diante dos fatos retratados nas mais diversas obras que versam sobre o direito.

#### **4.2.4 Justiça<sup>8</sup>**

Documentário brasileiro. Uma série de cenas reais, filmadas no Rio de Janeiro, a respeito da Justiça. O eixo central é o caso de um rapaz, Carlos Eduardo, preso quando dirigia um carro roubado. O filme mostra várias audiências do processo, a visita que a mãe e a esposa fazem a ele na prisão, a entrevista delas com a defensora pública. A juíza incumbida do caso é promovida a desembargadora e o processo decidido por uma substituta, que condena a três anos de reclusão.

Outro caso também é acompanhado desde a audiência inicial até a sentença. É o caso de Alan, um rapaz de 18 anos, muito franzino, parecendo ainda uma criança, preso por uma alegada associação com o tráfico de drogas.

Integram ainda o filme duas audiências isoladas: uma com um preso deficiente físico e outra com um réu quase aparvalhado, que furtou um celular em um velório e já responde a cinco outros processos.

O filme leva a reflexão sobre algo que atualmente constitui uma das grandes preocupações nacionais: a violência. O foco evidente é se o sistema de repressão existente ajuda a diminuir a violência. Todos os réus dizem que foram espancados pela polícia, que a prisão é desumana, que as provas são quase que exclusivamente o depoimento de policiais. Há ainda referências claras e críveis a atos de corrupção na própria polícia.

O documentário é inovador na medida em que é uma das poucas produções cinematográficas que versam sobre o sistema jurídico brasileiro, sendo baseado em cenas reais, filmadas no Rio de Janeiro. Além de retratar a atuação de juizes e defensores, mostra o cotidiano e a vida familiar e particular deles. Contudo, alguns questionamentos podem ser levantados: Houve justiça? Ou não se pode chamar de justiça o tratamento dispensado aos réus? Se as prisões fossem diferentes, haveria justiça? É possível fazer penitenciárias mais humanas? E a atuação dos juizes? O filme deixa claro que a sentença de Carlos Eduardo foi proferida por outra

---

8. Justiça, produzido em 2004, duração 104 minutos, diretora: Maria Augusta Ramos.

juíza, que nunca o viu antes, já que a juíza incumbida do caso é promovida a desembargadora. Além disso, pela grande demanda de processo, fica evidente que a juíza não os julga direito. E a atuação da defensoria pública? Retrata-se uma defensora dedicada, interessada pelos clientes. Mas a defensoria está carente de recursos. Como ocorre na prática? E nos outros Estados brasileiros?

Enfim, são dois mundos. Um real e humano. Outro formal, abstrato e desumano. A verdade chega aos juizes pelos depoimentos, mas como pode ser evidenciada a verdade de fato? Os réus são defendidos pelos limitados recursos da defensoria. Deve-se refletir sobre a posição de cada um. Mas há de se ter consciência de que a justiça, muitas vezes, não é realizada na sociedade brasileira.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o direito na sua essência e como algo fluido que está em constantes modificações, como preconiza Roberto Lyra Filho, afirma-se que o conhecimento jurídico-científico, crítico e prático que os operadores jurídicos detêm, além do convívio constante com o aparelho jurídico, possibilitam a estes distanciar a realidade da ficção, diferentemente do cidadão comum. Estes, muitas vezes, influenciados pela própria abordagem cinematográfica distorcida sobre a figura do Advogado, confundem realidade e ficção. Os discursos enraizados na sociedade, as deficiências do aparelho jurídico, a desinformação e, principalmente, o senso comum reforçado pelo cinema, acabam por reproduzir estigmatizações do advogado na sociedade.

O Direito pode estar associado à arte sob diversas formas, sendo a mais comum delas o Direito no Cinema. Essa associação é positiva uma vez que faz a correlação do Direito com a arte e com a literatura, além da possibilidade de um maior contato da sociedade com o sistema jurídico. Muitas produções cinematográficas trazem reflexões positivas acerca do Direito, muitas outras, porém, fazem uma abordagem depreciativa ou estigmatizada do Direito. Assim, a mentalidade social é amplamente influenciada pelo que é transmitido cinematograficamente e a sociedade reforça ainda mais as visões negativas do Direito, do advogado e de sua atuação ética profissional e do ordenamento jurídico brasileiro, impossibilitando assim, a compreensão do direito na sua essência. O que nos resta esperar é que no futuro o cinema possa mostrar um outro lado do Direito, muito mais condizente com a realidade e influenciando positivamente o imaginário coletivo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura**: anatomia de um desencanto. Curitiba: Juruá, 2002.
- LACERDA, Gabriel. **O Direito no Cinema**: Relato de uma Experiência Didática no Campo do Direito. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2007.
- LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em que Direito?**. Brasília: Edições Nair, 1984.
- \_\_\_\_\_, Roberto. **O Que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MUSSNICH, Francisco. **Cartas a um Jovem Advogado**: Paixão, Determinação e Talento. Rio de Janeiro: Campus, 2007.
- PAULO, Antonio De. **Pequeno Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2005.
- WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.



CAPÍTULO VI

**PRINCÍPIOS APLICÁVEIS**

**AO PROCESSO ADMINISTRATIVO:**

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**

*Clara Meira Costa Sampaio<sup>1</sup>*

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Processo Administrativo: 2.1 Conceito de Processo Administrativo; 2.2 Importância do Processo Administrativo – 3. Princípios do Processo Administrativo: 3.1 Conceito de Princípio; 3.2 Princípios explícitos e implícitos do Processo Administrativo; 3.3 Princípios explícitos do Processo Administrativo: 3.3.1 Princípio da Legalidade; 3.3.2 Princípio da Finalidade; 3.3.3 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; 3.3.4 Princípio da Moralidade; 3.3.5 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório; 3.3.6 Princípio da Segurança Jurídica; 3.3.7 Princípio do Interesse Público; 3.3.8 Princípio da Eficiência – 4. Princípio da Motivação: 4.1 Conceito; 4.2. Motivo e Motivação; 4.3. Hipóteses; 4.4. Motivação dos atos vinculados e discricionários; 4.5. Finalidade e Importância – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** É inquestionável a exigência do princípio da motivação no processo administrativo como garantia do Estado Democrático de Direito. Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-lo, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido, por isso, é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão. Mesmo no ato discricionário é imperiosa a motivação. Sua falta abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, pela motivação, é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROCESSO ADMINISTRATIVO; PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO; PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO; ATOS DISCRICIONÁRIOS; ATOS VINCULADOS; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio constitucional da motivação inserido no processo administrativo, considerando-o funda-

---

1. Estudante de Direito da UFBA, 9º semestre.

mental para a manutenção de um Estado fundado nos pilares da democracia e do direito.

Primeiramente, conceituaremos o processo administrativo, estabeleceremos a sua importância e, em linhas gerais, mencionaremos os princípios do processo administrativo.

No que concerne ao Princípio da Motivação, analisaremos o seu conceito, aplicação, finalidade e importância para o Estado Democrático de Direito.

## **2. PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Com o objetivo de servir de base para posterior exame do Princípio da Motivação e sua finalidade aplicada ao Processo Administrativo, faz-se necessário tecer conceitos e comentários acerca do processo administrativo, sua importância e demais princípios.

### **2.1 Conceito de Processo Administrativo**

O processo é um instrumento de proceder, realizar de forma sistematizada e coordenada um determinado fim. No âmbito jurídico podemos captar o significado da palavra processo como um conjunto concatenado de atos direcionados a solução final do conflito.

Diferencia-se processo de procedimento. Para Carnelluti, processo é o meio de solução de conflitos ou lide. Já procedimento, seria o aspecto externo, a seqüência de atos do processo.

Enquanto o processo tem conteúdo material, substancial, entendido como a relação jurídica que se instala e se desenvolve entre autor, réu e juiz, o procedimento é o aspecto formal, seria uma sucessão ordenada de atos dentro de modelos previstos pela lei. O processo seria o aspecto interior e o procedimento, o aspecto exterior.

Existem controvérsias na doutrina no que diz respeito a qual terminologia utilizar: processo administrativo ou procedimento administrativo. Do ponto de vista pragmático e tendo como base o objetivo do presente artigo esta diferenciação torna-se um tanto inútil e desinteressante, de forma que utilizaremos as duas terminologias no mesmo sentido. Processo ou procedimento é uma sucessão de atos concatenados a realização de um fim. Frisa-se que cada ato conserva a sua finalidade própria e, ordenados, tendem a um objetivo comum.

O processo é um instrumento utilizado pelos Três Poderes Estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário para realização de suas finalidades. De

acordo com o âmbito estatal, esta série de atos coordenados e direcionados a consecução dos fins de legislar, executar ou julgar, temos, respectivamente, o processo legislativo, destinado à elaboração de uma lei pelo Estado, e os processos administrativo e judiciário, direcionados a aplicação da lei pelo ente estatal.

Faz-se necessário, então, diferenciar o processo administrativo do processo judicial.

O processo judicial nasce da provocação de uma das partes (autor), que, sendo titular de um interesse objeto do conflito com a outra parte ré, mostra-se necessária a composição, resolução da lide por um terceiro imparcial e competente para a aplicação da lei ao caso concreto (juiz). Trata-se de uma relação trilateral.

O processo administrativo pode ser instaurado por provocação do interessado ou por iniciativa da administração. É uma relação bilateral formada de um lado pelo administrado e de outro pela Administração que é parte e órgão julgador, decidindo não como um terceiro estranho a lide, mas como parte que atua com interesses próprios, sobretudo, com observância de limites e princípios impostos pela Constituição e leis.

Assim, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Procedimento Administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo (MELLO, 2004, p. 356).

## 2.2 Importância do processo administrativo

A razão da existência de um procedimento administrativo se entrelaça com a noção de Estado de Direito que pode ser definida como a situação jurídica de subordinação de qualquer indivíduo e do próprio ente estatal a normas legais, ao respeito ao direito.

Trata-se de uma garantia que o cidadão possui de que o Poder Público estará adstrito à persecução dos fins legais e, sobretudo, de que tais fins só poderão ser perseguidos pelo modo previamente estabelecido, por um processo de antemão previsto.

Diante da limitação da liberdade individual para a formação do ente estatal, temos, em contrapartida, um *modus operandi* que condiciona a atuação do Estado. O processo administrativo é uma garantia do cidadão.

O ato administrativo não é aleatório e nem fortuito, nasce da provocação de um interessado ou de ofício, diante de um evento que justifique

a sua atuação. E, para que se cumpra uma decisão final ditada pela Administração, faz-se necessário que o evento seja verificado, os interessados sejam ouvidos, as razões analisadas, os fatos apurados. O procedimento administrativo previsto em lei legitima o cumprimento da decisão administrativa advinda deste processo. Esta totalidade de atos funcionará como um aval para o cumprimento da decisão.

A importância do processo administrativo pode ser visualizada na possibilidade dada ao administrado de ser ouvido antes da decisão que poderá afetá-lo e, ao fim, na existência de uma decisão que adota o melhor caminho para a preservação do interesse público.

Em resumo, a vontade administrativa do Estado é formada por uma seqüência de atos denominada processo administrativo. Antes que haja uma decisão final, tornando-se gravosa para alguém, pode-se zelar pelo seu prudente encaminhamento. Isto o legitima e torna-o de fundamental importância no Estado de Direito

### **3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

#### **3.1 Conceito de Princípio**

Os princípios, assim como as regras, são normas, e, como tais, são dotadas de positividade. Determinam condutas obrigatórias e impedem a realização de comportamentos incompatíveis com os seus conteúdos.

São verdadeiros norteadores da correta interpretação de normas isoladas, indicando, diante do caso concreto, qual caminho deve ser eleito pelo aplicador da norma, tendo em vista os valores consagrados pelo sistema jurídico.

O princípio seria o fundamento básico de todo um sistema. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da “práxis”.

#### **3.2 Princípios explícitos e implícitos do Processo Administrativo**

Os princípios que norteiam o processo administrativo seriam premissas básicas, preceitos legais ou supra legais que embasam a aplicação da lei processual administrativa.

Alguns, a sua maioria, estão previstos na Carta Magna, sendo inerentes a todo o direito processual, outros estão previstos no art. 37 da C.F.

especificamente direcionados a Administração Pública, em todas as suas formas e ações.

A Lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal (Lei 9784/99) arrolou em seu art.2 onze princípios, na sua maioria já previstos no texto constitucional e coincidentes com os que eram enumerados pelos doutrinadores da matéria, anteriores a sua vigência.

Tais princípios previstos no texto constitucional e reforçados em lei seriam os princípios explícitos aplicáveis ao processo administrativo.

Pergunta-se: Existiriam princípios decorrentes da lei, mas não expressamente aduzidos por ela, ou seja, princípios implícitos do processo administrativo?

Grande parte da Doutrina entende de forma afirmativa. Compartilho deste entendimento. O rol de princípios previsto não é exaustivo. É perfeitamente aceitável a existência de princípios que, embora não estejam previstos no texto constitucional ou na lei, decorrem do próprio sistema jurídico, sem falar dos princípios consagrados pela teoria geral do Direito. Temos como exemplos de princípios implícitos: os princípios da impessoalidade, da informalidade, da gratuidade, da lealdade e boa – fé, entre outros.

No que tange aos princípios explícitos, temos uma enumeração, não exaustiva e sem ordem hierárquica, tendo em vista uma maior utilidade e aplicabilidade prática.

Como o objetivo do presente artigo gira em torno da aplicação e importância do princípio da motivação, por óbvio, trataremos do mesmo de forma mais detalhada em tópico apartado. Antes, porém, teceremos breves comentários a respeito dos demais princípios previstos no texto constitucional e legal.

### **3.3 Princípios explícitos do Processo Administrativo**

#### ***3.3.1 Princípio da Legalidade***

O Princípio da Legalidade compreende a “atuação conforme a lei e o direito”

De forma simples, podemos entender que a atividade administrativa é atividade sublegal. O administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do interesse público e bem comum.

Trata-se da total submissão do processo administrativo aos ditames legais, tendo como objetivo precípua coibir arbitrariedades e excessos dos administradores públicos.

### ***3.3.2 Princípio da Finalidade***

O Princípio da Finalidade impõe que o administrador, ao atuar nos limites da sua competência, atue com obediência a finalidade do seu encargo.

Deve o administrador se ater não apenas a finalidade precípua de todas as leis, o interesse público, mas, sobretudo, à finalidade específica definida na lei, coibindo, assim, a atuação arbitrária, o proveito pessoal e desvio de finalidade da lei.

Atos que desobedecem a sua finalidade por atender a benefícios pessoais ou de terceiros, em detrimento do interesse público, seriam nulos.

### ***3.3.3 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade***

O Princípio da Razoabilidade seria uma diretriz do bom senso aplicável ao direito. A Administração ao exercer suas atividades, ao conduzir o processo administrativo deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso comum.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem que alcançar (DI PIETRO, 2005, p. 604).

Observa-se, portanto, uma estreita relação entre os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Tal constatação reforça-se na definição em um único dispositivo, dada aos dois princípios, pela Lei 9784/99.

Deve haver compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias e abusivas. Veda-se a imposição de restrições ou obrigações que sejam desconformes ao atendimento do interesse público.

### ***3.3.4 Princípio da Moralidade***

A Administração e seus agentes deverão atuar com princípios éticos, como a boa-fê e lealdade processual, sob pena de prática de atos de improbidade administrativa.

Para a validade do processo administrativo não basta o respeito a legalidade, é indispensável o respeito aos preceitos de ordem moral e ética.

### ***3.3.5 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório***

Decorrem do Princípio do Devido Processo Legal, garantia constitucional e fundamental aplicável a todo e qualquer processo, civil, penal ou administrativo.

O Contraditório implica conhecimento, por parte dos interessados, dos atos mais relevantes da marcha processual, sobretudo aqueles que possam interferir na decisão.

A Ampla Defesa se resumiria no direito dado ao administrado de argumentar e arrazoar ou contra-arrazoar, de forma oportuna e tempestiva sobre tudo alegado contra ele, assim como de ser considerada as razões por ele aduzidas.

### ***3.3.6 Princípio da Segurança Jurídica***

Também conhecido por alguns doutrinadores como Princípio da Estabilidade das Relações Jurídicas serve para impedir a desconstituição injustificada de situações jurídicas.

Implica na submissão da administração a formalidades legais, as quais possuem o escopo de preservar o direito das partes e garantir o atendimento das finalidades públicas.

### ***3.3.7 Princípio do Interesse Público***

O administrador deve interpretar e aplicar a norma no processo administrativo de modo que reste atendida a finalidade pública do ato administrativo, respeitando, desta forma, o interesse maior da sociedade.

Cada norma visa a satisfação de um determinado interesse público, mas a concretização de cada específico interesse público concorre para a concretização do interesse comum de todos os cidadãos, que nada mais é do que o interesse público em sentido amplo.

### ***3.3.8 Princípio da Eficiência***

É o chamado custo – benefício.

Eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado.

A Emenda Constitucional n.19/88 acrescentou este princípio ao rol de princípios previstos no art. 37. Obviamente este princípio já estava implícito e, explicitá-lo, só reforça a sua importância.

Deve-se dar mais ênfase ao exame da legitimidade, economicidade, razoabilidade em benefício e visando o alcance de uma maior eficiência no processo.

#### **4. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**

Ultrapassadas as noções de processo administrativo e seus princípios, passaremos à análise do Princípio da Motivação, objetivo do presente artigo.

##### **4.1 Conceito**

O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deva apresentar as razões que levaram a mesma a tomar uma decisão. Trata-se da obrigação conferida ao administrador de motivar todos os atos que edita.

A administração pública está obrigada a justificar de fato e de direito o motivo de seus atos, a fim de que se possa averiguar a sua adequação à lei e aos princípios de direito.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] por meio da motivação, é possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei (DI PIETRO, 2005, p. 220).

Assim, podemos afirmar que motivar significa mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto e relacionar os fatos que, no caso concreto, levaram a aplicação daquele dispositivo legal.

##### **4.2 Motivo e Motivação**

O motivo, como entende a melhor doutrina, é um pressuposto de validade do ato administrativo. Contudo, cumpre esclarecer que motivo não se confunde com motivação

A diferença entre motivo e motivação diz respeito à forma e substância, respectivamente, do ato. Já que expressam na aparência e no conteúdo o mesmo e crucial dever de dar publicidade de forma clara, congruente e verdadeira, ou seja, de motivar, atender ao Princípio Constitucional da Motivação.



O motivo é a forma, modo como o ato se encontra fundamentado em seus aspectos lógicos e jurídicos. A motivação é a substância, o que justificou a decisão do agente público.

A maioria dos doutrinadores sustenta que a motivação deva ser contemporânea ao ato. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os documentos, pareceres, laudos, relatórios, etc, mesmo distantes, indicados como fundamentos da decisão administrativa, passam a ser parte integrante, devendo, pois ser anterior ou concomitante à emissão do ato.

Comungamos deste entendimento, visto que, caso contrário, daria margem para a Administração, após a prática do ato imotivado e diante da conseqüente possibilidade de sua invalidação, inventar algum falso motivo para justificá-lo, afirmando que este fora o verdadeiro motivo levado em consideração no momento da prática do ato.

### **4.3 Hipóteses**

Diante da relevância de tal princípio, a Lei n.9784/99 dedicou capítulo exclusivo para tratar da motivação no qual apontou hipóteses em que necessariamente deverá haver a justificação do ato.

O dever de motivação tem aplicação obrigatória em todo e qualquer ato decisório da administração. Somente os atos de mero expediente, andamento processual não precisam ser motivados

São as hipóteses elencadas pela lei: quando os atos neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública, dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

### **4.4 Motivação dos atos vinculados e discricionários**

Na temática abordada, surge a debatida discussão acerca de quando é ou não necessária a motivação de um ato administrativo.

De acordo com o grau de liberdade da Administração em sua prática, os atos podem ser discricionários ou vinculados. Os atos discricionários são os quais a Administração possui certa margem de liberdade para decidir. Já os atos vinculados são aqueles que a administração pratica sem margem para se decidir.

Nos atos discricionários, a lei deixa certa margem de liberdade, o que comporta certo subjetivismo na apreciação do administrador, em face das circunstâncias concretas do caso, o que não ocorre com os vinculados.

Antes de analisarmos a motivação em ambos os tipos de ato administrativo, é de fundamental importância pontuar que os atos ditos discricionários devem ser entendidos como atos praticados no exercício da competência discricionária. Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, será sempre vinculado com relação ao fim e a competência, pelo menos (MELLO, 2004, p. 398).

Isto porque a lei indica a autoridade competente para a realização do ato e a finalidade é sempre e necessariamente o interesse público. A discricionariedade, assim, é a liberdade dentro da lei. Não há ato discricionário, o que há é o exercício de juízo discricionário diante da ocorrência de situações que justifiquem ou não certos comportamentos e opções nos limites legais.

A discricionariedade existe para proporcionar, diante do caso concreto, a escolha da melhor providência, tendo em vista a otimização da mesma. Não se trata de uma liberdade para o administrador decida ao seu bel prazer, mas para decidir de forma que torne possível o alcance do fim normativo.

Em relação a necessidade de motivação dos atos vinculados e dos atos discricionários, a doutrina é unânime no que tange a motivação dos atos vinculados; todavia, diverge quanto a referida necessidade quanto aos discricionários.

A motivação dos atos vinculados é a lei, já que a mesma aponta um único comportamento possível a ser realizado pelo administrador. No que concerne ao ato discricionário, há diversas posições doutrinárias.

Hely Lopes Meirelles entende que o administrador, no ato discricionário, possui uma margem de liberdade para fazer o juízo de conveniência e oportunidade, não sendo necessária a motivação. Porém, caso haja a fundamentação, o ato deverá estar condicionado a esta. Trata-se de obediência a Teoria dos Motivos Determinantes.

Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada a existência e veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção.

O motivo fica “umbilicalmente” ligado ao ato administrativo, de modo que se for provado que o motivo é falso ou inexistente, por exemplo, é

possível anular-se totalmente o ato, ou seja, os motivos se integram à validade do ato. Desta forma, uma vez enunciados os motivos pelo seu agente, o ato somente terá validade se os motivos efetivamente ocorreram e justificam o ato.

O entendimento majoritário, no entanto, é de que, mesmo no ato discricionário, é necessária a motivação. É o posicionamento tomado por Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

O primeiro fulmina o ato discricionário, tendo-o como inválido, caso imprecisa ou ausente a motivação. Para o autor, trata-se de requisito indispensável de controlabilidade dos atos a exposição dos fundamentos lógicos, normativos e fáticos.

De forma semelhante se posiciona Di Pietro entendendo que a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

O professor Diógenes Gasparini, com respaldo no art. 50 da Lei nº. 9784/99, aponta, sobretudo, a superação de tais discussões doutrinárias, pois o referido artigo exige a motivação para todos os atos nele elencados, compreendidos entre estes, tanto os atos discricionários quanto os vinculados.

Assim, já se tem como pacífico que, mesmo nos atos discricionários, nos quais se verifica uma maior liberdade de escolha de meios e fins pelo agente público, o motivo deve necessariamente estar presente.

Trata-se de exigência para todo e qualquer ato administrativo em obediência a finalidade do Princípio da Motivação: fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, como adiante veremos.

#### **4.5 Finalidade e Importância**

O art. 93, IX da CF/88 prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e, fundamentadas, todas as decisões, sob pena de nulidade. No processo administrativo, esse mesmo princípio é consagrado na lei já citada. A decisão do administrador deverá ter a indicação dos pressupostos de fato e de direito que a determinarem, bem como os atos administrativos.

Pela apreciação da motivação dos atos realizados da administração pública é que se tem o controle de legalidade para verificar se o ato do ad-

ministrador foi praticado atendendo-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a partir da avaliação do nexos de causalidade entre os motivos e o resultado do ato respectivo. É um verdadeiro meio de viabilização do controle dos atos da Administração.

Para além disso, o dever de motivar é pressuposto de validade do ato, como entende a doutrina dominante. Trata-se de elemento substancial, que se prende a este ato pela conexão de sentido com os fatos antecedentes.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

O motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato (MELLO, 2004, p. 370).

Sem a explicitação dos motivos torna-se difícil questionar, recorrer, corrigir. A falta de motivação no ato abre a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

Portanto, o Princípio da Motivação tem como finalidade a concretização dos demais princípios inerentes e fundamentais a um devido processo administrativo. Indicando os fatos e fundamentos jurídicos de forma plena, clara e coerente, o administrador estará atendendo, dentre outros princípios, principalmente, ao devido processo legal, duplo grau de jurisdição, a moralidade e probidade administrativa, a publicidade dos atos, a possibilidade de controle de legalidade das decisões, ao interesse público e, sobretudo, ao princípio maior: Estado Democrático de Direito.

A motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos do administrado, o de ter uma decisão fundada e motivada.

## 5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, concluímos que o Princípio da Motivação é de importância singular em todo e qualquer processo, não sendo diferente no que tange ao processo administrativo.

Antes de agir, seja de forma vinculada ou discricionária dentro das margens legais, o Administrador Público deve se questionar quanto aos motivos. Estes devem ser claros, coerentes, suficientes e fieis ao interesse público.

O princípio da motivação é um direito implícito do cidadão e reflete os valores de uma sociedade baseada no Estado Democrático de Direito. Ato e processo administrativo, sem motivação, afrontam o poder discricionário, caminhando para o arbítrio.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1999. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 jan. 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.



CAPÍTULO VII  
**ENTRE O *ALTER* E O *EGO*:  
INSTRUMENTOS CONTEMPORÂNEOS  
PARA UMA ÉTICA CONTRATUAL**

*Daniel Pires Novais Dias\**

**Sumário** • 1. Introdução: o contrato sob uma perspectiva civil-constitucional – 2. Boa-fé objetiva nos contratos: tutela da confiança nas relações contratuais – 3. Abuso de direito: relativização dos direitos sob a perspectiva civil-constitucional – 4. Princípio da equivalência material das prestações: proporcionalidade das prestações e previdência contratual – 5. Função social (do contrato) e *Inteligência Coletiva*: a ética (contratual) pelo olhar de uma formiga – 6. Conclusão: proposta para uma hermenêutica integrativa – 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este artigo apresenta o contrato sob a perspectiva civil-constitucional, a confiança como elemento fundamental das relações jurídicas e os instrumentos normativos disponíveis ao operador do Direito, aptos a integrar e tutelar valores éticos nas relações contratuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** CONTRATO; CIVIL-CONSTITUCIONAL; CONFIANÇA; BOA-FÉ OBJETIVA; ABUSO DE DIREITO; EQUIVALÊNCIA MATERIAL; FUNÇÃO SOCIAL.

## **1. INTRODUÇÃO: O CONTRATO SOB UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

As relações contratuais têm sofrido profundas alterações na sua feição clássica, em que a autonomia privada reina soberana e a liberdade para contratar quase não encontra obstáculos.

O abissal desequilíbrio de forças entre os contratantes, associado a uma política estatal de não intervir nas relações privadas, findou por criar situações de extremo abuso e exploração. O dogma da igualdade formal, fundamento basilar sobre o qual se construíam as relações privadas do Estado Liberal clássico, passou de instrumento de emancipação para instrumento de opressão.

O agravamento deste modelo – com o desenvolvimento das relações de massa, a grande concentração de capital em mãos de grupos econômicos, a crescente estratificação social – incentivou a crise do Estado Liberal e

---

\*. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

a sua sucessão pelo modelo de Estado Social, assentado em políticas de intervenção na economia e voltado a garantir o bem estar social. Com isso, as bases individualistas até então predominantes nas relações econômicas privadas foram fortemente abaladas.

A Constituição Federal de 1988 marcou o giro jurídico-político de reação a essa postura abstencionista do Estado Liberal clássico. Ao inaugurar o Estado Democrático de Direito, fundado na *cidadania* e no *valor social da livre iniciativa* (art. 1º, II e IV), e com os objetivos fundamentais de *construção de uma sociedade justa e solidária* e a *redução das desigualdades sociais* (art. 3º, I e III), impôs-se ao legislador ordinário e aos aplicadores do direito uma reformulação de toda a estrutura das relações privadas, mais notadamente as transações econômicas instrumentalizadas pelos contratos.

No campo da economia, a Constituição estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Neste sentido, impõe a Constituição que as relações econômicas tenham por base uma liberdade socialmente responsável e equilibrada, de forma que, considerar os interesses dos outros contratantes e os sociais ao avançar não é mais uma opção, mas sim um dever jurídico.

O legislador ordinário não tardou a responder positivamente a este impulso dado pela Constituição de reestruturação do paradigma das relações privadas, incrementando a edição de leis de ordem pública em detrimento das regras dispositivas que, tradicionalmente, colocavam o direito das obrigações sob regência plena da autonomia da vontade.<sup>1</sup>

---

1. Prova disso são os diplomas legais tais como o **Código de Defesa do Consumidor** (Lei nº 8.078 de 11/9/1990); a **Lei nº 8.137**, de 27/12/1990, que define crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo; a Lei nº 8.158, de 8/1/1991, que dispõe sobre a defesa da livre concorrência, posteriormente revogada pela **Lei nº 8.884**, de 11/6/1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; a **Lei nº 8.245**, de 18/10/1991, que regulamenta a locação predial urbana; a **Lei nº 9.656**, de 3/6/1998, que interveio nos contratos de plano de saúde, e cujo conteúdo foi alterado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24/8/2001; a Medida Provisória nº 1.820, de 5/4/1999, reiteradamente reeditada até a sua última configuração na **Medida Provisória nº 2.172-32**, de 23/8/2001, que estabelece nulidade das estipulações contratuais usurárias; e também o atual **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), diploma normativo eivado dos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade.



Assim, o Estado, cômico das desigualdades sociais entre as partes contratantes, intervém para impedir, ou ao menos mitigar, os efeitos nefastos desse desequilíbrio de, em última instância, *poder contratual*. A história comprova o que Montesquieu já teorizara: aquele que detém o poder tende a dele abusar (MONTESQUIEU, 1992, p. 163); e em âmbito contratual não seria diferente.

Como estabelece Roxana Borges, esta evolução importa em alteração conceitual do contrato, que passa do clássico ao contemporâneo, e finca como marcos históricos deste processo o Código Civil francês de 1804 e a Constituição Federal brasileira de 1988 (BORGES, 2007, p. 100).

Ressalte-se que, em momento algum, esse salutar movimento protecionista estatal representaria a superação da base voluntarista que rege a formação dos contratos, pois aí reside a sua essência. A intervenção estatal, pelo contrário, visa a resguardar a “paridade de armas” das partes, para que face aos interesses contrapostos, possam resguardar um conteúdo mínimo dos seus direitos. E assim, a intervenção do legislador ou do magistrado deixa de ser vista como antagônica à autonomia privada para, ao invés, ser considerada fundamental para assegurar-la.

Neste sentido, em âmbito contratual, a liberdade individual precisa ser sempre confrontada com os interesses dos outros contratantes e com o interesse social. Por esse contraponto é que se poderá verificar a validade jurídica de qualquer ato perpetrado no curso de uma relação contratual, invalidar os atos julgados ilícitos e exigir o ressarcimento dos danos.

A ingerência externa, portanto, não constitui intromissão indevida, “mas contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de determinado grupo social” (MELLO, 2001, p. 28.).

## **2. BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS: TUTELA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS<sup>2</sup>**

O Código Civil – elaborado num panorama imiscuído de todos esses valores já expostos<sup>3</sup> – é um diploma legal fortemente voltado para a valorização de relações contratuais éticas. Com a inserção no seu texto da boa-fé objetiva contratual, a tutela da confiança entre as partes assume lugar de destaque para a teoria dos atos jurídicos, pois, como comenta Menezes Cordeiro:

- 
2. Etimologicamente confiança provém de *cum fides*, ‘com fé’. A boa-fé, *bona fides*, é uma confiança adjetivada ou qualificada como ‘boa’, isto é, como justa, correta ou virtuosa.
  3. Há de se ressaltar que o **princípio da eticidade** figurou como viga mestra na construção do projeto do código civil de 2002 (REALE, 2006, p. 3).

O Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela *necessidade de proteger a confiança* que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele (CORDEIRO, 2003, p. 28).

Vai ainda mais longe a professora Judith Martins-Costa ao salientar que a proteção jurídica da confiança é pressuposto de qualquer ordenamento que se queira jurídico:

A confiança, que é proteção jurídica e postulado ético para além de constituir *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma *necessidade* desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isto mesmo não é a confiança traduzida meramente em objetos ideais, abstratos, estáticos ou absolutos. Como um bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada de *realizabilidade* típico dos fenômenos culturais. Isto significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos (MARTINS-COSTA, 2003, p. 29).

É essa realizabilidade jurídica da tutela da confiança que se quer efetivar com o princípio da boa-fé. O princípio funciona como verdadeiro instrumento operacionalizador dessa proteção; e se encontra expressamente positivado no art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” “Portanto, a confiança será o critério dominante para a consideração de qualquer negócio jurídico” (ROSENVALD, 2005, p. 79).

Com a disposição expressa do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil esse liame concretizador se torna mais direto e de vinculante verificação. Simultaneamente, esse fenômeno revela a herança positivista ainda prevalente no dia-a-dia do jurista hodierno, que precisa de texto expresso em lei para amparar sua argumentação – necessidade que assenta raízes no ideário de completitude do ordenamento jurídico<sup>4</sup> – e assim encontra dificuldades em lidar com argumentações subjetivas e

---

4. Axioma positivista que se presta a conciliar outros dois temas juspositivistas fundamentais: um segundo o qual o juiz não pode criar o direito, limitando-se a declará-lo; e outro segundo o qual o juiz não pode recusar-se a resolver uma controvérsia sob o pretexto de que não há norma que o regule (BOBBIO, 1995, p. 207).

criativas, que, ressalte-se, estão cada vez mais requisitadas na *praxis* jurídica – haja vista a ampla utilização de *cláusulas gerais* no Código Civil, cujo conteúdo é sempre delimitável *a posteriori*, ou seja, face ao caso concreto.

Segundo Judith Martins-Costa, como emanção da confiança no domínio dos contratos, a boa-fé objetiva positivada no art. 422 é “norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 33). Assim, as partes no seu agir têm de levar em consideração os interesses do *alter* (o outro), as motivações que o levaram a contratar e as legítimas expectativas nele despertadas pela convenção.

A feição objetiva do princípio advém do fato dele não estar calcado na análise da subjetividade do agente, como a boa-fé subjetiva. Em verdade, prescinde mesmo dessa análise psicológica, pois é perquirido externamente, dirigido à correção da conduta do indivíduo, pouco importando sua convicção. Desta maneira, estar ou não de acordo com o princípio da boa-fé objetiva é questão de contraste, de contraponto da conduta com os padrões socialmente compartilhados de “lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte” (FARIAS, 2005, p. 4).

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes o dever de agirem conforme a economia e a finalidade contratual (MELLO, 2001, p. 33). As partes, portanto, “são obrigadas a dirigir a manifestação de vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que não as expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca” (RIZZARDO, 2001, p. 23).

### **3. ABUSO DE DIREITO: RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

No artigo 187 do Código Civil o legislador consagrou a Teoria do Abuso de Direito. Assim dispõe o artigo: “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”.

Segundo a doutrina da professora Heloísa Carpena, constitui ato abusivo de direito:

aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza (CARPENA, 2002, p. 370).

Para a configuração do ato abusivo, tem-se como elemento distintivo o “motivo legítimo”, que deve ser extraído “das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante” (CARPENA, 2002, p. 382).

Já de início, há de se reconhecer a íntima ligação existente entre a teoria do abuso de direito e o princípio da boa-fé objetiva, ambos como parâmetros para definir limites do ato antijurídico contratual. “Por isso, o eventual exercício de um direito contemplado em contrato, e excedendo os limites éticos do negócio, poderá configurar abuso de direito” (FARIAS, 2005, p. 471).

Há de se ressaltar que para que se incorra em ilícito ao exercitar direito de que se é titular, não é necessário que haja intenção de dele abusar. Para o intérprete, a aferição de um determinado ato como abusivo resume-se a uma análise objetiva da conduta do indivíduo em cotejo com o que se espera de um indivíduo responsável em situação similar.

Conclusivamente, assinala Heloísa Carpena:

Com efeito, ao condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade sócio-econômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. Ao magistrado, impôs o desafio de harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social, somente merecendo tutela a atividade econômica privada que ‘atende concretamente aos valores constitucionais’. Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização (CARPENA, 2002, p. 384).

Enfim, a ninguém é dado exercitar direito para além da sua finalidade ou fundamento axiológico, pois essa subversão representa uma violação do próprio direito subjetivo em si. Não existem direitos absolutos, pois a todo o momento a licitude do seu exercício será extraída do cotejo entre o objetivo do ato e o fundamento teleológico da norma.

