
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

Revista do CEPEJ

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

Nº 8 • Jul./Dez. 2007
Salvador, Bahia, Brasil

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: 500 exemplares.

Distribuição: Todo o Território Nacional

Revista do CEPEJ. – N.8 (jul./dez., 2007) – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 1988.

Semestral
ISSN 1981-6758

1. Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

REVISTA DO CEPEJ

DIRETORIA DO CEPEJ

Presidente: Bernardo Amorim Chezzi

Secretária-Geral: Clarissa Pereira Alves Miranda de Ramalho

Tesoureiro: Aldo Lins de oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Fredie Didier Jr. – Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor de Processo Civil da UFBA. Advogado.

Jonhson Meira Santos – Mestre (USP) e Doutor (USP). Professor de Direito do Trabalho da UFBA. Diretor da Faculdade de Direito da UFBA. Ex-Procurador do Trabalho (5ª Região).

Laíse Maria Guimarães – Professora de Direito Constitucional da UFBA. Coordenadora do NUPEM (Núcleo de Pesquisa e Monografia).

Maria Auxiliadora Minahim – Mestre (UFRJ) e Doutora (UFPR). Professora de Direito Penal da UFBA. Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais e membro do Conselho de Direitos Humanos da Bahia

Nilza Reis – Mestre (UFBA). Professora de Direito Civil da UFBA. Juíza Federal/BA.

Rodolfo Pamplona Filho – Mestre e Doutor (PUC/SP). Professor de Direito do Trabalho da UFBA. Juiz do Trabalho (5ª Região).

Saulo Casali – Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da UFBA. Juiz Federal/BA.

COMISSÃO ESTUDANTIL

Alina Mourato Eleotério

Bernardo Amorim Chezzi

Clarissa Nilo de Magaldi

Felipe Jacques Silva

Fernando Nunes de Miranda

Samira Oliveira Noronha

Yves West Behrens

COLABORADORES

COORDENADOR	Rodolfo Pamplona Filho
--------------------	------------------------

CORPO DOCENTE	Douglas White Flavia Marimpietri Fredie Didier Gamil Föppel El Hireche Maria Auxiliadora Minahim Nilza Reis Paulo Pimenta Rodolfo Pamplona Filho e Sérgio Waly Pirajá Bispo Saulo José Casali Bahia Wilson Alves de Souza Winston P. Nagan
----------------------	---

CORPO DISCENTE	Bernardo Amorim Chezzi Bruno Gomes Bahia e Jaqueline Almeida Silva Claudiane Cunha da Conceição Daniel Oitaven Pamponet Miguel Devapi Souza Sampaio e Rafael de Souza Figueiredo Ermiro Ferreira Neto Felipe Jacques Silva Flávia Moreira G. Pessoa João Paulo Lordelo G. Tavares José Rosa Misael Neto Bispo da França Ricardo Barreto de Andrade Samira Oliveira Noronha Tagore Trajano de A. Silva e Ceci Vilar Noronha Vinícios Conceição Silva Yves West Behrens
-----------------------	--

CORPO TÉCNICO	Simone Guimarães
----------------------	------------------

EDITORIAL

Não sei bem o motivo, mas versos de uma antiga canção dos Titãs não saem da minha mente, desde que fui convidado para coordenar os trabalhos da mais nova edição da Revista do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

“O pulso ainda pulsa...”

Talvez seja porque fico encantado em ver uma belíssima e já tradicional instituição estudantil, que vi dar seus primeiros passos (como membro na graduação e, depois, Presidente), ainda continuar brilhando e atuando no cenário acadêmico baiano e nacional...

“E o pulso ainda pulsa...”

Talvez seja pela feliz constatação de que a iniciativa estudantil consegue superar as amarras institucionais e, rompendo com a burocracia estatal, apresenta à comunidade jurídica um belíssimo trabalho, com profundas reflexões do seu corpo docente e discente.

“E o corpo ainda é pouco...”

Talvez porque tudo que se fizer, por melhor que seja (e esta revista é exemplo e prova inequívoca), ainda é pouco para demonstrar o valor e o talento transbordante dos amantes da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia...

Ter a missão de redigir o Editorial, em nome do Conselho composto para a organização da revista, porém, é mais do que uma prerrogativa acadêmica, constituindo-se em uma enorme honra, principalmente por ter tido acesso privilegiado ao seu conteúdo, notadamente a leitura pormenorizada dos 11 (onze) artigos do corpo docente (incluindo professores substitutos e convidados) e 16 (dezesesseis) textos do corpo discente (incluindo a pós-graduação *stricto sensu*).

Este oitavo volume da Revista do CEPEJ tem, porém, um gosto ainda mais especial para o subscritor dessas linhas.

Não somente pela retomada da publicação (o sétimo volume remonta a 2002), mas, também, por ser a primeira publicação da UFBA – Universidade Federal da Bahia depois do seu ingresso formal no corpo docente, o que significou muito mais do que possam imaginar os membros do CEPEJ, ao fazer o gentil convite.

E faz-se este registro pela maravilhosa circunstância de que esta publicação reúne, em verdade, expressivos textos de várias gerações de docentes, acompanhada de uma talentosíssima nova fornada de discentes (que, pelos seus próprios méritos, brevemente devem compor o professorado desta instituição).

Todos, sem exceção, se encontram visivelmente irmanados por um mesmo ideal e um mesmo sentimento.