#### 4. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL DAS PRESTAÇÕES: PROPORCIONALIDADE DAS PRESTAÇÕES E PREVIDÊNCIA CONTRATUAL

O princípio da equivalência material das prestações, desenvolvido pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo, integra essa gama de normatizações baseadas no olhar constitucional sobre o Direito Civil, em que pesam valores como a confiança entre contratantes, o respeito pelas expectativas do *alter*, a cooperação e lealdade contratual.

Na definição do próprio professor alagoano:

o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para a harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas (LÔBO, 2009).

Nesta perspectiva, não é mais possível que dois contratantes celebrem contrato estabelecendo, ou que venha a se estabelecer na sua execução, um desequilíbrio real entre os direitos e as obrigações atinentes às distintas partes, principalmente se for constatado que neste negócio uma das partes está em situação de superioridade contratual, detentora de um maior poder de barganha para impor unilateralmente o conteúdo do convencionado.

Como já assinalado, uma perspectiva constitucional não significa o fim da liberdade contratual, como também não objetiva estabelecer uma rigorosa igualdade de prestações, principalmente porque a cada um é dado avaliar as suas necessidade e interesses, e, conseqüentemente, a liberdade para gerir seus bens como melhor lhe convier. Entretanto, o que se impõe coibir são os excessos, as excrescências provenientes de desequilíbrios sociais.

O Direito não é mais instrumento legitimador e assecuratório de desproporcionalidades extremamente rentáveis para uns e avassaladoramente malélicas para outros, como assinala Mônica Yoshizato Bierwagen:

Na atualidade, portanto, os contratos comutativos, embora não pressuponham necessariamente uma equivalência objetiva das prestações, também não admitem quanto a esta mesma equivalência, excessos a certos limites impostos pela razoabilidade e bom senso, devendo guardar-se, dessarte, um mínimo de equilíbrio entre elas. É importante salientar que apenas lucrar não é condenável; o lucro, inclusive, é admitido pelo sistema econômico adotado pela Constituição Federal. O que não se admite, todavia, é lucrar excessivamente, ultrapassando os limites do razoável para passar ao enriquecimento injustificado (BIERWAGEN, 2002, p. 65).

O Código Civil estabelece no art. 478 a possibilidade de o devedor pedir a resolução do contrato “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. Este dispositivo encontra-se inserido na linha teleológica do princípio da equivalência material das prestações; no entanto, seu âmbito de aplicação é mais restrito, pois mais voltado à manutenção da realidade originária subjacente entre as partes contratantes.

Vale ressaltar que a instabilidade é essencial à vida e quem contrata deve arcar com os riscos do negócio. Entretanto, por meio do princípio da equivalência das prestações, das situações fáticas sempre cambiantes busca-se resguardar as condições elementares que possibilitaram as partes contratar. Da mesma forma, por seu intermédio, invalidam-se pactuações que desde a origem, ou mesmo paulatinamente, estabeleçam prestações materialmente desproporcionais entre as partes. De fato, pensar diferente é reavivar a já anacrônica doutrina do *pacta sunt servanda*.

## **5. FUNÇÃO SOCIAL (DO CONTRATO) E INTELIGÊNCIA COLETIVA: A ÉTICA (CONTRATUAL) PELO OLHAR DE UMA FORMIGA**

Em uma perspectiva mais ampla, o exercício da liberdade contratual passa a ser considerado em cotejo com as suas repercussões com o meio social. A ética que deve reinar nas contratações não se resume à *célula* negocial. Pelo contrário, essa exigência jurídica transcende-a, abrangendo todo o *organismo* social que a contém.

A noção de função social origina-se, em última instância, na constatação de que o ser humano isolado não tem condições de prosperar. Para além dos primeiros anos de vida, que são materialmente intransponíveis sem auxílio de outras pessoas, interação social é meio necessário para o desenvolvimento pessoal, pois é através dos referenciais externos, do manancial de estímulos e projeções que a diversidade social proporciona, que

o homem evolui na sua individualidade. Assumir isso dá ao ser o vislumbre da sua dimensão como ente social.

Interessante notar que a compreensão da dinâmica interação entre o particular e o coletivo tem sido recentemente enriquecida com o estudo das organizações dos coletivos de outras espécies da fauna, como formigueiros, colméia, cardume, manada e revoada. Essas pesquisas apontam para um alto grau de interdependência dos componentes do grupo, mas também para um alto grau de eficiência para as atuações em conjunto. “Se notarmos uma formiga tentando fazer algo sozinha, ficaremos impressionados com a sua estupidez. As formigas não são inteligentes. Mas um formigueiro é outra coisa” (MILLER, 2009), diz a bióloga Deborah M. Gordon, da Universidade de Stanford.

Os pesquisadores têm se surpreendido com a descoberta de que o coletivo apresenta uma competência própria, decorrente da interação dos seus componentes, mas que não se resume ao somatório de habilidades pontuais destes, e sim a algo a mais.

A base de funcionamento desse fenômeno, que se tem convencido chamar de *Inteligência Coletiva* ou *de Enxame*, é aparentemente simplória: criaturas simples seguindo regras simples, cada qual atuando com base em informações locais. Essa metodologia, instintivamente aplicada, garante a harmonia de uma colméia abrigando até 50 mil operárias e uma eficiente estratégia para reagir a fenômenos externos, como no seguinte exemplo: se uma abelha, ao movimentar-se no interior de uma colméia, for atingida por um vento gelado, ela “tremerá a fim de aquecer-se e, com isso, ajudar a aquecer os filhotes ao seu lado. Ela não sabe, mas, ao mesmo tempo centenas de operárias em outras partes da colméia fazem a mesma coisa, em benefício da próxima geração” (MILLER, 2009).

A idéia prevaiente é a de que atuando coletivamente qualquer grupo tende a ser mais inteligente, sempre que seus membros sejam diversificados, com opiniões próprias e recorram a algum mecanismo para chegar a uma decisão coletiva. Controle descentralizado, reação a indícios locais, regras práticas, não fazem parte do repertório usual do ser humano para a resolução de seus problemas, mas, tais idéias revelam, segundo o jornalista da revista *National Geographic* Peter Miller, uma importante verdade a respeito da inteligência coletiva:

as multidões tendem a ser sábias quando seus membros individuais agem com responsabilidade e tomam suas próprias decisões. [...] Quando um grupo se mostra inteligente, seja ele composto de formigas ou de advogados, é preciso que cada membro cumpra a sua parte. Para aqueles de nós

que às vezes se perguntam se de fato vale a pena reciclar aquela garrafa para amenizar o impacto sobre o ambiente, o pressuposto básico é que nossos atos fazem diferença, mesmo que isso não esteja tão claro para nós (MILLER, 2009).

Enfim, o ente, na sua condição de parte integrante de um todo, detém uma perspectiva parcial dos fenômenos e as suas decisões são tomadas com base em interesses individuais, a partir de uma estreita perspectiva da realidade. Dessa forma, função social passa a ser entendida mais como uma questão de perspectiva do que propriamente uma noção *a priori* que norteia a atuação individual. Semelhante à função social que a formiga e a abelha inconscientemente desempenham atentas a impulsos e tarefas particulares, do ser humano se exigirá que persiga os seus interesses individuais com responsabilidade para com tudo e todos que compõem o seu horizonte passível de análise.

Na seara contratual, a idéia de função social encontra-se expressa no artigo 421 do Código Civil: a “liberdade de contratar será exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato”. Da leitura percebe-se que o legislador tratou a função social dos contratos sob duas feições: uma teleológica e outra limitativa.

O critério limitativo implica não ser juridicamente tutelável – nem moralmente admissível, nem filosoficamente justificável – um contrato que em benefício das partes onere de alguma forma o meio circundante. E, ressalte-se, não há lugar para indiferença, pois, dentro de um sistema integrado como o que se vive, os fenômenos são sempre interrelacionados. A noção de coletivo como meio de resguardar o individual é cada vez mais retumbante quando se noticia, por exemplo, que o descaso da sociedade contemporânea com a grande emissão de gases poluentes está violentando de tal forma a camada de ozônio que, segundo numerosas previsões, grandes faixas litorâneas quedarão debaixo d’água. O problema, cedo ou tarde, direta ou indiretamente, é de todos.

O critério finalístico assenta raízes na evolução do conceito de propriedade privada<sup>5</sup>. Hoje é cediço que a propriedade privada possui um

---

5. Em verdade, está mais para regresso conceitual, pois, como relata Fritjof Capra, nas sociedades arcaicas “a propriedade privada só se justificava na medida em que servia ao bem estar de todos. De fato, a palavra ‘privada’ provém do latim ‘privare’ (‘despojar’, ‘privar de’), o que mostra a antiga concepção de que a propriedade era, em primeiro lugar, comunal” (CAPRA, 2006, p. 187).



matiz político de instrumento assecuratório de bem-estar comum<sup>6</sup>. Os contratos, afetados por essa evolução, passam a assumir papel de destaque no desenvolvimento da sociedade, uma vez que figuram como meio, por excelência, de circulação de riquezas, e, conjuntamente analisados, expressam a configuração da postura política da economia de uma determinada sociedade. Crescimento econômico e social são movimentos que devem caminhar *pari passu* e os contratos, neste sentido, devem instrumentalizar relações saudáveis, que resguardam uma feição social e que não ignoram o seu papel para com o bem comum.

O princípio da função social do contrato “consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade” (THEODORO, 2003, p. 29). Portanto, a função social é princípio decorrente de uma perspectiva sistêmica e global, em que se consideram as interações do particular para com o todo em sua dinâmica relacional. Dessa forma, forçam-se os contratantes a ampliarem os próprios horizontes de análise ao contratarem, atentando para o seu papel enquanto atores sociais.

É princípio que representa, em suma, o coletivo atuando como o já referido *alter*, detentor do direito de ter os seus interesses reconhecidos e resguardados.

## **6. CONCLUSÃO: PROPOSTA PARA UMA HERMENÊUTICA INTEGRATIVA**

A eficácia dos institutos jurídicos e dos seus respectivos dispositivos abordados neste trabalho depende em grande parte de uma mudança de consciência dos juristas na forma de interpretar o texto legal. Os institutos mencionados são alguns exemplos de *cláusulas gerais* presentes expressamente no código civil, ou inferido principiologicamente. Como já alertado, as *cláusulas gerais* são compostas com termos conceitualmente amplos, carregados de subjetividade e valor. Assim, as *cláusulas gerais* são carentes de uma análise de ordem pragmática, isto é, necessitam de contextualização para ganhar vida.

Dessa forma, exige-se do hermeneuta uma postura mais ativa no processo de construção de sentido do texto, pois a argumentação ganha mais

---

6. Na prática, o foco da discussão acerca da função social da propriedade é mais acentuado em relação às propriedades imóveis. Neste ponto, o Código Civil atual evoluiu bastante em comparação ao anterior, para tanto, basta a leitura dos artigos: 1.239, 1.240, 1.242 e os §§ 4º e 5º do art. 1.228. Fatores como falta de vontade política e lentidão do Poder Judiciário fazem com que estes dispositivos não logrem o êxito para que foram idealizados.

espaço para desenvolver-se. A subsunção do caso concreto ao texto da lei não é direta e de fácil sustentação, porque a premissa maior da dedução silogística não é dada, mas construída em face da premissa menor, uma gerindo a elaboração da outra.

A utilização dessa técnica legislativa representa um avanço uma vez que garante uma atenção maior ao caso concreto e às suas especificidades e também porque impõe ao jurista o diálogo expresso com valores prestigiados na sociedade. Por isso, não se pode permitir que a salutar plasticidade de dispositivos abertos seja confundida com chancela a arbitrariedade judicial, ou pior, que sejam eles relegados ao ostracismo, como já foram em textos legais anteriores, pela desconfiança gerada no imaginário de juristas recalitrantes. É papel da doutrina auxiliar na tarefa de delimitação conceitual e da jurisprudência assentar entendimentos a partir de julgamentos reiterados.

Enfim, a tutela jurídica contemporânea volta-se para relações materialmente válidas e para uma análise voltada para o fato da vida. O jurista tem de rever o seu papel na sociedade contemporânea uma vez que lhe são outorgados poderes, através de instrumentos normativos promissores, para intervir nas relações impulsionando pedagogicamente uma mudança de consciência social sobre as relações entre si.

Nesta perspectiva, o contrato, como principal meio formal de chancela das relações jurídicas, deve ser instrumento de pactuações saudáveis. Seu horizonte contemporâneo aponta para a coibição das patologias oriundas de uma distorcida noção de realidade do ser humano. Ao agir pautado numa perspectiva meramente individual, o homem descarta do complexo entrelaçamento entre o social e o individual, sobre o qual o Direito ainda titubeia, pois, da mesma forma que o Direito “existe para possibilitar ao cidadão a realização de sua plenitude como pessoa” (ROSENVALD, 2005, p. 64), o *alter* se apresenta cada vez mais como caminho necessário para resguardar o *ego*.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípio e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito”. In: **Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. Araken de Assis (coord.). São Paulo: RT, 2007.

- CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CARPENA, Heloísa. “O abuso de direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil constitucional”. In: **A parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GORDON, Deborah M. **Control Without Hierarchy**. Disponível em: <[http://www.stanford.edu/~dmgordon/Gordon2007\\_Nature\\_Essay.pdf](http://www.stanford.edu/~dmgordon/Gordon2007_Nature_Essay.pdf)>. Acesso em: 02 de maio de 2009 às 20h25min.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 01 maio de 2009 às 18h15min.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **Franquia Empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MILLER, Peter. **Teoria dos Enxames: formigas abelhas e aves nos ensinam a lidar com a complexidade do mundo**. Disponível em: <[http://viajeaqui.abril.com.br/ng/materias/ng\\_materia\\_271771.shtml](http://viajeaqui.abril.com.br/ng/materias/ng_materia_271771.shtml)>. Acesso em: 02 de maio de 2009 às 20h30min.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo: a divisão dos poderes**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- REALE, Miguel. “O Código Civil após um ano de vigência”. In: **Principais Controvérsias no Novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil**. Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- THEODORO Jr., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



CAPÍTULO VIII

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO  
COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA  
DOS CIDADÃOS ADMINISTRADOS**

*Fernando Nunes de Miranda\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O processo administrativo como garantia do binômio “poder-dever” – 3. Processo administrativo entre a formalidade e a informalidade – 4. O processo administrativo como complemento da defesa jurisdicional – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este artigo objetiva salientar alguns aspectos e características do Processo Administrativo que lhe imprimem o condão de ser um instrumento a serviço dos cidadãos para a defesa de seus interesses em face de terceiros e, mormente, face ao próprio Estado, nas atividades relacionadas ao exercício da função Administrativa. Será feito um apanhado geral dos princípios que regem o processo Administrativo, com destaque a alguns deles, por nós julgados como relevantes para o presente estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROCESSO ADMINISTRATIVO; ESTADO; ADMINISTRADO; PRINCÍPIOS; GARANTIAS.

## **1. INTRODUÇÃO**

A esmagadora maioria da população brasileira vive hoje em grandes centros urbanos. A vida nestes grandes centros requer um sem-número de convenções e parâmetros, seja relativamente à disciplina do trânsito, à altura máxima dos prédios, à preservação das áreas verdes, à organização do comércio, da indústria, dos serviços etc.

Tudo isto requer um controle por parte do Estado. Deveras, incumbe à administração pública, no interesse da coletividade, regular e disciplinar a vida em sociedade. Tal controle, no mais das vezes, culmina numa ingerência na esfera privada dos administrados, ou seja, a pretexto de organizar e

---

\*. Acadêmico de Direito pela Universidade Federal da Bahia.

coordenar a vida em sociedade, o Estado acaba interferindo no cotidiano dos cidadãos e cidadãs.

Com efeito, assistimos, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2000, pp. 426-427), a um *agigantamento* do Estado, e, mais que isto, um *agigantamento* da Administração Pública. Tal fenômeno ocorre em detrimento da esfera de liberdade do particular, que se encontra drasticamente reduzida. Neste sentido, vale a lição do aludido administrativista:

O Poder Público assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico, exigindo dos particulares, demais disso, ajustamento de suas condutas aos desideratos absorvidos como finalidades coletivas. Este fenômeno, disseminado em todas as partes, no Brasil está francamente abrigado nas implicações do art. 170 da Carta Constitucional, onde se estatui que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”, cujas realizações, obviamente, fazem presumir uma atuação intensa e omnimoda (MELLO, 2000, p. 424).

Assim, por exemplo, é necessária a licença do Estado para se construir um prédio; para se iniciar uma atividade empresarial de forma lícita é necessário o competente registro perante a Junta Comercial; o “camelô da esquina”, de igual modo, precisa de autorização do Estado para comercializar seus produtos; o proprietário de um veículo automotor necessita, para trafegar pelas ruas, de prévia habilitação concedida pelo Estado, bem como seu automóvel precisa estar licenciado etc.

Pode-se dizer então que o Estado, através do exercício do poder de polícia, limita a liberdade e a propriedade dos cidadãos administrados. Este poder de polícia encontra definição legal no art. 78 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966).

Destaque-se, por oportuno, que o peso da mão do Estado não é sentido apenas no exercício do poder de polícia. Tal peso também é sentido na relação do Estado com seus agentes públicos e políticos, e na relação com os particulares, que com ele celebram negócios.

Diante deste quadro, temos que, por vezes, o cidadão terá de se resguardar da atuação da Administração Pública. Isto não significa que o Estado seja um mal que sempre irá prejudicar os interesses dos particulares. Não. Porém, ocorre que, ao agir buscando o interesse público, pode o Estado, e é o que comumente ocorre, contrariar interesses privados, como no exemplo clássico da desapropriação. Isto sem falar nas hipóteses em que interesses puramente estatais camuflam-se de interesse público. Por mais justo que seja o pleito estatal, ruir-se-iam os pilares do Estado Democrático de Direito, se ao particular cujo patrimônio será atingido, não se der oportunidade de defesa. Neste diapasão destacam-se, como instrumentos reguladores da atuação do Estado em face de seus agentes e dos particulares, respectivamente, os Estatutos dos servidores públicos, que no âmbito federal é disciplinado pela lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui as normas reguladoras das licitações e contratos da Administração Pública.

Neste quadro, não bastam apenas tais institutos normativos para que os cidadãos tenham seus direitos resguardados perante o Estado, é fundamental a existência de um regular processo, o processo administrativo, que surge para desempenhar dois importantes papéis. O primeiro deles é resguardar os cidadãos administrados, garantindo-lhes os meios para fazer valer seus direitos e proteger seus interesses através da participação na tomada de decisões do Estado; o segundo, assegurar que o agir da Administração Pública seja pautado pela transparência.

## **2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA DO BI-NÔMIO “PODER-DEVER”**

A teoria da Separação dos Poderes, concebida pelo Barão de Montesquieu, erigida à categoria de princípio fundamental em nosso Estado, consagrou as expressões “Poder Executivo”, “Poder Legislativo” e “Poder Judiciário”. Embora saibamos que tais “Poderes” correspondam, em verdade, a “funções”, é forçoso reconhecer a influência da semântica insita à expressão “Poder”. Para além da questão terminológica, temos que, alguns sujeitos são, de fato, detentores de certo “poder”, porém este “poder” possui limites e não encontra fundamento em si mesmo.

Há ainda quem prefira falar em “dever-poder”, vez que não é o “dever” que deriva do “poder”, mas sim este daquele, na medida em que o segundo encontra limite e fundamento no primeiro.

Deveras, o “poder” não se auto legitima. Neste íterim, cumpre lembrar o disposto na nossa Lei Maior em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º *Omissis*.

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Temos, portanto, evidenciada, a fonte do poder do Estado, qual seja, o povo.

Do citado dispositivo constitucional, extrai-se um princípio, o da Soberania Popular. Fazendo-se o cotejo de tal princípio com o princípio da Supremacia do Interesse Público<sup>1</sup>, percebe-se que o “poder” deve ser exercido nos contornos do cumprimento do dever, que, em última instância, revela-se na realização do interesse da coletividade.

Destarte, se um guarda de trânsito tem o poder de multar um motorista que dirige em alta velocidade é porque ele tem o dever de garantir a segurança do trânsito; se a vigilância sanitária tem o poder de interditar uma farmácia que vende medicamentos fora do prazo de validade é porque tem o dever de zelar pela saúde pública.

Ora, se o exercício do dever está atrelado ao cumprimento de um dever, há que se criar mecanismos que garantam esta simbiose. Um destes mecanismos é precisamente o processo administrativo. Como dissemos, através do processo administrativo, o particular mantém a sua presença no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo.

Neste íterim, os princípios da Administração Pública assumem especial conotação, destacando-se os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Destaque-que, por exemplo, a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos restritivos ou ablatórios. A relevância destes princípios mereceu expressa previsão constitucional, conforme dicção do art. 5º, LV da Carta Magna: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, que existem outros princípios gerais, aplicáveis ao processo administrativo. São eles: princípio da

---

1. Sobre o falso antagonismo entre interesse público e interesse privado cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro**. In: MELLO, 2000, pp. 57 a 66.



audiência do interessado; princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; princípio da ampla instrução probatória; princípio da motivação; princípio da revisibilidade; princípio da representação e assessoramento; princípio da lealdade e boa-fé; princípio da verdade material; princípio da oficialidade; princípio da gratuidade e princípio do informalismo (MELLO, 2000, pp. 431-435).

Esta gama de princípios, muitos deles de matriz constitucional, traduzem-se, no dizer de Marcelo Lima Guerra, em verdadeiros direitos fundamentais:

(...) o uso de terminologias como “garantias” ou “princípios” pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de “direitos fundamentais”, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais (GUERRA *apud* DIDIER JR, 2007).

Assim, podemos falar no direito fundamental a um processo devido (devido processo legal) (DIDIER JR., 2007, p. 27), verdadeiro postulado aplicável à Teoria Geral do Processo.

Deveras, o também chamado *due process of law* foi alçado pela Carta Magna de 1988 à categoria de direito fundamental, consubstanciado nos incisos LIII, LIV, LV e LXXVIII do art. 5º, aplicáveis também ao processo administrativo, *verbis*:

Art. 5º (omissis)

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

### 3. PROCESSO ADMINISTRATIVO ENTRE A FORMALIDADE E A INFORMALIDADE

Costumeiramente define-se processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa (GASPARINI, 2007, p. 933).

Deste conceito é possível extrair algumas conclusões. Primeiro, temos que o processo administrativo é um *conjunto de atos*, que não são outra coisa senão *atos administrativos*. Ainda, são tais atos *ordenados*, necessariamente, e *cronologicamente praticados*. Este é o conceito material de processo administrativo.

Partindo de tal conceito, podemos concluir que o processo administrativo requer uma dada formalidade. Podemos ainda dizer que o processo administrativo caracteriza-se pela formalidade quando, por exemplo, requer que seja conduzido por autoridade competente.

Dissemos antes, que o processo administrativo é instrumento de garantias dos direitos do administrado. Pois bem. Deste modo, a referida formalidade deve estar a serviço desta finalidade, a garantia dos direitos do administrado.

Isto nos leva a concluir que a formalidade, no processo administrativo, não é um fim em si mesma, e está a serviço, antes, do administrado que da Administração.

É por esta razão que Odete Medauar (MEDAUAR *apud* FERREIRA, 2004) defende, no processo administrativo, a existência do princípio do *formalismo moderado*. E outra não é a opinião do Professor Romeu Bacellar:

O formalismo moderado, no processo administrativo disciplinar, corresponde à instrumentalidade de formas, em sede de processo jurisdicional, frisando-se que a relação é de correspondência e não de igualdade. É a idéia de que forma deve ser adequada ao alcance do fim colimado pela lei: o exercício da competência disciplinar dentro dos quadrantes da legalidade (BACELLAR *apud* FERREIRA, 2004).

A formalidade moderada, pois, entendemos ser a aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente, vez que não há dúvida de que o administrado é a parte mais fraca da relação jurídica processual administrativa, e, de mais a mais, quase sempre não possui conhecimento técnico-jurídico. Há que prefira chamar o princípio da formalidade moderada de “princípio da informalidade”<sup>2</sup>.

---

2. Neste sentido posicionam-se Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

De outro lado, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nos processos que envolvem interesses particulares, como os processos de licitação, disciplinar e tributário, pode o informalismo favorecer o interesse público, exigindo formas mais simples e rápidas para a solução dos processos, ao passo que o excesso de formalismo beneficiaria o interesse privado, para evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais (DI PIETRO, 2002, p. 512). Assim, o ideal a ser buscado é o equilíbrio, daí entendermos ser mais adequada a expressão formalismo moderado.

#### **4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO COMPLEMENTO DA DEFESA JURISDICIONAL**

Muitas das demandas que hoje superlotam o Poder Judiciário poderiam ser facilmente resolvidas na esfera administrativa, bastando que as pessoas se utilizassem mais desta ferramenta para a defesa de direitos, que é o processo administrativo.

A nossa Carta Magna de 1988 inclui, entre as garantias individuais, o direito de petição:

Art. 5º (omissis)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

A doutrina e a jurisprudência, todavia, têm chamado garantias deste tipo de *remédios constitucionais*, pois constituem meios postos à disposição dos indivíduos para provocar atuação das autoridades competentes, visando sanar ou corrigir ilegalidades e abusos de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais (SILVA, 2006, p. 442).

O direito de petição cabe a qualquer pessoa, seja física ou jurídica, seja nacional ou estrangeira, e pode ser dirigida a qualquer autoridade, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Diante deste quadro, temos que o direito de petição é a todos acessível, e, através dele, a autoridade peticionada fará nascer um processo administrativo.

Todavia, ainda não explicitamos de que modo o processo administrativo pode complementar a defesa jurisdicional, ou de que modo pode ele resolver facilmente questões que, se levadas ao judiciário perdurariam por anos e anos sem solução. É o que se dirá adiante.

Relativamente à prática de certos atos, a Administração Pública possui uma margem de discricionariedade, adstrita aos aspectos da oportunidade e conveniência. No tocante a estes atributos, não cabe apreciação judicial, de modo que, quando submetidos à apreciação do Poder Judiciário, este somente está autorizado a apreciar a legalidade destes atos.

Isto não ocorre, todavia, no Processo Administrativo, pois, neste caso, é a própria Administração Pública que está revendo seu próprio ato, podendo alterá-lo, se convencida das razões do administrado.

Ainda, através do processo administrativo, o administrado tem a sua voz ouvida antes de proferida a decisão que irá afetá-lo.

A aludida complementaridade do Processo Administrativo em face da garantia de defesa em sede jurisdicional é também defendida por Tomás-Ramón Fernández. Segundo o mencionado jurista:

(...) o procedimento [aqui como sinônimo de processo] administrativo complementa a garantia de defesa em sede jurisdicional por dois ângulos: de um lado porque – uma vez disciplinada a conduta administrativa desde o primeiro ato propulsivo até o ato final – impede que os interesses do administrado sejam considerados apenas *ex post facto*, vale dizer, depois de atingidos, pois oferece oportunidade ao interessado de exhibir suas razões antes de ser afetado (FERNÁNDEZ *apud* SILVA, 2006, p. 447).

Segundo tal raciocínio, toda vez que os cidadãos se virem na iminência de ter o seu *status libertatis* atingido, ou mesmo o seu patrimônio, por conta da atuação do Estado, é de todo recomendado que se busque inicialmente, no plano administrativo, que o dano não ocorra, ou, já tendo ocorrido, que não perdure, se se tratar de ato contínuo, em vez de ir logo bater às portas do Poder Judiciário.

## 5. CONCLUSÃO

Embora o Processo Administrativo seja um poderoso instrumento do administrado para a defesa de seus interesses, muito ainda precisa ser feito para que haja um ganho real de efetividade na solução dos conflitos e para o bom andamento da máquina pública.

Infelizmente ainda é muito comum a prática do chamado “embargos de gaveta”, que tem como consequência a situação de inúmeros requerimentos dos cidadãos serem ignorados, esquecidos nas gavetas das repartições públicas, o que desacredita as instituições e põe em xeque o Estado Democrático de Direito.

Com relação à gestão da coisa pública, temos a questão dos processos licitatórios, marcados pela ineficiência e morosidade. Com efeito, não são poucos os casos em que obras deixam de ser realizadas, serviços não são concretizados, e compras não são efetuadas, por conta de licitações paradas em razão de recursos, com grave prejuízo para o interesse público. Isto sem falar nos famigerados processos administrativos disciplinares, marcados pelo corporativismo e parcialidade, com violação ao princípio do juiz natural, na medida em que a autoridade que acusa é a mesma que julga.

Tais fatos dão mostras de que nem tudo são flores, a exigir não só uma mudança de mentalidade dos cidadãos e dos agentes públicos, como também alterações na legislação que rege as diversas modalidades de processos administrativos, tornando-os menos burocráticos e adaptando-os aos valores da Constituição.

Não olvidamos que todas estas ponderações podem levar muitas pessoas a desacreditarem que outro caminho seja possível, mas não devemos ficar ao lado delas. É preciso lutar, questionar, provocar a mudança. Isto nos remete a Rudolf Von Ihering, que, em sua obra intitulada “A luta pelo Direito” (IHERING, 2003), nos lembra que a agressão a um direito, por mais insignificante que possa parecer, fere o nosso sentimento de justiça, e deve ser combatida a todo custo, sob pena de se sacrificar o Direito como um todo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, Alice Gonzalez. **Processo Administrativo e Controle**. Salvador; Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 de março de 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.) **Comentários à Lei de Federal Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

## CAPÍTULO IX

# ATÉ QUE PONTO IGUAIS, ATÉ QUE PONTO DIFERENTES: DISCUSSÃO SOBRE A IGUALDADE E A LEI MARIA DA PENHA

*Francisco José Portela Neto\**

*Não se aspira uma igualdade que frustrate e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana na sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz no seu destino. O que se quer é uma igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único – Cármen Lúcia Antunes Rocha.*

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Entendendo a Lei n. 11.340: 2.1 Formação histórica; 2.2 Quem é Maria da Penha; 2.3 Inovações trazidas pela Lei – 3. Divergências quanto a sua constitucionalidade: ADC-19 – 4. Igualdade e constitucionalidade: uma análise a luz da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello: 4.1 A problemática da Igualdade; 4.2 Análise doutrinária; 4.3 Fator individualizador; 4.4 Lógica do *discrimen*; 4.5 Conformidade constitucional – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O trabalho ora exposto procura desenvolver ou auxiliar a sociedade como um todo a entender a questão da igualdade envolvida na Lei Maria da Penha através de esclarecimentos sobre esta, conceitos pertinentes, e fatos relevantes como a importância da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) que tramita no Superior Tribunal de Justiça (STF), para propiciar total interação do leitor com o tema. Em seguida procura elucidar a problemática da isonomia geradora de distintas interpretações pelo judiciário e polêmica, para isto apóia-se prioritariamente na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade onde há uma representação do princípio da isonomia através de uma abordagem fácil, responsável, atual e constitucional. Assim a proposta aqui

---

\*. Acadêmico do terceiro semestre da Faculdade de Direito da UFBA.

desenvolvida é acrescentar ao debate que ganha força na sociedade, pois, trata de um debate novel e muitas vezes negligenciado que é a discussão de gênero e as implicações deste fenômeno.

**PALAVRAS-CHAVE:** GÊNERO; ISONOMIA; CONSTITUCIONALIDADE.

## 1. INTRODUÇÃO

O homem é o grande engenheiro da sociedade, somos os construtores do nosso derredor, da nossa cultura, apesar de nem sempre ter consciência disto transformamos o mundo que vivemos. A sociedade é um eterno construir, sempre estaremos buscando melhores condições de vida, nossos valores se renovam e modificam-se.

Exemplo claro do que foi citado acima é o papel da mulher na sociedade ocidental, que vêm sendo modificado e digo até desmistificado<sup>1</sup>. Elas conseguiram respeito e espaço, mas isso não significa que não sofram ainda discriminações<sup>22</sup>, pois as questões de gênero<sup>33</sup> são mais complexas e sutis na maioria das vezes.

1. A entrada da mulher no mercado de trabalho em igualdade de condições em relação aos homens é um elemento fundamental para o avanço da equidade de gênero. Nos anos 90 persiste a tendência presente desde nas três décadas anteriores, de aumento significativo das taxas de participação feminina.  
No ano 2000 as mulheres representavam 40% da população economicamente ativa urbana da América Latina. [...] também aumentou o nível de escolaridade das mulheres, assim como o número de famílias chefiadas por mulheres. (COSTA, 2002, p. 97).
2. [...] as mulheres necessitam em média quatro anos a mais de escolaridade para obter os mesmos rendimentos que os homens e, em média, dois anos a mais para ter a mesma oportunidade de conseguir um emprego formal. São grandes as diferenças de remuneração entre homens e mulheres: no Brasil elas ganham em média 64% dos rendimentos dos homens, e esta diferença aumenta conforme se eleva o nível de escolaridade.  
[...] a despeito da Legislação sobre a igualdade de salário, as diferenças ainda existem e persistem. As mulheres estão ainda sub-representadas nos empregos com responsabilidade de comando e que demandam qualificações técnicas. (COSTA, 2002, pp. 13-14).
3. O que é gênero? Esta palavra foi usada nos anos 7, por Ann Pakley e outros/as autores/as, para descrever aquelas características de mulheres e homens que são **socialmente** determinadas, em contraste com aquelas que são **biologicamente** determinadas.  
*Essencialmente, a distinção entre sexo e gênero é feita para enfatizar que tudo homens e mulheres fazem, tudo que é deles/ as esperado – com exceção das funções sexualmente distintas (gestação, parto, amamentação, fecundação) – pode mudar, e muda, através de tempo e de acordo com a transformação e variação de fatores sócio-culturais [...] as nascem macho ou fêmea, mas aprendem a ser meninos e meninas que se desenvolvem como homens e mulheres. A eles e elas são ensinados os comportamentos e atitudes apropriados, os papéis e atividades adequados e como eles/as devem se relacionar com outras pessoas. (grifos nossos) Este comportamento aprendido é o que organiza a identidade de gênero e determina os papéis de gênero. (WILLIAMS, 1999, p. 9).*



Tão sutis que alguns preconceitos são encarados não só pelo setor masculino da sociedade como também, por parte das mulheres como verdades de tão enraizada a diferença dos papéis do homem e da mulher.

Estas idéias pré-concebidas em relação às questões de gênero produzem desigualdades e injustiças históricas. Reverter este quadro e propor uma sociedade de oportunidades iguais e sem sexismos<sup>44</sup>, é uma tarefa difícil e longa. Daí surge à necessidade de um engajamento total não só da sociedade civil, como do estado elaborando leis e desenvolvendo políticas afirmativas.

Um exemplo da articulação da sociedade civil e o estado é a lei Maria da Penha, que pretende coibir a violência baseada no gênero, dispendo não só de penas mais duras para os infratores, como articulando maneiras de proteger a agredida.

No entanto tal lei é acusada por setores do judiciário e da sociedade de ferir o princípio constitucional da isonomia, tratando de forma diferente homens e mulheres.

Porém a nosso ver a lei supracitada não cria privilégios para as mulheres em detrimento dos homens, ele busca sim é reparar uma situação corrente em nosso país que são os casos de violência baseada no gênero, que é por si um ato infame e covarde.

## **2. ENTENDENDO A LEI Nº. 11.340**

### **2.1 Formação Histórica**

Na caminhada que culminou com a promulgação dessa lei, ganha destaque a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) em 1º de fevereiro de 1984 (mas só em 1994 o texto foi aprovado em sua plenitude), que propugna o combate as desigualdades provocadas pelos preconceitos de gênero, encarando estes como óbices ao desenvolvimento de todo estado.

Seguindo esta linha o Brasil ratificou em 27 de novembro de 1995, a Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência

---

4. Atitude discriminatória em relação ao sexo oposto. (BUARQUE DE HOLANDA, 2004).

contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que acresce ao Cedaw afirmando:

[...] que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades. (Convenção de Belém do Pará, 1994, p. 2).

Estes tratados viabilizaram a denuncia do caso Maria da Penha Maia Fernandes a órgãos internacionais, que culminou com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Que dentre as suas recomendações, apontou para o dever do estado brasileiro de adotar medidas que evitem discriminações pelo estado no trato das questões relativas à violência doméstica e familiar.

Assim a Lei 11.340 sancionada em 07 de setembro de 2006, respalda pelos tratados internacionais de direitos humanos supracitados e pelo § 8º do art. 226 da constituição federal de 1988, foi consequência de uma intensa mobilização dos movimentos sociais nacionais e de órgãos internacionais<sup>5</sup>, que utilizando como marco o caso concreto de uma vítima da violência a mulher, Maria da Penha, pressionaram o Brasil a encarar o problema.

## 2.2 Quem é Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, sofreu duas tentativas de homicídio em 1983, praticadas por seu então marido e pai de suas três filhas, o professor universitário de economia Marco Antonio Herredia Viveros, não morreu, mas ficou com seqüelas graves.

A sua luta para ver seu algoz pagar pelos seus crimes durou quase vinte anos e apesar de seu ex-esposo ter cumprido apenas dois anos de prisão em 2002, ela tornou-se um verdadeiro ponto de referência na luta pelos direitos humanos das mulheres.

Recentemente procurando compartilhar e acrescentar ao debate sobre violência doméstica e familiar Maria da Penha lançou o livro “Sobrevivi... posso contar”.

---

5. Destacamos a participação de ONGs como ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFE-MEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS e o apoio de entidades internacionais como a OEA e a ONU. Além das iniciativas governamentais de âmbito interno, como a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM.

## 2.3 Alterações trazidas pela Lei

Para combater a violência doméstica e familiar<sup>6</sup> pelas peculiaridades desta forma de violência é necessário não só mecanismo de punição, mas para coibir e eliminar um ato tão nocivo a sociedade é preciso cercar o problema em todas as suas dimensões.

A lei não se nega a realizar esta tarefa, pois, tipifica a violência doméstica e familiar como uma das formas de agressão aos direitos humanos. Além de alterar o Código Penal e o Código de Processo Penal para possibilitar que agressores sejam presos em flagrante, ou tenham sua prisão preventiva decretada, quando ameaçarem a integridade física e psicológica da mulher, e demonstrando sua total interação com o problema que visa combater, prevê inéditas medidas de proteção para a mulher que corre risco de vida, como o afastamento do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação física junto à mulher agredida e aos filhos.

Modifica a lei de execuções penais, permitindo que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação e recuperação, demonstrando que para acabar com esta forma de violência além de punir o infrator é necessário reabilitá-lo, fazê-lo compreender a nocividade dos seus atos. Nesta mesma sintonia determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para resolver as questões de família decorrentes desta forma de violência, retirando assim a competência dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95).

## 3. DIVERGÊNCIAS QUANTO A SUA CONSTITUCIONALIDADE: ADC-19

Por ser tão abrangente como demonstramos a cima, está lei suscita calorosas discussões sobre os seus dispositivos. O debate reforça-se com as diferentes posições doutrinárias e decisões sobre a constitucionalidade da lei proferida no controle difuso que ora acata a lei 11.340/2006, ora questiona e declara inconstitucional alguns dos seus dispositivos.

Ilustramos abaixo posições totalmente diferentes sobre a lei envolvendo a questão da igualdade a primeira é do defensor público do estado de Tocantins, que vê violação do princípio constitucional:

---

6. A lei 11.340/06 tipifica este tipo de violência, como aquela baseada no gênero e em que o agressor possui algum convívio ou vínculo de relação com a vítima. Podendo assumir várias formas ex: psicológica, física, moral, patrimonial, sexual.

[...] O que não podemos permitir é que novas normas, como a lei “Maria da Penha”, ultrapassem o limite do razoável e venham a inverter o sentido da igualdade. Ora, se foi criada um norma pelo Poder Constituinte Originário ordenando que todos serão iguais em direitos e obrigações (cláusula pétrea), não podemos aceitar a aplicação de uma lei que absurdamente demonstra [contrária] o princípio da Isonomia (Igualdade). (MARQUE, 2008).

Discordamos da opinião supracitada, sobre a questão, Maria Berenice Dias preleciona que:

Exatamente para garantir a igualdade é que a própria Constituição concede tratamento diferenciado a homens e mulheres. Outorga proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (CF, art. 7º, XX) e aposentadoria aos 60 anos, enquanto para os homens a idade limite é de 65 (CF, art. 202).

A aparente incompatibilidade dessas normas solve-se ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam (DIAS, 2007).

Logo esta divergência chega aos tribunais como é o caso da sentença expedida pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no Recurso 2007.023422-4/0000-00, que considerou a lei inconstitucional por violar o princípio da isonomia. Distintamente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais declara lei constitucional por considerar o princípio da igualdade material entre homens e mulheres.

Para pacificar o entendimento dos tribunais sobre a lei, assim como dada a relevância social do assunto é que o Presidente da República,

através do Advogado-Geral da União, ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, visando à declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33, 41, da Lei 11.340/06 (Maria da Penha).

Que respectivamente produziram polêmica e dissenso no judiciário por:

[...] supostamente em virtude de afronta (i) ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF); (ii) a competência atribuída aos Estados para fixar a competência judiciária local (art. 125, § 1º c/c Art. 96, II “d”6); e (iii) a competência dos juizados especiais (art. 98, I, CF7). (ADC-19, 2007).

O pedido cautelar foi indeferido pelo relator, Ministro Marco Aurélio, sob o argumento que mesmo existindo uma possibilidade de concessão de liminar em ADC, prevista pela lei 9.868/997, segundo o ministro a vinculação das decisões dos juízes, precisaria de maior fundamentação, para que não violasse princípios constitucionais:

[...] Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrado-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito. (Ementa ADC-19, 2007).

No intuito de participar do debate escolhemos uma das problemáticas do ADC-19<sup>8</sup>, que a nosso ver é a que tem mais destaque na sociedade civil,

- 
7. Permite a possibilidade de liminar por parte da maioria absoluta dos ministros do STF ou do relator, em caso de urgência, com posterior remessa ao plenário.
  8. Apesar de não discutir aqui os outros questionamentos sobre a constitucionalidade da lei, corroboramos com o ADC, pois não encontramos violação a constituição nos art.s 33 da Lei 11.340, sob a respectiva alegação de violar a competência estadual para fixar a organização judiciária (art. 128, § I, c/c, II, “d”, CF 88) visto que o tema em pauta tem relevância de âmbito nacional e no referido artigo a União visa dar tratamento uniforme a questão de tal relevância. Nem a vislumbramos no art. 41 da lei supracitada, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, para os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I, CF 88), ora a definição de menor potencial ofensivo cabe ao legislador infraconstitu-

que é questionamento se a lei Maria da Penha viola o princípio da isonomia e cria privilégios baseadas no sexo, para desenvolver no próximo capítulo do nosso trabalho.

## 4. IGUALDADE E CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

### 4.1 Problemática da Igualdade

O sinal de igual, matematicamente representado por um símbolo ( $=$ ) que qualifica os dois lados da equação como estando em equiparação, ou seja, possuem uma completa identidade de valores, consegui resolver em centímetros de uma linha de caderno uma questão que, posta no âmbito da sociedade depende labor intelectual desde o início da civilização ocidental como a conhecemos hoje.

Pois apesar deste afincio, para pelo menos simplificar a questão da igualdade entre as pessoas e os grupos sociais, esta discussão não se encontra acabada e hodiernamente ganha relevo, dada as vicissitudes da sociedade moderna que produz situações em que o estado tem o dever constitucional de discriminar relações ou grupos, aparentemente homogêneos e equiparados, que muitos imaginam existir um sinal de igual entre eles, gerando disto debates calorosos.

O princípio da igualdade é intrínseco ao estado democrático de direito, de modo que o estado que se qualifica como tal, e desconhece este princípio não é de fato um estado democrático<sup>9</sup>. O que complica a questão é como o estado deve se comportar e utilizar o princípio da isonomia nos casos concretos para reconhecer-se como estado democrático. Haja vista que a idéia de igualdade atrelada ao Estado Liberal defendendo uma postura absenteísta do estado<sup>10</sup> ou uma isonomia formal<sup>11</sup>, que gerou graves danos

---

cional, e só um julgamento precipitado e sem a dialética com a realidade da violência doméstica e familiar, a caracterizaria como menor potencial ofensivo.

9. [...] a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. (SILVA, 2003, p. 210).
10. Dentre os caracteres desse Estado, habitualmente chamado de “liberal” ou “absenteísta”, pode ser destacada a passividade no trato as desigualdades sociais que grassavam, ao ponto de a isonomia então assegurada ser apenas a de textura formal, ou seja, não se investigava a respeito da existência de desequiparações havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las ou, na pior das hipóteses, mitigá-las. (SILVA NETO, 2006, p. 39).
11. A afirmação do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Mas aí

sociais as camadas mais pobres e carentes da população culminando com várias revoltas sociais que mudaram o paradigma do Estado Liberal para o Social<sup>12</sup>, onde a busca é uma igualdade material<sup>13</sup>, através de ações positivas. Neste ponto surge outra discussão, como identificar quais critérios podem ser usados para justificar o *discrímen*<sup>14</sup> e quais não.

## 4.2 Análise doutrinária

Frente esta situação e no intuito de discutir a problemática da igualdade em pauta perante a Lei: 11.340/06 (Maria da Penha) e a relevância desta discussão para a sociedade brasileira, utilizaremos da elucidativa doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que aponta critérios, os quais acreditamos serem atuais, lógicos e concordes com os princípios de nossa constituição.

Segundo Mello (MELLO, 1993), para reconhecer uma norma que viole o preceito da isonomia, dever-se-á analisar o fator discriminatório, assim como o fundamento lógico entre o objeto de discriminação e as

---

firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Este tipo de gerou as desigualdades econômicas, porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciada que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O interprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, [...], especialmente com exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social (SILVA, 2003, pp. 213-214).

12. As premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não se justificaram no plano da vida em sociedade, tanto que a consagração da isonomia de compostura formal, aliada ao absentismo que cingiu a frente do Estado, trouxe como consequência, irreprimível, a eclosão de inúmeros movimentos sociais, destacando-se as Revoluções Mexicana de 1910 e a Russa de 1917, que contribuíram decisivamente para o aparecimento do fenômeno denominado de constitucionalismo social, com a nota peculiar da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparada no princípio da não neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual. (SILVA NETO, 2006).
13. A igualdade material seria a análise das diferenças e necessidades presentes em cada grupo social para uma possibilidade de equiparação, em que se busca realmente gerar as mesmas possibilidades efetivando direitos que não atingiriam determinados grupos por causa das peculiaridades da vida. Assim cabe ao estado perceber estas, com o intuito de que os direitos fundamentais atinjam todos os grupos, toda a sociedade.
14. Discriminar: É o ato de tratar de modo diferente aqueles que têm direitos fundamentais comuns. Há que se distinguir as discriminações justas das discriminações injustas. (ÁVILA, 1991, p.161).

conseqüências jurídicas adotadas, e finalmente se tal *discrimen* encontra fundamento no sistema normativo constitucional.

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem a quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina a consonância desta correlação lógica com os interesses absolvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado. (MELLO, 1993).

### 4.3 Fator Individualizador

Desenvolvendo o primeiro requisito, o fator adotado como critério discriminatório, é necessário que este não individualize de forma definitiva e absoluta o destinatário da norma<sup>15</sup>, para isto o fator do *discrimen* deverá possuir um razão em si mesma, que valide e justifique a desequiparação conseqüente.

Defrontando estas idéias com a norma em deslinde, parece-nos não haver o que questionar sobre sua generalidade e abstração, pois é notório que não vincula apenas uma única pessoa ou privilegia uma situação que ocorrerá uma única vez – criando privilégios e discriminações arbitrárias. Mas o critério escolhido para definir o *discrimen*, na lei ora debatida, é inegavelmente muito discutido, a dúvida gira em torno da seguinte pergunta: será que as questões de gênero são questões “em si mesmas”, ou seja, possuem adequação suficiente para legitimar o *discrimen*?

Observamos que sim, pois como foi clareado na introdução do presente artigo, as questões de gênero não dizem respeito necessariamente a condição biológica de homem e mulher, mas sim, aos papéis históricos<sup>16</sup>, atribuídos

---

15. Trata-se, então, se saber se a regra questionada deixa portas abertas a eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistente a época de sua edição, ou se, de revés, cifra-se quer ostensiva quer sub-repticiamente apenas a um destinatário atual. Neste último caso é que haveria quebra do preceito igualitário. (MELLO, 1993).

16. [...] depreende-se que a cultura, construção histórica é continua, determina os papéis sociais a serem impostos aos homens e às mulheres, os quais desempenham funções diversas dentro do mesmo grupo social, de acordo com o pensamento sócio-cultural que rege a sociedade. (COSTA, 2008, p. 47).



a cada um, que justificam uma série de violências e discriminações a um ser humano, simplesmente por possuir a condição feminina<sup>17</sup>.

É inegável que historicamente construiu-se um discurso que empurra a mulher a uma posição subalterna e vassala a do homem, em que esta era excluída de qualquer participação na vida pública<sup>18</sup> renegada ao ambiente privado onde o poder patriarcal assume sua faceta mais perversa e vil<sup>19</sup>. Para consolidar nossa opinião basta memorar a incongruência das absolvições sob a alegação da defesa da honra, alegação ainda usada por vários advogados.

Os preconceitos baseados no gênero de tão intrínsecos na nossa sociedade (tanto aos homens, quanto as mulheres) que muitos não se questionam como o bem jurídico mais valioso: a vida tem sua proteção negligenciada pelos tribunais em virtude da honra masculina.

Portanto sem divagações abstratas é possível notar que as questões de gênero, concentram respaldo suficiente para validar uma diferenciação já que em si mesmas apresentam uma situação de desigualdade de fato causadora de diversos danos sociais.

[...] Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratados igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar as pessoas e situações quando *nelas* não se encontra os fatores desiguais. (MELLO, 1993, p. 35).

#### 4.4 Lógica do *discrimen*

- 
17. Assim, os valores fundamentais disseminados pelos direitos humanos da mulher deveriam ser considerados acima de qualquer herança cultural, não importando os preconceitos e revoltas por parte daqueles que defendem estas atitudes corrompidas, afinal, “sem as mulheres os direitos não são humanos”.
  18. Segundo Vera Fiori em matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo (2008), as mulheres constituem cerca de 51,7% dos 130 milhões de eleitores aptos a votar nas últimas eleições municipais, mas na média nacional elas compõem 21,2% dos candidatos a prefeito, vice-prefeito e vereador.
  19. Dados da pesquisa IBOPE / Instituto AVON, 2009, demonstra que 55% dos entrevistados conhecem ao menos uma mulher que sofre ou sofreu violência doméstica e familiar.

De acordo com estimativa da Anistia Internacional e da Organização Mundial de Saúde (OMS), 1 em cada 3 mulheres já sofreu violência, que é a maior causa de morte nas que têm entre 16 e 44 anos. Calcula-se que 70% dessa violência vêm ocorrendo dentro do ambiente familiar. O mais grave é que cerca de 60% dessas mulheres sentem medo e constrangimento. Por isso, sofrem caladas, sem tomar qualquer tipo de atitude para sair do círculo da violência. (AVON, 2009).

Mas, contudo, para modificar esta situação de desequilíbrio social, é preciso que a lei tenha um nexo lógico como o mesmo.

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que erigido como critério discriminatório e, de outro lado, se justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmativa.

Exemplificando para aclarar: suponha hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir o congresso religioso e vedasse aos magros. [...]. Não faz sentido facultar aos obesos faltarem ao serviço para o congresso religioso por que entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível. (MELLO, 1993, p. 38).

Assim o autor citado pretende que o tratamento diferencial adotado pela norma tenha conexão lógica com o motivo do *discrimen* para que seja eficaz em coibi-lo, correndo o risco de se isto não ocorrer violar o princípio da isonomia.

Neste aspecto a Lei 11.340/06 possui um mérito relevante. Pois não institui o poder “matriarcal” como forma de igualar as pontas da relação, mas até precisamente as questões de gênero buscando incidir em todas as suas conseqüências. Ela não só puni com mais rigor o infrator como também procura minorar as seqüelas deste tipo de violência. Evidência disto é que se mostrando a par das situações de algumas mulheres que não possuem condições de se manter e aos seus filhos, prevê medidas protetivas que podem ser atendidas pela autoridade policial

Antes dessas inovações em vários casos as vítimas não tinham lugar para ir e acabavam voltando logo em seguida a residir debaixo do mesmo teto do agressor, uma situação insustentável de violência a dignidade da pessoa humana que agora tem mecanismo para ser combatida.

Sem a intenção de nos tornarmos cansativos nos exemplos, merece ser lembrado também que a lei tipifica a violência psicológica geradas pelas agressões simbólicas, apesar de mais sutil este tipo de violência é notável com atenção, pois se configura comumente no dia-a-dia, basta que uma mulher tome uma atitude destoante com o seu papel numa sociedade marcada pelo preconceito de gênero que é logo taxada pejorativamente de puta, vagabunda, sapatão, e tantos outros xingamentos que denigrem a imagem feminina<sup>20</sup>.

---

20. Nesse sentido, não se questiona as relações privadas dos homens, ou seja, aquelas fora do casamento, posto que, elas são segmentos do lugar das relações do poder público. Então é justificável. Ao contrário da mulher, a opção por relações desta natureza é

Através dos exemplos supracitados adito não existir dúvidas em relação ao nexó lógico de medidas adotadas pela lei a vista do fator gerador de discriminação e sua consequência. Deste modo caminharemos para o próximo tópico.

#### 4.5 Conformidade Constitucional:

Como último ponto elencado por Mello, encontra-se a compatibilidade dos preceitos anteriores com os princípios e normas da constituição:

[...] fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga relações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparação, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima, Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário. (MELLO, 1993, p. 43).

Evidente é a nossa posição em frente a este pré-requisito, o *discrimen* adotado pela norma, ora discutida, é plenamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Considerando a preleção de Canotilho e o constitucionalismo dirigente não restam dúvidas que a Constituição do Brasil de 1988 enquadra-se nos aspectos desta forma de constitucionalismo, pois enumera princípios e diretrizes que o estado deverá seguir, indicando assim uma ação positiva deste para minorar as desigualdades sociais.

Ação esta encontrada na lei Maria da Penha, que seguiu a linha outras leis do sistema jurídico-constitucional brasileiro, exemplo do Estatuto da Criança e o Adolescente (ECA), Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que discriminam e diferenciam para buscar proteger grupos que em determinadas situações encontram-se em posição desfavorável:

[...] A constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, caput). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre igualdade ou buscando a igualação dos desiguais pela outorga de direitos sociais substâncias. (SILVA, 2003).

---

romper com o lugar da privacidade, é expor ao público a intimidade do casal, é romper com o lugar que lhe é reservado historicamente. É uma ameaça à “honra” do marido. (COSTA, 2008, p. 19).

## 5. CONCLUSÃO

O que se pretende com a Lei 11.340 é mudar uma situação injusta que acontece com as mulheres; o *discrimen* proposto não se fundamenta na divisão natural homem mulher e sim nos preconceitos surgidos em relação a cada sexo que acarreta tratamentos distintos, dispares na sociedade, a depender da condição masculina ou feminina do ser humano, de tal maneira que a lei discutida neste trabalho se torna um mecanismo para igualar aqueles que recebem tratamentos diferenciados, ocasionados por preconceitos históricos que colocam a mulher numa posição inferior, basta se questionar o porquê uma mesma situação quando executada por um homem é vista por uma ótica e quando executada por uma mulher recebe tratamento distinto.

A lei diferencia homens e mulheres por que de fato nos aspectos em que ela atua existe uma disparidade desvantajosa para as mulheres, o legislador fugiria da realidade seria anacrônico por não percebesse estes fatos e posicionaria a igualdade formal como a realização constitucional do princípio da isonomia, desta maneira sim, violaria o artigo 5º da CF/88.

O fato da lei não estender aos homens as proteções concedidas às mulheres, é devida as peculiaridades das relações numa sociedade eminentemente patriarcal, como foi exemplificado no decorrer do texto as mulheres são as que compõem o lado frágil destas relações, esta extensão seria negar a realidade e cair no engano que todos os grupos são iguais, não combatendo em nada os crimes de gênero.

Haja vista que também existam casos de agressão de mulheres a homens, estas não podem ser enquadradas como motivadas por relações de gênero em que a mulher tenta impor ao homem limitações estabelecidas por sua vontade e legitimadas por preconceitos históricos, estas quando ocorrem tem motivos outros que só cada caso concreto poderá identificar não se enquadrando em uma grande classe como são os crimes de violência doméstica e familiar por isso merecedor de tratamento distinto.

Então não há por que o controle difuso ou o julgamento do ADC-19 no STF, pelo controle concentrado declarar a lei inconstitucional sob esta alegação. Pois como verificamos no artigo exposto a lei é consonante com os princípios de nossa constituição, assim ela traz o mérito de estabelecer um estado democrático de direito efetivo para todos eliminando diferenças.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia da doutrina social da igreja**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/suplementos/not\\_sup2535160.htm](http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup2535160.htm)>. Acesso em: 20 abril 2009.

AVON, Instituto. **Não a violência doméstica**. Disponível em: <[institutoavon.org.br](http://institutoavon.org.br)>. Acesso em: 01 maio 2009.

BLAY, Eva Aterman. **Assassinatos de mulheres e direitos humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). **Manual de Capacitação Multidisciplinar**: lei 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/sepm/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao)>. Acesso em: 28 abril 2009.

\_\_\_\_\_. Lei Maria da Penha; Livro: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/sepm/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao)>. Acesso em: 28 abril 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADC-19**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 27 abril 2009.

\_\_\_\_\_. **Decisão do ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=19&processo=19>>. Acesso em: 27 abril 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Editora: Coimbra, 2001.

COSTA, Ana Alice *et al.* **Um debate crítico a partir do feminismo**: reestruturação produtiva, reprodução e gênero. São Paulo: CUT, 2002.

COSTA, Francisco Pereira *et al.* **Lei Maria da Penha**: aplicação e eficácia no combate a violência de gênero. Rio Branco: UFAC, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, afirmação da igualdade**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29068>>. Acesso em: 22 abril 2009.

FIORI, Vera. **Mulheres a margem do poder**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/suplementos/not\\_sup253516,0.htm](http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup253516,0.htm)>. Acesso em: abril 2009.

MARQUE, Arthur Luiz Pádua. **A inconstitucionalidade da “Lei Maria da penha”**. Disponível em: <[http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/curso\\_oab\\_concurso\\_artigo\\_1016\\_A\\_inconstitucionalidade\\_da\\_Lei\\_Maria\\_da\\_Penha](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1016_A_inconstitucionalidade_da_Lei_Maria_da_Penha)>. Acesso em: 21 abril 2009.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)**, 1979. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/cedaw/docs/Convencao.pdf>>. Acesso em: 29 abril 2009.
- OEA, **Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**, 1994. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/belem/docs/convencao.pdf>>. Acesso em 29 abril 2009.
- OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos: **Relatório N° 54/01, Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes**. Disponível em: <[http://www.cladem.org/portugues/regionais/litigio\\_internacional/CAS2-relatorio54.ASP](http://www.cladem.org/portugues/regionais/litigio_internacional/CAS2-relatorio54.ASP)>. Acesso em: 29 abril 2009.
- PIMENTEL, Silvia. **A mulher e a constituinte**: uma contribuição ao debate. São Paulo: Cortez. 1985.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- WILLIAMS, Suzanne *et al.* **Manual de formação em gênero de oxfam**. Edição Oxfam GB, 1994. co-edição SOS Corpo Gênero e Cidadania.

CAPÍTULO X

**DIREITO E MOVIMENTOS SOCIAIS:  
AS RELAÇÕES POLÍTICAS  
E A NECESSIDADE DA EMANCIPAÇÃO**

*Fredson Oliveira Carneiro\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. A política e as principais correntes teóricas – 3. A primeira crise do marxismo: A ascensão e a queda do reformismo – 4. Os Novos Movimentos Sociais – NMS: 4.1. Construção histórica dos Direitos Sociais; 4.2. Conceitos e formas de luta – 5. A necessidade da emancipação – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar a conjuntura político-jurídica contemporânea a partir de uma breve incursão sobre as principais correntes teóricas que fundamentam o pensamento político e a organização do Estado moderno. Para tanto se reconhece a atuação política dos movimentos sociais como fundante desse estudo, já que estes são o pulsar de uma sociedade contraditória. Por isso, não se pode perder de vista o princípio da *contradição*, dado que é através deste que se delineiam os processos históricos capazes de desencadear a emancipação e representar uma transformação social qualitativa, ou seja, que imponha mudanças estruturais profundas na sociedade contemporânea capazes de modificar a lógica através da qual se estruturam as relações sociais no paradigma capitalista. O confronto da atuação política dos grupos subalternos na construção de uma outra legalidade traz à tona a discussão acerca da legitimidade do Direito posto e nos apresenta indícios de que a emancipação social é possível e necessária.

**PALAVRAS CHAVE:** DIREITO; MOVIMENTOS SOCIAIS; POLÍTICA; EMANCIPAÇÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

A participação política é o pressuposto para a organização democrática da sociedade.

---

\*. Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do grupo de estudos “Direito e Movimentos Sociais”.

Contudo, esta deve estar diretamente vinculada com a transformação política e social. Para tanto deve conter as tensões entre Estado, Sociedade e Mercado. Contida nessa análise está a atuação dos Movimentos Sociais, atores que por excelência sintetizam as relações políticas conflitantes na sociedade contemporânea. O processo de globalização hegemônico através da imposição das políticas neoliberais, que tem como um importante marco histórico o Consenso de Washington, traz uma série de desafios aos Movimentos Sociais no que se refere à superação das fronteiras do Estado nacional e a articulação em escala global. A grande inovação política a esse aspecto é o Fórum Social Mundial que desponta como um espaço de atuação política das mais variadas demandas de atores sociais subalternos à ordem capitalista dominante.

No que se refere ao conceito de Movimentos Sociais, entende-se haver inúmeras acepções que os classificam e distinguem. A diversidade é tamanha que a sistematização teórica acerca dos Movimentos Sociais se organiza desde os grupos da Escola de Frankfurt e da teoria crítica até o grupo vinculado à CLACSO – Conselho Latino americano de Ciências Sociais – estes últimos teóricos críticos à “cidadania tutelada” e defensores de alternativas mundiais à globalização hegemônica.

O Direito enquanto fenômeno social promotor da regulação das relações políticas, econômicas e sociais deve ser uma ferramenta na luta por transformações profundas na estrutura da sociedade. Para tanto uma verdadeira revolução deve ser empreendida para a construção de um direito alternativo ao direito posto e hegemonicamente considerado.

## **2. A POLÍTICA E AS PRINCIPAIS CORRENTES TEÓRICAS**

A *política* no sentido de Rancière é constituída a partir do dissenso. “É a reclamação da parte dos que não tem parte” (OLIVEIRA, 2007, pp. 7-45). Partindo desse pressuposto entende-se que a política se manifesta de maneira mais intensa nos espaços em que as distinções sociais são mais visíveis. Se a política funda-se no dissenso e este é mais comum em realidades que apresentam desigualdades estruturais mais graves, pode-se afirmar que a política é travada de maneira mais latente em sociedades socialmente mais desiguais. Por isso na ordem social vigente a materialidade do mundo apresenta-se como palco ideal para a prática política enquanto confronto de interesses de grupos socialmente distintos.

Nas sociedades modernas após o advento das revoluções burguesas as práticas políticas ganharam outra dimensão. Grupos anteriormente



excluídos das decisões políticas emergiram e tomaram o poder da classe então dominante criando assim a instituição política mais poderosa da modernidade: o Estado. O conceito ainda hegemônico para a definição do Estado moderno é a de que este se funda na construção de um espaço pretensamente *democrático*, garantidor das *liberdades* que visa à concretização da *pacificação social* – entendida como pressuposto para a tutela jurídica dos conflitos sociais através da sua atuação jurisdicional. Para que essa estrutura social chegasse ao nível de organização do Estado Moderno, as elaborações teóricas dos filósofos comprometidos com a organização política de dominação de uma classe sobre as demais foi de fundamental importância. Por certo, um dos mais influentes teóricos da organização política e jurídica de várias democracias liberais foi John Locke, assim como os contratualistas.

Locke funda sua teoria na análise da evolução histórica do poder político, inicialmente exercido diretamente pelos homens através do livre-arbítrio e posteriormente por representantes por estes delegados limitados por um poder parlamentar. Para Locke a passagem do Estado de natureza – estado de perfeita liberdade no qual os homens se acham livres sob a ordenação das leis da natureza – para a Sociedade Civil – organização social advinda do *contrato social* que se organiza a partir da limitação recíproca das liberdades dos homens – se dá principalmente pelas necessidades de regulação da propriedade privada. O Estado assume para si a tutela de dirimir os conflitos que ponham em risco a propriedade, elemento basilar da sociedade capitalista que se desenvolvia, tal como se depreende do fragmento abaixo:

Contudo, como qualquer sociedade política não pode existir nem subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para isso, castigar as ofensas de todos os membros dessa sociedade, haverá sociedade política somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-os às mãos da comunidade em todos os casos que não lhe impeçam de recorrer à proteção da lei por ela estabelecida. (MELLO *in* WEFFORT, 1998, p. 91).

Para Locke a existência do Estado estava diretamente vinculada à defesa da propriedade privada e para tanto caberia ao Estado inclusive o exercício do poder coercitivo para garantir que a propriedade fosse respeitada. Essa concepção lockeana fundamentou por muito tempo a organização

política dos países capitalistas e ainda hoje é perceptível sua influência nas constituições modernas já que muitas destas, inclusive a do Brasil, garantem o direito à propriedade privada como um preceito fundamental de sua estrutura normativa<sup>1</sup>, o que acaba dificultando uma redistribuição de riquezas numa sociedade profundamente desigual.

A evolução do pensamento político, contudo, possibilitou o contraponto entre os diversos entendimentos teóricos. A primeira grande distinção da filosofia política é aquela que contrapõe por um lado as teorias idealistas e por outro as teorias realistas, entre elas o materialismo histórico dialético. Na tentativa de classificá-los poderemos enxergar claramente John Locke na primeira corrente e os autores marxistas na segunda. As formulações teóricas do materialismo histórico dialético ganham fundamentação mais apurada a partir da produção marxiana. A característica mais marcante do materialismo histórico talvez seja, grosso modo, a fundamentação mais criteriosa das teorias baseadas na realidade social que entende a materialidade do mundo como determinante nas relações sociais historicamente constituídas.

Karl Marx apresenta distribuída por várias de suas obras a concepção de Estado enquanto instrumento de dominação social através do qual uma classe se sobrepõe às demais a partir da imposição de sua força coercitiva. Em sua crítica à filosofia do Direito de Hegel, Marx analisa a condição da Alemanha na transição política das estruturas do antigo regime para a sociedade moderna:

Para a Alemanha, o sonho utópico não é a revolução radical, não é a emancipação humana geral, mas ao contrário, a revolução parcial, a revolução meramente política, a revolução que deixa de pé os pilares do edifício. Sobre o qual repousa uma revolução parcial, a revolução meramente política. No fato de emancipar uma parte da sociedade burguesa e de instaurar sua dominação geral, no fato de uma determinada classe empreender a emancipação em geral da sociedade a partir de sua situação especial. Esta classe emancipa toda a sociedade, mas apenas sob a hipótese de que toda a sociedade se encontre na situação desta classe, isto é, que possua, por exemplo, dinheiro e cultura ou que possa adquiri-los. (MARX, 2005, p. 17).

---

1. Art. 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*, nos termos seguintes”. E inciso XXII – é garantido o direito de propriedade.

A clareza e atualidade do pensamento marxiano leva à conclusão de que ao garantir os benefícios a uma classe em detrimento de outra, o que têm por consequência a manutenção de níveis de desigualdade social cada vez maiores, o Estado assume o papel de garantidor da manutenção do *status quo*. Ou seja, acaba servindo aos interesses politicamente dominantes de fomento à reprodução social do Capital (MÉSZARÓS, 2004). Essa assertiva tem uma comprovação histórica delimitada mais precisamente até a primeira crise estrutural do capitalismo em 1929, quando o liberalismo político não conseguiu dar conta de resolver o problema da superprodução dada as condições materiais da sociedade e o Estado acabou optando pela defesa dos interesses dos grupos dominantes, como já fazia desde a sua fundação e continua a fazê-lo. A partir desse marco (primeira grande crise do capitalismo) vê-se emergir as políticas sociais como bandeira de luta das democracias liberais, não pela repentina preocupação em reduzir os níveis da desigualdade presente nas relações sociais, mas pela própria manutenção do sistema capitalista. Adotaram-se então políticas intervencionistas e de caráter assistencial que tem por fundamento teórico o movimento revisionista do final do século XIX.

### **3. A PRIMEIRA CRISE DO MARXISMO: A ASCENSÃO E A QUEDA DO REFORMISMO**

O que veio a ser considerada a primeira grande crise do marxismo teve lugar no final do século XIX e assumiu maiores proporções depois do Congresso de Stuttgart em 1898, no qual Eduard Bernstein apresentou suas teses principais, síntese das principais idéias da corrente revisionista que pretendia revisar a obra marxiana com o intuito de *adaptá-la* às condições políticas e econômicas de então. Foi assim que se estabeleceu uma cisão interna no partido da Social-democracia alemã que foi dividida em duas alas. A primeira se compunha pelos marxistas ortodoxos e a segunda pelos revisionistas. Importante fato na caracterização prática do revisionismo no partido da Social-democracia alemã deve-se à conversão do antes defensor da ala ortodoxa do partido para uma prática cada vez mais reformista, Karl Kautsky. A atuação política de Kautsky acabou por estabelecer o chamado “radicalismo passivo” que combinava a construção de um discurso revolucionário com uma prática institucional de caráter reformista. O revisionismo visava a crítica à via revolucionária como forma de se alcançar a emancipação humana. Inicialmente velada, a crítica tornou-se mais contundente quando Bernstein baseado na última obra de Engels, *Luta de classes na França*, manifestou-se abertamente contra a via revolucionária ao defender o reformismo como o único meio viável para a

consecução dos objetivos da classe operária que para tanto deveria acionar os institutos democráticos como o parlamento e as organizações sindicais a fim de que estes pudessem assistir suas demandas.

Para Bernstein sua teoria não estava totalmente desvinculada da marxista, apenas entendia que havia extirpado desta, o componente que considerava mais nefasto: a dialética. Bernstein acreditava que a dialética conduziria na verdade ao desvirtuamento do conhecimento do real processo histórico e por isso deveria ser desconsiderada. Chegou a defender em seu livro, *Os Pressupostos do Socialismo e as Tarefas da Social-democracia* de 1899, que o essencial do Socialismo é a promoção da emancipação dos trabalhadores e da sociedade como um todo, no entanto não acreditava que tal emancipação devesse resultar do catastrófico colapso do capitalismo (ANDRADE, 2007, p. 7-28). Pelo contrário, expressava em sua teoria a noção de evolução do capitalismo, quando este por um lado incorporaria os ideais do socialismo de igualdade e justiça sociais e por outro estimularia o aprofundamento das liberdades democráticas que possibilitassem a manutenção de uma economia de mercado.

Como fruto da produção estatal, o Direito moderno sofreu uma forte influência dessa corrente teórica na medida em que surgiram ao redor do mundo governos com característica reformistas. Já que modernamente a formulação teórica do Estado e do Direito sempre se restringiram na filosofia política ao viés idealista e com as *adaptações* propostas pelo reformismo não foi diferente. Mesmo passando por reformas estruturais que só se efeturaram mediante a crise do capitalismo, outrora mencionada, o Direito não conseguiu libertar-se das amarras idealistas que o afastam da materialidade do mundo que o fazem instrumento dos interesses da classe dominante na manutenção do *status quo*.

As idéias apresentadas por Bernstein foram logo qualificadamente refutadas por diversos teóricos marxistas. Entre estes, Lênin, Trotsky e Rosa Luxemburgo. A seguir comentário de Trotsky a respeito da atuação política do partido da Social-democracia sob a liderança de Kautsky.

Um partido socialista que se beneficie de uma influência tradicional, mas que não se aperceba do que se passa à sua volta, que, por não compreender a situação revolucionária, não pode achar solução para ela, que não tem fê em si nem no proletariado, um partido desta natureza, na nossa época, constitui o mais deplorável obstáculo histórico, uma causa de perturbação e de um caos destruidor. É esse o papel de Kautsky e dos seus discípulos, hoje. Ensinam o proletariado a não ter confiança em si próprio mas a considerarem verdadeira a imagem que lhes restitui o imperfeito espelho da democracia, reduzido hoje a estilhaços pela bota do imperialismo. (TROTSKY *apud* ANDRADE, 2007, p. 25).

Ao fazer a análise da citação acima se percebe que é uma manifestação datada, visto que representa a noção dos fatos que ainda se desenrolavam no contexto imperialista, contudo denota a veracidade da força do debate político em torno dos rumos que tomavam a política alemã por influência da concepção revisionista que foi denominada por diversos teóricos como “uma crítica burguesa dos fundamentos do marxismo”. Combativa ao revisionismo Rosa Luxemburgo, que escreveu o livro *Reforma ou revolução*, deslegitimou as concepções bernsteiniana e kautskiana a partir da fundamentação marxista contra os pontos nodais da teoria do revisionismo demonstrando a descaracterização da social-democracia e a sua identificação com um democratismo liberal e apático. Demonstrou assim a incompatibilidade do revisionismo enquanto resposta efetiva para a luta pela emancipação social.