O ideal é o de convicção da necessidade de incentivar os pólos de publicação acadêmica, trazendo à tona toda a qualidade da reflexão e produção do curso, em seus diversos níveis (graduação e pós-graduação, *lato e stricto sensu*).

O sentimento, todavia, é o mais belo de todos: o amor a um curso de excelência, afeto este cultivado, na maior parte dos casos, desde os bancos escolares de graduação...

É por isso que “*o corpo ainda é pouco*”.

E é com satisfação que repetimos “*o pulso ainda pulsa...*”

Longa vida à Revista do CEPEJ!

Salvador, outubro de 2007

Rodolfo Pamplona Filho

Coordenador do Conselho Editorial da Revista do CEPEJ 2007

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.

PRÓLOGO

De logo, quando se nada contra a maré, superando dificuldades ínsitas e desbravando novos horizontes, há de se defender o que faz. Este discurso legitima os esforços empreendidos, tem o condão de albergar mais voluntários e o de reavivar os que já labutam em busca do mesmo sonho.

Tem o Centro de Estudos e Pesquisa Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia o dever primordial de fazer e pensar a pesquisa, para disseminá-la entre os corredores daquela Escola e também nos do mundo. Este é o nosso maior desafio. Nesta esteira, é premente ressaltar a importância da pesquisa jurídica num curso de Direito.

Seja como sistematização do conhecimento para a melhor aplicação do ordenamento posto (no Brasil são mais de 180 mil leis), preenchimento de lacunas normativas (a exemplo do que sucede no Direito Eletrônico), criação de teses que prefiram o uso de determinado dispositivo a outro, que embasem a edição de lei para regular certa matéria ou, simplesmente, dêem norte peculiar à atividade do intérprete – e, esclareça-se, este rol não é taxativo –, não há como se falar em aprendizado na graduação de Direito sem, utilizando-se da técnica aferida friamente nos livros e em sala de aula, traduzir juridicamente os anseios postos e impostos pela vida.

Como ciência social aplicada, soa absurdo a indagação leiga de “para quê pesquisa em Direito”, como se este fosse letra morta. O Direito, não olvidemos, é resposta às vicissitudes do ser social – intermitente e metamórfico. O objeto do Direito – a sociedade – muda a cada dia, e a pesquisa jurídica é o primeiro meio idôneo a traduzir os seus sintomas.

Acerca de sua utilidade prática, as dúvidas esteiam-se em premissas falsas, talvez sustentadas em ignorância, partindo de idéias como a de que o legislador, ao editar uma lei, não o fizesse, no mais das vezes, balizado pelos ensinamentos acadêmicos – talvez acreditem que o legislador utiliza-se duma entidade superior –, ou a de que o juiz, ao fundamentar sua decisão, não se apoiasse em doutrina, e, ainda assim, como se o que chamado de doutrina jurídica não fosse também fruto de pesquisa.

A VIII Revista do CEPEJ traz em seu bojo textos que são resultado de vivaz produção científica sedimentada por docentes e discentes, em decorrência de maturações alcançadas nos grupos de estudo, de pesquisa, através dos programas de monitoria, do PIBIC, do PERMANECER, ou, ainda, por meios não institucionalizados, esteados, pois, na livre produção.

Há de se parabenizar a todos os escritores, mormente hajam vencido a falta de incentivo e os óbices inerentes ao preconceito da visão dogmática. Esta Revista é uma alegria a todos os membros do CEPEJ, vindos e vindouros, e mais uma vitória nesta jornada, no sentido que acima narramos.

De outro giro, gostaria de confraternizar-me com esta geração do CEPEJ, da qual faço parte, que vem reerguendo-o, ocioso que estava por alguns anos. Graças a estes esforços, temos retroalimentado a produção científica na Faculdade de Direito da UFBA. Além de competentes, e dedicados, os colegas revelaram-se grandes amigos e pessoas fantásticas.

Agradeço ao professor Rodolfo Pamplona Filho, pela seriedade e leveza com que conduziu os trabalhos, a todos os membros do Conselho Editorial, sem prejuízo dos professores que, embora não façam parte deste, têm sido nossos parceiros na empreitada de criar novos grupos de estudos, na feitura de seminários e na direção de programas.

Mais uma vitória alcançada, saímos ainda mais motivados. E assim se retoma o mote para convencer os leitores menos detidos. Num tempo em que mudar o mundo é discurso de políticos e politicados, nós, do CEPEJ, temos a real convicção de que a pesquisa é o meio de que dispomos para encampar uma nova realidade gravada sob os nossos pés. Pesquisar no Direito é ir além da sala de aula, é galgar perguntas para respostas prontas, inverter a ordem “natural” das coisas, propondo mudanças, endossando esperanças, desfazendo pecados.

Pesquisa-se e apontam-se caminhos, quando inexistentes ou obscuros, e felizes são os pesquisadores que não se conformam com tamanha certeza ou que vislumbram certezas em tanta inconformidade. Mergulhemos na vida acadêmica, com as mãos no presente, sérias e ágeis, e os olhos no futuro, esperançosos, sim, jamais cansados, porém.

Boa leitura!