A ascensão das políticas neoliberais que impuseram o Estado mínimo e a multiplicação do modelo de Estado penitenciário para diversos países do mundo a partir dos Estados Unidos comprovaram o avanço de tendências políticas contrárias ao Estado providência – típica manifestação de governos social democratas – e denotam o recrudescimento das políticas de criminalização e penalização, em especial dos mais frágeis socialmente, ou seja, os pobres e excluídos dos benefícios da ordem capitalista organizados socialmente ou não (WACQUANT, 1999).

## **4. OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS – NMS**

### **4.1 Construção histórica dos Direitos Sociais**

Em decorrência da crise estrutural que ficou conhecida com a grande depressão econômica que se iniciou em 1929 e teve seus efeitos por toda a década de 1930, foram implantadas nos Estados Unidos as políticas do *New Deal* no governo do então presidente Franklin Delano Roosevelt. Elaborado pelo senador estadunidense John Maynard Keynes, esse pacote político de regulação econômica a partir da intervenção do Estado na economia serviu, além de seu propósito de reestruturar o capitalismo na maior potência mundial através da superação de idéias incompatíveis com a organização do mercado na época, serviu também para a construção de um referencial para a implantação do *Welfare State* enquanto projeto político para uma Europa devastada pela segunda guerra mundial. As atrocidades cometidas pelos regimes fascistas do século XX, o que veio a ser chamado por Hannah Arendt (2000) de banalização do mal, foram determinantes para a afirmação histórica dos direitos humanos englobando nesse mesmo movimento os direitos fundamentais positivados nas constituições do pós-guerra.

Acompanhando o movimento histórico do mundo, a construção do Estado Democrático de Direito é por certo grande conquista da sociedade ocidental, já que representou avanço sem precedentes na história da humanidade na luta pela busca de condições mais dignas de vida para todos. Contudo o que se assiste no Brasil quarenta anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem – fruto das mobilizações contra a ordem estabelecida – e vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que implanta formalmente o Estado Democrático de Direito – é que a referida condição digna de vida para todos está muito distante de ser concretizada.

O Direito, mesmo aquele hegemonicamente considerado passa por profundas transformações do ponto de vista do positivismo jurídico para o reconhecimento da necessidade de garantir direitos fundamentais à existência do homem em sociedade, por óbvio com o universalismo já característico das formulações teóricas liberais que pouca eficácia apresenta socialmente. A análise da efetividade dos direitos fundamentais, da criação de políticas públicas que visam concretizá-los e da atuação das instituições políticas e jurídicas no sentido de garanti-los possibilita afirmar que da forma como estão organizados no interior do ordenamento jurídico brasileiro, aos quais se impõe a titularidade de normas programáticas, os direitos fundamentais não possibilitam visualizar uma profunda transformação nas estruturas sociais brasileiras. Nesse contexto a atuação dos movimentos sociais na luta pela concretização de suas reivindicações acaba reforçando a relação de tensão existente entre as forças políticas que movem a sociedade.

E foi justamente a partir do embate entre essas forças que os Movimentos Sociais articulados conseguiram imprimir na Assembléia Constituinte de 1987, através da representação de inúmeros segmentos sociais, o caráter social que a CF/88 deveria ter. O momento político pós-Ditadura Militar acabou se tornando propício à aprovação de uma constituição que estabeleceu como objetivos fundamentais a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político.

Assim, a CF/88 traçou em seu art. 3º os objetivos fundamentais a serem atingidos pelo país como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que tem por objetivo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Positivou ainda um rol de Direitos Sociais em seu capítulo II – art. 6º a art. 11 – e garantiu o direito à reforma agrária – art. 184 a 191 – mediante a adoção da função social da propriedade, o que deveria propiciar uma redistribuição das riquezas e a redução

das desigualdades sociais. Apesar de ter avanços na jurisprudência<sup>2</sup> a esse respeito não se percebe a eficácia dessas normas principalmente por conta dos interesses conflitantes dos Movimentos Sociais rurais com os latifundiários.

#### 4.2 Conceitos e formas de luta

Há inúmeros conceitos para os Movimentos Sociais, dado que não há uma definição universalizante do que são estes. As distinções são decorrentes das diferentes realidades que fazem parte tais ou quais movimentos, já que é a materialidade do mundo em seu processo histórico que irá constituir suas formas e demandas sociais. O presente texto trabalha com as noções de Dalton e Kuechler apresentado por Boaventura de Sousa Santos:

[...] um setor significativo da população que desenvolve e define seus interesses incompatíveis com a ordem social e política existente e que os persegue por vias não institucionalizadas. (SANTOS, 1999, p. 257).

Vale acrescentar aqui ao final dessa frase, a expressão “por vias *predominantemente* não institucionalizadas”, já que desde a redemocratização no Brasil com a positivação de direitos sociais mais abrangentes, muitos movimentos sociais institucionalizaram suas demandas recorrendo à justiça. Essas lutas partem principalmente da crença na resolução jurídica de seus conflitos como forma de equilibrar – no processo – as forças que socialmente são desiguais<sup>3</sup>.

Interessante também é o conceito elaborado pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) sobre os Movimentos Sociais no Brasil:

Os Movimentos Sociais Brasileiros se apresentam em diferentes configurações, um setor está articulado através de grupos organizados de base, em redes em nível regional e nacional, outros organizam pessoas e segmentos os mais diferenciados e sejam aqueles que se estruturam como redes ou juntando pessoas organizam os setores mais frágeis e explorados da sociedade

- 
2. Em decisão do julgamento do Habeas Corpus 5574 o STJ fez constar: “Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático”. *Apud* FILHO, Aton Fon. **Criminalização dos Movimentos Sociais: Democracia e repressão dos Direitos Humanos**.
  3. Comentário baseado na fala de liderança da tribo dos índios Tuxás, que lutam junto ao Ministério Público contra a CHESF pela regularização e demarcação das terras perdidas pela construção de represa na área ocupada por essa tribo no sul do estado da Bahia, na 1 semana de Geografia em 2008 realizada pelo Diretório Acadêmico de Geografia e pelo grupo GeografAR.

brasileira, como: sem terra, assentados, pequenos agricultores, mulheres, quilombolas, indígenas, pessoas sem casa em áreas urbanas, favelados, pessoas presidiárias, adolescentes e jovens pobres e negros, homossexuais, travestis, entre outros. Todos esses grupos representam não apenas os Movimentos Sociais organizados, mas também sua própria existência revela o teor dos principais problemas sociais presentes no Brasil quando se realiza uma análise da conjuntura sociopolítica do país. (MNDH *apud* FON FILHO, 2006, pp. 83-84).

O conceito acima referido, bastante abrangente é um retrato de autodefinição dos Movimentos Sociais. Assim, torna-se possível dar um salto na discussão acerca dos Movimentos Sociais, já que o caráter exemplificativo apresentado pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, sendo ele próprio um fruto da articulação de outros movimentos, facilita o entendimento acerca da composição e das formas dos Movimentos Sociais.

O surgimento, a partir de 1968, de novos movimentos contra a ordem social, econômica e culturalmente estabelecida representa um salto qualitativo na compreensão das relações travadas politicamente no âmbito da sociedade capitalista. No que se refere à organização do judiciário têm-se a partir de então a necessidade de garantir eficácia aos direitos difusos e coletivos que se apresentam como pressupostos para a garantia de conquistas desses movimentos ainda que no interior da ordem econômica capitalista.

A luta travada pelos Novos Movimentos Sociais parte não só das reivindicações tradicionais dos Movimentos Sociais acerca da crítica da sociedade capitalista e dos institutos que a mantém, como também pelas bandeiras de reconhecimento das diferenças na busca da garantia de políticas que visem superar as desigualdades sociais, no que se refere às relações de gênero, à homossexualidade e ao reconhecimento das distinções étnicas.

Tais movimentos buscam a inserção de suas pautas na agenda político-jurídica para concreção de suas demandas seja pelo viés legalista que visa a positivação de normas regulatórias como é o caso do Estatuto da Igualdade Racial na tentativa de combater o racismo na sociedade brasileira, seja pela jurisprudência através das decisões dos tribunais acerca dessas demandas como o caso da demarcação das terras da reserva Raposa Serra do Sol em Roraima que abre precedentes para a luta das demais tribos indígenas do país. Há avanços significativos nas conquistas desses movimentos, como a promulgação da lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006 (lei Maria da Penha) que nos termos do § 8º do art. 226 da CF/88 cria mecanismos que visam coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, contudo apenas a busca da positivação dessas demandas por si só não resolve.



É necessário um processo de construção social do reconhecimento identitário dos movimentos sociais, no caso do movimento feminista, a construção do papel da mulher na sociedade até mesmo anterior à luta pela aprovação de uma lei que sem a consciência social da sua importância torna-se vazia de conteúdo.

Em países como o Brasil em que a grande maioria da população é privada dos meios básicos para a sobrevivência – o chamado mínimo existencial – muitos movimentos se pautam nas necessidades imediatas da população o que representa um grande risco para a própria existência desses movimentos. A conquista de benefícios que minimamente garantam a subsistência dos integrantes dos Movimentos Sociais que por vezes passam a partir de então a assumir posturas menos radicais em sua luta pode desencadear o surgimento de fragmentações que os enfraquecem. A judicialização das demandas dos movimentos sociais acaba por determinar o seu tempo de atuação de acordo com o tempo do processo e nem sempre esses atores coletivos saem vitoriosos na luta institucional, dado o campo de interesses fortemente determinante na realidade social brasileira. Não se pode, contudo renunciar à utilização das armas conquistadas historicamente pela luta de diversos atores sociais por acreditar que qualquer envolvimento jurídico irá enfraquecer a militância dos movimentos.

Os Movimentos Sociais devem estar preparados para mais essa etapa de sua luta: a judicialização de seus conflitos, para tanto é de fundamental importância a formação de juristas comprometidos politicamente com a transformação da sociedade brasileira. Contudo, voltando à análise marxiana do Estado, os Movimentos Sociais devem manter acesa a luta pela emancipação, não podem tomar as negociações político-jurídicas como um fim de sua atuação política, fato que tornaria o discurso pela transformação social esvaziado pelos interesses de grupos sociais em torno de suas demandas específicas – o que facilitaria também a manipulação desses grupos sociais pela classe dominante através de barganhas que os enfraquecem, despolitizam e desmobilizam na luta pela modificação das bases estruturantes do Capital –, mas devem assumir o papel de protagonistas dessa transformação.

## **5. A NECESSIDADE DA EMANCIPAÇÃO**

Essa relação de enfraquecimento da emancipação pode ser observada quando Boaventura de Sousa Santos analisa as distinções na relação entre subjetividade e cidadania. Para o teórico português as concepções ideológicas dominantes ao fim do século XX apontavam para a reafirmação

da subjetividade em detrimento da cidadania. Sendo que a reafirmação desigual de ambas acaba por desvirtuar a emancipação.

Boaventura analisa o projeto da modernidade a partir da relação entre os dois pilares que sustentam a transformação da sociedade pré-moderna: o pilar da regulação social e o pilar da emancipação social. O pilar da regulação está estruturado em três princípios que são os frutos das concepções teóricas de Hobbes, Locke e Rousseau. Tais princípios são constituídos pelo princípio do Estado, o princípio do mercado e o princípio da comunidade. O pilar da emancipação por sua vez estrutura-se em torno de três dimensões da racionalização e da secularização da vida coletiva. Essas dimensões constituem-se através da racionalidade moral-prática do direito moderno; da racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas; e da racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura modernas (SANTOS, 1999, pp. 235-279).

Essa relação estabelecida entre os dois pilares, contudo não se constituiu de forma harmônica. Desde a ascensão do capitalismo enquanto modelo econômico e político hegemônico o pilar da regulação sofreu uma hipertrofia, já que o princípio do mercado acabou se constituindo como predominante em relação aos demais princípios do Estado e da Comunidade e em relação ao pilar da emancipação. O que pode ser conferida pela crítica de Marx à democracia liberal e as suas construções teóricas sobre cidadania e subjetividade:

Porque a organização social da produção determina a organização política e cultural, a separação entre a igualdade política e a desigualdade econômica operada pelo capitalismo é pouco mais que ilusória. Porque o ser social determina a consciência, a autonomia e a liberdade atribuídas à subjetividade individual no capitalismo são ilusões necessárias para a reprodução das relações capitalistas. Ao declarar não-políticas as distinções de nascimento, classe social, educação e ocupação, o Estado capitalista permite que elas operem livremente na sociedade, intocadas pelo princípio da igualdade, da cidadania política que, por essa razão, é meramente formal. (MARX *apud* SANTOS, 1999, p. 241).

Marx coloca em cheque assim o maior símbolo das democracias liberais que é o princípio da Liberdade determinado pelo ser social e elaborado como um produto da subjetividade individual no capitalismo. Confirma com a sua análise o fato de que para garantir a reprodução social a partir da organização capitalista, o Estado permite que as distinções de educação e classe social manifestem-se na organização da sociedade e na determinação da realidade material. Por isso a igualdade no capitalismo é puramente formal e não garante transformações mais profundas, já que estas esbarram nos

interesses burgueses que orientam a sociedade capitalista. É contra essas estruturas que se organizam contemporaneamente os Novos Movimentos Sociais a exemplo das lutas pela discriminação positiva que questiona o próprio princípio da igualdade capitalista abrindo espaço para a análise da necessidade da diferenciação enquanto método de busca efetiva da equidade entre os desiguais no plano material. A concretização de uma demanda histórica do movimento negro, nesse sentido, se deu com a aprovação do sistema de cotas e a implantação da política de ações afirmativas dado que ambas visam a diferenciação positiva na luta pela paridade de condições entre grupos socialmente distintos.

Desde a sua formação histórica, o Estado liberal tomou para si a criação monolítica do direito que foi reduzido a fenômeno estatal. Assim, a tensão entre regulação social e emancipação social ficou restrita à regulação jurídica, ou seja, as ações emancipatórias são permitidas apenas dentro da regulamentação estatal, o que extirpa do homem a liberdade de empreender a luta por sua libertação das amarras sociais que justificam sua dominação.

Após o percurso teórico até aqui delineado é plausível o questionamento acerca do potencial emancipatório do Direito. Tomando emprestada a resposta de Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2003. pp. 3-76) ousou afirmar que não pode ser emancipatório nem não-emancipatório porque emancipatório ou não emancipatório são os Movimentos Sociais que se utilizam das ferramentas do Direito para a manifestação concreta de suas lutas emancipatórias.

Após a ascensão do neoliberalismo enquanto projeto político, as lutas emancipatórias foram sequencialmente abafadas tanto através da coerção do Estado e como através do auxílio de uma mídia tendenciosamente defensora dos grupos dominantes que formula uma *opinião pública* totalmente comprometida com os interesses privados dos detentores dos meios de produção da sociedade brasileira.

A partir do momento em que esse modelo político tornou-se hegemônico depois da implantação de dois governos de cunho neoliberal em dois dos mais importantes países do sistema capitalista: A Inglaterra de Margaret Thatcher e os Estados Unidos de Ronald Reagan, a implantação de uma forma ainda mais agressiva de liberalismo econômico se configurou como resposta do Capital ao avanço das políticas sociais que segundo os políticos da ultra-direita européia e dos institutos policiais dos Estados Unidos tornavam o Estado oneroso e inoperante, além da alegação de que as políticas sociais estariam gestando a proliferação de incivildades que

poderiam ser conferidas através de uma escalada generalizada da delinquência (WACQUANT, 1999. pp. 53-68). Os reflexos da política neoliberal são trágicos onde quer que se analisem seus efeitos sociais. Nos países desenvolvidos acabou generalizando a insegurança e a falta de assistência aos mais necessitados da ajuda do Estado e nos países periféricos a generalização da miséria a níveis alarmantes com o significativo aumento das desigualdades sociais, dada a prioritária política de beneficiamento das classes dominantes.

## 6. CONCLUSÃO

Contudo, o tempo presente denota a incapacidade histórica do neoliberalismo em responder às condições da existência social através da manutenção das práticas políticas de Estado mínimo, que torna ainda mais frágil a situação dos excluídos socialmente. Por isso a conjuntura mundial apresenta as características de uma típica crise estrutural do capitalismo e assim o tempo atual apresenta-se como nunca antes – com exceção de 1929 – propício ao fortalecimento das lutas emancipatórias a exemplo do que ocorre em países como Venezuela, Colômbia e Equador que têm construído formas alternativas de sociabilidade a partir de mudanças profundas em sua estrutura social. Nesse contexto o papel a desempenhar pelos Movimentos Sociais com suas demandas “velhas e novas”<sup>4</sup> é decisivo para a construção de uma proposta mais radical de transformação social. E cabe ao Estado e ao Direito responder às demandas sociais de acordo com a necessidade de regulação de outras formas de desenvolvimento social e econômico. Para tanto uma verdadeira revolução deve ser empreendida pelos operadores do Direito.

Boaventura de Sousa Santos propõe então uma revolução democrática da justiça, que para se constituir pressupõe a necessária radicalização dos espaços participativos que garantam maior intervenção dos grupos sociais no processo de construção das políticas que orientam a organização da sociedade brasileira e que promovam a efetivação da cidadania. Afirma que uma democracia sem direitos de cidadania efetivos é apenas uma ditadura mal disfarçada (SANTOS, 2007, p. 90).

---

4. Distinção entre as demandas dos movimentos diretamente vinculados à questão do trabalho referidas como as *velhas* demandas, como o movimento sindical e o operário, e às questões das lutas pelo reconhecimento que não necessariamente estão diretamente vinculados à relação Capital-Trabalho que são as *novas* demandas sociais tais quais o movimento feminista, indígena e quilombola.

A viabilidade dessa construção assenta-se através da utilização do método indicado pela *sociologia das ausências* que se propõe a expandir o domínio das experiências sociais já disponíveis, porém tornadas invisíveis socialmente e a *sociologia das emergências* que expande o domínio das experiências sociais possíveis, visando identificar as tendências que denotam as possibilidades futuras, a partir das quais a diversidade e a multiplicidade se revelarão em campos como os das *experiências do conhecimento, das experiências de reconhecimento e das experiências de democracia* (SANTOS, 2008, pp. 93-134).

Ambas as sociologias representam a tentativa de resgatar as formas de saber desperdiçadas pela razão indolente ainda hegemônica na sociedade contemporânea a partir da hipertrofia das epistemologias positivas e da racionalidade cognitivo-experimental sobre as demais formas tradicionais de conhecimento. Estes institutos positivos acabaram por reduzir a ciência jurídica dogmática de sua riquíssima tradição de reflexão filosófica, sociológica e política sobre o direito. Para reverter esse quadro retorna-se à proposta de Boaventura de Sousa Santos segundo o qual deve-se dispensar o Direito com base na produção de uma legalidade alternativa, ou seja, uma legalidade subalterna que é produzida – e aqui a maior referência é a atuação política desconstrutora e construtora dos Movimentos Sociais – também pelos padrões considerados ilegais pelo cânone jurídico modernista.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ARRUDA SAMPAIO, Plínio de. **Brasil: as esperanças não vingaram**. *En publicación: OSAL, Observatorio Social de America Latina, año VI, no. 18*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina: Argentina. 2005. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal18/AC18Sampaio.pdf> ISSN: 1515-3282.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 9ª reimpressão.
- COCCO, Giuseppe e CAMACHO, Oscar Vega. **A Força das Ruas: O papel das mobilizações sociais para enfrentar a crise. A construção de novas propostas na América Latina**. Le Monde, diplomatique – Brasil. Nº 21. São Paulo. Instituto Pólis. Abril, 2009.
- DUARTE, Madalena. **Direito e Movimentos Sociais: Que (estranhas) ligações?** Atas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia – Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Ação/ Atelier: Classes, Movimentos e Lutas Sociais. Braga, 12 a 15 de Maio de 2004.

- \_\_\_\_\_. **Novas e velhas formas de protesto: O potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais.** Centro de Estudos Sociais. Oficina do CES, 210, 2004.
- FILHO, Aton Fon. **Criminalização dos Movimentos Sociais: Democracia e repressão dos Direitos Humanos.**
- IANNI, Otavio. **O declínio do Brasil-nação.** Estudos avançados vol.14 no. 40 São Paulo Sept./Dec. 2000. Acessado em 20 de junho de 2008 *in* [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103401420000003000006&script=sci\\_arttext&tlng=in](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103401420000003000006&script=sci_arttext&tlng=in)
- MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel/** tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal *in* WEFORT,
- Francisco C. **Os clássicos da política.** 10ª ed. São Paulo, SP: Ática, 1998.
- MÉSZARÓS, István. **O Poder da Ideologia.** Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo, SP: Boitempo, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco de. **A era da indeterminação/[**Francisco de Oliveira, Cibele Saliba Rizek, organizadores]. – São Paulo: Boitempo, 2007. (Estado de Sítio)
- PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. 1891-1937. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo/** trad., apres. e notas por Paulo Bessa. – Rio de Janeiro, Renovar, 1989.
- SANTOS, Boaventura de S. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 1999.
- \_\_\_\_\_. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 2ª. ed. – São Paulo: Cortez, 2008 (Coleção para um novo senso comum; v.4).
- \_\_\_\_\_. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio de 2003.
- \_\_\_\_\_. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** São Paulo: Cortez, 2007
- SOUSA JUNIOR, J. G. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In: Cláudio Souto; Joaquim Falcão. (Org.). **Sociologia e Direito: Textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica.** 2ª ed. São Paulo, SP: Editora Pioneira, 1999, v. 1, pp. 255-266.
- ANDRADE, Joana El-Jaick. **O Bernstein-Debate e a indefinição da ala ortodoxa da social-democracia alemã.** Cadernos de Ética e Filosofia Política n°. 11. São Paulo: Editora Humanitas, 2/2007, pp. 7-28.
- WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1999.

## CAPÍTULO XI

# O NOVO CONTRATO DE ESTÁGIO

*Marcos Augusto Nascimento Passos\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Características do Direito do Trabalho: 2.1. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho – 3. Contrato de Estágio. Aspectos Gerais e a Lei n. 6494/1977 – 4. O Novo Contrato de Estágio e a Lei n. 11788/2008: 4.1. Fundamentos do Estágio; 4.2. O Desempenho das Atividades de Estagiário; 4.3. Inovações da Lei n. 11788/08: 4.3.1. Espécies de estágio; 4.3.2. Obrigações do concedente e da instituição de ensino; 4.3.3. Direitos do estagiário: 4.3.3.1. Direitos inerentes à duração da prestação dos serviços; 4.3.3.2. Previdência Social, segurança e medicina do trabalho; 4.3.4. Limitação de estagiários por estabelecimento – 5. Conclusões – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal estudar as modificações realizadas ao contrato de estágio após o advento da Lei n. 11.788/2008, demonstrando os institutos e inovações ocorridas. Para tanto, são abordados alguns caracteres do Direito do Trabalho, sobretudo a tendência expansionista, e a antiga lei de estágio, para, desta forma, chegar ao novo texto legal, apontados seus acertos e desacertos.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DO TRABALHO; CONTRATO DE TRABALHO; ESTÁGIO; CONTRATO DE ESTÁGIO; TENDÊNCIA EXPANSIONISTA; LEI N. 11.788/08.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentro das novas perspectivas do Direito do trabalho, a Lei n. 11788/08 aproximou ainda mais o contrato de estágio do contrato de trabalho subordinado.

Estas modificações decorreram da, principalmente, da tendência expansionista do Direito do trabalho, que abarca sempre em maior número as demais relações de trabalho, tornando-as mais assemelhadas ao contrato de emprego.

Nesta linha, modificações legislativas foram introduzidas no Direito brasileiro, tendo como maior exemplo a ampliação do leque de direitos atribuídos ao empregado doméstico.

---

\*. Acadêmico de Direito da Universidade Federal da Bahia, estudante do 9º semestre.

## 2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO

Entre as características do Direito do Trabalho a doutrina, sobretudo Alice Monteiro de Barros (2006. p. 87/91), aponta: (1) natureza tuitiva, (2) intervencionismo, (3) caráter cosmopolita, (4) institutos de ordem coletiva ou socializante, (5) fato de ser um direito em transição e (6) tendência à ampliação crescente.

A relação de trabalho é marcada pelo eterno conflito de interesses entre empregado e empregador. De um lado o empregador exerce o *jus variandi* e do outro, o trabalhador exerce o *jus resistentie*. A busca por melhores condições de trabalho, sejam elas quanto ao ambiente ou à retribuição pela prestação dos serviços, faz com que a reivindicação da classe obreira seja uma constante nesta relação jurídica. É esta busca incessante por melhores no seio laboral o que se denomina de característica tuitiva do Direito do trabalho. Segundo ela, este ramo do Direito é marcado pela reivindicação de uma das partes contraentes, a dos empregados. Ainda que, no início, o Direito do trabalho no Brasil tenha surgido como concessão do Estado para os hipossuficientes, a historiografia aponta para as diversas reivindicações feitas no decorrer dos tempos. Como exemplo disto, temos os fortes movimentos que surgiram no período pós-Revolução Industrial<sup>1</sup>.

A principal manifestação da natureza tuitiva se encontra em outra característica, a presença de institutos de ordem coletiva ou socializante. Por intermédio destes institutos os sujeitos do contrato se organizam a fim de atingir seus objetivos, sejam através de greve (apenas aplicável aos empregados, uma vez que o *lock-out* é vedado no Direito brasileiro – art. 722 da CLT e art. 17 da Lei n. 7783/89), sejam através das convenções coletivas de trabalho, por exemplo.

Devido ao desnível na relação empregado/empregador, o Estado assume postura comissiva com a finalidade de inserir a isonomia substancial no seio desta relação, opondo-se à simples isonomia formal existente no Direito civil. Inclusive, por conta do enorme intervencionismo existente, há quem diga que a relação jurídica ora tratada não é característica do Direito privado, e sim do Direito público (MARTINS FILHO, 2008, p. 27). Em verdade, o dirigismo contratual que há não retira dos contratantes a faculdade em estipular as cláusulas contratuais, desde que observados os direitos mínimos atribuídos ao trabalhador (art. 7<sup>a</sup>, *caput*, da CF-88).

---

1. No que se refere à forma do desempenho das atividades laborais durante o referido período uma importante fonte de estudo se encontra em um dos livros de Leo Huberman (HOBERMAN, 1981, pp. 187-206).



Com a intenção de coibir o *dumping* social praticado nas diversas partes do globo a Organização Internacional do Comércio tem estimulado através de tratados, acordos ou convenções internacionais a uniformização das regras e dos direitos laborais no mundo. É neste contexto que surge o caráter cosmopolita, segundo o qual existe uma tendência à internalização das normas de Direito internacional do trabalho. Outra forma de uniformizar os direitos trabalhistas encontra guarida no direito comparado.

Caracterizar o ramo juslaboralista como em transição significa, conforme Evaristo de Moraes Filho, realizar “a reforma social sem sobressaltos, nem alterações bruscas nas atuais posições na vida econômica” (MORAES FILHO, 2006, p. 91).

## 2.1 A tendência expansionista do Direito do Trabalho

Também chamado de tendência *in fieri*, esta característica indica a propensão do Direito do trabalho a se espalhar pelas diversas relações de trabalho, sem ficar adstrito à tradicional relação de emprego (relação de trabalho em sentido estrito). Talvez este não seja propriamente um caráter da disciplina, mas uma tendência mundial a abarcar aquelas relações jurídicas cuja obrigação principal de uma das partes consiste em fazer algo mediante a retribuição, com a peculiaridade de que uma das partes, na maioria das vezes, está economicamente vulnerável à outra.

Cumprido, neste ponto, distinguir, ainda que sucintamente, a relação de emprego das demais.

A relação de trabalho *stricto sensu* é aquela em que estão presentes quatro elementos básicos: (1) onerosidade, (2) pessoalidade, (3) não eventualidade e (4) subordinação jurídica.

A **onerosidade** se configura a partir da mera expectativa por parte do empregado em receber retribuição pecuniária pelo serviço desempenhado. Através da **pessoalidade** o serviço será prestado por uma pessoa física, a qual é escolhida pelo empregador levando-se em consideração suas qualidades pessoais, sendo, portanto, vedada a alteração subjetiva do contrato no pólo do trabalhador. A **não eventualidade ou habitualidade** determina que a prestação de serviços deve ocorrer de acordo com as necessidades do tomador dos serviços. Por fim, a **subordinação jurídica** indica que o empregado está sujeito ao poder do patrão, está sujeito a seu comando, devendo acatar as ordens que não sejam manifestamente ilegais ou contra os bons costumes.

Por conta deste último elemento, a relação de trabalho em sentido estrito também é denominada relação de trabalho subordinado.

Assim, por exclusão, a regra é que os demais relações de trabalho que redundem em um contrato de atividade estejam fora da órbita de incidência do Direito do trabalho.

O expansionismo desta disciplina traz para a competência de seu órgão jurisdicional especializado outras relações que não a de trabalho subordinado a fim de, como já afirmado linhas atrás, dar maior proteção à parte mais frágil da relação, proteção esta que será não só do ponto de vista material, mas, também, processual<sup>2</sup>.

A primeira e mais evidente relação caracterizadora da ampliação do Direito do trabalho aos outros ramos do Direito está no art. 652, “a”, III, da CLT, que trata da competência da Justiça laboral para resolver os dissídios resultantes do contrato de pequena empreitada. Como é sabido por todos do meio jurídico, o contrato de empreitada é tipicamente civil, embora seja uma espécie de contrato de trabalho em sentido amplo. É, contudo, trazido para o campo de atuação da Justiça Especializada tão-somente por conta das peculiaridades que o permeiam. Neste, o empreiteiro é um dos executores da obra e, por presumir-se a necessidade do contratado, é concedido a ele um meio judicial mais célere que o ordinário.

Nesta linha de pensamento, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, alterou o art. 114 da CF-88 para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho não só para as relações entre empregados e empregadores, mas para os conflitos de interesses resultantes das relações de trabalho, aqui se incluindo, além da relação de emprego e da pequena empreitada, as outras relações de trabalho, tais como mandato, comissão e parceria rural<sup>3</sup>.

Ainda em norma originária, o constituinte equiparou o trabalhador avulso ao trabalhador com vínculo empregatício permanente. Deu, assim, os mesmos direitos inerentes ao contrato de emprego ao avulso, mesmo

- 
2. Para que não restem dúvidas, o princípio da proteção não pode ser aplicado ao Direito processual do trabalho sob pena de serem feridos o contraditório e a ampla defesa. A proteção processual aludida deve ser entendida como a presença de institutos que dão maior celeridade em relação ao processo comum.
  3. É necessário ressaltar que, mesmo antes da EC n.º. 45, qualquer contrato de atividade poderia ser objeto de apreciação pelo judiciário trabalhista, bastaria que a legislação ordinária assim determinasse, pois a antiga redação do *caput* do art. 114 admitia a ampliação por norma infraconstitucional.

que não tenha todos os elementos daquele contrato, faltando a não eventualidade (art. 7º, XXXIV, da CF-88).

Estas ampliações observadas até agora são quanto à extensão pessoal. As ampliações podem ser, também, em intensidade, aumentando o rol de direitos concedidos aos trabalhadores (BARROS, 2006, p. 88). Como exemplo destas há a igualação do prazo prescricional de trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXIX, da CF-88) e o adicional de 1/3 para as férias.

### **3. CONTRATO DE ESTÁGIO. ASPECTOS GERAIS E A LEI N. 6494/1977**

Antes de iniciar os estudos acerca do contrato de estágio, deve-se conceituar o próprio estágio. Este deve ser entendido como a atividade desenvolvida com o escopo de proporcionar ao estudante o exercício prático de sua área de atuação, qualificando-o para a vida profissional.

Existem contratos no Direito do trabalho que, apesar de terem todos os elementos inerentes ao contrato de emprego, a legislação ordinária retira-os do campo de incidência deste ramo do Direito. É o que acontece com o contrato de estágio.

Por opção de política legislativa, a totalidade dos direitos especificados na Constituição Federal ou na CLT não foi atribuída ao contrato de estágio. O estagiário pode até possuir direitos concedidos aos empregados, mas para que isso ocorra deve haver disposição legal. Neste sentido, o art. 4º da Lei 6494/77 determina que não haverá vínculo empregatício de qualquer natureza entre o estagiário e o tomador dos serviços. Tudo para estimular a concessão de atividades práticas aos estudantes.

Como excepcional que é, o contrato<sup>4</sup> de estágio é ato solene que deve atender aos requisitos dispostos em lei para ser atingida a eficácia pretendida.

A antiga lei de estágio estabelecia a necessidade da forma escrita e a característica trilateral quando da celebração do termo de compromisso. Deve participar da constituição do contrato não só o estudante e a parte concedente do estágio, mas, também, a instituição de ensino a que o futuro estagiário está matriculado, atuando como interveniente.

---

4. O art. 3º da Lei 6494, assim como a Lei 11788/08, chama de termo de compromisso o instrumento do contrato de estágio.

No que tange aos direitos concedidos ao estagiário, ao que parece, a antiga lei disciplinadora do estágio pretendia apenas excluir do estagiário do campo de atuação da Justiça do Trabalho, pois foram diminutas as concessões.

Não foi disciplina a jornada de trabalho, o que deixou o estudante ao alvedrio do que determinasse o tomador do estágio, ficando, durante os períodos de férias, estabelecida por acordo entre as partes. Não há dúvida de que o “acordo” seria a vontade do concedente, vez que é a parte contratualmente superior.

A bolsa de estágio era facultativa, podendo ser em dinheiro ou outra forma de retribuição, ressalvado a legislação previdenciária.

A única disciplina relativa à tutela do estagiário aconteceu com a obrigatoriedade de seguro contra acidentes pessoais.

#### **4. O NOVO CONTRATO DE ESTÁGIO E A LEI N. 11788/2008**

Diante de toda a ampliação do Direito laboral, que introduziu direitos que antes eram quase exclusivos do trabalhador celetista, no dia 25 de setembro de 2008 veio a lume o novo contrato de estágio. Agora quase que totalmente diferente daquele disciplinado pela Lei n. 6494/1977<sup>5</sup>.

Ao contrário da lei de 1977, que deixou a conceituação de estágio para a doutrina, a nova lei de estágio trouxe o conceito já no primeiro artigo. Segundo ele, “*estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos*”.

##### **4.1 Fundamentos do Estágio**

O estágio decorre de imposição do art. 205 da CF-88, o qual determina que a educação deve visar, dentro outros objetivos, o “preparo do indivíduo para o exercício da cidadania<sup>6</sup> e sua qualificação para o trabalho”. É por este

---

5. Foi mantida pela nova lei tão-somente o caráter trilateral do contrato de estágio.

6. Cf. SILVA NETO, 2005, pp. 199-200. O conceito de cidadania após a Constituição Federal de 1988, para Manoel Jorge, sofreu um acréscimo conceitual, vez que o constituinte ao incluí-lo como fundamento da república permitiu que fosse ampliado para abarcar não só a cidadania em sentido estrito, que se refere ao exercício dos direitos

motivo que o estágio deve proporcionar ao estudante além do aprendizado da atividade profissional, a educação para a vida cidadã e para o trabalho (art. 1º, §2º, da Lei 11788/08).

## 4.2 O desempenho das atividades de estagiário

As partes que deverão celebrar o termo de compromisso receberam denominação distinta da anterior. São: (1) educando, (2) parte concedente e (3) instituição de ensino.

O educando é o destinatário do estágio, o próprio estudante, que deverá ser de curso superior, educação profissional, ensino médio, educação especial ou dos anos finais do ensino fundamental<sup>7</sup>. Não foi disciplinado pela nova lei quais seriam estes anos finais do ensino fundamental, contudo deve-se observar a razoabilidade e os limites para início da atividade laboral (art. 7º, XXXIII, da CF-88).

A parte concedente, na verdade, é o tomador dos serviços de estágio. Ela poderá ser qualquer pessoa jurídica de Direito público ou privado, os órgãos da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, bem como os profissionais liberais de nível superior que estejam devidamente registrados em seus conselhos de fiscalização profissional. Quanto a estes últimos, os profissionais liberais, pode-se dizer que a regra legal não andou bem, uma vez que restringe as possibilidades de estágio quando o curso for profissionalizante, pois, na maioria das vezes, os profissionais que trabalham com as atividades de nível técnico não têm o curso superior. A saída será o contrato de aprendizagem, caso atendidos os requisitos do art. 428 da CLT.

A instituição de ensino que o educando deve estar matriculado e frequentando é qualquer uma daquelas referidas no art. 3º, I, incumbindo a ela, dentre outras obrigações, cadastrar e avaliar as condições do ambiente da parte concedente.

## 4.3 Inovações da lei n. 11788/08

São inovações trazidas: a distinção entre estágio obrigatório e não obrigatório, requisitos necessários e bem delineados para que seja firmado

---

políticos, mas, também, a cidadania em sentido amplo, que vincula o Estado a proporcionar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os direitos sociais.

7. Os alunos que estejam nos últimos anos do ensino fundamental devem estar matriculados na modalidade de educação profissional de jovens e adultos.

o termo de compromisso, obrigações relativas à parte concedente e à instituição de ensino e direitos do educando.

Antes de iniciar o estudo do novo contrato de estágio cumpre explicitar que a Lei 11788/08 será aplicada aos contratos celebrados a partir de sua vigência ou aos contratos firmados anteriormente, caso venham a ser renovados. Assim, a Lei 6494/77 continuará em vigência para os contratos pactuados antes da entrada em vigor da nova lei, desde que não sejam renovados.

#### ***4.3.1 Espécies de estágio***

É importante saber a obrigatoriedade do estágio porque isto interfere na concessão da bolsa remuneratória e do auxílio-transporte.

O estágio será considerado como obrigatório quando o projeto do curso estabelecer carga horária mínima para a aprovação e a obtenção do diploma. Como se percebe, cumpre à instituição de ensino determinar se o estágio será obrigatório ou não.

O estágio não obrigatório é aquele realizado de maneira voluntária pelo aluno, independente da carga horária obrigatória para a conclusão do curso. Neste caso, o pagamento de uma bolsa ou outra forma de contraprestação e do auxílio-transporte serão obrigações da parte concedente. Em se tratando de estágio obrigatório, estes dois direitos serão concedidos ao estagiário somente de forma facultativa. Por conta dos princípios da segurança jurídica e da proteção, entendo que sendo o estágio obrigatório uma vez concedidos a bolsa ou o auxílio-transporte estes não poderão ser supressos, nem por acordo entre as partes.

Desta foram, a definição por parte da instituição de ensino pela espécie de estágio que prevalecerá afeta diretamente os órgãos públicos, vez que estes são os maiores destinatários do estágio voluntário, que, agora, será disponibilizado somente aos estudantes das instituições que estabeleçam o estágio como obrigatório.

#### ***4.3.2 Obrigações do concedente e da instituição de ensino***

Conforme o art. 9º, as obrigações da parte concedente do estágio são: (1) celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, zelando por seu cumprimento, (2) ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, (3) indicar funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desen-

volvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até 10 (dez) estagiários simultaneamente, (4) contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso, (5) por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho, (6) manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio, (7) enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de 6 (seis) meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário. Além disso, no caso de estágio obrigatório, a responsabilidade pela contratação do seguro de que trata o inciso IV do caput deste artigo poderá, alternativamente, ser assumida pela instituição de ensino.

Enquanto isso, as obrigações da instituição de ensino, disciplinadas no art. 7º, são: (1) celebrar termo de compromisso com o educando ou com seu representante ou assistente legal, quando ele for absoluta ou relativamente incapaz, e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar, (2) avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando, (3) indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário, (4) exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades, (5) zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas, (6) elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos, (7) comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas.

### **4.3.3 Direitos do estagiário**

#### **4.3.3.1 Direitos inerentes à duração da prestação dos serviços**

A duração da prestação de serviços, *mutatis mutandis*, seguiu os mesmos princípios das regras comuns, sendo disciplinas as durações diária, semanal e anual.

Foi mantido, como não poderia deixar de ser, como direito das partes a estipulação da duração diária do trabalho. Contudo, foram estabelecidos limites em favor do educando.

A duração não poderá ser superior a 4 horas diárias e 20 semanais quando se tratar de estudantes de educação profissional ou que estejam nos últimos anos do ensino fundamental para educação de jovens e adultos na modalidade profissional.

Para os demais casos, ou seja, para estudantes de ensino superior, médio ou profissionalizante de nível médio, a duração será de, no máximo, 6 horas por dia e 30 horas semanais.

Pode, todavia, haver extrapolação dos limites para 40 horas semanais em duas situações. A primeira delas é quando o curso alternar períodos de aulas teóricas e aulas práticas. A outra, será nos períodos em que não for necessária a presença física do aluno nas aulas, podendo ser entendidos estes períodos como os de férias ou recesso escolar. Entretanto, para se ultrapassar os limites diários de 4 e 6 horas se houver autorizativo no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

A jornada será reduzida em pelo menos metade nos períodos em que o estudante estiver em processo de avaliação periódica ou ao final do período.

Foi positivado o direito do estagiário ao descanso anual de 30 dias, que foi chamado pelo legislador de recesso. Terão direito ao recesso os estagiários que firmarem o termo de compromisso de duração igual ou superior a um ano. Nos termos de duração inferior a um ano as férias serão proporcionais.

O recesso será remunerado quando o estagiário receber bolsa ou qualquer outra espécie de retribuição. À primeira vista, pode-se pensar que apenas os estágios não obrigatórios serão remunerados durante o recesso. Porém, deve-se atentar para o fato de que se o estágio for obrigatório mas o estudante receber alguma espécie de retribuição, ele deverá ter o recesso também remunerado.

Por fim, o período de estágio não poderá ser superior a 2 anos.

#### *4.3.3.2 Previdência Social, segurança e medicina do trabalho*

Apesar de não ser inovação no Direito brasileiro, foi atribuído ao estagiário o cadastro como contribuinte da Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo<sup>8</sup>. A faculdade, agora, foi admitida expressamente. (art. 12, §2º).

---

8. Não é novidade o enquadramento como segurado facultativo porque o art. 14 da Lei n. 8212/91, por exclusão, permitia a inclusão no sistema da Previdência.



As normas de segurança e medicina do trabalho serão aplicadas ao estagiário (art. 14), que deverão, assim como para os demais trabalhadores, ser implementadas pela parte tomadora dos serviços.

#### ***4.3.4 Limitação de estagiários por estabelecimento***

Para evitar que a mão-de-obra do estagiário seja utilizada tendo como fator preponderante a redução de custos para a parte concedente e, por conseguinte, contrariando as finalidades do estágio, foi limitado o número de educandos por estabelecimento da parte concedente.

A quantidade de estagiários será de acordo com o número de empregados que houver no respectivo estabelecimento da parte concedente, observando-se o número de estagiários por supervisor. O máximo será de (1) um estagiário quando o estabelecimento tiver de 1 a 5 empregados, (2) dois estagiários para estabelecimentos com 6 a 10 empregados, (3) 5 estagiários para estabelecimentos com 11 a 25 empregados e (4) 20% do quadro de pessoal quando o estabelecimento tiver mais de 25 empregados, sendo que poderá ser arredondado para maior quando o resultado da porcentagem for uma fração. Além disso, devem ser resguardadas 10% das vagas para os educandos portadores de deficiência.

Não haverá necessidade de observância dos limites descritos acima quando se tratar de estágios de nível superior ou nível técnico profissionalizante.

## **5. CONCLUSÕES**

Como visto, o Direito do trabalho tem incluído mais relações de trabalho no seu bojo, chegando-se a conceder “novos” direitos às relações jurídicas decorrentes dos contratos de atividade.

Foi assim que ocorreu com a relação de trabalho do estagiário.

Foram concedidos a esta figura jurídica:

- a) férias remuneradas;
- b) proteção expressa no que toca à medicina e segurança do trabalho;
- c) limitação da duração diária e semanal do trabalho;
- d) possibilidade de inclusão do estagiário na Previdência Social.

Contudo, não se pode olvidar a distinção trazida entre estágio obrigatório e estágio não obrigatório, com necessidade de pagamento de bolsa ou outro meio de retribuição equivalente quando o estágio for prescindível à conclusão do curso.

Foi, também, de alta relevância o detalhamento das obrigações da instituição de ensino e do cedente do estágio, com destaque para a obrigatoriedade de se manter um supervisor para o estágio em cada um desses intervenientes do contrato, bem como a limitação do número de educandos por estabelecimento da parte concedente, porém com algumas ressalvas.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed.. São Paulo: LTr editora, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed.. São Paulo: 2007.
- HOBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 17ª ed.. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1981.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 17ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CAPÍTULO XII

**A VIOLÊNCIA POLICIAL  
E O ESTADO DE DIREITO NO BRASIL**

**Max Bandeira\***

*“Cuidado, pessoal, lá vem vindo a veraneio  
Toda pintada de preto, branco, cinza e vermelho (...)  
Veraneio vascaína vem dobrando a esquina.  
Se eles vêm com fogo em cima, é melhor sair da frente.  
Tanto faz, ninguém se importa se você é inocente.  
‘Com uma arma na mão, eu boto fogo no país,  
E não vai ter problema, eu sei, estou do lado da lei’.”*

*Flávio Lemos e Renato Russo  
Veraneio vascaína [Capital Inicial, 1986]*

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Os princípios do Estado de direito e sua fragilidade – 3. A violência policial e o desafio da consolidação do Estado democrático de direito no Brasil – 4. Considerações finais – 5. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes. O presente trabalho visa a levantar elementos para a discussão sobre em que medida a violência a direitos fundamentais perpetrada por agentes do próprio Estado, notadamente as instituições policiais, confronta os fundamentos do Estado democrático de direito no Brasil, ao comprometer a eficácia de normas constitucionais que tutelam direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** POLÍCIA; VIOLÊNCIA; ESTADO DE DIREITO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

## **1. INTRODUÇÃO**

A redemocratização colocou na ordem do dia o restabelecimento das condições para a instauração de um Estado democrático de direito no Brasil. A promulgação da Constituição Federal de 1988, um dos capítulos

---

\*. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do CE-PEJ. Colaboraram para este artigo Bruno Oliveira Leão Carneiro e Raquel Cerqueira Santos.

decisivos dessa redemocratização, trouxe em seu bojo a positivação de um sem-número de direitos e garantias fundamentais, deslocando a questão dos direitos fundamentais da necessidade de reconhecimento pelo Estado para o combate à chamada insinceridade normativa (BARROSO, 2004), isto é, para a efetivação desses direitos. A discussão acerca dos direitos humanos perdeu, então, sua essência meramente filosófica para tornar-se, um “problema jurídico e, num sentido mais amplo, político”<sup>1</sup>.

Nesse sentido, foram realizados no Brasil diversos estudos acerca da eficácia dos direitos e garantias fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988 e nos tratados e pactos internacionais que o Brasil ratificou durante a década de 1990. Pesquisadores de diversos setores do conhecimento passaram a investigar, na reconstrução do Estado democrático de direito, vestígios de continuidade autoritária, abrindo um novo campo de estudos, no qual se investiga, em Estados democráticos de Direito, a violação de direitos e garantias fundamentais perpetrada por práticas de agentes do próprio Estado<sup>2</sup>.

Esse campo de estudos tornou-se especialmente relevante porque chamou a atenção para a necessidade de vinculação do próprio Estado aos direitos fundamentais positivados por ele, o que aparece como aparentemente óbvio na doutrina nacional, como fica claro em Dimitri Dimoulis (DIMOULIS, 2007, pp. 104-105), para quem esses direitos vinculam as autoridades do Estado, inclusive o Poder Legislativo, de forma *direta* e *imediate*<sup>3</sup>. Mas também demonstrou que o Estado democrático de direito instalado no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 está sendo incapaz de equilibrar suas funções de concentração da violência e garantia de direitos fundamentais (ADORNO, 1999), o que tem redundado na violação sistemática desses direitos pelas instituições policiais.

- 
1. Essas são palavras de Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 25) acerca do movimento de positivação de direitos fundamentais ocorrido no segundo pós-guerra. Conhecemos a crítica de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 2005, pp. 57-67) à posição de segundo plano à qual Norberto Bobbio, na obra citada, relega a questão do fundamento dos direitos humanos. Entretanto, para o questionamento a que se propõe este trabalho, aceitaremos a tese de Bobbio, de que a principal questão gravitando em torno dos direitos humanos atualmente é a da proteção e efetivação e não mais a da justificação ou fundamentação.
  2. Cf. NEV/USP, 1999.
  3. Tem ganhado repercussão entre os constitucionalistas brasileiros a discussão a respeito da vinculação também de particulares pelos direitos fundamentais, num processo que tem sido chamado pela doutrina alemã de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung*).

Ante essas constatações, Paulo Sérgio Pinheiro (PINHEIRO, 2002, pp. 331-353) concluiu que é imprescindível o estabelecimento de sistemas de controle do arbítrio estatal<sup>4</sup> para a construção de uma democracia efetiva no Brasil, apresentando os mecanismos internacionais de controle desse arbítrio que vêm se construindo a partir do segundo pós-guerra como uma alternativa de proteção que pode ser eficaz. Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2000, pp. 95-110), por seu turno, contextualizando a proteção dos direitos humanos num processo que denominou “globalização dos direitos humanos”, passou a centrar a argumentação na relativização da soberania estatal e na capacidade processual dos indivíduos no âmbito do Direito Internacional Público<sup>5</sup>. Nessa óptica, passou a ser valorizada a potencialidade dos mecanismos de proteção do sistema internacional dos direitos humanos, cujas formalidades necessárias para a integração foram cumpridas pelo Brasil em 1992, com a adesão aos Pactos Internacionais da ONU, bem como ao Pacto de São José da Costa Rica, no âmbito da OEA.

O objetivo desse trabalho, contudo, não é discutir a viabilidade do controle internacional da violência praticada por agentes estatais, mas lançar as bases para um debate sobre em que medida a agressão a direitos fundamentais perpetrada por agentes do próprio Estado, notadamente as instituições policiais, confronta os fundamentos do Estado democrático de direito no Brasil. Para tanto, questionaremos quais são os pressupostos históricos e filosóficos do Estado democrático de direito, para então apresentarmos os elementos para uma discussão acerca das dificuldades de consolidação da democracia e dos princípios que regem um Estado democrático de direito, tendo em vista a sobrevivência de práticas autoritárias no Brasil pós-Constituição Federal de 1988.

## **2. OS PRÍNCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO E SUA FRAGILIDADE**

O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.

- 
4. “Arbítrio estatal” tem sido a expressão consagrada pelos estudiosos brasileiros do tema proposto neste artigo. Entretanto, para fins de clareza e precisão metodológica, quando nos referirmos a esse arbítrio com palavras próprias utilizaremos o sintagma “violência policial”.
  5. No mesmo sentido, Guilherme Assis de Almeida (ALMEIDA, 2001, pp. 76-85).

J. J. Gomes Canotilho faz um feliz contraponto entre Estado de direito e “Estado de não direito” bastante elucidativo para separar o Estado de direito daquilo que seus princípios repugnam. Vejamos.

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito. (...) «Estado de não direito» é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. (CANHOTILHO, 2008, p. 4)

Foi no meio ambiente da modernidade ocidental que surgiram as idéias fundamentais para a configuração do que hoje chamamos de Estado de direito, que apresenta como dimensões fundamentais o governo de leis gerais e racionais, a organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, o primado do legislador, a garantia de tribunais independentes, o reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, o pluralismo político, o funcionamento do sistema organizatório estatal subordinado aos princípios da responsabilidade e do controle do exercício do poder estatal através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados (CANOTILHO, 2008, p. 7).

A partir desses pressupostos, forja-se uma concepção de Estado domesticado pelo direito, sobre a qual se alicerçaram países ocidentais, tanto os de tradição jurídica romano-germânicas (que adotam as fórmulas *État legal*, *Rechtsstaat*, *Estado de direito*) quanto os da chamada *common law* (que adotam a fórmula *rule of law*). Essa concepção se construiu essencialmente sobre a filosofia política liberal, segundo a qual o Estado deve equilibrar duas funções principais, quais sejam, a de concentrar a violência, organizando o exercício do poder pela sociedade e privando o homem do incivilizado “estado de natureza”, e a de garantir os direitos do cidadão. Aquela função é subsidiária desta, conforme se depreende da leitura de John Locke (LOCKE, 1994), para quem a organização do poder em uma sociedade política é pressuposto para a preservação da vida, da liberdade e da propriedade (direitos fundamentais).

Essa concepção de Estado de direito associou-se à de democracia e direitos humanos para compor a “linguagem contemporânea da legitimidade política” (DONELLY, 1998). Democracia e direitos humanos, contudo, são elos agregados muito recentemente à concepção de Estado (de direito), e

ainda têm vinculação tênue, apesar da tradição histórica. Conforme observa Jack Donelly:

O elo da democracia com a legitimidade política é recente. A maioria das constituições políticas baseadas no estado, ao longo da história, firmou-se na autoridade de cima para baixo, com uma dádiva divina, ordem natural, ou tradição legitimando o poder daqueles com virtude superior (definida pelo nascimento, idade, riqueza, habilidades ou poder). Na metade do século vinte, porém, muitos regimes apelaram, em lugar disso, à autorização de baixo para cima do “povo” (...). A idéia de que a legitimidade de um governo é baseada na extensão do respeito e defesa aos direitos humanos dos seus cidadãos tem estado no coração da tradição do contrato social liberal da teoria política, pelo menos, desde o embrionário Segundo Tratado de Governo de John Locke, no final do século dezessete. No nível internacional, recebeu um endosso poderoso nos documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Internacional dos Direitos Humanos de 1966. Mas, somente há vinte e cinco anos, a maioria dos estados no mundo justificou, publicamente, sacrifícios sistemáticos de alguns, mesmo a maioria, dos direitos reconhecidos nesses instrumentos legais. E o fizeram não em nome da segurança nacional (como oposta à segurança pessoal) e relativismo cultural (como oposto aos direitos humanos universais) mas também com apelos aos imperativos “superiores” de desenvolvimento e democracia (como opostos aos interesses de indivíduos e grupos particulares). (DONELLY, 1998, pp. 168-169)

Essa fragilidade atinge, por extensão, os pressupostos elencados para essa forma de Estado pela filosofia política liberal.

Isso posto, é necessário questionar se podemos falar em Estado de direito sem democracia e respeito a direitos fundamentais, porque, diversamente do que propunham os filósofos políticos liberais, a exemplo de Locke, o Estado parece não existir apenas assentado sobre um contrato social, em que a cláusula primeira é o respeito a direitos humanos. Pelo contrário: como demonstra a análise do Estado empreendida pela sociologia compreensiva, o Estado age, por diversas vezes, contra os fundamentos que, segundo a filosofia política liberal, o legitimam. Isso porque, para Max Weber, do ponto de vista da consideração sociológica, é impossível definir Estado pelo conteúdo daquilo que faz, porque:

não há quase nenhuma tarefa que alguma associação política, em algum momento, não tivesse tomado em suas mãos, mas, por outro lado, também não há nenhuma da qual se poderia dizer que tivesse sido própria, em todos os momentos e exclusivamente, daquelas associações que se chamam polí-

ticas (ou hoje: Estados) ou que são historicamente as precursoras do Estado moderno. *Ao contrário, somente se pode, afinal, definir sociologicamente o Estado moderno por um meio específico que lhe é próprio, como também a toda associação política: o da coação física. (...) Evidentemente, a coação não é o meio normal ou o único do Estado – não se cogita disso –, mas é seu meio específico. (...) Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o “território”, faz parte da qualidade característica –, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do “direito” de exercer coação. (WEBER, 1999, pp. 525-526, sem grifos no original)*

Weber dispensa, como se vê, a necessidade de fundar o Estado sobre essa ou aquela função específica. Essa constatação redundava numa conclusão nefasta para as relações entre Estado e direito. A despeito de a lei, na concepção que lhe dá a modernidade jurídica, não sobreviver sem Estado, o Estado pode sobreviver sem respeito à lei, à democracia e aos direitos humanos. Por isso, parece poder o Estado, dentro da concepção que lhe dá a sociologia compreensiva, fazer uso desse “monopólio da coação física legítima” contra quaisquer direitos de qualquer pessoa. Porque o fundamento da legitimidade dessa violência não é o respeito a princípios democráticos ou aos direitos humanos, mas é antes a organização, fundada no costume, na autoridade pessoal ou da legalidade; “na realidade, a obediência é condicionada por motivos muito poderosos de medo e esperança” (WEBER, 1999, p. 526).

Com efeito, o “contrato social” de que fala a filosofia política liberal, atribuindo ao Estado as funções já referidas de pacificação social, e de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, não vincula todo e qualquer Estado. Na perspectiva mais radical da sociologia compreensiva, parece não vincular Estado nenhum, porque não podem os Estados ser definidos por tarefas ou funções, e não necessariamente fundamentam nessas tarefas ou funções seu elemento distintivo específico: o monopólio da violência física legítima. Por isso, os Estados são, de acordo com Paulo Sérgio Pinheiro, perigosos instrumentos de pacificação, já que sua intervenção se mostra extremamente ambígua, porquanto:

O ponto crucial desse monopólio é o equilíbrio entre suas duas funções: a função para os que controlam o Estado e para os membros da sociedade regulada pelo Estado, e, portanto, o grau de pacificação interna. A função do Estado tem, portanto, uma dupla face: por um lado, como detentor do monopólio da violência, o Estado deve impor limitações a seus poderes



e ações; por outro lado, como guardião da ordem pública, ele deve ser o protetor e o garante de todas as liberdades. *Mas como esse Estado moderno funciona como um instrumento de dominação com concentração no centro, os súditos estão sempre sob a ameaça da violência.* (PINHEIRO, 2002, p. 333, sem grifos no original)

Ademais, embora concentrem o monopólio da violência legítima, e mesmo que justifiquem esse monopólio segundo a “linguagem contemporânea da legitimidade política” (DONELLY, 1998), satisfazendo os requisitos da concepção já exposta de Estado de direito, não estarão automaticamente expurgadas dos Estados as práticas autoritárias, antidemocráticas e agressivas a direitos humanos.

Portanto, os fundamentos do Estado de direito são bastante frágeis, como já tivemos a oportunidade de constatar. As polícias, por exemplo, que são pedra angular nos Estados de direito, convivem, indiferentemente, em Estados democráticos e não democráticos. Daí que o simples fato de ser democrático um Estado não resulta automaticamente em práticas democráticas e protetoras dos direitos humanos por parte das instituições policiais. Esse parece ser o grande problema enfrentado pelo Brasil no tocante às instituições repressoras: controlar suas práticas antidemocráticas e violadoras de direitos humanos para garantir condições mínimas de sobrevivência do Estado democrático de direito.

### **3. A VIOLÊNCIA POLICIAL E O DESAFIO DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL**

Encontram-se no próprio Estado as raízes da violação a direitos fundamentais, porque, nas citadas palavras de Paulo Sérgio Pinheiro (PINHEIRO, 2002, p. 333), os súditos do Estado moderno estarão sempre sob a ameaça de violência. No Brasil, o processo de consolidação da democracia tem demonstrado uma face especialmente dramática dessa constatação no que tange a violência policial, segundo o relatório final do projeto de pesquisa “Continuidade autoritária e consolidação da democracia” do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP, 1999).

Nesse contexto, verificar a continuidade de práticas autoritárias equivale a constatar se o Brasil constitui, segundo a citada classificação de J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2008, p. 4), Estado de direito ou “Estado de não direito”. Em última análise, trata-se de investigar se nosso “Estado de direito”, implantado segundo o modelo da Constituição Federal de 1988, tem sido eficaz na garantia de direitos fundamentais ou se tem sucumbido ante as pressões autoritárias das instituições repressoras.

No Brasil, vive-se, depois de mais de cem anos de governo republicano em que se alternam regimes autoritários e regimes não autoritários, uma nova experiência de reconstrução democrática, *a priori*, mais ampla do que as anteriores. De acordo com Paulo Sérgio Pinheiro:

Formalmente, vivemos em uma democracia, como deixam entrever os direitos individuais, sociais e políticos inscritos na Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo, convivemos com profundas desigualdades sociais, com amplas camadas de cidadãos de “segunda classe”, com imensos obstáculos de acesso à justiça e com a violação de direitos humanos. (PINHEIRO, 1999, p. 5)

As referidas agressões a direitos humanos tornam-se ainda mais graves quando provêm de agentes do próprio Estado, porque, no entendimento de Sérgio Adorno (ADORNO, 1999, pp. 636-641), minam a construção de uma cidadania universal e questionam a credibilidade de instituições básicas para a democracia, tais como as agências e atores encarregados de aplicar as leis e da pacificação da sociedade.

Constatam-se aqui distâncias entre a justiça que pretende o monopólio da violência física legítima e a justiça que claudica diante de obstáculos intransponíveis, que vacila em suas atribuições investigativas e de apuração da responsabilidade penal, que hesita em punir e que, no limite, abdica de exercer a soberania que lhe deveria facultar aquele monopólio. Dessa forma, ancoradas na garantia da impunidade, as instituições policiais, que são essenciais na construção do projeto de Estado democrático de direito, por meio de ações arbitrárias contra os direitos do cidadão, passam a contradizer esse projeto.

Nos Estados democráticos de direito, o destinatário imediato das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais é o próprio Estado, isto é, esses direitos e garantias devem vincular, em primeiro lugar, as autoridades do Estado. A limitação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, levada a efeito pela positivação desses direitos fundamentais, é razão de ser do Estado de direito. Daí dizer J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2008, p. 19) que o Estado de direito é, antes de tudo, um “Estado de direitos”.

A constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. (CANOTILHO, 2008, pp. 19-20)

Canotilho vai adiante ao afirmar que:

A ideia da subordinação à lei dos titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais pessoas colectivas públicas soa de um modo familiar ao cidadão comum. O sentido desta subordinação parece estar presente em fórmulas da linguagem corrente, tais como «o nosso governo é um governo de leis e não de homens», «ninguém está acima da lei», os «funcionários devem obedecer e executar a lei», as «leis fazem-se para se cumprirem». (...) Impõe-se, por isso, um breve aceno ao princípio da legalidade como princípio básico do Estado de direito. (CANOTILHO, 2008, p. 22)

Nesse sentido, se assumimos, como Canotilho, que os direitos fundamentais legitimam a própria ordem constitucional de um Estado de direito e subordinam órgãos, funcionários e agentes do Estado, torna-se, a um só tempo, preocupante e esclarecedora a observação que faz Paulo Sérgio Pinheiro:

Mesmo depois do retorno às constituições democráticas ou da promulgação de novos textos constitucionais, as instituições não foram alvo de reformas e as práticas arbitrárias dos agentes estatais da polícia continuam. [...] O Estado na maior parte dos países da América Latina tem-se mostrado incapaz de erradicar a impunidade dos crimes dos agentes do Estado com o mesmo empenho que pune os crimes comuns cometidos pelas classes populares. (PINHEIRO, 2002, p. 334, sem grifos no original)

Isto é dizer, em outras palavras, que os Estados latino-americanos não tem se sujeitado ao princípio da legalidade, elencado como princípio básico do Estado de direito. Portanto, se formalmente vivemos num Estado democrático de direito, como deixam entrever os direitos individuais, sociais e políticos inscritos na Constituição Federal de 1988, na prática, estamos muito distantes disso, porque esses direitos não têm vinculado seus principais destinatários, os órgãos, funcionários e agentes do Estado.

Por conseguinte, o Estado não pode pretender-se democrático se as práticas do governo e de seus agentes não respeitam os requisitos da democracia (PINHEIRO, 2002). O Estado não pode pretender ser democrático se não consegue implementar o acesso efetivo da população aos direitos fundamentais e institucionaliza, de mão-própria, práticas que ferem esses direitos, como a prática da tortura no interior dos distritos policiais, a técnica do “atirar primeiro, perguntar depois” e as execuções sumárias de suspeitos e criminosos.

Nas novas democracias da América Latina, a prática da violência policial, de acordo com Hélio Bicudo (BICUDO, 2002, p. 141), “é justificada como uma maneira de controlar o crime comum nas comunidades pobres,

sendo as vítimas dos grupos mais vulneráveis, confirmando assim a noção de que a polícia primordialmente visa controlar os pobres”. Isso endossa a tese do “vigilantismo” (ADORNO, 1999), segundo a qual a polícia tem a função de eliminar os indesejáveis do convívio com a sociedade, expressa no seguinte trecho de Paulo Sérgio Pinheiro:

A percepção pelas elites dos pobres como parte das “classes perigosas” está incrustada nas práticas do sistema judicial que processa e condena os crimes praticados pelos pobres como membros das “classes perigosas”: em contrapartida muitos crimes das elites continuaram até há pouco tempo fora do alvo do sistema judicial. As políticas de prevenção do crime, especialmente aquelas propostas durante períodos eleitorais (as eleições são a alta estação para a demagogia, toda vez que a violência e o crime devem ser discutidos) visam menos controlar o crime e a delinquência do que diminuir a insegurança das classes dominantes. Quando as elites bradam contra a impunidade estão referindo-se quase sempre à repressão aos crimes cometidos pelos pobres. (PINHEIRO, 2002, p. 337)

Nessa óptica, a polícia e outras instituições do sistema criminal tendem a atuar como guardas-fronteira, protegendo as elites dos pobres, e a violência policial e tortura continuam asseguradas pela impunidade porque justamente dirigida contra as “classes perigosas” e raramente afetando a vida das classes afluentes. Não é outro o quadro que apresentam as novas democracias latino-americanas, todas marcadas pela violência policial (PINHEIRO, 2002).

Essa visão, tanto quanto muitas outras que tentam fundamentar a prática de crimes por policiais, é danosa o bastante para fazer desmoronar, como um castelo de cartas, todos os princípios que conformam o Estado de direito.

O uso desordenado do monopólio da força por um Estado, através de suas instituições repressoras, ao desrespeitar direitos fundamentais e princípios básicos da democracia, acaba deslegitimando esse monopólio segundo os princípios básicos do Estado de direito. Mais do que isso: no continente latino-americano, *a polícia chega a considerar o Estado de direito mais como um obstáculo do que como uma garantia efetiva para o controle social da violência* (CHEVIGNY apud PINHEIRO, 2002, p. 338). Essas polícias estão convencidas que seu papel é proteger as sociedades dos “elementos marginais” por quaisquer meios disponíveis. Com efeito, em lugar de respeitar e servir à afirmação da vigência do Estado de direito, as polícias tem agido em sentido contrário, conforme ideologias

alheias àquelas positivadas na Constituição Federal de 1988, como a do “vigilantismo”.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da mesma forma que pode o Estado sobreviver sem contrato social, isto é, sem estar atrelado a qualquer função específica (WEBER, 1999), a polícia pode sobreviver sem democracia e respeito a direitos humanos. Dito de outro modo, a o Estado democrático de direito precisa muito mais da polícia do que a polícia dele, já que esta instituição pode conviver com diversas outras formas de regime e, ainda que atuando em nome de um Estado de direito, não se poderá garantir que não sobrevivam ideologias e práticas incompatíveis com seus princípios.

Dessa forma, considerando que “um Estado democrático de direito não pode coexistir com violações sistemáticas dos direitos do cidadão perpetradas por seus próprios agentes” (PINHEIRO, 2002, p. 336), é necessário o estabelecimento de um sistema eficiente preventivo da violação a direitos humanos perpetrada por agentes estatais no Brasil, como forma de garantir a vigência do Estado democrático de direito. Nesse sentido, vale destacar os mecanismos elencados por Mesquita Neto (MESQUITA NETO, 1999, p. 137), a saber, (a) controle externo e formal/legal das polícias, através dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, auxiliados pelo Ministério Público, (b) mecanismos de controle interno e formal/legal das polícias, por meio dos dirigentes e administradores das polícias e particularmente das corregedorias de polícia, (c) mecanismos de controle externo e informal/convenção das polícias, através da imprensa, da opinião pública, da universidade, de grupos de pressão, particularmente das organizações de direitos humanos nacionais e estrangeiras e (d) controle interno e informal/convenção das polícias, através da profissionalização das polícias e dos policiais, apoiados em *standards* claros e precisos de competência e responsabilidade profissional.

Os quatro tipos de estratégias tendem a ser defendidos por grupos diferentes, dentro e fora das polícias, na medida em que cada um deles tende a fortalecer um determinado grupo, aquele que tem maiores condições para exercer de fato o controle da atividade policial. Mas não são necessariamente incompatíveis ou conflitantes e podem ser adotados de forma complementar ou suplementar. Normalmente, políticas voltadas para o controle da violência estão baseadas em combinações de tipos diferentes de estratégia e não num único tipo. (MESQUITA NETO, 1999, p. 157)

Outrossim, não se pode negligenciar os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente no âmbito da OEA, que já repercutiram, por diversas vezes, positivamente na política de direitos humanos no Brasil por diversas vezes (Cf. SANTOS, 2007), como no emblemático caso Maria da Penha.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. A justiça penal e a proteção dos direitos. In: NEV/USP (Núcleo de Estudos da Violência da USP). **Continuidade arbitrária e construção da democracia (1993-1998)**: relatório final. São Paulo: NEVUSP/FAPESP, 1999.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não violência**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 28, n. 60, pp. 27-65, jul./dez. 2004.
- BICUDO, Helio. Estratégias para a promoção da punibilidade das violações dos direitos humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). **Os direitos humanos no século XXI**. v. 1. Brasília: Funag/IPRI, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Cadernos democráticos. Disponível em: <http://br.geocities.com/b2centaurus/livros/c/Canotilhopdf.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DONNELLY, Jack. Democracia, direitos humanos e desenvolvimento. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). **Os direitos humanos no século XXI**. v. 1. Brasília: Funag/IPRI, 2002.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. Gough. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MESQUITA NETO, Paulo. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: **Cidadania, justiça e violência**. CARVALHO, José Murilo de; PANDOLFI, Dulce (orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

- NEV/USP (Núcleo de Estudos da Violência da USP). **Continuidade arbitrária e construção da democracia (1993-1998)**: relatório final. São Paulo: NEVUSP/FAPESP, 1999.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. O controle do arbítrio do Estado e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). **Os direitos humanos no século XXI**. v. 1. Brasília: Funag/IPRI, 2002.
- \_\_\_\_\_. Resumo do projeto e resultados da pesquisa. In: NEV/USP (Núcleo de Estudos da Violência da USP). **Continuidade arbitrária e construção da democracia (1993-1998)**: relatório final. São Paulo: NEVUSP, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**. Brasília, ano 8, v.15, pp. 95-110, jan./jun. 2000.
- SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 4, n. 7, pp. 27-57, 2007.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. da UNB, 1999.





CAPÍTULO XIII

**DIREITO À IMAGEM DO INDICIADO  
OU DIREITO DO ESTADO À IMAGEM  
DO INDICIADO?**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESPRESTÍGIO  
DA IMAGEM DO SUJEITO-OBJETO  
DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS.**

*Moisés Moreira Vieira\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O direito à imagem do indiciado e a minimização do princípio da inocência: os reflexos da *persecutio criminis* na esfera social – 3. A restrição da publicidade na fase inquisitiva da *persecutio criminis* e o caráter sigiloso do inquérito policial como meios de defesa do direito à imagem do indiciado – 4. Conteúdo do direito à imagem do indiciado e do direito à informação da sociedade: bases para o entendimento da colisão – 5. A colisão entre o direito à imagem do indiciado e o direito à informação da sociedade: tentativa de solução do conflito pela aplicação do postulado da proporcionalidade – 6. Considerações Finais – 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O trabalho realizado tem como escopo apresentar fundamentos para a inviolabilidade do direito à imagem da pessoa humana quando esta se encontra na condição de sujeito-objeto de investigações policiais. Afiguram-se como pilares da defesa deste direito, o princípio da inocência, a não incidência do princípio da publicidade na fase inquisitiva da *persecutio criminis*, assim como o caráter sigiloso do inquérito policial. Contrasta-se, também, com o direito à imagem do indiciado, o direito à informação titularizado pela sociedade, buscando-se traçar limites a seu exercício por meio da invocação do postulado da proporcionalidade. Defende-se, assim, a imagem do investigado como direito fundamental impassível de violação por órgãos do Estado ou por entes privados, atuando estes sob permissão expressa ou tácita da Autoridade Estatal.

---

\*. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Estagiário do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia. Membro do grupo de pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, vinculado ao CNPq.

**PALAVRAS-CHAVE:** IMAGEM; INDICIADO; INQUÉRITO POLICIAL; PUBLICIDADE; INFORMAÇÃO; PROPORCIONALIDADE.

## 1. INTRODUÇÃO

Em tempos de altos índices de criminalidade, muito se discute acerca do aflitivo e desafiador universo do crime, seja na busca de políticas sociais que busquem a redução numérica dos delitos, seja na tentativa de expor razões e conseqüências da prática delituosa. No entanto, de forma paralela a tal discussão, outro debate se afigura trazendo consigo inquietações e dificuldades, decerto, não menos grandiosas. Trata-se aqui da questão relativa à garantia dos direitos fundamentais assegurados àqueles que se encontram submetidos ao poder coercitivo do Estado no exercício da persecução penal.