Bernardo Amorim Chezzi

Presidente do CEPEJ

SUMÁRIO

Editorial	9
Prólogo	11

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

Capítulo I – Um questionamento sobre a livre concorrência	25
<i>Douglas White</i>	

Capítulo II – O Sistema de Nulidades das cláusulas abusivas no CDC e a revisão de contratos Introdução	29
---	----

Flavia Marimpietri

1. Identificação	30
2. Nulidades de pleno direito X revisão dos contratos.....	31
2.1. A tese do ato ilícito <i>lato sensu</i>	32
2.2. A tese do abuso de direito.....	33
2.3. A tese das nulidades relativas	33
3. Diversidade de sanções	36
4. O sistema de nulidades do art. 51 do CDC	37
5. Conclusão	38
6. Referências	39

Capítulo III – O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro	41
--	----

Fredie Didier Jr.

1. Nota introdutória	41
2. A criatividade judicial e a <i>ratio decidendi</i>	41
3. A “objetivação” do recurso extraordinário.....	46

Capítulo IV – Teoria geral do concurso de crimes	57
---	----

Gamil Föppel el Hireche

1. Considerações iniciais: do <i>concursum delictorum</i>	58
1.1. Posição sistemática do <i>concursum delictorum</i>	59
1.2. Critérios de solução para o <i>concursum delictorum</i>	60
2. Do concurso material ou real de infrações.....	60
2.1. Considerações iniciais	60
2.2. Pluralidade de condutas X Pluralidade de resultados: As diferenças entre condutas e ações, entre condutas e atos.....	61
2.3. Classificação do concurso material	62

2.4. Regramento jurídico da matéria	62
3. Do concurso formal. Primeira análise	62
3.1. <i>Concursus normarum x concursus delictorum</i> (formal)	62
3.2. Classificação do concurso formal: concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo.....	64
3.3. Diferença entre concurso material e formal	64
3.4. Tratamento jurídico do concurso formal ou ideal de crimes. Concurso formal próprio (também chamado de perfeito) e concurso formal impróprio (ou imperfeito).....	65
3.4.1. Do concurso formal impróprio. Tratamento jurídico	66
3.4.2. Do concurso formal próprio. Tratamento jurídico	66
4. Do crime continuado. Considerações primeiras.....	67
4.1. Crime continuado. Evolução histórica	67
4.2. Crime continuado. Natureza jurídica.....	68
4.3. Teorias a respeito do crime continuado.....	68
4.4. Dos elementos da continuidade delitiva.....	69
4.4.1. Mais de uma ação ou omissão.....	69
4.4.2. Crimes da mesma espécie.....	69
4.4.3. Circunstância de tempo	70
4.4.4. Circunstância de lugar	70
4.4.5. Circunstâncias de modo.....	70
4.5. Do crime continuado específico	71
4.6. Crime continuado e prescrição	71
4.7. Crime continuado e sucessão de leis penais.....	72
4.8. Crime continuado e coisa julgada	72
5. Multa no concurso de crimes	72
6. Unificação das penas	72
7. Do crime aberrante	72
7.1. <i>Aberratio ictus</i>	72
7.2. Resultado diverso do pretendido	73
8. Concurso de agentes.....	73
9. Conclusões.	74

Capítulo V – A Preservação da vida em face da Biotecnologia:

Inserção de Novas Antinomias no Direito Penal	75
--	-----------

Maria Auxiliadora Minahim

Capítulo VI – As antigas e novas facetas

do fideicomisso e o atual Código Civil.....	87
--	-----------

Nilza Reis

1. Noções Introdutórias	87
-------------------------------	----

2. O usufruto e o fideicomisso: distinções necessárias.....	89
3. Direitos do Fiduciário e do Fideicomissário	92
4. O fideicomisso no atual Código Civil: A inovação no instituto	94
5. Conclusões Necessárias.....	97
6. Referências Bibliográficas.....	98
Capítulo VII – A súmula com efeito vinculante na lei N° 11.417/2006 ...	101
<i>Paulo Roberto Lyrio Pimenta</i>	
1. Introdução.....	101
2. Eficácia da norma veiculada pelo art.103-A da CF	101
3. Modalidades de procedimento	102
4. Aspectos subjetivos	104
5. Eficácia da súmula com efeito vinculante	105
6. Meios de impugnação da decisão contrária à súmula	107
7. Alterações no processo administrativo.....	108
8. Aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal	110
9. Conclusões	110
Capítulo VIII – Justiça do Trabalho e competência penal.....	113
<i>Rodolfo Pamplona Filho e Sérgio Waly Pirajá Bispo</i>	
1. Introdução	113
2. Origem, evolução e vocação da Justiça do Trabalho	114
3. Uma questão de adequação e efetividade.....	124
4. O juiz do trabalho e a ação penal	127
5. Operacionalização da nova competência	129
5.1. Modificações legislativas necessárias	129
5.2. Processo penal x processo do trabalho.....	130
5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho	132
5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União	133
6. Considerações finais.....	134
7. Referências	134
Capítulo IX – O Mercosul e seus Projetos Institucionais	137
<i>Saulo José Casali Bahia</i>	
1. As razões para a integração econômica e política na América do Sul	137
2. O modelo institucional do Mercosul: entre o interestatismo e o supranacionalismo.....	139
3. Histórico de criação e quadro institucional do Mercosul.....	140

4. O Mercosul Invisível.....	144
5. O Futuro do Mercosul	145

Capítulo X – Acesso à justiça e problemas processuais em torno do princípio da igualdade no Direito Brasileiro 147