O árduo labor no enfrentamento do problema se relaciona diretamente com a resistência de se ver aquele a quem se atribui a prática delituosa como sendo um titular de direitos, mas sim como mero objeto da atuação estatal no caminho da elucidação dos fatos, fazendo-se desnecessário, conforme muitas vezes se pensa, que lhe seja dispensada qualquer proteção a sua integridade e dignidade. Indubitavelmente, tal *processo de demonização do acusado*<sup>1</sup> que – não raras vezes – encontra forte respaldo na opinião pública e meios de comunicação social, pode conduzir a atos de explícita violação a direitos a todos garantidos constitucionalmente, inclusive àqueles que são alvo de investigações da polícia ou parte em processos criminais.

Diante de tal contexto e buscando debater de maneira particularizada alguns dos diversos aspectos inerentes ao tema em estudo, este trabalho aborda o problema da violação do direito fundamental do indiciado à imagem – tanto como reprodução do aspecto visual da pessoa quanto no sentido de “resultado da construção dos atributos subjetivos do indivíduo” (SILVA NETO, 2006a, p. 518) – bem como sua intangibilidade em face da atuação do Estado, seja violando diretamente o bem jurídico em foco, seja permitindo expressa ou tacitamente que terceiros o façam.

Parte-se da premissa de que o Estado contemporâneo e todo o seu agir encontram limites nas regras e princípios consagrados pela Constituição Federal e que, em razão disto, não é lícito aos órgãos estatais realizar

---

1. O termo “acusado” está sendo empregado de maneira genérica, designando tanto os indiciados quanto os processados.

ou mesmo permitir que se promovam atos que acabem por contrariar o espírito da Lei Maior. Previsto no texto constitucional, ganha destaque no estudo que aqui se faz o princípio da inocência, visto exprimir a idéia de que culpa nenhuma poderá ser atribuída a alguém sem prévia sentença criminal transitada em julgado, fundamento principal da necessidade de preservação do direito à imagem do sujeito na fase de investigação criminal.

Além da análise do princípio da inocência como instrumento capaz de garantir a tutela jurisdicional da imagem do indiciado, traz-se também à discussão as conseqüências da inaplicabilidade do princípio da publicidade em relação aos atos do inquérito policial, pormenorizando o sentido da dicotomia publicidade *versus* sigilo na fase inquisitiva da persecução penal.

Na tentativa de demonstrar de maneira ainda mais evidente a inescusável necessidade de proteção do direito à imagem do indiciado, faz-se uma análise contrastiva do direito à informação conferido à sociedade e seu razoável exercício em face do bem jurídico “imagem” titularizado pelo sujeito-objeto dos atos investigatórios da Polícia. Discute-se a hipótese de colisão entre estes direitos e invoca-se o postulado da proporcionalidade como técnica de resolução do conflito.

O estudo aqui apresentado também engloba, em apertada síntese, a delimitação do conteúdo do direito à informação e do direito à imagem, apresentando-se o duplo caráter deste bem (imagem-retrato e imagem-atributo) e, a partir de uma perspectiva tridimensional que concebe o direito à informação consubstanciado na faculdade de se informar, ser informado e informar, são feitas considerações sobre o papel do Estado e dos meios de comunicação social na preservação (ou violação) da imagem do indiciado.

Busca-se revelar neste estudo não apenas a importância do bem jurídico “imagem”, titularizado pela pessoa do indivíduo sujeito ao poder coercitivo do Estado na fase inquisitiva da persecução penal. Almeja-se, de fato, fomentar a inquietação decorrente de uma aplicação seletiva das normas que versam sobre direitos fundamentais, a qual exclui da proteção do sistema jurídico aqueles que, figurando como sujeito-objeto de investigações criminais, tanto precisam ver protegidos seus direitos não atingidos pela intervenção estatal no exercício da *persecutio criminis*.

## 2. O DIREITO À IMAGEM DO INDICIADO E A MINIMIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA: OS REFLEXOS DA *PERSECUTIO CRIMINIS* NA ESFERA SOCIAL

Como se sabe, a persecução penal, em regra, divide-se em duas fases, a saber:

- a) o inquérito policial, fase pré-processual, de natureza administrativa, dispensável para que se acuse legitimamente o suposto autor do delito; tem como escopo principal fornecer subsídios suficientes de autoria e materialidade do crime praticado a fim de que se ajuíze a ação penal; e
- b) a fase processual, correspondendo à seqüência de atos praticado pelas partes e Autoridade Judiciária, tudo em prol do livre convencimento do juiz e de seu pronunciamento, condenando ou absolvendo o réu ao final do processo.

Não restam dúvidas, assim, que todo o caminho percorrido pelo Estado no exercício do seu poder coercitivo na esfera penal tem como escopo fundamental a elucidação dos crimes, por meio dos instrumentos que lhe são garantidos por lei, aplicando a devida e “justa” pena aos infratores das disposições legais. Conclui-se aí que, em regra, são efeitos da persecução penal a condenação, restringindo ou privando direitos do réu, ou, por outro lado, sua absolvição, retornando este ao status de indivíduo integralmente livre, voltando a gozar – perante todos – dos privilégios da condição de sujeito isento da imputação do fato criminoso objeto do processo<sup>2</sup>. No entanto, se observa, sem muito esforço intelectual, que a realidade não corresponde apenas às hipóteses aqui apontadas.

A situação à qual se refere dá-se em decorrência do fato de que, embora goze do status de inocente durante toda a fase inquisitiva e processual da *persecutio criminis*, e, ainda que, ao final do processo, logre absolvição, encontrando-se livre das mazelas impostas pelo exercício do poder de coerção do Estado, restam ao ex-acusado os estigmas a ele atribuídos pela sociedade, os quais se consubstanciam em verdadeira *condenação simbólica*, imprimindo à vida do indivíduo submetido à investigação e/ou processo penal, limites e obstáculos à ressocialização, por vezes, intransponíveis.

Referindo-se, especificamente, ao indiciado, prejuízos ainda maiores são trazidos à sua pessoa quando, ao invés de uma realização devida da

---

2. O que se diz sobre a hipótese de absolvição, aplica-se também aos casos em que não se inicia a fase processual, restando arquivado o inquérito policial.

investigação criminal – limitada pela preservação dos direitos fundamentais do sujeito-objeto da atividade da Polícia –, tem-se um procedimento que abusa e banaliza a imagem do indiciado, tornado ainda mais concretizável a condenação simbólica mencionada em linhas anteriores. Intolerável, assim, tal conduta – seja esta materializada pelo órgão estatal ou por este permitida – vez que os direitos fundamentais têm como uma de suas características a indisponibilidade, cabendo ao Estado a sua defesa, independentemente, até, de anuência de seus titulares, incluindo-se, neste rol, os indiciados.

A proteção à imagem do indivíduo submetido ao poder de investigação da Polícia decorre da necessidade inabalável de se preservar o conteúdo do princípio da inocência, garantindo-lhe efetiva aplicação durante a fase do inquérito, mas também durante o processo criminal – se houver – e, ainda, após a superveniência de sentença penal de natureza absolutória. Explique-se: não basta apenas o mero reconhecimento por parte do Estado da inocência do ex-indiciado (ou ex-processado), mas também se faz imprescindível a convicção social de que na figura deste se consubstancia indivíduo não culpado por crime algum, sendo ilegítima, portanto, qualquer tipo de sanção sobre ele aplicada. Defende-se aqui a obrigatoriedade de defesa do direito à imagem do indiciado como meio de se garantir não apenas uma realização formal do princípio ora em estudo (*i.e.*, o reconhecimento da inocência pelo Estado), mas que, especialmente, ele se concretize no plano material, através da inimputação dos estigmas sociais carreados pela sujeição do indivíduo ao poder investigativo e de acusação estatal.

E justifica-se a ênfase que se dá à consagração do princípio da inocência – não apenas numa perspectiva formal – em razão de que o arquivamento do inquérito ou a absolvição do acusado não é circunstância suficiente para que este seja abraçado pelos outros membros da comunidade e que lhe sejam dadas efetivas chances de ressocialização. Ou seja, o Estado, embora dotado de poderes para declarar inocente o acusado, não possui o condão de afastar de sua vivência as conseqüências sociais decorrentes do fato de ter sido investigado ou processado criminalmente, mesmo em face de sentença penal absolutória. Busca-se, portanto, com a preservação do direito à imagem do indiciado e/ou acusado, minimizar as chances de que ocorra a dita condenação simbólica, incidindo sobre aqueles cuja prática criminosa não foi comprovada.

Diante do exposto, pergunta-se: supondo-se começado o processo e, em decorrência deste, tomando-se lugar sentença condenatória, teria gozado o Estado de autorização para violar o direito à imagem do indiciado já que este, ao final da persecução penal, condenado fora pela prática do fato delituoso? Ora, negativa impõe-se que seja a resposta até

mesmo porque o ente estatal não poderia ter previsto a que conclusão se chegaria, ao final do processo, acerca do crime praticado e de sua autoria. Além disso, não parece que esteja o direito à imagem em posição de vulnerabilidade sob tais circunstâncias já que, ainda que ao final da *persecutio criminis* se chegue à condenação, esta se concretizará com a privação ou restrição de direito específico, em regra, a liberdade, não alcançando seus efeitos bem jurídico sobre o qual não recai a sanção penal. *Se a própria condenação não é capaz de incidir sobre o direito à imagem do acusado, não poderá o inquérito ou o processo a este lesar.* Deve-se observar, no entanto, na hipótese de processamento, a incidência do princípio da publicidade, que alcança a todos os atos processuais, refletindo-se na ampliação do conteúdo do direito à informação da sociedade e conseqüente mitigação da imagem do acusado. No que se refere à fase do inquérito, será discutida a existência e realização deste princípio em capítulo próprio deste trabalho.

Assim sendo, conclui-se que a preservação da imagem do sujeito-objeto das investigações criminais é direito a este garantido pela própria Constituição Federal e meio para que se realize o princípio da inocência, tanto em seu aspecto formal quanto material. A preservação do direito à imagem, assim, torna o indiciado menos vulnerável à dita condenação simbólica aqui referida, contribuindo, desta maneira, para a ressocialização tão necessária ao re-estabelecimento da dignidade do indivíduo no seio da comunidade na qual se insere.

### **3. A RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE NA FASE INQUISITIVA DA PERSECUTIO CRIMINIS E O CARÁTER SIGILOSO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO MEIOS DE DEFESA DO DIREITO À IMAGEM DO INDICIADO**

Diga-se, logo de início, que o princípio da publicidade não se reflete na fase inquisitiva da *persecutio criminis*. Passa-se, agora, a expor os motivos pelos quais se faz tal declaração.

Segundo dispõe o art. 5, inciso LX, da Constituição Federal, os atos processuais gozam de publicidade, só admitida sua restrição em razão da intimidade ou interesse social. Confirma tal entendimento, o art. 792 do diploma processual penal brasileiro, ao dispor que as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos. Importante é ressaltar, porém, que tanto a Carta Magna quanto o Código de Processo Penal se referem à publicidade dos atos processuais, não estando abarcados nesta categoria os atos praticados durante o inquérito policial. Ou seja, ato praticado em sede

de inquérito não é ato processual e, portanto, não se sujeita ao princípio da publicidade. Daí afirmar que não se pode valer o Estado ou entidades não-estatais (e.g. órgãos de comunicação social) deste princípio para justificar a relativização do direito à imagem do indiciado durante a fase inquisitiva da *persecutio criminis*.

Além de não serem públicos os atos do inquérito policial, crucial que aqui se faça referência a uma de suas principais características, vale dizer, o sigilo. Neste sentido, dispõe o CPP:

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Em outras palavras: tendo em mente, a não-incidência do princípio da publicidade na fase inquisitiva, o legislador, objetivando lograr êxito na devida averiguação do fato ou atender adequadamente às exigências do interesse social, determinou o sigilo do inquérito policial. Entretanto, pontue-se que o caráter sigiloso desta fase da persecução penal serve também a outro propósito de extrema relevância, isto é, a defesa do direito à imagem do indiciado.

Neste sentido, também argumentam Nestor Távora e Rosmar Antonni em sua obra *Curso de Direito Processual Penal*:

O que se deve ter em mente é que o sigilo do inquérito é o estritamente necessário ao êxito das investigações e à preservação da figura do indiciado, evitando-se um desgaste daquele que é presumível inocente. Objetiva-se assim o sigilo aos terceiros estranhos à persecução e principalmente à imprensa, no intuito de serem evitadas condenações sumárias pela opinião pública, com a publicação de informações prelibatórias, que muitas vezes não se sustentam na fase processual (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 76).

A própria interpretação sistemática do texto constitucional permite que a esta conclusão se chegue. A Lei Maior é clara no sentido de que a imagem das pessoas é inviolável, assegurada indenização pelo dano material ou moral decorrente de tal violação; além disso, dispõe que, ao preso, é garantida a integridade física e moral (art.5, incisos X e XLIX da CF). Ora, se ao preso – em regra indivíduo contra quem foi proferida sentença condenatória – garante-se a integridade moral, não resta dúvida que ao indiciado (estando este preso ou não) também é assegurado tal direito. E, enfatize-se, a tutela de sua imagem é instrumento fundamental para que se fale da preservação de sua integridade moral. Se desprezada a primeira, prejudicada estará a segunda, ocorrendo, dessa forma, explícita violação ao texto da Carta Magna.

Daí ser possível afirmar que, interpretando-se sistematicamente o texto da Lei Maior em combinação com o diploma processual penal, o sigilo do inquérito policial é condição excelentíssima para a defesa da integridade moral do indiciado, a qual, para ser concretizada, faz indispensável a não-violação de sua imagem.

#### **4. CONTEÚDO DO DIREITO À IMAGEM DO INDICIADO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO DA SOCIEDADE: BASES PARA O ENTENDIMENTO DA COLISÃO**

Sendo a informação e a imagem direitos de relevância constitucional, passíveis de titularização por pessoas diversas, possível será o estabelecimento de conflito no seu exercício por titulares distintos. E é exatamente o que toma lugar quando se contrapõem o direito à informação da sociedade e o direito à imagem do indiciado. Assim, necessário será que se recorra à técnica da ponderação de interesses para que se defina qual direito prevalecerá na hipótese de colisão ora em estudo. Porém, para que se possa adentrar na questão da prevalência de um ou outro, crucial se faz definir o conteúdo de tais direitos, determinando assim seu âmbito de proteção.

Diante disso, comecemos, então, a partir do direito à imagem.

O conteúdo do direito à imagem se revela de maneira bipartida, englobando o que se chama em sede doutrinária de imagem-retrato e imagem-atributo. Conforme nos informam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior o direito à imagem “de um lado, deve ser entendido como o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, etc.) da figura humana. De outro, porém, a imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social [...]” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2001, p.143, *apud* SILVA NETO, 2006a, p.517).

Assim sendo violação haverá ao direito à imagem-retrato do indiciado sempre que tomar lugar veiculação excessiva, abusiva ou mesmo regular de seu aspecto visual, uma vez que mesmo a regularidade da divulgação da figura humana do indiciado já é condição suficiente para que lhe sejam causados enormes danos, que, em regra, não são justificáveis quando confrontados com a garantia do direito à informação da sociedade, conforme se verá adiante em capítulo próprio deste trabalho.

E quando acontecerá violação à imagem-atributo do indiciado?

Tome-se como exemplo a hipótese de indivíduo conhecido socialmente pelo exercício da assistência a crianças em situação de desprivilegio sócio-



econômico. Festejado pela comunidade na qual se insere, mantém tal sujeito casa de acolhimento por ele administrada onde as crianças realizam refeições e participam de atividade de lazer e educação. Goza, como se vê, de reconhecimento acerca de seus atributos subjetivos pela sociedade. No entanto, suponha-se que o tio de uma dessas crianças procure a Autoridade Policial e acuse o indivíduo de ter praticado estupro contra sua sobrinha de 8 anos. Ora, nesta hipótese, a despeito da veracidade ou não dos fatos, caberá à Polícia a instauração do inquérito policial para que se averiguem a procedência de tais informações.

A partir daí, pergunta-se: sendo a informação propalada pelos meios de comunicação social e tomando conhecimento dela os membros da comunidade na qual se insere o sujeito, não comprometida estará a imagem-atributo do indivíduo? Isto é, não restará prejudicado seu retrato social de pessoa verdadeiramente comprometida com a assistência de crianças em situação sócio-econômica desprivilegiada?

E não apenas isso: ainda lesada estará a honra objetiva do indiciado, ou seja, a reputação da qual desfruta em seu meio social<sup>3</sup>.

Admitindo-se, portanto, em prol do direito à informação da sociedade, a veiculação das informações sobre o indiciado, não estaria incorrendo o Estado – ou aqueles por ele permitidos – em prática não justificável? Pois, imagine-se que reste arquivado o inquérito policial ou (não o sendo) haja processo que venha a termo com sentença penal absolutória. Terá o arquivamento ou a absolvição o condão de fazer ressurgir na consciência social as mesmas idéias que se tinham acerca do ex-investigado? Haverá plena recuperação de sua honra e imagem? Certamente que tais atos não terão, por si só, tais poderes. E mais: as chances são de que – em razão dos estigmas atribuídos àqueles que já submeteram ao poder coercitivo do Estado no exercício da persecução penal – os bens jurídicos retro-mencionados (honra e imagem) sofram máculas de difícil ou mesmo impossível recuperação.

E se houver inquérito, processo e condenação?

---

3. Embora haja tentativa de identificação da imagem-atributo com a honra em sentido objetivo, sabem-se diferentes cada um destes direitos. O primeiro diz respeito, conforme informa Manoel Jorge e Silva Neto, ao “resultado da construção dos atributos subjetivos do indivíduo” reconhecidos pelo corpo social, enquanto o segundo se refere às considerações da sociedade acerca da conduta moral do sujeito (SILVA NETO, 2006a, p. 518).

Ainda assim, deverá haver preservação da imagem do indivíduo na fase inquisitiva da *persecutio criminis* (e mesmo na fase processual, embora deva haver mitigação desta proteção em razão da incidência do princípio da publicidade dos atos judiciais). E o motivo para tal preservação é o simples fato de que durante o inquérito, certeza alguma havia acerca da veracidade das informações propaladas, circunstância que conjugada com o princípio da inocência e com o caráter sigiloso do procedimento policial, não justificam a violação da imagem do indiciado.

Feitas as necessárias considerações sobre a constituição do direito à imagem, passemos à análise do conteúdo do direito à informação da sociedade e de seu âmbito de proteção.

O direito à informação, assim como à imagem, encontra respaldo no texto da Constituição Federal. Assim dispõe a Carta Magna:

Art. 5º, XIV. É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

E continua o legislador constituinte:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º – Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Observe-se, de pronto, que a Constituição erige a informação ao status de bem intangível, mas ressalta que o direito a esta encontrará limites na necessidade de preservação de outros direitos, dentre os quais, a imagem da pessoa e sua integridade moral.

Conforme se aponta em sede doutrinária, o direito à informação deve ser entendido numa perspectiva tridimensional, o qual consiste na faculdade de se informar, informar e ser informado. Vejamos a explicação feita pelo jurista Vidal Serrano Nunes Jr.:

[...] o direito de informar consiste basicamente na faculdade de veicular informações, ou assumindo outra face, no direito a meios para transmitir informações, como *verbi gratia*, o direito a um horário no rádio ou na televisão. O direito de se informar consiste na faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. Por fim, o direito de ser informado remete à faculdade de ser mantido integral e corretamente informado (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 31).

A ponto importante aqui se chega: constatada a relevância do direito descrito acima, a vasta extensão de sua abrangência e a proteção constitucional a ele oferecida, é possível dizer que este não poderá ser exercido em face da preservação do direito à imagem do indiciado? E se possível seu exercício, quais os limites para que se exerça, nestas circunstâncias, tal direito fundamental? Considerações sobre estes questionamentos serão feitas no capítulo que se segue.

## **5. A COLISÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM DO INDICIADO E O DIREITO À INFORMAÇÃO DA SOCIEDADE: TENTATIVA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PELA APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE**

Seguramente, o reconhecimento do princípio da inocência por nosso sistema jurídico já figura como fundamento teórico de extrema relevância para justificar a necessidade de proteção da imagem do indiciado contra abusos exercidos pelo Estado ou por este permitidos. No entanto, como visto no Capítulo II, não apenas a existência deste princípio serve como base para que se argua a defesa do direito supramencionado: o sigilo do inquérito policial e a não incidência do princípio da publicidade sobre este se mostram igualmente como indicadores de que a lei assegura ao indiciado a preservação de sua imagem. Outros aspectos, entretanto, devem também ser tomados em consideração, especialmente, quando se confronta a defesa deste direito com o direito à informação, titularizado pela sociedade. Chega-se aqui a uma das mais acaloradas discussões trazidas pelo direito na pós-modernidade, vale dizer, a colisão de direitos fundamentais.

Diz-se haver colisão de direitos “quando o exercício de um por parte de seu titular esbarra no exercício de outro por parte de pessoa diversa, ou em face do Estado” (CASTRO, 2002, p. 96).

Instrumento amplamente difundido na doutrina como meio de resolver tal estado de colisão, consiste na aplicação do postulado da proporcionalidade (ou princípio da proporcionalidade ou ainda técnica de ponderação de interesses). Segundo as idéias de Robert Alexy, os direitos fundamentais figuram como princípios e, nesta qualidade, estão sujeitos à eventual colisão. Dispõe o prestigiado jurista que as normas podem ser classificadas em regras e princípios, sendo que as primeiras correspondem a normas que podem ser cumpridas ou não, não se admitindo uma gradação no seu cumprimento. Assim, o conflito entre as regras resultará sempre numa resolução em termos de validade, não se admitindo a coexistência, dentro do ordenamento jurídico, de regras que se contradigam. Já os princípios

consistem em “determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem” (MENDES *et al*, 2008, p. 284). Ou seja, os princípios assumem feição de normas que determinam que algo se realize na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas trazidas pelo caso concreto. Observe-se que na hipótese de colisão entre dois princípios, a sobreposição de um deles em face do caso apresentado, não importa na necessária impossibilidade de exercício do outro ou mesmo na eliminação sumária deste do ordenamento jurídico. A colisão implica em harmonização no exercício dos direitos em conflito, impondo limitações circunstanciais à realização do direito preterido. E, neste caso, buscando-se determinar qual o direito a ser restringido e os limites de sua restrição, é convocado a atuar o postulado da proporcionalidade.

Explicando o sentido da aplicação de tal postulado, ensina Gilmar Ferreira Mendes que:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução (MENDES *et al*, 2008, p. 285).

A partir da lição do mencionado jurista, conclui-se que, a fim de que se resolva o estado de colisão entre direitos fundamentais, deve-se recorrer ao postulado da proporcionalidade, o qual pressupõe a análise da utilidade (adequação) do sacrifício do bem em prol da resolução do conflito, a estrita necessidade de tal imposição e, por fim, a intensidade da intervenção no direito sacrificado, medida a partir da relevância do direito que se sobrepõe.

Ora, não resta dúvida de que a situação que se analisa neste estudo consiste em verdadeiro choque de interesses, titularizados pelo indiciado (imagem) e pela sociedade (informação). O que se impõe é decidir qual destes interesses deve prevalecer e quais as limitações toleráveis impostas ao direito preterido.

Desde já, é importante que se leve em consideração o fato de que a solução para a hipótese de colisão de direitos fundamentais consiste em tão árduo labor em razão da inexistência de hierarquia entre estes. Entretanto, é admissível se cogitar de uma possível sobreposição genérica dos direitos diretamente relacionados com o princípio da dignidade humana em detrimento dos demais. Neste sentido argumenta o jurista mencionado em linhas anteriores:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevância (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e intimidade) (MENDES *et al*, 2008, pp. 346-347).

Ora, tal posicionamento implicitamente adotado pelo legislador constitucional revela de que maneira deve o intérprete da lei se orientar quando em situação de choque entre direitos garantidos constitucionalmente. Ou seja, é admissível na colisão entre tais interesses uma inclinação – em termos genéricos – a priorizar os direitos da personalidade, salvo hipóteses de expressa disposição legal em sentido contrário<sup>4</sup>.

A partir desta premissa, invocável em razão da apreensão do espírito da Lei Maior e não apenas da leitura de suas normas, passemos a fazer as considerações devidas acerca da harmonização do exercício do direito à informação e a preservação do direito à imagem do indiciado.

Inicialmente, importa questionar: em face de inquérito policial e conseqüente indiciamento, qual a abrangência do direito da sociedade de buscar informação ou ser informada (ou dos meios de comunicação social de divulgar informações)? Não parece razoável afirmar que o direito, neste caso, inexistente por mera presunção abstrata da prevalência dos direitos vinculados à dignidade da pessoa humana. Ou seja, impõe-se dizer que o direito à informação, nas circunstâncias dadas, sim, existe. Contudo, o direito a se informar das pessoas bem como o de informar dos meios de comunicação social consubstancia-se, em face de indiciamento, *na revelação do fato, mas não de seu suposto autor*. Sim, pois a notícia de que um dado indivíduo encontra-se na posição de sujeito-objeto das investigações criminais já lhe causam prejuízos de difícil – senão impossível – reparação,

---

4. Exemplo de regra que pretere direito vinculado à dignidade humana em favor de outros valores abarcados pelo texto constitucional, é o art. 93, IX, da CF, que dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

os quais não se justificam, pois na fase do inquérito, nem sequer certeza de futuro processamento há, mas já se impõem ao indivíduo a condenação simbólica (a qual se referiu no capítulo I deste trabalho) e sumária por parte da sociedade. Neste sentido já alertam Nestor Távora e Rosmar Antonni:

A exposição da figura do indiciado ou do réu na imprensa, através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório, podem causar prejuízos irreversíveis a sua figura (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 44).

Mas pergunta-se: não teria a sociedade direito de saber contra quem o Estado exerce seu poder coercitivo durante a fase inquisitiva da *persecutio criminis*? Demonstra ser negativa a resposta, pois socorre ao investigado o estado de inocência, a inaplicabilidade do princípio da publicidade em relação aos atos do inquérito policial e seu caráter sigiloso. Ademais, os prejuízos arcados pelo indiciado não são proporcionais aos benefícios trazidos pela informação da sociedade acerca de sua identidade em razão da condenação simbólica e sumária da “sociedade-juiz”, ainda que o mero indiciamento não represente sequer certeza de que será ajuizada ação penal contra o sujeito. Pode – e deve – os membros da sociedade se manter informados nesta fase da persecução sobre o delito praticado, sua natureza, meio de execução e circunstâncias outras de sua ocorrência, até como meio de preservar sua incolumidade física, evitando, por exemplo, locais e horários que apresentem perigo a sua vida e integridade. E para se conhecer o suposto autor do delito praticado, admitindo-se, para tanto, a violação de sua imagem, crucial que se espere o início da fase processual; aí sim, a violação do direito à imagem do indivíduo será legítima, desde que sem excessos ou abuso. Se esta não tiver início, reforça-se ainda mais a situação jurídica de inocência do ex-investigado, e deduz-se, por consequência, que relevância alguma teria a notícia da identidade do ex-indiciado (por meio da violação de sua imagem) uma vez que o Estado entendeu que contra ele não deveria exercer seu *jus accusationis*. Em síntese: *existe o direito à informação da sociedade durante a fase do inquérito policial, mas seu exercício encontra limites na preservação da imagem do indiciado, como meio de garantir-lhe a integridade moral. E, enfatize-se, o limite que lhe é imposto consiste na impossibilidade de identificação pessoal do suposto autor do fato delituoso.*

Não se pode admitir que o exercício do direito à informação pela sociedade acerca do indiciamento do sujeito se preste à mera satisfação do interesse *do* público, consistindo este em mera curiosidade, vontade de ver saciado seu desejo de informar e ser informado, mesmo que à custa da violação ilegítima do direito à imagem do indiciado. Mesmo o interesse

público neste caso, conforme aqui se defende, não autoriza a reprodução do aspecto visual do indiciado ou que se afete seu “retrato social”, uma vez que, como já se explicou, socorrem ao direito à imagem do investigado seu estado de inocência, a inaplicabilidade do princípio da publicidade no inquérito policial, bem como seu caráter sigiloso, além, é claro, do já referido (e desproporcional) ônus trazido pela condenação simbólica e sumária por parte do corpo social. Isto para não se mencionar a possibilidade de se conhecer a identidade do suposto autor do delito, atingindo-se sua imagem, na fase processual da *persecutio criminis*, se iniciada esta etapa.

Um outro questionamento também deve ser considerado.

Como se explicou quando da referência à colisão de direitos fundamentais no início deste capítulo, a determinação da sobreposição de um destes direitos em detrimento do outro, deve ser analisada em face das circunstâncias trazidas por cada caso concreto. Diante disso, pergunta-se: a decisão sobre qual direito prevalecerá quando da colisão do direito à imagem do indiciado com o direito à informação da sociedade, deverá ser tomada com base em análise feita – caso a caso – na ocorrência de indiciamento?

Felizmente, para plena consagração da celeridade, que deve ser o norte de toda atividade estatal que impõe ao indivíduo restrição ou privação de seus direitos, apresenta solução de extrema coerência Gilmar Ferreira Mendes:

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro (MENDES *et al*, 2008, p. 286).

Desnecessário, assim, que se proceda, a cada situação de indiciamento, acerca da prevalência do direito à imagem do investigado sobre o direito à informação da sociedade, admitindo-se a sobreposição do primeiro em desfavor do segundo, na quase totalidade dos casos<sup>5</sup>.

---

5. Fala-se aqui em “quase totalidade dos casos”, levando-se em consideração situações nas quais se torna mais criterioso o julgamento da prevalência do direito à imagem do indiciado sobre o direito à informação da sociedade. Hipótese bastante ilustrativa é o caso do indiciado que exerce relevante função pública. Estes casos não foram objeto de estudo neste trabalho.

Assim, conforme se pode notar a partir das observações aqui realizadas, a violação da imagem do indiciado, quando confrontada com o direito à informação da sociedade, não resiste à aplicação do postulado da proporcionalidade uma vez que:

- a) de acordo com a regra da adequação, “deve-se buscar uma exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos para buscar o atingimento desses fins” (GUERRA, 2003, p. 92). Ora, a violação da imagem do indiciado é meio adequado – acima de tudo – para que se tome conhecimento do suposto autor do fato tido como crime e, obviamente, de maneira reflexa, das circunstâncias do fato objeto da investigação. Lembre-se, no entanto, que, conforme se defende neste estudo, o direito à informação da sociedade na fase do inquérito policial recai sobre o conhecimento do fato ocorrido, ainda que em todas as suas circunstâncias, mas não sobre seu suposto autor, dada a existência de seu estado de inocência, a inaplicabilidade do princípio da publicidade em relação aos atos do inquérito, seu caráter sigiloso, assim como o injustificável ônus decorrente da condenação simbólica e sumária do indiciado pelo grupo social; assim, embora seja, de maneira reflexa, um meio adequado para a realização do direito à informação da sociedade sobre o fato ocorrido, não parece ser a veiculação ou afetação da imagem do indiciado um meio razoável para a obtenção de tal finalidade;
- b) partindo-se da perspectiva da necessidade, conclui-se que o meio só será necessário se não houver outro menos restritivo do direito preterido. Mais uma vez aqui se mostra inadmissível a violação da imagem do indiciado, pois sua veiculação ou afetação pelo Estado ou meios de comunicação social não se mostra necessária ao conhecimento por parte da sociedade acerca do fato ocorrido, sendo indispensável apenas para que tenha acesso a informações relativas à identidade do suposto autor do delito. Segundo pensamento sustentado neste trabalho, repita-se, o limite imposto ao direito à informação da sociedade, pelo resguardo da imagem do indiciado, recai sobre a possibilidade de sua identificação pessoal, restringindo-a, sob pena de desrespeito ao espírito e normas da Lei Maior;
- c) por último, tenha-se em mente que “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma ‘lei de ponderação’ segundo a qual, ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em



um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção” (MENDES *et al*, 2008, p. 346). Não restam dúvidas de que a intervenção no direito à imagem do indiciado configura-se em lesão de natureza gravíssima a sua integridade moral. Os prejuízos decorrentes de sua violação podem consistir em obstáculos, por vezes, intransponíveis, já que os estigmas imputados àqueles que já se submeteram ao poder coercitivo do Estado no exercício da persecução penal, concorrem para um difícil processo de ressocialização do sujeito, fator fundamental para o devido resguardo de sua dignidade. Analisando-se a relevância dos fundamentos de tal intervenção, constata-se que o acesso da sociedade a informações relativas à identidade do indiciado não se consubstancia em causa suficiente para que se viole a imagem do sujeito-objeto das investigações policiais. Isso porque, durante o inquérito, não há sequer pronunciamento do Estado acerca da procedência dos fatos sob investigação; dessa forma, qual a relevância social de se saber contra quem o Estado *poderá* – se assim entender necessário – exercer seu *jus accusationis*?<sup>6</sup> Em outras palavras: é razoável que se viole a imagem do indiciado (e, de maneira reflexa, sua integridade moral) para que depois decida o Estado que nem mesmo se deva ajuizar ação penal? Melhor que se espere a chegada da fase processual, se houver, pois nela imperam regras e princípios que sobrepõem o interesse público à imagem do acusado. Se não tomar lugar tal etapa, comprovado estará que houve acerto na preservação do direito à imagem do indiciado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se mostrou no estudo aqui apresentado, a violação da imagem do indiciado – seja por meio da veiculação do “aspecto visual da pessoa em sua projeção exterior” (CASTRO, 2002, p. 18), seja através da afetação da maneira pela qual as características do sujeito são apreendidas pela sociedade – consiste em comportamento que desrespeita o espírito da Constituição Federal, sendo este praticado pelo próprio Estado ou por entes por ele permitidos, expressa ou tacitamente.

A entendimento diverso não se poderia chegar, uma vez que reina entre nós o princípio da inocência, fazendo-se necessários os cuidados para que

---

6. O mesmo se diz em face dos crimes de ação privada, quando a estas antecede o inquérito policial, uma vez que poderá o querelante, após a fase inquisitiva, optar por não ajuizar a ação penal.

sua realização não se limite, somente, ao reconhecimento, por parte do Estado, do status de inocente do ex-investigado, mas que este goze da condição de inocência perante os membros da sociedade, sob pena de sérios riscos a sua ressocialização. Segundo se demonstrou, aumentam-se as chances de que não se imprimam ao ex-indiciado os estigmas de ter se submetido ao poder coercitivo do Estado na esfera penal, quando lhe é preservado o direito à imagem; em outros termos, proteger o bem jurídico em questão é tornar menos concretizável a condenação simbólica do indiciado pela “sociedade-juiz”, ato que toma lugar em razão do processo de demonização do criminoso ou mesmo de quem, apenas, suspeita-se ter incorrido em prática delituosa. Dessa forma, poupa-lhe a imagem para que se tenha uma realização do princípio da inocência em nível formal (reconhecimento do Estado sobre a inocência do sujeito através da sentença absolutória ou mesmo do arquivamento do inquérito policial), mas, especialmente, em nível material (convicção social acerca da inocência do indiciado contra quem não se proferiu sentença penal condenatória).

Apesar da relevância conferida entre nós ao princípio da inocência, não somente este figura no sistema jurídico brasileiro como fundamento para a defesa da intangibilidade da imagem do sujeito-objeto das investigações criminais. A inaplicabilidade do princípio da publicidade em relação aos atos do inquérito policial, bem como o caráter sigiloso deste procedimento, impedem a violação do bem jurídico em situação de defesa. Como se sabe, a publicidade alcança aos atos processuais e deste atributo não gozam os atos praticados pela Autoridade Policial. Além disso, embora o diploma processual penal não se refira expressamente ao sigilo do inquérito como meio de defesa da imagem do indiciado, conforme se deduz, em princípio, da leitura de seu art. 20, uma interpretação de tal dispositivo combinada com um trabalho hermenêutico sistematizado do texto constitucional, permite-se chegar a tal conclusão. A Lei Maior é clara no sentido de preservar a imagem da pessoa humana, independentemente de sua condição, além de dispor que o preso goza de proteção a sua integridade moral. Se é possível dizer que ao preso é dispensada tal proteção, motivos não há para que seja conferida igual tutela ao indiciado. E meio eficiente de se preservar sua integridade moral é preservando-lhe a imagem; assim, nada obsta que, juntamente com a necessidade de elucidação dos fatos e com o interesse da sociedade, figure a proteção da integridade moral do indiciado como causa do sigilo do inquérito, já que tal prerrogativa é dispensada pela Constituição Federal e, por isso, plenamente exigível.

Indispensável, também, para que não parem dúvidas acerca da inviolabilidade do direito à imagem do indiciado, que se proceda a uma análise

contrastiva deste interesse em face do direito à informação da sociedade, que se consubstancia na faculdade de informar, se informar e ser informado, ganhando especial destaque, neste caso, o papel dos meios de comunicação social. Ocorrendo, assim, a colisão de tais direitos fundamentais, invoca-se o postulado da proporcionalidade como forma de dirimir tal conflito de interesses.

A partir da análise da adequação, necessidade e da relação “intensidade da intervenção no direito à imagem do indiciado *versus* a relevância do direito à informação da sociedade”, conclui-se que deva o primeiro prevalecer em detrimento do segundo. Em primeiro lugar, sabe-se que a veiculação ou afetação da imagem do indiciado só é imprescindível para que se tenha conhecimento do suposto autor da conduta criminosa, sendo dispensável para que se conheçam os fatos e suas circunstâncias. Conforme se defendeu no estudo realizado, o direito à informação encontra limite no resguardo da imagem do indiciado, como meio de preservar sua integridade moral. E o limite a que se refere aqui diz respeito à impossibilidade de identificação pessoal do indiciado através da veiculação ou afetação de sua imagem. Além de mostrar-se desnecessária tamanha intervenção no direito à imagem do indiciado, revela-se tal lesão como totalmente desproporcional, visto que enormes serão os prejuízos decorrentes da violação do bem jurídico em foco, pois sua afetação recai – não somente sobre a imagem em si –, mas também sobre a própria integridade moral e dignidade da pessoa do investigado.

Em síntese, pode-se afirmar que toda violação da imagem do indiciado é ilegítima, pois se estaria conferindo ao Estado poderes para que, através de sua atuação ou omissão diante da atividade de outras entidades, dispusesse – sem fundamentos suficientes – sobre direito fundamental do indivíduo que, a despeito de figurar como sujeito-objeto de investigação criminal, não se encontra desprovido dos direitos e garantias que lhe conferem o pleno gozo do intocável valor *dignidade da pessoa humana*.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito**

**à crítica jornalística.** São Paulo: FTD, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos Fundamentais na EC nº 45/2004. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Org.). **Reforma do Judiciário.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006b, v. 1, p. 135-152.

TÁVORA, Nestor & ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal.** 3ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2009.

CAPÍTULO XIV

# PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL PARA PORTADORES DE CÂNCER

*Tiago de Oliveira Rummler\**

**Sumário** • 1. O câncer e as dificuldades no seu tratamento – 2. A prioridade na tramitação processual para idosos – 3. Do tratamento jurídico especial oferecido aos portadores de câncer – 4. Da diminuta expectativa de vida dos portadores de câncer – 5. Do projeto de lei – 6. Os princípios alusivos a questão da prioridade na tramitação processual: 6.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana; 6.2 Do princípio da igualdade; 6.3 Do princípio da eficiência na prestação jurisdicional – 7. Da aplicação analógica do art. 121 do CPC para litigantes portadores de câncer – 8. Da aplicação direta dos princípios supracitados – 9. Conclusão – 10. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** No presente artigo, persegue-se demonstrar que, do âmago do próprio ordenamento jurídico pátrio, já se faz possível extrair, escorreitamente, a possibilidade de se aplicar a prioridade na tramitação processual para os portadores de graves enfermidades, mais especificamente àqueles que portam câncer, a exemplo do que já sucede com os idosos. Fundar-se-á esta inteligência mormente a partir de dois focos principais, a saber: da aplicação analógica do quanto disposto para a tramitação processual dos idosos; bem como, cotejando-se sobre um prisma mais hodierno, através da aplicação direta de certos princípios constitucionais. Acredita-se, em apertada síntese, que ao se oferecer a prioridade processual para os portadores de câncer, estar-se-ia, em verdade, a dignificar a própria constituição. O estudo perpassa por algumas matérias, entre elas por ora se destacam: uma concepção democrática de jurisdição, a tutela jurídica diferenciada dirigida àqueles que portam câncer, a eficiência na prestação jurisdicional, a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** PRIORIDADE; TRAMITAÇÃO PROCESSUAL; CÂNCER.

---

\*. Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Estágio no Projeto: SAJU – Serviço de Assistência Jurídica da Universidade Federal da Bahia (1 ano) e estagiário no Escritório de Advocacia NRDLA Advogados Associados desde junho/2008.

## 1. O CÂNCER E AS DIFICULDADES NO SEU TRATAMENTO

Como cediço, o câncer é uma doença de penoso e torturante tratamento, que esgota impiedosamente as energias do paciente e de sua família, tendo como resultado uma cura, muitas vezes, meramente provisória.

Em linhas gerais, pode-se asseverar que:

Cancro, (português europeu), ou câncer (português brasileiro), nomes comuns da neoplasia maligna, é uma doença caracterizada por uma população de células que cresce e se dividem sem respeitar os limites normais, invadem e destróem tecidos adjacentes, e podem se espalhar para lugares distantes no corpo, através de um processo chamado metástase. Estas propriedades malignas do câncer o diferencia dos tumores benignos, que são auto-limitados em seu crescimento e não invadem tecidos adjacentes (embora alguns tumores benignos sejam capazes de se tornarem malignos). (CANCRO, 2008)

As emblemáticas dificuldades no tratamento desta doença também são, outrossim, popularmente conhecidas. Nos dias de hoje raras são as pessoas que não sofreram ou sofrem com amigos ou parentes que se encontraram ou encontram nesta difícil situação, atravessando por batalhas homéricas diuturnamente numa incesante busca pela vida e saúde.

O tratamento do câncer pode ser feito através de cirurgia, radioterapia, quimioterapia ou transplante de medula óssea. Em muitos casos, é necessário combinar essas modalidades. (INCA, 2008)

Entre os tratamentos utilizados na cura pelo câncer vale destacar a quimioterapia. O termo quimioterapia refere-se ao tratamento de doenças por substâncias químicas que afetam o funcionamento celular. Popularmente, o termo refere-se à quimioterapia antineoplásica, um dos tratamentos do câncer no qual são utilizadas drogas antineoplásicas.

Segundo indicação existente em Wikipedia (CANCRO, 2008), o tratamento quimioterápico não só pode, como normalmente deteriora fisicamente os pacientes com câncer, muitos deles acabam por apresentar alguns dos doravantes mencionados efeitos colaterais:

- a) Alopecia ou queda de cabelo: é o efeito colateral mais visível devido a mudança da imagem corporal e o que mais afeta psicologicamente aos enfermos, sobretudo as mulheres.
- b) Anemia: devido a destruição da medula óssea, que diminui o número de glóbulos vermelhos ao igual que a imunodepressão e hemorragia. As vezes há que se recorrer à transfusão de sangue ou a administração da eritropoetina.

- c) Hemorragia: em razão da diminuição do número de plaquetas pela destruição da medula óssea.
- d) Síndrome da lise tumoral: este é um grave e mortal efeito colateral que ocorre com a destruição pela quimioterapia das células malignas de grandes tumores como os linfomas.

Insta frisar que a lista supracitada enumera, apenas a título meramente exemplificativo, alguns dos efeitos colaterais do tratamento quimioterápico.

Tamanha é a gravidade da doença que não foram listadas aqui as insuportáveis dores físicas e emocionais enfrentadas pelos pacientes portadores de câncer, apenas os riscos que elas concorrem ao atravessar pelo recorrente tratamento da quimioterapia, apenas um entre os muitos tratamentos aos quais os pacientes usualmente tem de herculeamente se submeter.

## **2. A PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL PARA OS IDOSOS**

A lei nº 10.173, de 9 de janeiro de 2001, alterou o Código de Processo Civil para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. O Presidente da República sancionou a lei com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 1º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância. (AC)

Art. 1.211-B. O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. (AC)

Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta e cinco anos. (AC)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor no prazo de sessenta dias a partir da data de sua publicação.

Posteriormente, o Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) em seu art. 71 veio a conferir este benefício àqueles com idade igual ou superior a 60 anos.

Tal lei veio a contemplar, ao nosso ver, a situação especial em que se encontram os idosos, especialmente no que tange sua diminuta expectativa de vida.

A prioridade na tramitação, de acordo com a indigitada lei, deverá ser requerida à autoridade judiciária que presida o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas para o adimplemento do benefício.

Ademais, informa o diploma legal que uma vez concedida, a prioridade não cessará pela morte do beneficiado, sendo estendida em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, desde que também maiores de sessenta anos.

Esta iniciativa, *a priori*, constitui relevante novidade, digna dos maiores elogios e hosanas possíveis, justamente por denotar a sensibilidade do legislador pátrio para com os idosos, maiores de 65 anos de idade, que enfrentam, além das seqüelas naturais causadas pela ordem natural da vida e o conseqüente envelhecimento, longas filas de espera perante o Poder Judiciário para poder, finalmente, usufruir os direitos que ilegal e inconstitucionalmente lhe foram usurpados e escarneados. (SCARAVAGLIONI, 2001).

Passamos a defender, a partir de agora, que tal iniciativa, de tamanha sapiência e razoabilidade, não pode ficar restringida apenas aos idosos.

### **3. DO TRATAMENTO JURÍDICO ESPECIAL OFERECIDO AOS PORTADORES DE CÂNCER**

O ordenamento jurídico brasileiro, de forma não pueril, conhecedor da gravidade da enfermidade em questão, elenca um rol de situações em que o portador desta doença terá um tratamento legal e jurídico especial. Entre elas podemos destacar, conforme a Rede de Atenção Oncológica (2008):

- aposentadoria por invalidez concedida aos pacientes com câncer inscritos no INSS, desde que sua incapacidade seja comprovada por médicos peritos do INSS
- recebimento de auxílio-doença
- direito ao amparo assistencial, quando comprovada incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente
- direito à isenção de imposto de renda na aposentadoria
- isenção do ICMS na compra de veículos adaptados



- isenção de IPI na compra de veículos adaptados: o paciente com câncer é isento deste imposto apenas quando apresenta deficiência física nos membros superiores ou inferiores, que o impeça de dirigir veículos comuns. É necessário que o solicitante apresente os exames e o laudo médico que descrevam e comprovem a deficiência.
- quitação do financiamento da casa própria: O paciente com invalidez total e permanente, causada por acidente ou doença, possui direito à quitação. Para isso deve estar inapto para o trabalho, e a doença determinante da incapacidade deve ter sido adquirida após a assinatura do contrato de compra do imóvel.
- saque do FGTS: O FGTS pode ser retirado pelo trabalhador que tiver neoplasia maligna (câncer) ou por aquele que possuir dependente portador de câncer.
- saque do PIS: O PIS pode ser retirado na Caixa Econômica Federal pelo trabalhador cadastrado que tiver neoplasia maligna (câncer) ou o trabalhador que possuir dependente portador de câncer.

#### 4. DA DIMINUTA EXPECTATIVA DE VIDA DOS PORTADORES DE CÂNCER

Segundo consta, outrossim, em Wikipedia (CANCRO, 2008), nos Estados Unidos da América e em outros países desenvolvidos, o câncer é responsável por cerca de 25% de todas as mortes. Anualmente, 0,5% da população é diagnosticada com câncer. As estatísticas abaixo são para adultos nos Estados Unidos, e variam consideravelmente em outros países:

| HOMENS                      |                               | MULHERES                    |                               |
|-----------------------------|-------------------------------|-----------------------------|-------------------------------|
| mais comum                  | causa de morte <sup>[3]</sup> | mais comum                  | causa de morte <sup>[3]</sup> |
| câncer de próstata<br>(33%) | câncer de pulmão<br>(31%)     | câncer de mama<br>(32%)     | câncer de pulmão<br>(27%)     |
| câncer de pulmão<br>(13%)   | câncer de próstata<br>(10%)   | câncer de pulmão<br>(12%)   | câncer de mama<br>(15%)       |
| câncer colorretal<br>(10%)  | câncer coloretal<br>(10%)     | câncer coloretal<br>(11%)   | câncer coloretal<br>(10%)     |
| câncer de bexiga<br>(7%)    | câncer pancreático<br>(5%)    | câncer endometrial<br>(6%)  | câncer ovariano<br>(6%)       |
| melanoma cutâneo<br>(5%)    | leucemia<br>(4%)              | linfoma não-Hodgkin<br>(4%) | câncer pancreático<br>(6%)    |

Fonte: Cancro (tumor). .In: Wikipedia. Enciclopédia livre (2008)

Como se observa, é surpreendente e alarmante o número de mortos, vítimas do câncer.

Nunca é demais destacar que o direito não pode deixar de socorrer as necessidades especiais de tais pacientes para que, em vida, eles possam ter suas pendências judiciais resolvidas, sob pena do direito perder sua eficácia social ao deixar de atender as demandas de justiça providas de parte cada vez mais relevante da população.

## **5. DO PROJETO DE LEI**

Reconhecedor das questões fáticas alhures colocadas, o legislador pátrio, mais uma vez, numa nobre tentativa de positivizar certos direitos, embora estes já pudessem ser extraídos de interpretações sistemáticas e de normas principiológicas, vem a oferecer um projeto de lei, de autoria do Senador Augusto Botelho, que versa sobre a inclusão dos portadores de doenças graves no rol daqueles que possuem prioridade processual, projeto este de tamanha importância para o tema ora debatido que se faz imperiosa sua transcrição integral:

Art. 1º Os arts. 1.211-A e 1.211-C da Lei nº 5.669, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, ou portadora da Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS), ou de câncer, terão preferência na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância. (NR)

Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta anos. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **6. OS PRINCÍPIOS ALUSIVOS A QUESTÃO DA PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL**

Resta-nos frisar que, malgrado tal projeto de lei ainda se encontre em discussão no Congresso Nacional, a dita preferência na tramitação já é assegurada pelos ditames de nossa Constituição.

Não pode ser outra a conclusão, mormente quando se observa certos princípios basilares do ordenamento pátrio.

### **6.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana**

De acordo com a concepção tradicional do direito temos que, não obstante a lei seja considerada a fonte primária do Direito, os princípios

são a fonte informadora, o norte para que o Legislador ampare esta lei mantendo-se na alma, no espírito da Constituição, logrando obedecer, desta forma, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Os Princípios Fundamentais, destarte, são a pedra basilar para a construção de uma ordem social, política e jurídica desejada.

Ao se observar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito sobressai aos nossos olhos seu fundamento mor, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Atentemos para o fato que o Estado Democrático de Direito, consubstanciado não coincidentemente no art. 1º da nossa Carta Magna, sobre a base do qual é constituída a República Federativa do Brasil, e como é cediço, tem como requisito de existência a garantia e o respeito às liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, através do estabelecimento de uma protecção jurídica.

Destarte, não é possível deixar de asseverar que o Estado Democrático de Direito perde sua condição democrática a partir do momento que deixa de atender à dignidade da pessoa humana.

Ouso ainda firmar que, segundo parâmetros modernos, e uma posição não quixotesca, mas humanística em relação aos elementos fundadores de um estado, não há de se falar em povo (elemento constitutivo do estado) quando seus sujeitos individualmente considerados não tem atendidas suas necessidades mínimas, portanto não haveria também de se falar da existência do próprio Estado senão quando este oferece garantias mínimas para uma vida digna.

Neste diapasão, pode-se asseverar que o princípio da dignidade da pessoa humana atinge patamar de relevância, “servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição” (SARLET, 1998, p. 386). Deverá o Estado então zelar pela proteção e realização de uma vida digna para seus administrados.

Observemos então que, os pacientes com câncer clamam pela existência digna, e esta só pode se perfazer com uma rápida solução dos litígios em que sejam partes, prezando pelas condições peculiares às quais estão submetidos, principalmente no que tange a menor expectativa de vida.

## 6.2 Do princípio da igualdade

Preceitua o caput do art. 5º da nossa Constituição Federal que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)”.

O insigne José Afonso da Silva (SILVA, 1993, p. 195), com a esplendência que lhe é peculiar, já asseverava: “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”. Um comando dessa natureza deve ser entendido como regra que logra perseguir a justiça, segundo a qual se devem tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual. Na seara processual o Princípio da Igualdade já encontrava previsão no Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 125, inciso I, não se configurando, em termos de texto legal, novidade.

Observa-se, portanto, que o princípio da igualdade além de ter sede explícita no texto constitucional, é mencionado inclusive no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional.

Estamos então novamente diante de um princípio, direito e garantia, emanador de normas-regras, para com o qual todas as demais normas devem obediência.

Para que o Princípio da Isonomia vingue na prática, em determinados casos, há de se criar certos mecanismos. Assim, para que os litigantes possam ao final da demanda ter as chances de sucesso, seja no que diz respeito à tutela jurisdicional propriamente dita, seja no que diz respeito à efetividade temporal desta prestação, se faz necessário, muitas vezes, tratar desigualmente os desiguais.

Mister ressaltar que é este o caso em questão pois, não se efetivaria a igualdade, senão pela prioridade processual do litigante portador de câncer, uma vez que este se desiguala dos outros pela peculiar condição de ser portador de grave enfermidade.

No que tange a vinculação do poder público ao supracitado princípio vejamos os brilhantes ensinamentos do ilustre Celso A. Bandeira de Mello, do qual compartilhamos:

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. (MELLO *apud* SILVA, 2003).

É contumaz na doutrina a apresentação de duas facetas do princípio da igualdade, quais sejam, a igualdade formal e a igualdade material.

A igualdade formal, nascida com a Revolução Francesa e desenvolvida principalmente ao longo dos séculos XVIII e XIX, consiste, como é sabido, na máxima *todos são iguais perante a lei*. Ela almeja submeter todas as pessoas físicas e jurídicas ao império da lei e do direito, sem discriminação de qualquer tipo.

Já a igualdade material, de influência socialista, se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, e tem como finalidade intrínseca ao seu próprio conteúdo reduzir as desigualdades sociais, traduzindo a máxima *tratar os desiguais na medida da sua desigualdade*, a fim de oferecer proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costumam, ao longo da história, figurar em situação de desvantagem.

Para J. J. Gomes Canotilho haverá observância da igualdade

[...] quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária [...]. (CANOTILHO, 1995, p. 401).

E segue o ilustre autor, esclarecendo que “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.

O ilustre Kelsen, neste mesmo sentido, já lecionava que:

[...] a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. (KELSEN, 1974, p. 203).

Destarte, atendendo aos ditames da igualdade material, em conformidade com as esplandecentes lições acima colacionadas, não poderia jamais o aplicador do direito deixar de submeter o processo no qual litigue portador de grave enfermidade ao crivo da prioridade na tramitação processual.

Agindo de forma diferente estaria o aplicador do direito a cometer um verdadeiro assassinato a tão majestoso princípio fundamental.

### 6.3 Do princípio da eficiência na prestação jurisdicional

Há poucos anos atrás em discurso na cerimônia de abertura do Ano do Judiciário, o Ministro presidente do Superior Tribunal Federal, Nelson Jobim, criticou a morosidade e o distanciamento dos tribunais brasileiros, ressaltando a necessidade de buscar a eficácia para combater a lentidão nos processos e o insulamento do Judiciário.

O Estado, através do Poder Judiciário, não apenas tem o dever de prestar atividade jurisdicional, como também de fazê-lo com eficiência e celeridade, porém, a morosidade da prestação jurisdicional vem ocasionando o descrédito geral da sociedade quanto ao Judiciário.

Hoje, inclusive, já se discute a problemática da possibilidade do Estado ou do magistrado responder civilmente pelos danos causados às partes por tal morosidade.

De fato, muitas pessoas deixam de lutar pelo efetivo exercício de seus direitos ou se utilizam da autotutela, por desacreditar no Judiciário, pelo seu caráter moroso. Ainda há pessoas que, recorrendo ao Estado, acabam por obter apenas prejuízo, por conta da omissão e desídia estatal e dos magistrados. Tal situação gera uma crise de credibilidade na eficiência do poder.

O princípio da eficiência é definido por parte da doutrina como “o mais moderno princípio da função administrativa”, garantindo a presteza, perfeição e rendimento funcional da atividade desempenhada.

Tendo em vista este princípio, o agente público deve balizar sua atuação de modo a “produzir resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar” (DI PIETRO, 1998, p.73)

Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 1998, p. 304), ao correlacionar instrumentalidade processual e acesso à justiça observa que não se pode falar no caráter acessório e instrumental do processo ou em sua efetividade perante a realidade fática sem que se fale dele “como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação de conflitos que as envolvem, com decisões justas”.

Mais adiante, continuando a versar sobre a idéia de *acesso à justiça*, de forma correlata aos grandes princípios e garantias constitucionais do processo: “Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível” (DINAMARCO, 1998, p. 320).

A inserção do princípio, pela Emenda Constitucional nº. 19/98, teve a pretensão de conferir direitos aos cidadãos e estabelecer obrigações efetivas aos agentes públicos, revelando o descontentamento da sociedade, desta feita muito bem absorvido pelo Congresso Nacional, frente a sua antiga impotência para lutar contra a deficiência na prestação dos serviços públicos.

O princípio “ao menos prevê uma maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado” (CARVALHO FILHO, 2002, p.18).

## **7. DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 121 DO CPC PARA LITIGANTES PORTADORES DE CÂNCER**

Preambularmente, urge frisar que analogia é uma relação ou semelhança de coisas ou fatos.

No direito, analogia consiste em se aplicar, a um caso não previsto de forma direta e expressa por uma norma jurídica, uma norma prevista para um hipótese distinta, mas semelhante no caso concreto em debate.

O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil versa que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Podemos classificar de forma bipartite a analogia: I-”in bonam partem”: é aquela que não prejudica o agente, não gerando soluções absurdas. II-”in malam partem”: é aquela que de alguma forma prejudica o agente, por isso não é admitida, a título exemplificativo, no Direito penal.

No caso ora em debate pretendemos a aplicação da analogia “in bonam partem”, uma vez que a utilização da analogia no caso em comento não viria, de forma alguma, a prejudicar o agente.

Os requisitos para a aplicação judicial da analogia, a teor do previsto na LICC são a existência de anomia, a semelhança do caso em tela com a norma *o ratio legis*, ou seja, análise do bem jurídico tutelado.

Todos os argumentos já apresentados levam ao entendimento que é perfeitamente cabível a aplicação analógica do art. 121-A, do Código de Processo Civil, ao caso em questão, tendo em consideração que a finalidade de tal norma atinge perfeitamente o direito aqui pleiteado, qual seja, a prioridade processual.

Ademais, a existência de projeto de lei neste sentido, só perfaz a tese aqui exposta de que o legislador, neste projeto, vem apenas a positivar di-

reito já existente, com a exclusiva intenção de dirimir qualquer dúvida que eventualmente possa ser ensejada, não de criar norma nova, que já não pudesse ser extraída em conjunção com outros princípios constitucionais.

## 8. DA APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS SUPRACITADOS

Mesmo não se entendendo pela aplicação analógica de tal artigo, seria de um grande contorcionismo jurídico tentar afugentar-se da aplicação direta de basilares princípios constitucionais e processuais ao caso, o que acabaria que por afrontar os mais nobres e valiosos princípios inscritos na nossa Carta Magna.

Faz-se necessário, *ab initio*, tecer breves comentários sobre a definição do que seja um princípio, para tanto nos utilizar-se-á de uma lição lapidar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo 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.

[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 1996, pp. 545-546).

Os princípios constitucionais se constituem no fundamento de todo o sistema jurídico constitucional, não somente servindo de esteio estruturante e organizador da Constituição, mas se constituindo em normas constitucionais de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Hoje já não se discute mais sobre a força normativa dos princípios constitucionais. Longe vai a época em que os princípios, embora admitidos pela jusfilosofia, eram vistos como fenômenos metajurídicos.

A toda evidência pode-se firmar que os princípios constitucionais, mais do que direcionadores e informadores do direito, segundo entendimento doutrinário majoritário moderno, têm conteúdo, densidade e força normativa.



A normatividade dos princípios, ainda que por tempos negada pela doutrina jurídica, atualmente é teoria defendida sem maiores oposições. Os princípios jurídicos não mais são vistos como enunciados vazios, desprovidos de aplicabilidade concreta, muito pelo contrário, são prescrições normativas aplicáveis imediatamente à resolução de determinada tensão social.

Feitas estas considerações resta-nos agora responder a uma iminente questão: pode um princípio, por si só, fundamentar uma pretensão em juízo?

Seguindo a linha de George Marmelstein Lima nossa resposta é sim. Afirmo o autor que “é óbvio que os princípios, enquanto normas jurídicas podem fundamentar autonomamente uma pretensão!”

Não foi fácil, como até hoje ainda não é, aceitar que os princípios, unicamente considerados, possam gerar direitos subjetivos.

Traz o supracitado autor que

Até CANOTILHO já defendeu, nos seus primeiros estudos, que os princípios não poderiam, de per si, fundamentar autonomamente pretensões: “enquanto um direito constitucional pode ser directamente invocado em tribunal como justificativo de um recurso de direito público, já a inobservância de um princípio é considerada insusceptível de, por si só, fundamentar autonomamente um recurso contencioso”. (LIMA, 2008).

Continua o autor, em sua interessante tese, a provocar o leitor, criticando a suposta postura tradicional, que acaba por ser anti-principiológica, das decisões do Supremo Tribunal Federal, ao entender que

[...] não cabe recurso extraordinário quando a alegada ofensa à Constituição é reflexa ou indireta, porquanto, a prevalecer o entendimento contrário, toda a alegação de negativa de vigência de lei ou até de má interpretação desta passa a ser ofensa a princípios constitucionais genéricos como o da reserva legal, o do devido processo legal ou o da ampla defesa, tornando-se, assim, o recurso extraordinário – ao contrário do que pretende a Constituição – meio de ataque à aplicação à legislação infraconstitucional (STF, AgRg 170637-7, rel. Min. Moreira Alves).

A guisa da conclusão, o insígne magistrado assevera que embora já seja pacífico na doutrina que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas, que apresentam inclusive grau máximo de juridicidade, tendo, por conseguinte, normatividade potencializada, os tribunais insistem em não reconhecer a força normativa dos princípios, ao não aceitarem que o princípio fundamente por si só uma pretensão jurídica em juízo, como

para impetração de mandado de segurança ou recurso extraordinário. “Violar um princípio constitucional não é violar a própria Constituição, de forma direta?”

Neste interesse entendemos, como não poderia deixar de ser, pela aplicabilidade direta dos princípios outrora analisados, atendendo eficientemente as demandas nas quais façam parte sujeitos portadores de graves enfermidades, em face da densidade e força normativa destes princípios.

## 9. CONCLUSÃO

Perseguiu-se elevar, neste artigo, uma concepção democrática de jurisdição, concepção esta, muito bem firmada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como sendo “de acesso à justiça como ponto central da moderna processualística.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Ademais, acredita-se, em resumo, que decidir por oferecer prioridade processual aos portadores de câncer, e de graves enfermidades em geral, seja através de uma aplicação analógica do art. 121-A do CPC, seja com aplicação direta de princípios constitucionais, perfaz a nobre atitude de dignificar a nossa Constituição Federal, efetivando em decisões os seus mais majestosos princípios.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANCRO (tumor). In: WIKIPÉDIA. **Enciclopédia livre**. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Cancro\\_\(tumor\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cancro_(tumor)). Acesso em: 10 set. 2008.
- CANOTILHO, J. J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- INCA. **Instituto Nacional do Câncer**. Como tratar. Disponível em: [http://www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?id=483](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=483). Acesso em: 13 set. 2008.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- LIMA, G. M. **A força normativa dos Princípios Constitucionais**. Disponível em: <http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1495>. Acesso em: 15 set. 2008.

- MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, C. A. B. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, p.230 *apud* SILVA, M. A. Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade. **Jus Navigandi**, n. 66, 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>. Acesso em: 10 out. 2008.
- REDE DE ATENÇÃO ONCOLÓGICA. **Direitos do paciente com câncer**. Disponível em: [http://www.redecancer.org.br/conteudo\\_view.asp?id=32](http://www.redecancer.org.br/conteudo_view.asp?id=32). Acesso em: 21 set. 2008.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SCARAVAGLIONI, D. Lei nº 10.173/2001: preferência processual aos idosos. Prioridade absoluta ou pura demagogia? **Jus Navigandi**, n.50, 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1990>. Acesso em: 2 out. 2008.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1993.



# **ARTIGOS DOS BACHARÉIS**

---



CAPÍTULO I

# CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS EM FACE DE ACORDOS CELEBRADOS APÓS A SENTENÇA TRABALHISTA

*Patrícia Pinheiro Silva\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Interpretação do §6º do art. 832 da CLT: 2.1 Das razões constitucionais: 2.1.1 Hipótese de incidência tributária na literalidade da constituição; 2.1.2 Principiologia constitucional; 2.2 Da expectativa de direito; 2.3 Da conciliação judicial; 2.4 Da acessoriedade dos créditos fiscais; 2.5 Correligionários da tese nos meios institucionais e jurisdicionais – 3. Aspectos críticos da tese defendida – 4. Considerações finais – 5. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente estudo visa a analisar a possibilidade de os litigantes, em sede de processo trabalhista, celebrarem acordos após o trânsito em julgado da sentença, cujo conteúdo exclua, no todo ou em parte, os créditos previdenciários pertencentes à União. A abordagem do tema foi procedida a partir do método dedutivo, através da pesquisa doutrinária, especificamente, na seara jus-laboral, previdenciária, tributária e constitucional, bem como do exame da legislação, e da investigação jurisprudencial brasileira aplicável ao estudo. Ao final da pesquisa, logrou-se demonstrar que, de fato, há indisponibilidade dos créditos da União, contudo, tais direitos somente gozam de proteção jurídica após a sua efetiva constituição, que, por sua vez, apenas se concretiza com o cumprimento da obrigação trabalhista. Desta forma, não há nada que impeça a homologação de acordos levados a cabo após a prolação da sentença, devendo as contribuições previdenciárias incidir sobre as verbas acordadas, no momento do seu adimplemento.

**PALAVRAS-CHAVES:** CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS; ACORDOS APÓS SENTENÇA.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde maio de 2007, vigora no país a Lei nº 11.457/07, que alterou diversos dispositivos da CLT. Notadamente, foi incluído pela referida

---

\*. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Juspodivm. Advogada.

lei o parágrafo 6º ao artigo 832, que assim preceitua: “o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União”.

Nitidamente, com este parágrafo, visou o legislador acabar com uma celeuma doutrinária e jurisprudencial existente até então. Isto porque, a magistratura e os doutrinadores trabalhistas discutiam se os acordos celebrados após o trânsito em julgado de sentenças proferidas na Justiça do Trabalho, fossem estas homologatórias ou condenatórias, teriam ou não aptidão para alterar (ou até mesmo aniquilar) a base de cálculo de incidência das contribuições previdenciárias.

Nessa linha, inúmeros tribunais que anteriormente pugnavam pela possibilidade de alteração da referida base impositiva, passaram a adotar entendimento diametralmente oposto, para determinar a incidência tributária sobre as verbas salariais deferidas em sentença transitada em julgado, não sobre as parcelas constantes no acordo posteriormente celebrado<sup>1</sup>.

*Permissa venia*, não se pode corroborar com esta nova postura adotada pelos tribunais, pelo que se passará a propor a verdadeira interpretação que deve ser dada a este novo dispositivo, de modo que o mesmo não seja reputado por inconstitucional.

Assim, o presente estudo terá enfoque, especificamente, sobre a cizânia doutrinária que paira sobre a possibilidade de os litigantes, em sede de processo trabalhista, celebrarem acordos após o trânsito em julgado da sentença, cujo conteúdo exclua, no todo ou em parte, os créditos previdenciários pertencentes à União. Para tanto, serão feitos cotejos entre as legislações atuais e pretéritas, bem como buscadas as fontes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da matéria.

## 2. INTERPRETAÇÃO DO §6º DO ART. 832 DA CLT

Como tratado linhas acima, os tribunais vêm adotando postura que vai de encontro ao princípios basilares do Direito na interpretação do novel parágrafo sexto do artigo 832 da lei consolidada, o que tem conduzido a verdadeiras injustiças e enriquecimento ilícito do Fisco.

Com efeito, a hermenêutica do Sistema Jurídico leva a defender-se, por ora, que os créditos previdenciários deverão ser efetivamente protegidos, como, aliás, ocorre com qualquer direito juridicamente tutelado.

---

1. Nesse sentido, vale conferir o acórdão exarado pelo TRT-5ª Região, no AP 00485-2007-196-05-00-0.



Destarte, inconcebível seria que se autorizasse a disposição pelos litigantes, ainda que em sede de processo trabalhista e por meio da conciliação judicial, dos direitos ou créditos de terceiros, no caso, da Fazenda Pública, em detrimento de todo o interesse público envolvido na questão.

É neste sentido que “o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União”.

Até este ponto, não há divergência na concepção do dispositivo em comento. Contudo, a hermenêutica que se passará a defender, talvez por sua obviedade e simplicidade, não tem sido propugnada com frequência pelos juristas pátrios.

De fato, a única interpretação conforme o Ordenamento Jurídico brasileiro que deve ser dada a este preceito é aquela já garantida pelo próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 123, segundo o qual convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública.

Não há nada de tão inovador, portanto, na norma em questão, já que a mesma apenas objetiva evitar que as partes convençionem a não incidência tributária, quando ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Tal dispositivo decorre da própria regra geral de Direito de que não é dado às partes se evadirem de normas de ordem pública de aplicação cogente, sob pena de restar configurada a evasão fiscal.

Observe-se, ainda, que tal proteção aos créditos previdenciários se dará não apenas após o trânsito em julgado da sentença trabalhista, como preconiza a norma, mas a qualquer tempo, dentro ou fora do processo judicial, já que é regra básica do Direito a indisponibilidade de créditos de terceiros, independentemente do momento em que se dê.

Contudo, o que ora se defende, e nisso se destoa da maioria dos juristas, é que tal proteção aos créditos fiscais apenas seria deflagrada após a devida constituição deste direito, com o adimplemento da obrigação trabalhista. Isto porque em momento anterior à satisfação dos créditos do trabalhador somente há mera expectativa de direitos da Previdência, que não poderia constituir óbice à liberdade negocial das partes, como alguns têm defendido de maneira equivocada.

Desta forma, é perfeitamente lícito o acordo celebrado pelos litigantes após a prolação da sentença trabalhista, pelo que as contribuições previdenciárias apenas deverão incidir sobre as verbas de caráter salarial acordadas e devidamente adimplidas, ainda que haja supressão da base de cálculo em relação à sentença.

Em que pese, notoriamente, não ter sido esta a *mens legislatoris*, não se poderia dar guarida à vontade dos representantes do povo, quando esta se encontra em confronto com todo o Sistema Constitucional posto. Pelo que, não há outra a interpretação a ser dada ao preceito em estudo, senão a que ora se propõe.

O entendimento ora esposado é corroborado por inúmeros fundamentos jurídicos que serão trabalhados mais detidamente nos tópicos a seguir.

## **2.1 Das razões constitucionais**

Como é sabido, o Ordenamento Jurídico brasileiro está calcado na supremacia das normas constitucionais, bem como na presunção de constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Público competente. Destarte, por um imperativo lógico, na interpretação de uma norma com várias significações possíveis, deve-se dar preferência ao sentido adequado à Constituição.

Entender-se, como a maioria da doutrina e da jurisprudência tem feito, que o dispositivo em questão visou à resguardar os créditos da União, formados desde a prolação da sentença trabalhista, constitui verdadeiro vilipêndio às normas e princípios constitucionais.

### **2.1.1 Hipótese de incidência tributária na literalidade da Constituição**

Como é sabido, a Carta Magna de 88 determina que a competência trabalhista para executar as contribuições sociais restringe-se àquelas previstas nos artigos 195, I, a, e II, decorrentes das sentenças que forem nesta seara proferidas.

A seu turno, o artigo 195 deixa claro que a incidência tributária somente se procederá sobre as parcelas salariais efetivamente pagas ou creditadas ao trabalhador, ainda que decorrentes de sentença condenatória ou acordo homologado.

Assim, a materialidade preconizada pela Constituição abrange, sob a perspectiva do tomador de serviços, o ato de *pagar* ou *creditar salários e demais rendimentos do trabalho*. Em contrapartida, o diploma constitucional deixa implícito como aspecto material a ser observado pelo legislador infraconstitucional quando da criação do tributo, a conduta de *aferir* tais salários ou demais rendimentos do trabalho.

O texto constitucional, portanto, traçou os limites dentro dos quais poderá o legislador atuar, fixando, ainda que genericamente, a materialidade da norma tributária. Cumpre transcrever, neste aspecto, as observações de

Roque Carrazza (CARRAZZA, 2007, pp. 494-496) ao discorrer acerca dos “arquetipos” constitucionais:

A Constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com certa margem de liberdade para o legislador – a *norma-padrão de incidência* (o *arquetipo*, a *regra-matriz*) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a *hipótese de incidência possível*, o *sujeito ativo possível*, o *sujeito passivo possível*, a *base de cálculo possível* e a *alíquota possível*, das várias espécies e subespécies de tributos. Em síntese, o legislador, ao exercer a competência tributária, deverá ser fiel à *norma-padrão de incidência* do tributo, pré-traçada na Constituição. O legislador (federal, estadual, municipal ou distrital), enquanto cria o tributo, não pode fugir deste arquetipo constitucional. (grifos do autor)

Visando à regulamentação das disposições constitucionais, a lei 8.212/91, que instituiu o Plano de Custeio de Previdência, dispôs acerca das contribuições sociais a serem recolhidas pelas empresas e empregadores domésticos, que incidiriam sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, e pelos trabalhadores, que recairiam sobre o seu salário-de-contribuição.