Wilson Alves de Souza

1. Introdução.....	147
2. Lei que concede privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes	151
3. Lei que concede privilégio de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita.....	153
4. Lei que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao ministério público	154
5. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos defensores públicos	158
6. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do ministério público	159
7. Lei que concede prioridade de julgamento nos processos em que o idoso figure como parte	160
8. Lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado	161
9. Lei que concede tratamento diferenciado em favor dos necessitados em caso de condenação em honorários de advogado ..	163
10. Lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do ministério público com relação a adiantamento de despesas processuais	163
11. Lei que concede privilégio ao necessitado com relação às custas e despesas processuais.....	165
12. Lei que isenta o autor de adiantamento de despesas processuais e do ônus da sucumbência no caso de ação popular e ação civil pública	165
13. Tratamento diferenciado entre réus com relação ao efeito da revelia	167
14. Lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais.....	169
15. Lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor	170
16. Conclusões	171
17. Referências bibliográficas	174

Capítulo XI – Depois da onda: mudança de regime? (entendendo a crise no Iraque) 177

Winston P. Nagan

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

Capítulo XII – Aspectos processuais dos Crimes praticados pela Internet	183
<i>Bernardo Chezzi</i>	
1. Considerações iniciais	183
2. Ocorrência do crime. A ata notarial	184
3. O procedimento da Autoridade Policial na fase de inquérito	185
4. A notificação ao provedor de conteúdo	186
5. Jurisdição e competência	187
5.1. A jurisdição penal brasileira	187
5.2. Justiça Estadual ou Federal?	189
5.3. Foro competente	191
5.4. Juízo competente	193
6. Conclusões necessárias	195
7. Referências bibliográficas	196
Capítulo XIII – Conselho Tutelar: um avanço contingenciado pelo Poder Público	199
<i>Bruno Gomes Bahia e Jaqueline Almeida Silva</i>	
1. Introdução	199
2. Origem	200
3. Conceito	201
4. Atribuições do Conselho	202
5. Deficiências	207
6. Conclusão	208
7. Referências	209
Capítulo XIV – A competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das lides oriundas das prestações de serviços consumeristas	211
<i>Claudiane Cunha da Conceição</i>	
1. Introdução	211
2. A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho: a abrangência do termo “relação de trabalho”	211
3. A prestação de serviço consumerista como uma relação de trabalho	213
4. A competência da Justiça Trabalhista para o julgamento das lides oriundas das prestações de serviços consumeristas	214
5. Conclusão.	215
6. Referências bibliográficas	215

Capítulo XV – O Paradigma Hermenêutico do Positivismo Jurídico.... 217*Daniel Oitaven Pamponet Miguel*

1. Introdução.....	217
1.1. Panorama histórico.....	217
1.1.1. O período pré-revolucionário.....	217
1.1.2. O período pós-revolução: a ascensão da lei a fonte formal por excelência.....	218
2. O Positivismo Legalista e suas repercussões.....	218
2.1. A Escola de Exegese.....	218
2.2. Tentativas de reação contra o pensamento exegético.....	219
3. O Normativismo kelseniano.....	220
3.1. O sistema jurídico na visão de Hans Kelsen:.....	221
3.1.1. Tipos de interpretação jurídica e o desafio kelseniano.....	222
4. Conclusões a respeito do pensamento positivista.....	224
4.1. A Nova Hermenêutica.....	225
4.1.1. A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador.....	225
5. Referências.....	227

Capítulo XVI – O consentimento do ofendido**e a capacidade para consentir: análise crítica.....** 229*Devapi Souza Sampaio e Rafael de Souza Figueiredo*

1. Aspectos Introdutórios.....	229
2. Capacidade de Consentimento: Legislação Comparada.....	230
3. Natureza Jurídica do Consentimento do Ofendido.....	232
4. Critérios Definidores da Capacidade de consentir.....	233
4.1. Critério Etário.....	234
4.2. Critério Subjetivo.....	235
5. Conclusões.....	236
5. Referências.....	236

Capítulo XVII – Aspectos controvertidos a respeito da cláusula**vedatória de abertura de filial em contratos de *shopping center*.....** 239*Ermiro Ferreira Neto*

1. Introdução.....	239
2. Contrato de <i>shopping center</i> . Conceito. Características.....	240
3. A mínima regulamentação e a necessária incidência das regras da Teoria Geral dos Contratos.....	243
4. Cláusulas vedatórias de abertura de filiais.....	244
4.1. A proibição de constituição de filial.....	245
4.2. A proibição de constituição de filial nas redondezas do <i>shopping center</i>	246
4.3. A proibição de constituição de filial em <i>shopping center</i> concorrente.....	247

5. Conclusão	248
6. Referências	249

Capítulo XVIII – Foucault: entre o Poder e o Direito 251

Felipe Jacques Silva

1. As Bases do Pensamento de Foucault	252
1.2. Os Métodos: Arqueológico e Genealógico.....	252
1.3. As Relações de Poder	254
1.3.1. O Poder-Saber	257
1.3.2. A Microfísica do Poder	257
1.3.3. O Contrapoder	258
1.3.4. Os Dispositivos Disciplinares	258
2. Questionamentos sobre a existência das verdades universais e do “humanismo”	259
3. A Normalização	260
4. Os Dispositivos Jurídicos segundo Foucault.....	260
4.1. A Lei	261
4.2. A Revolução	261
4.3. O Crime	263
4.4. A Pena	264
4.5. A Transição Paradigmática da Justiça Criminal	265
4.6. As Ciências Extrajurídicas	274
5. Conclusão	276
6. Referências Bibliográficas.....	276