Inicialmente, o artigo 22 da lei ora em comento anunciava, tal qual a Constituição de 88, que a conduta tipificada como apta a gerar a obrigação tributária seria *pagar*, *creditar* ou *auferir* remuneração. Outrossim, observe-se que, também, o artigo 28 estabelecia o sentido de *auferir* como *receber* ou *ter creditada* determinada importância a título de contraprestação pelos serviços prestados. Até então, percebe-se o perfeito exercício da competência constitucional da União, que atuou nos estreitos limites autorizados pela Constituição.

A própria Fazenda Pública, confirmando os preceitos legais acima, elaborou a Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS nº 66, de 10 de Outubro de 1997, que rezava, em seu item 12:

O fato gerador da contribuição previdenciária é o **pagamento** de valores correspondentes a parcelas integrantes do salário-de-contribuição, à vista ou parcelado, resultante de sentença condenatória ou de conciliação homologada, efetivado diretamente ao credor ou mediante depósito da condenação para extinção do processo ou liberação de depósito judicial ao credor ou seu representante legal. (original sem grifos)

Não tardou, contudo, o despertar da fúria arrecadatória no Legislativo brasileiro. Com efeito, a lei 9.528/97, estendeu sem lastro constitucional a materialidade da hipótese de incidência tributária para abranger, também, as condutas bilaterais de *dever e ser credor* de remuneração.

A partir de então, doutrinadores de escol passaram a sustentar que o aspecto material da norma tributária seria a mera prestação do serviço ou o trânsito em julgado da sentença que condena ao pagamento de verbas trabalhistas consideradas salário-de-contribuição, pois, a partir daí, surgiria o dever de remunerar o trabalhador.

Neste aspecto, interessante a observação feita por Maria Cristina Peduzzi (PEDUZZI, 2004, p. 26), que entende que a Carta Magna não admite a possibilidade de o comportamento tributável ser a prestação do serviço, ou seja, o próprio trabalho, já que se o fato gerador fosse a prestação de serviço, a pretensão arrecadadora seria levada ao absurdo de exigir a contribuição social inclusive sobre o trabalho voluntário.

Outrossim, tal interpretação, *data venia*, peca pela inversão lógica do Sistema Jurídico, segundo o qual as normas devem buscar seu fundamento de validade na Constituição, e não o contrário. A hermenêutica deve, des-tarte, partir do topo da pirâmide normativa no qual figura a Carta Magna.

Procedendo-se a uma interpretação gramatical e sistemática da Constituição, verificar-se-á que o legislador extravasou seus poderes de regradar as condutas abrangidas pela tributação.

Isto porque, a análise do vocábulo *pagar*, conforme o sentido atribuído por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (FERREIRA, 1975), permite inferir que o mesmo designa a atitude de *satisfazer* a dívida ou encargo, ao passo que *creditar*, significa *garantir, segurar* a obrigação. Ora, parece de clareza meridiana que o constituinte teve a intenção de tributar a efetiva demonstração de riqueza, sempre que a obrigação do tomador de serviços de remunerar seus operários fosse cumprida, quer pelo pagamento direto ou por meio de outra forma que implicasse a segurança do seu adimplemento.

Nesse diapasão, o reconhecimento de que a incidência tributária se daria sobre as parcelas salariais meramente devidas em decorrência da sentença transitada em julgado, ainda que não cheguem a ser adimplidas em virtude da realização da conciliação judicial, constitui verdadeiro alargamento da base de cálculo e antecipação do fato gerador, o que, é flagrantemente inconstitucional à luz de uma interpretação gramatical e sistemática da Lei Maior.

A respeito do assunto, interessantes são as palavras de Antoniel Avelino e Maria Inês Targa (AVELINO; TARGA, 2002, p. 41):

Apenas quando ingressa no patrimônio do exequente o bem ou seu valor é que se tem como quitada a obrigação trabalhista, a ensejar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, a partir deste momento

incidente. Resumindo, não tendo havido pagamento pelo executado, com o correspondente recebimento efetivo do valor pelo exequente, não são devidas contribuições previdenciárias.

Nem se diga que a própria Constituição, ao determinar a execução de contribuições previdenciárias *decorrentes* das sentenças que proferir teria autorizado a formação do crédito tributário em momento anterior ao pagamento das verbas salariais.

Reginaldo Melhado (MELHADO, 2005, p. 314 *apud* PAMPLONA FILHO, 2008), acerca do tema, bem distingue os significados das palavras *decorrer* e *originar*:

[...] Que diferença há entre os vocábulos oriundo e decorrente? Lexicologicamente, ‘oriundo’ tem o sentido de originário, natural. A raiz latina da palavra guarda alguma relação com ‘oriente’ (oriens, orientis), que designa a nascente do sol (oriente é o leste, a parte do céu onde nasce o Sol). O adjetivo ‘decorrente’ significa aquilo que decorre, que se origina. (grifos do autor)

Ora, como bem ensina o autor, o vocábulo *decorrer*, denota uma relação mediata, indireta. No caso específico, os tributos em estudo são devidos em decorrência da sentença, mas isso não quer dizer que nela se origine, que o vínculo obrigacional surja no exato momento da sua prolação pelo magistrado.

Em verdade, a incidência tributária apenas guarda com a sentença uma relação indireta, já que sem esta não ocorreria o pagamento dos tributos, fato constitucionalmente previsto como apto a originar, de forma imediata, a obrigação previdenciária.

### ***2.1.2 Principiologia constitucional***

Ainda que nem todos visualizem a violação direta ao texto constitucional em se conceber a formação do crédito previdenciário desde a prolação da sentença, incontestável é a afronta direta aos princípios basilares da Constituição.

Inicialmente, cumpre fazer referência ao princípio da legalidade, consectário lógico da segurança jurídica e do direito de propriedade, preceito da liberdade jurídica, direito fundamental expressamente garantido a todas as pessoas, cujo conteúdo veda a exigência de tributos sem que haja embasamento legal.

Nessa perspectiva, deve-se respeito, antes de tudo, à Lei Maior, que determinou expressamente as condutas passíveis de tributação pela União.

No que concerne às contribuições previdenciárias objeto do presente estudo, a materialidade fixada pelo legislador constituinte foi exatamente o efetivo adimplemento das obrigações trabalhistas, não podendo tal base ser alargada, sob pena de violação à legalidade constitucional.

O princípio da legalidade, assim, representa um dos postulados básicos preconizados pelo Estado Democrático de Direito, que garante o império da lei em prol das liberdades individuais e evita a supressão de direitos e garantias em função das conveniências dos detentores do poder.

Outrossim, é sabido que o Sistema Constitucional visa ao equilíbrio entre propriedade e exação. Destarte, em que pese a necessidade da tributação com vistas à efetivação das políticas públicas, o constituinte limitou a atuação fiscal por princípios cujo fundamento maior de existência reside na dignidade da pessoa humana, quais sejam, a vedação ao confisco e a capacidade contributiva.

Com efeito, apenas faria sentido que o indivíduo, lastreado em uma conduta solidária, contribuísse com o sustento alheio, na exata medida em que estivesse em condições de garantir a sua própria subsistência.

Desta forma, a capacidade contributiva seria demonstrada a partir da expressão, da disponibilidade de uma base econômica apta a suportar o gravame tributário. No que tange aos tributos em estudo, a capacidade apenas restaria inequivocamente configurada a partir do adimplemento da obrigação trabalhista, não do simples fato de dever que, pelo contrário, denota a carência de recursos.

A tributação, se levada a cabo sobre o simples devedor, ou sobre aquele que apenas detém a expectativa de receber um crédito, não raro conduziria ao fracasso pela completa ausência de base financeira, quando não redundasse em atividade confiscatória por parte do Estado.

Para o trabalhador, mais ainda mesquinha parece ser a cobrança de contribuição incidente sobre aquilo que sequer recebeu, gerando um verdadeiro confisco de verbas que seriam destinadas a sua própria subsistência. Embora não seja demonstrada disponibilidade financeira alguma, e ainda que esta carência econômica se dê por fato alheio à sua vontade, acima de tudo, deve contribuir. Se isto não fere os postulados básicos dos direitos humanos, nada mais fere.

Assim, ainda que alguns não visualizem a violação direta ao texto constitucional tal como ora defendida, inegável é a afronta direta aos seus princípios. E, neste aspecto, ainda maior é a ofensa ao Ordenamento

Jurídico, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2007, p. 926):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Pela análise sistemática da Constituição, não apenas dos artigos 114 e 195, mas por toda a sua linha principiológica suscitada, não há outra conclusão a que se possa chegar, senão aquela segundo a qual a formação do crédito previdenciário apenas poderia se dar no momento do efetivo pagamento das verbas trabalhistas de caráter salarial.

## 2.2 Da expectativa de direito

Ora, se no momento da prolação da sentença, sequer teve nascimento a obrigação tributária e, conseqüentemente, o seu crédito, não há que se falar em direito adquirido pela autarquia previdenciária a impedir que as partes transacionem acerca de direitos eminentemente trabalhistas.

Com efeito, neste momento, apenas é detentora a União de mera expectativa de direito, e, como tal, sujeita à não concretização.

Acerca da matéria, bem elucidativas são as palavras de Antoniel Avelino e Marina Inês Targa (AVELINO; TARGA, 2002, pp. 39-40):

Na Justiça do Trabalho, entretanto, só surgirá o fato gerador apto a determinar o recolhimento de contribuições previdenciárias e sua competência para executar tais contribuições, com o pagamento de valores realizados pelo empregador ao trabalhador decorrente de sentença condenatória ou de acordo homologado. É a partir do momento que ocorre o pagamento efetivo das importâncias reconhecidas pela sentença ou fixadas no acordo que surge a obrigação do recolhimento das contribuições previdenciárias, tanto para o trabalhador, que as terá abatidas do valor a receber, quanto para o empregador, contribuinte do tributo ora analisado e responsável tributário pelo recolhimento das contribuições atinentes ao trabalhador. Equivocadamente, entretanto, a Previdência Social, através de sua Procuradoria e calçada em normas claramente inconstitucionais, assevera devidos os valores das contribuições previdenciárias desde o momento em que deveriam ter sido quitados os valores em favor do trabalhador. Quitado o valor devido pelo empregador ao trabalhador, ocorreu o surgimento do fato gerador. A partir do momento do pagamento, portanto, o executado tem até

o dia 2 do mês subsequente para que, sem qualquer acréscimo legal, quite as parcelas devidas a título de contribuições previdenciárias (art. 30 da lei 8.212/91). Não observado o prazo legal para o pagamento das contribuições previdenciárias passam as mesmas a contar com atualizações conforme os ditames aplicáveis às parcelas devidas à Previdência Social.

Somente a partir do pagamento, então, haveria a formação de um crédito em favor da Fazenda Pública. Este crédito mereceria, após devidamente constituído, a proteção do Ordenamento Jurídico como qualquer outro direito.

Antes disso, porém, apenas há que se falar em expectativa de direito por parte da Previdência, que seria insuficiente para coarctar a liberdade jurídica dos litigantes para conciliar e dispor de seus direitos.

### **2.3 Da conciliação judicial**

O Processo do Trabalho concedeu fundamental importância à conciliação judicial, tendo-a, inclusive, como verdadeiro princípio a reger a solução de litígios que lhe são levados pelos particulares.

Observe-se que, neste campo do Direito, tamanha foi a relevância que o legislador atribuiu para a conciliação judicial, que o mesmo não apenas permitiu, mas também estimulou a sua ocorrência a qualquer tempo no processo, ainda que em fase de execução e após o trânsito em julgado da sentença, como bem ensina Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2005, p. 322). O legislador outorgou ao termo de acordo homologado pelo magistrado do trabalho o valor de título executivo judicial, apto a substituir a sentença anteriormente prolatada.

Outrossim, a importância dada pelo legislador para a composição do conflito por meio de conciliação judicial restou demonstrada com a permissão de que, por meio desta, se procedesse à disposição de verbas, a princípio, indisponíveis pelo trabalhador.

O que se deve observar, nessa linha, é que tais acordos tão prestigiados na seara laboral, poderiam ter sua ocorrência drasticamente reduzida com a interpretação equivocada da norma em comento, ante a possibilidade de tornarem-se desvantajosos com uma exação excessiva e inconstitucional.

Resguardar-se os créditos previdenciários, desde o momento da prolação da sentença, configuraria verdadeiro desestímulo para a conciliação entre os litigantes, que poderiam deixar de vislumbrar vantagens suficientes para a composição do conflito feita por eles próprios, em verdadeiro confronto com a principiologia do processo laboral.



Nesse plano, a proteção da mera expectativa de créditos previdenciários, consubstanciar-se-ia em privilégio desarrazoado à Fazenda Pública, em detrimento dos fins almejados pelo Ordenamento Jurídico Trabalhista, o que é de todo desaconselhável.

## **2.4 Da acessoriedade dos créditos fiscais**

Neste ponto, cumpre salientar que os créditos fiscais possuem verdadeira relação de acessoriedade para com os créditos trabalhistas, como decorrência lógica do momento de sua formação. Desta forma, se não adimplidos os segundos em sua integralidade em virtude de acordo posterior à prolação da sentença, os primeiros sofrerão as conseqüências de uma possível redução em função da supressão de parcelas salariais constantes da condenação.

Trata-se, enfim, da aplicação da regra geral de direito segundo a qual a obrigação acessória segue a sorte da principal, de tal forma que a própria extensão e existência da primeira pressupõe a verificação da segunda.

A respeito do tema, ensina Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2002, p. 75):

A discriminação lícita das parcelas constitutivas do acordo, na forma do art. 991 do Código Civil, interfere efetivamente na base de cálculo do tributo, eis que o direito de arrecadação do INSS é, por assim dizer, acessório à expressão jurídica e econômica do direito litigioso do trabalhador: se o obreiro, nas concessões recíprocas da transação, concede quanto àquilo que possuía natureza de salário-de-contribuição, faz desaparecer o direito principal e, com isso, o direito acessório (artigo 59 do Código Civil).

Assim é que, a cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas deferidas em sentença, ainda que efetuado um acordo em momento posterior, poderia redundar no absurdo de se ter obrigações acessórias em muito superiores às principais. Esta crítica, inclusive, é sustentada por Antoniel Avelino e Maria Inês Targa (AVELINO; TARGA, 2002, p. 43) que assim advertem:

Entender que as contribuições são devidas desde a sentença, implicaria a aplicação de multas e correções devidas aos créditos previdenciários, gerando valores de contribuições mais elevados do que aqueles devidos ao trabalhador, tornando o acessório, portanto, superior em muito, ao principal e subvertendo o conceito de fato gerador e a norma constitucional incidente.

O vínculo de acessoriedade que existe entre a obrigação trabalhista e previdenciária impede, portanto, que a segunda se sobreponha à primeira

em termos de valores pecuniários ou mesmo de limitação à autonomia negocial das partes, violando-se a razoabilidade e proporcionalidade em que se deve pautar qualquer atividade fiscal.

## 2.5 Correligionários da tese nos meios institucionais e jurisdicionais

Interessante, neste ponto, é observar que, há dez anos, a mesma posição ora exposta era também defendida pela própria autarquia previdenciária, como se pode observar no item 12.2 da Ordem de Serviço Conjunta do INSS/DAF/DSS nº 66, de 10 de Outubro de 1997, que dispunha que mesmo após a sentença e a apresentação de cálculos, “**prevalecerá o acordo homologado**, o qual deverá ser confrontado com o pleiteado na petição inicial ou com as parcelas deferidas na sentença, verificando-se a correspondência entre o pedido, o deferido e o acordado.” (original sem grifos)

Ora, se a autarquia previdenciária, maior interessada na otimização da arrecadação fiscal já se posicionou neste sentido, isso indica que, no mínimo, o quanto aqui se defende goza de plausibilidade e razoabilidade jurídica.

Outrossim, alguns Tribunais, mesmo com as recentes alterações promovidas na norma consolidada, remanescem a abraçar o entendimento segundo o qual os créditos previdenciários apenas passariam a gozar de proteção após a sua constituição, com o adimplemento da obrigação trabalhista. Nessa linha, colaciona-se decisão do TRT/SP:

INSS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CELEBRAÇÃO DE ACORDO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. Realizado acordo após o trânsito em julgado da sentença, o recolhimento da contribuição previdenciária deve guardar estreita relação com os títulos, não com os valores, para preservar alguma margem negocial às partes. O interesse do INSS é derivado, portanto sofre os efeitos da transigência entre as partes, e o fato gerador é o recebimento do título, não somente seu reconhecimento. AGRAVO DE PETIÇÃO PROVIDO EM PARTE. (TRT/SP – 02542200507602008 – AP – Ac. 12ªT 20080552743 – Rel. DAVI FURTADO MEIRELLES – DOE 04/07/2008)

O TST, a seu turno, embora não tenha se posicionado acerca da constitucionalidade do novel parágrafo 6º do artigo 832 da CLT, em sua Súmula 401, ordena a execução de contribuições mesmo quando não previstas em sentença, dado o caráter de norma de ordem pública que embasa a tributação. Desta forma, pode-se inferir, ainda que implicitamente, que este Tribunal tenderá a ratificar o entendimento de que os créditos previdenciários não têm origem na sentença, mas apenas dela decorre.

Isto porque, compreende-se que a obrigação tributária não surge desde a prolação da sentença, mas se origina do pagamento das parcelas salariais ao trabalhador, quando da manifestação do fato gerador, momento em que, por aplicação imediata da lei, ocorrerá a incidência tributária.

### **3. ASPECTOS CRÍTICOS DA TESE DEFENDIDA**

Nos tópicos anteriores foram expostas as razões que levam a pugnar pela proteção dos créditos previdenciários a partir da sua constituição, ou seja, quando do adimplemento da obrigação do tomador de serviços frente ao operário.

Por óbvio, a posição ora esposada não está imune a críticas de renomados autores do mundo jurídico. Contudo, como se verá adiante, nenhuma delas é suficiente para suplantar as idéias preconizadas pelo presente estudo.

Inicialmente, contra a tese ora suscitada, insurgiram-se alguns doutrinadores a aduzir que a mesma conduziria ao privilégio do tomador de serviços inadimplente, que não cumpre com seus deveres enquanto sujeito da relação laboral, no momento oportuno, quando da prestação do serviço pelo operário.

Isto porque, a adoção desta concepção acerca da formação dos créditos previdenciários implicaria o não acréscimo de encargos moratórios aos mesmos, bem como possibilitaria o seu pagamento a menor em função da renúncia ou transação acerca de verbas salariais realizada pelos litigantes.

Esta crítica, todavia, não merece prosperar. Com efeito, a violação por parte do empregador dos direitos inerentes ao trabalhador, obviamente, implicará a obrigação daquele de efetuar, judicialmente, o pagamento das verbas decorrentes de sua conduta, acrescidas de correção monetária, juros moratórios, bem como de eventuais multas e indenizações. Observa-se, portanto, que o mau pagador não deixará de ser penalizado, na forma da lei trabalhista.

A lei, contudo, faculta ao operário, único credor da relação de trabalho, dispensar o devedor de algumas de suas obrigações quando da conciliação feita em juízo. E, neste aspecto, não cabe à União se imiscuir nas tratativas visando a resguardar seus futuros créditos, já que, neste momento, apenas são objeto de acordo os direitos do trabalhador.

Com efeito, o ilícito trabalhista apenas terá aptidão para gerar a responsabilização dentro deste mesmo campo, devendo o tomador de serviços

arcar com as conseqüências de seu vilipêndio às normas trabalhistas nesta seara.

Inviável, todavia, se pensar em responsabilização fiscal, já que não houve violação alguma a obrigação previdenciária que fosse, pois ainda inexistente qualquer relação tributária a vincular o contribuinte ao Fisco.

Outrossim, a pensar-se de modo diferente, estar-se-ia utilizando a tributação como forma de punição pela prática de conduta contrária ao direito, o que, nos termos do art. 3º, do CTN, mostra-se juridicamente impossível, sob pena de desvirtuar-se o próprio instituto jurídico do tributo enquanto prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito.

É importante observar que não se quer com a tese ora defendida, obviamente, estimular a evasão fiscal, ou seja, a burla à incidência da contribuição previdenciária pelos meios mais escusos possíveis.

Não seria dado aos acordantes, por exemplo, pactuar no sentido de apenas discriminar verbas de natureza indenizatória, que não constituem salário de contribuição, quando apenas foram requeridas na inicial ou deferidas em sentença parcelas remuneratórias. Isto configuraria verdadeira fraude, combatida pelo Ordenamento Jurídico por meio da desconsideração do próprio negócio e da tributação do fato tal qual realmente ocorrido.

A evasão fiscal, ou seja, a tentativa de diminuição ou não pagamento de tributos por vias juridicamente vedadas, constitui conduta há muito reprimida não só pela Teoria Geral do Direito, mas também, especificamente, pelo Código Tributário Nacional.

Assim é que o CTN, em seu artigo 116, parágrafo único, permite que a autoridade administrativa desconsidere os “negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

Verificada a tentativa de evasão fiscal, portanto, deverá ser tributado o fato gerador efetivamente ocorrido, aplicando-se, inclusive, as penalidades previstas em lei para a conduta do sonegador fiscal.

Ainda, poder-se-ia sustentar que seria difícil, senão impossível a fiscalização com vistas ao combate da evasão, já que a conciliação judicial daria ampla margem de liberdade para que os litigantes burlassem a lei tributária.

Contudo, a simples dificuldade de fiscalização, decorrentes da falta de aparelhamento estatal, bem como das peculiaridades inerentes ao instituto jurídico da conciliação, não constituem motivos suficientes para que as partes sejam cerceadas em seu direito de negociar em juízo.

Neste ponto, caberá ao INSS, bem como ao magistrado, verificar, caso a caso, a legitimidade do acordo estipulado. Método que muitos juízes já vêm utilizando, é o cotejo entre as verbas pleiteadas na inicial ou deferidas na sentença e aquelas discriminadas no termo de conciliação. Havendo disparidade entre tais parcelas e valores, estar-se-ia diante de fraude combatida pelo Direito.

Também, o magistrado deveria se recusar a homologar o acordo eivado de vícios inerentes aos negócios jurídicos em geral, como aqueles atinentes à vontade, à forma, ao objeto e ao agente, bem como aqueles que viessem a malferir norma de ordem pública.

Nessa linha, dever-se-ia verificar que não se encontra no poder de disposição das partes, por exemplo, acertar que não haveria incidência tributária sobre as verbas salariais constantes do acordo. Isto porque se configuraria não apenas transação sobre direito alheio, mas, também, violação da norma de ordem pública que determina o recolhimento de contribuições previdenciárias sempre que ocorrido o fato gerador, violando o interesse público que existe na arrecadação fiscal em proveito destes particulares acordantes.

Assim, sempre restaria grande espaço de atuação ao magistrado, ao INSS e ao Ministério Público para verificar a ocorrência de fraude, simulação, violação à norma cogente, ou qualquer outra irregularidade inserida na conciliação judicial em sede de processo laboral.

Nunca é demais lembrar que, no Direito, a boa-fé é presumida, devendo a existência de fraude ou qualquer outro vício a inquinar o negócio jurídico celebrado ser devidamente provada por aquele que alega, de tal forma que não se deve presumir a má-fé dos acordantes de modo a impedir as tentativas de conciliação. A inversão das presunções poderia conduzir a verdadeiro caos nas Instituições e na Ordem Jurídicas.

Cumprindo observar, por outro lado, que a simples redução da carga tributária decorrente da escolha pelo adimplemento de parcelas trabalhistas de natureza eminentemente indenizatórias em detrimento daquelas de caráter salarial, não configuraria a evasão, mas verdadeira elisão fiscal, também chamada de planejamento tributário.

A elisão fiscal é o conjunto de ações praticadas pelo sujeito passivo da obrigação tributária, com vistas à obtenção de maior eficiência econômica, através da diminuição lícita da carga tributária a ser recolhida aos cofres do governo. Constitui-se na concretização dos próprios princípios da legalidade e da liberdade, segundo o qual poderá o indivíduo atuar no vácuo legal, optando, entre duas possibilidades perfeitamente lícitas, por aquela que lhe parecer menos onerosa.

Colocar-se empecilhos às disposições negociais das partes, sem que haja prévio embasamento legal para tanto, poderia conduzir a situações de generalizada insegurança jurídica, já que não mais se teriam delineados de forma clara os limites entre o juridicamente permitido e o proibido.

Nas lições de Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, 2002, p. 73), se “a discriminação dos títulos constitutivos do acordo é aritmeticamente consentânea com os pedidos da exordial ou com os títulos da condenação, não há dolo ou fraude a inquinar o ato, ainda quando elida, total ou parcialmente, a incidência fiscal-previdenciária”.

Destarte, o acordo será sempre possível e deverá prevalecer ainda que sobre a sentença transitada em julgado, desde que não haja fraude ou simulação no ato, reduza ou não a expectativa de direitos que detém a Fazenda Pública, como forma de garantia das liberdades individuais.

Por tudo o quanto exposto neste trabalho, resta incontestável a indisponibilidade dos créditos da União, seja em sede de processo do trabalho, especificamente na conciliação judicial, ou por qualquer meio extrajudicial. Contudo, tais direitos somente gozam de proteção jurídica após a sua efetiva constituição, que apenas se concretiza com o cumprimento da obrigação trabalhista.

Desta forma, não há nada que impeça a homologação de acordos levados a cabo após a prolação da sentença, desde que celebrados em perfeita consonância com o Ordenamento Jurídico pátrio, de tal forma que apenas deverão as contribuições previdenciárias incidir sobre os valores consignados no acordo que tenham caráter salarial, ainda que haja supressão de verbas em relação à sentença anteriormente prolatada. Para a incidência tributária, portanto, apenas tem relevância o valor efetivamente percebido pelo operário, decorrentes de sentença ou de acordo homologado.

Assim, em que pese a importância da competência executória de tributos concedida pelo constituinte derivado à Justiça do Trabalho, nada obstante a relevância social da tributação para a satisfação das políticas públicas, não se pode permitir que para tanto sejam suprimidas as garantias

constitucionais mínimas dos contribuintes, como a observância dos princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da vedação ao confisco, e, acima de tudo, da própria dignidade da pessoa humana envolvida na questão.

A legítima tributação é um direito de toda a sociedade, que dela depende para a harmonia e sobrevivência do todo. Não se pode admitir, entretanto, que as garantias individuais sejam aniquiladas em função dos avanços arrecadatários do Fisco e suas cobranças destoantes legalidade tributária, como muito se tem defendido de forma equivocada.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, depois de submetidas as hipóteses a teste, foi possível extrair as seguintes conclusões sistematizadas atinentes ao tema, conforme a seguir expandido:

1. Os créditos previdenciários deverão ser efetivamente protegidos, como, aliás, ocorre com qualquer direito juridicamente tutelado. Destarte, inconcebível seria que se autorizasse a disposição pelos litigantes, ainda que em sede de processo trabalhista e por meio da conciliação judicial, de créditos do Fisco, em detrimento de todo o interesse público envolvido na questão.
2. O CTN, em seu artigo 123, há muito preceitua a inoponibilidade de convenções particulares à Fazenda Pública. Tal dispositivo decorre da própria regra geral de direito de que não é dado às partes se evadirem de normas de ordem pública de aplicação cogente, de maneira que é devida a proteção aos créditos previdenciários a qualquer tempo, dentro ou fora do processo judicial, desde a sua constituição.
3. Uma vez que os créditos da Previdência apenas são formados no momento do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, não quando da prolação da sentença, somente naquele momento a proteção aos créditos fiscais deve ser deflagrada. Esta interpretação está em perfeita consonância com o princípio da supremacia das normas constitucionais, que apenas instituíram a incidência tributária sobre as parcelas salariais efetivamente pagas ou creditadas ao trabalhador, ainda que decorrentes de sentença condenatória ou acordo.
4. Pelo método de interpretação gramatical, infere-se que o vocábulo *pagar*, presente no arquétipo constitucional da regra-matriz de incidência, denota a satisfação da dívida ou encargo, ao passo que *creditar* implica a garantia inequívoca da obrigação. Desta forma, verifica-se que o

constituente somente teve a intenção de tributar a efetiva demonstração de riqueza consubstanciada com o cumprimento da obrigação laboral, fato este que apenas de forma mediata guarda relação com a sentença trabalhista.

5. A concepção segundo a qual a formação do crédito previdenciário se dá desde a prolação da sentença, constitui verdadeira afronta aos princípios constitucionais, tais como legalidade, vedação ao confisco e capacidade contributiva, que, por sua vez, estão umbilicalmente ligados a outros princípios como liberdade, dignidade da pessoa humana etc.
6. No momento da prolação da sentença, a Fazenda é detentora de mera expectativa de direito, sujeita a não concretização. Desta forma, o Fisco ainda não possuiria direito adquirido que pudesse impedir a transação das partes acerca de direitos eminentemente trabalhistas. Insuficiente é a expectativa de direito para coarctar a liberdade jurídica dos litigantes em conciliar e dispor de seus direitos.
7. A CLT concedeu à conciliação judicial fundamental importância, alçou-a a princípio do Processo do Trabalho, estimulou a sua realização em qualquer tempo no processo e autorizou, até mesmo, a disposição de direitos do trabalhador. Desta forma, o termo de acordo homologado pelo magistrado do trabalho possui valor de título executivo judicial, apto a substituir a sentença anteriormente prolatada, até mesmo no que toca aos créditos previdenciários. Se assim não fosse, os acordos judiciais, tão caros ao Processo Laboral, correriam risco de sofrerem drástica redução em sua celebração, ante a possibilidade de tornarem-se desvantajosos em face de uma excessiva e inconstitucional exação.
8. Em função da relação de acessoriedade entre o crédito fiscal e o trabalhista, a própria extensão e existência do primeiro pressupõe a verificação do segundo. Assim, se não forem pagas as verbas trabalhistas em sua integralidade em virtude de acordo posterior à prolação da sentença, as contribuições previdenciárias sofrerão as conseqüências de uma possível redução decorrente da supressão de parcelas salariais constantes na condenação. O vínculo de acessoriedade impede, portanto, que o acessório se sobreponha ao principal em termos de valores pecuniários ou mesmo de limitação à autonomia negocial das partes, violando-se a razoabilidade e proporcionalidade em que se deve pautar a atividade fiscal.
9. Os direitos trabalhistas não adimplidos em momento oportuno, uma vez requisitada a intervenção do Poder Judiciário, deverão ser pagos



acrescidos de encargos moratórios. O mau pagador, portanto, não será privilegiado, mas penalizado, na forma da lei trabalhista. Não há que se falar, contudo, em responsabilização fiscal pela prática de um ilícito trabalhista, sob pena de se utilizar a tributação como forma de punição, prática expressamente vedada pelo artigo 3º, do CTN.

10. A evasão fiscal, ou seja, a burla à incidência da contribuição previdenciária visando à diminuição ou não pagamento de tributos por vias juridicamente vedadas, configura fraude. É combatida pelo Ordenamento Jurídico por meio da desconsideração do negócio e da tributação do fato tal qual realmente ocorrido, aplicando-se as penalidades legais para a conduta do sonegador. Assim, a fiscalização das práticas evasivas deverá ser procedida pelo Magistrado, pelo *Parquet* e pelo INSS, não podendo eventuais dificuldades constituir motivos suficientes para que as partes sejam cercadas em seu direito de negociar em juízo.
11. O magistrado poderá se recusar a homologar o acordo eivado de vícios inerentes aos negócios jurídicos em geral, atinentes à vontade, à forma, ao objeto e ao agente, bem como aqueles que violarem norma de ordem pública, *verbi gratia*, pela estipulação de que não serão recolhidos tributos ainda que ocorrido o fato gerador. Observe-se que a boa-fé é presumida, devendo a existência de fraude ou qualquer outro vício a inquinar o negócio jurídico celebrado ser devidamente provada por aquele que alega, de tal forma que não se deve presumir a má-fé dos acordantes de modo a impedir as tentativas de conciliação.
12. A simples redução da carga tributária decorrente da opção pelo adimplemento de parcelas trabalhistas de natureza indenizatórias em detrimento daquelas de caráter salarial, não configuraria a evasão, mas verdadeiro planejamento tributário, ou seja, ações praticadas com vistas à diminuição lícita da carga tributária. O planejamento concretiza os princípios da legalidade e da liberdade, de tal forma que poderá o indivíduo atuar no vácuo legal, optando, entre duas possibilidades perfeitamente lícitas, por aquela que lhe parecer menos onerosa. Colocar-se empecilhos às disposições negociais das partes, sem que haja prévio embasamento legal para tanto, poderia conduzir a situações de generalizada insegurança jurídica.
13. Os créditos da União são indisponíveis, seja em sede de processo do trabalho, ou por qualquer meio extrajudicial. Contudo, tais direitos somente gozam de proteção jurídica após a sua efetiva constituição, que se dá com o cumprimento da obrigação trabalhista. Assim, o acordo judicial será sempre possível e deverá prevalecer, ainda que sobre a

sentença transitada em julgado, desde que não haja fraude ou simulação no ato, reduza ou não a expectativa de direitos que detém o órgão previdenciário, como forma de garantia das liberdades individuais. As contribuições previdenciárias, nessa linha, apenas deverão incidir sobre os valores consignados no acordo que tenham caráter salarial, ainda que haja supressão de verbas em relação à sentença anteriormente prolatada. Para a incidência tributária, portanto, apenas tem relevância o valor efetivamente percebido pelo operário, decorrentes de sentença ou de acordo homologado.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMÃO, Ivan. Execução do Crédito Previdenciário na Justiça do Trabalho – Lei nº 10.035/2000. **Síntese trabalhista:** Administrativa e previdenciária, n. 138, v. 12, pp. 22-25, dez. 2000.
- AVELINO, Antoniel Ferreira; TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. O Fato Gerador da Contribuição Previdenciária no Processo do Trabalho. **Revista do tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**, n. 19, pp. 36-47, dez. 2002.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização Mizabel Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- BRASIL. **Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS nº 66, de 10 de Outubro de 1997**. Disponível em <[http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/orgaos/MPAS/OS\\_66\\_97.htm](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/orgaos/MPAS/OS_66_97.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 5ª Região. **Agravo de Petição n. 00485-2007-196-05-00-0-AP**, Primeira Turma, Relatora Desembargadora Elisa Amado, DJ 25 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região. **Agravo de Petição n. 02542-2005-076-02-00-8-AP**, Décima Segunda Turma, Relator Davi Furtado Meirelles, DOE 04 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br/>>. Acesso em: 30 set. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 401. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONTOS LEGAIS. FASE DE EXECUÇÃO. SENTENÇA EXEQÜENDA OMISSA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA**. Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executivo, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária. (ex-OJ nº 81 da SBDI-2 – inserida em 13.03.2002). Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro\\_html\\_atual.html#Sumulas](http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas)>. Acesso em: 14 set. 2008.

- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos Processuais Controvertidos da Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**, n. 19, pp. 48-87, dez. 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1975.
- FLINKERBUSCH, Alcides Otto. Execução das Contribuições Sociais pela Justiça do Trabalho: Questões Controvertidas e Implicações Decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: ARAÚJO, Francisco Rossal (coord). **Jurisdição e Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, pp. 249-269.
- GIGLIO, Wagner D. Execuções das Contribuições Previdenciárias – Lei n. 10.035/2000. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, n. 6, v. 65, pp. 647-649, jun. 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**: Doutrina e Prática Forense, Modelos de Petições, Recursos, Sentenças e Outros. 24ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. **A nova competência da Justiça do Trabalho – uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7599&p=1>>. Acesso em 23 jul. 2008.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A competência da Justiça do Trabalho para a Execução das Contribuições Previdenciárias. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, n. 1, v. 70, pp. 20-30, jan./jun., 2004.
- SANTOS FILHO, Sérgio Luiz dos. Da Mora Previdenciária: Início da Exigibilidade do Recolhimento Previdenciário oriundo de Processo Trabalhista – Um Parêntese Acerca do Procedimento Liquidatório na Execução Conjunta de Direitos Trabalhistas e Previdenciários – Sugestão Prática. **RDT: Revista do Direito Trabalhista**, n. 6, ano 11, pp. 30-31, jun. 2005.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Contribuições Sociais Incidentes nas Ações Trabalhistas. **Síntese Trabalhista**: Administrativa e Previdenciária, n. 154, v. 13, pp. 29-41, abr. 2002.
- VALLE, Márcio Ribeiro do. Execução das Contribuições Previdenciárias Emergentes das Decisões da Justiça do Trabalho (Lei nº. 10.035/2000). **Gênesis: Revista de Direito do Trabalho**, nov. 2000.