Capítulo XIX – Direitos fundamentais e hermenêutica constitucional concretizadora 279

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

1. Introdução.....	279
2. Direitos fundamentais: conceituação e conteúdo	279
3. A evolução do raciocínio judiciário	282
4. A necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora	287
5. Considerações Finais.....	290
6. Referências Bibliográficas.....	290

Capítulo XX – Das liminares em Mandado de Segurança:

Natureza Jurídica e impossibilidade de limitação abstrata 293

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

1. Introdução.....	293
2. Natureza do Mandado de Segurança	293
3. Conceito de Medida Liminar	294
4. A Liminar em Mandado de Segurança	295
5. A Impossibilidade de Limitação Abstrata	297

6. Conclusões	298
7. Referências Bibliográficas.....	299

Capítulo XXI – A Assistência Social tipo educação formal. Obrigações do Estado e das associações beneficentes do tipo escolas portadoras do Certificado de Entidade Beneficente do CNAS	301
--	------------

José Rosa

1. Introdução.....	301
2. Histórico	304
3. Conceito e Fundamentos Jurídicos.....	307
4. O SUAS – Sistema Unificado de Assistência Social.....	310
5. Obrigações das Escolas beneficentes de Assistência Social Decorrentes da Adesão ao SUAS.....	312
6. Os Sujeitos Ativos da Assistência Social Educacional e seus Direitos ...	314
7. Escolas Privadas Beneficentes e as Leis 8.742/93 – LOAS e 9.394/96 – LDBE; Direitos e Obrigações	316
8. Conclusão.....	316
9. Referência Bibliográfica.....	318

Capítulo XXII – Interrogado delator – a constitucionalização da sua atividade no processo penal por meio do princípio da comunhão da prova.....	319
--	------------

Misael Neto Bispo da França

1. Aspectos introdutórios.....	319
2. Breves anotações sobre conceito de prova.....	320
3. Natureza jurídica do interrogatório segundo o processo penal constitucional: meio de defesa.....	322
4. Valor probante do interrogatório e sua submissão ao princípio da comunhão da prova – um abrigo nos casos de co-delinquência	324
5. Conclusão.....	329
6. Referências Bibliográficas.....	333

Capítulo XXIII – Os meios de solução de conflitos relativos ao comércio eletrônico internacional.....	335
--	------------

Ricardo Barretto de Andrade

1. Introdução.....	335
2. A aplicação das regras de conflitos de leis no comércio eletrônico internacional.....	336
3. A unificação dos direitos substanciais do mundo.....	337
4. A criação de uma ordem legal internacional privada	338
5. Conclusão.....	341
6. Referências.....	341

Capítulo XXIV – Questionamentos a respeito da estabilidade provisória da empregada doméstica gestante:

uma visão sócio-jurídica dessas mulheres.....	343
<i>Samira Oliveira Noronha</i>	
1. Introdução	343
2. Os Aspectos Sócio-históricos: quem é a empregada doméstica brasileira?	344
3. A estabilidade provisória da doméstica gestante.....	347
3.1. A realidade jurídica versus a realidade social	347
3.2. Empregada doméstica: algo ou vítima?.....	351
4. Conclusão	352
5. Referências Bibliográficas.....	353

Capítulo XXV – Formas de violência extralegal:

Linchamentos e execuções sumárias	355
<i>Tagore Trajano de Almeida Silva e Ceci Vilar Noronha</i>	
1. Introdução.....	355
2. Metodologia	357
2.1. Coleta de dados	358
2.2. Análise de dados.....	358
3. Explorando os conceitos.....	358
4. Resultados	363
4.1. Grupos de Extermínio	363
4.2. Linchamento.....	365
5. Discussão	366
6. Considerações finais.....	367
7. Referências	367

Capítulo XXVI – A Cláusula de Barreira no Direito

Constitucional Brasileiro.....	371
<i>Vinícios Conceição Silva Silva</i>	
1. Aspectos introdutórios.....	371
2. Finalidade.....	371
3. Direito comparado e história da legislação brasileira	372
4. Regramento atual.....	374
5. Constitucionalidade da cláusula de desempenho: A posição do STF	375
5.1. Dos elementos fáticos.....	376
5.2. Do pluralismo político e da soberania popular.....	377
5.3. Dos direitos da minoria	378
5.4. A lei ordinária em face do poder reformador	379
5.5. Do princípio da proporcionalidade e da igualdade de chances	379
5.6. Da densidade axiológica do texto constitucional	380

5.7. Do conflito de normas	380
5.8. Do sistema bicameral perfeito.....	381
5.9. Da decisão final	381
6. Conclusão	381
7. Referências	382

Capítulo XXVII – A intervenção anômala e a dispensa

de interesse jurídico para ingresso no processo	383
--	------------

Yves West Behrens

1. Introdução.....	383
2. Intervenção especial das pessoas de direito público	384
3. Ressalva quanto à dispensa de interesse econômico	385
4. A Intervenção anômala e a isonomia.....	385
4.1. O Regime jurídico-administrativo.....	386
4.2. Interesses público primário e secundário	386
5. Possibilidade de enquadramento como <i>amicus curiae</i>	388
6. Conclusões	389
7. Referências Bibliográficas.....	389

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

CAPÍTULO I

UM QUESTIONAMENTO SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA

*Douglas White**

A Constituição Federal brasileira, no Título VII, que trata “*Da ordem econômica e financeira*”, fundando-se especialmente na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios dispostos nos diversos incisos do seu artigo 170, dentre os quais destaca-se o inciso IX – *que determina tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País* – que se harmoniza com a disposição do § 4º do art. 173 – que determina a repressão ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, e ao aumento arbitrário dos lucros.

De Plácido e Silva salienta que, princípios são “... as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como sustentáculo de alguma coisa. Revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Deste modo exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito”.

Defere-se, portanto a todos, o direito de organizar e desenvolver adequadamente qualquer atividade econômica – respeitante os princípios constitucionais e ao que dispõem leis pertinentes. A livre iniciativa empresarial é garantida, gozando do apoio do Estado, e de sua intervenção e ou regulação quando for o caso.

O presente cenário empresarial revela redes empresariais de grande porte, atuando concomitantemente nos ramos varejista e atacadista, utilizando-se de suas aptidões associadas a tecnologia de ponta e mecanismos eficientes de logística, dispostas a desdobrar suas atividades mercantis com a criação de empresas com estabelecimentos de menor tamanho, para exercer a mercancia em territórios, aldeias onde concorrerão com microempresas e pequenos empresários.

* Douglas White é advogado, Professor Adjunto e Coordenador do Colegiado de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Os microempresários e as empresas de pequeno porte, obviamente destituídos do suporte dos vistosos grupos empresariais, provavelmente sucumbirão diante das grandes redes, as quais, detentoras de expressiva penetração no mercado varejista, e com o apoio no atacadista, poderão ser predatórias nesses territórios porque absorverão a clientela lá situada.

Dantes, esses territórios não despertavam o interesse aos grandes grupos, mais focados em estratégias, logística de lucratividade diferenciada.

Com a melhoria de renda dos chamados bolsões, com clientela apontando viabilidade de faturamento, as economias de bairros e de outras localidades outrora vistos como pouco rentáveis, passam a ser objeto de alvo especial porque analisados como propiciadores de potencial lucratividade.

É certo que esses novos possíveis estabelecimentos – ao que se poderia apelidar de *cauda de cometa*, porque no rastro dos grandes grupos –, alavanca criação, oferta de empregos, espera-se também proporcione treinamento e conseqüente melhor qualificação profissional para a mão de obra que arremete, e arrecadação de tributos.

Porém, em contrapartida, os microempresários e as empresas de pequeno porte poderão estar ameaçados, simplesmente desaparecer, sofrer ataque predatório, serem exterminados, diante de uma concorrência desnivelada.

Imperiosa especial atenção, cautela, cuja prudência deve ensejar uma busca de satisfatória adequação econômica.

Não que se concite intervenção precipitada do Estado de forma discricionária, mas estimular a livre concorrência sem os nefastos exercícios predatórios referidos acima. Necessário assegurar estudos, exercícios e esforços na busca e preservação da livre concorrência com a participação efetiva de uma estratificação empresarial segura e estimulante.

Não se pode simplesmente em nome e na busca do desenvolvimento econômico, do progresso, dispensar aqueles atores que já agregaram esforços, sacrificando-se em áreas muitas vezes inóspita, hostil.

A livre concorrência – garantida pela CF, art. 170, IV – é um dos alicerces da estrutura da economia brasileira. Os esforços devem ser no sentido de acentuar a presença contínua e viçosa das empresas privadas aquinhoadas de condições econômicas e financeiras desejosas de compartilhar com a nação, o progresso, entrelaçando-se de modo a assegurar eficácia necessária, convivência harmônica, entre o mais avançado em tecnologia, mas sem olvidar-se na proteção a livre iniciativa dos microempresários e pequenos empreendedores, estes, muitas vezes clientes absolutos das grandes redes e dos viçosos grupos econômicos.

Expressa o artigo 174, da Constituição Federal: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*”

Não se pode tolerar um mercado *cinza* ou um mercado que pode ser caracterizado como invisível, pois, o mundo contemporâneo não mais admite e tampouco deve incentivar práticas não recomendáveis.

Com a livre iniciativa, com a busca continuada de melhores oportunidades e opções para a produção de riquezas, exercitando-se normas em vigor já presentes, alcançar-se-á um mercado mais justo e não predatório. A Lei nº 8.884/94 objetiva preservar as relações de mercado, respeitante aos princípios constitucionais da livre concorrência, sem olvidar a defesa dos consumidores, proporcionando à coletividade, que é a titular dos bens jurídicos, o cumprimento da ordem econômica de liberdade de iniciativa, mantendo-se, bem como, o escopo relativo à repressão ao abuso do poder econômico, no que dispõe o § 4º do art. 173 da CF.

É cediço acompanhar, orientar os empresários segundo as regras já prescritas, cabendo que se conduzam sempre subordinados a ordem econômica, sem prejudicar a livre concorrência, e ainda observando a vontade do legislador na proteção ao microempresário conforme se vê expressa nas disposições já acima citadas e ainda no artigo 179 da CF que proporciona conferência de tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte.

CAPÍTULO II

O SISTEMA DE NULIDADES DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC E A REVISÃO DE CONTRATOS

*Flavia Marimpietri**

Sumário • Introdução – 1. Identificação – 2. Nulidades de pleno direito X revisão dos contratos: 2.1. A tese do ato ilícito *lato sensu*; 2.2 A tese do abuso de direito; 2.3 A tese das nulidades relativas – 3. Diversidade de sanções – 4. O sistema de nulidades do art. 51 do CDC – 5. Conclusão – 6. Referências.

INTRODUÇÃO

A moderna economia trouxe consigo a necessidade de padronização e despesoalização das relações (em especial as contratuais). Neste contexto, tornou-se necessária a racionalização da atividade empresarial para o crescimento econômico, surgindo como um verdadeiro contingente da produção em escala e da economia de mercado um novo modelo contratual – o contrato de adesão.

Segundo Enzo Roppo apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy, esta padronização das relações permite o desenvolvimento da economia, planejamento da produção e dos custos, acelera a conclusão dos contratos e otimiza seu controle e, desta forma, previne litígios e reduz riscos adicionais. Este novo modelo contratual também traz benefícios, obviamente se assimilado dentro do limite traçado pela esfera dos princípios e mandamentos do Direito contemporâneo (GODOY, 2004, p. 5).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 8-40), deve-se reconhecer que, a despeito da sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social do contrato, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é um instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público. Mesmo em algumas modalidades contratuais, a exemplo daquelas pactuadas sob forma de adesão, onde o âmbito de atuação da vontade é sobremaneira diminuído, não pode-se negar a sua ocorrência, pois, ainda assim, o aderente tem liberdade de contratar ou não.

Na atualidade, a forma mais usual de contrato consumerista tem-se revestido sob a forma de adesão, sendo na seara de consumo regulamentado pelo CDC no art. 54.

* Mestra em Direito Econômico pela UFBA, professora universitária e advogada.

A modalidade adesiva de contrato é lícita e não significa falta de consentimento da parte contratante. Para Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 70-71), o contrato de adesão tem natureza jurídica de contrato (o que engloba a presença necessária do consentimento das partes), tendo como característica peculiar, contudo, a ausência de discussão preliminar sobre o conteúdo negocial, configurando-se, assim, como “técnica de conclusão de negócio e de disciplina de relações contratuais”. Vale dizer que, nos contratos de consumo adesivos, o consentimento também está presente, porém, em função das peculiaridades deste, o consentimento contratual essencial para a formação do negócio dá-se como ato de assentimento.

A falta da discussão das cláusulas contratuais entre as partes não invalida o contrato de adesão por falta de consentimento; apenas este, apesar de existente na hora da adesão ao pacto, possui pouca influência na elaboração das cláusulas. Para Thereza Christina Nahas (2002, p. 28), o contrato de adesão presente nas sociedades atuais não suprime a expressão da vontade; o que ocorre é que esta vontade vem de nova forma. O que saiu da esfera de controle das partes foi a possibilidade criadora de cláusulas, não a expressão da vontade, mesmo que esta expressão venha de forma reduzida a adesão ou não ao pacto.

O problema surge na ocorrência de maior possibilidade de abusos neste tipo de contrato, por meio das conhecidas “cláusulas abusivas”. Estas são inseridas no contrato, e provocam um rompimento no equilíbrio das partes e na equação contratual. A abusividade da cláusula, em geral, reside na imposição de um comportamento que traga vantagem desproporcional e imotivada a um dos contratantes, rompendo a base do negócio e desvirtuando a finalidade essencial do mesmo.

Segundo Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 99), na doutrina e jurisprudência moderna, o principal fundamento para a vedação das cláusulas abusivas, é o princípio da boa-fé objetiva. Note-se que, a despeito de estarem mais facilmente presentes nos contratos de adesão, as cláusulas abusivas podem existir em qualquer tipo de contrato de consumo, vez que a finalidade do sistema protetivo é o equilíbrio contratual em geral.

Reza o art. 51 do CDC, que quando da presença de cláusulas abusivas, o sistema consumeirista deve repudiá-las, impondo a nulidade de pleno direito ou absoluta. O problema central surge em saber como compatibilizar este tipo de sanção com o direito básico do consumidor de revisar contratos, conforme previsto no art. 6, inciso V do mesmo diploma legal.

1. IDENTIFICAÇÃO

O primeiro passo para compreensão da questão das nulidades reside em identificar a presença ou ausência de abusividade. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 1, 2) o problema inicial reside na determinação desta

abusividade, podendo o legislador optar por três caminhos: a) definir o conceito de abusividade; b) empregar cláusula geral de Direito para permitir, ao intérprete e aplicador da lei, o preenchimento do conceito de abuso de acordo com o caso concreto; c) enumerar os casos onde o abuso aconteceria (por presunção). Modernamente têm sido utilizadas, principalmente, as idéias de prejuízo substancial e inevitável, razoabilidade e inescrupulosidade. O sistema brasileiro optou por não definir a abusividade, elaborando um rol exemplificativo conforme o art. 51 do CDC, o qual contempla duas grandes cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: cláusula geral da lesão e cláusula geral da boa fé. A desconformidade entre a conduta prevista e a efetiva resulta na ilicitude da conduta.

Neste sentido, conclui (AGUIAR JR., 2006, p. 10-16), que são abusivas as cláusulas que caracterizam lesão ou violam a boa-fé objetiva, funcionando estas como cláusulas gerais de Direito, capazes de atingir situações não expressamente reguladas no contrato ou na lei. Mais adiante, aduz que as cláusulas abusivas podem ser controladas por meio de dois tipos de controle: interno (feito pelo próprio contratante) e externo (feito antes ou depois da celebração do contrato, pro via administrativa ou judicial). Por fim, ainda, que no tocante ao controle judicial, que o legislador ofereceu importantes ferramentas favoráveis ao consumidor, como a possibilidade de inversão do ônus probatório, o incentivo a criação de juizados especiais, a assistência jurídica gratuita ao consumidor carente e possibilitou a desconsideração da personalidade jurídica para a perseguição dos bens dos sócios para a efetiva reparação de danos etc.

É mister salientar, ainda, que as ditas cláusulas abusivas encontram-se dentro do contrato de consumo, o qual tem natureza de negócio jurídico. Este último, por sua vez, possui como elementos constitutivos a manifestação de vontade, o agente, o objeto e a forma. Sem a presença de todos estes, não pode se falar em negócio jurídico.

2. NULIDADES DE PLENO DIREITO X REVISÃO DOS CONTRATOS

A partir do panorama acima traçado, surgem algumas indagações, no sentido de ser o sistema de nulidades de pleno direito ou absolutas compatíveis com a possibilidade de revisão dos pactos de consumo. Alguns autores chegam a prelecionar que consideram-se como não-escritas (logo inexistentes) as cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo.

Segundo Orlando Gomes (1993, p. 488), a nulidade é incurável, o que significa que as partes não podem saná-la e nem ao juiz é lícito supri-la. Ora, a revisão conforme con-cebida pelo CDC prevê justamente a possibilidade do juiz rever as cláusulas contratuais e modificá-las para retirar o excesso ou abusividade, podendo o magistrado, inclusive, reformulá-las na sua redação. Seria, então, possível compatibilizar as nulidades absolutas do art. 51 do CDC com o princípio

da conservação dos contratos e do direito de revisão contratual? Qual a natureza jurídica das cláusulas abusivas? Voltemos às definições da teoria geral do direito, para buscarmos uma construção adequada.

Pode-se relembrar algumas definições gerais e outras referentes à seara contratual. Segundo Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 38-44), o sistema jurídico comporta atos jurídicos (independem da vontade humana) e atos jurídicos *lato sensu* (atos que dependem da vontade humana), sendo estes últimos os que interessam à nossa questão das cláusulas abusivas. O suporte fático da norma jurídica se traduz num fato, evento ou conduta que ocorre no mundo, e por ser considerada relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Assim, a conduta humana de pactuar vontades deixa de ser apenas um ato, para por incidência da norma, transformar-se em ato jurídico *lato sensu*. Outrossim, no negócio jurídico, o suporte fático do contrato possui dois fatos jurídicos como elementos, onde a falta dos quais implica em inexistência do ato: a proposta e a aceitação. Nos contratos de consumo, vê-se a presença da proposta (ligada diretamente ao princípio da vinculação da oferta) e da aceitação quando da assinatura do instrumento ou a concordância verbal; logo, não há que falar-se em inexistência.

Para Orlando Gomes (1993, p. 274-279), negócio jurídico é instrumento próprio da circulação dos direitos, de modificação intencional das relações jurídicas, sendo conceituado como ato de autonomia privada vinculante para os agentes, onde se regulamentam condutas a partir de interesses. Pode-se, então, definir o contrato de consumo como negócio jurídico bilateral. Neste contexto, o negócio jurídico reclama, não só a presença de declaração de vontade, agente, objeto e forma, mas uma “qualificação” destes elementos, transformando-os em manifestação de vontade livre e de boa-fé, agente capaz, objeto lícito, possível e determinado (ou, ao menos, determinável) e forma não vedada pela lei. Quando estes elementos deixam de ser “simples” para tornarem-se “compostos” (qualificados), o negócio, que antes era apenas existente, passa a ser autorizado pelo sistema jurídico a ser válido, ou seja, apto a produzir seus regulares efeitos.

Feitas estas considerações preliminares, é possível entender melhor as diversas posições da doutrina no tocante à natureza jurídica das cláusulas abusivas.

2.1. A tese do ato ilícito *lato sensu*

Segundo Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 238), existe uma categoria que poderia comprometer o regular desenvolvimento do ato – o chamado ato ilícito *lato sensu*. Este ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (culposa ou não), cause dano a outrem e implique em infração a dever absoluto (sujeito passivo indeterminado) ou relativo (sujeito passivo determinado, e em geral, relacionado com deveres contratuais). Logo, é possível afirmar que ato ilícito é ato jurídico que contraria o direito. Assim, quando o CDC estabelece princípios,

diretrizes e deveres, principalmente a boa-fé objetiva em sua tríplice função (padrão hermenêutico, fonte de deveres e integradora das normas), devem os contratos de consumo conter cláusulas que obedeçam a todos estes aspectos. Quando isto não ocorre, ou seja, quando um ato afronta uma norma (princípio, política ou regra) cogente, o ordenamento classifica este ato como ilícito e impõe uma sanção.

Não deve-se descartar a tese das cláusulas abusivas como ato ilícito *lato sensu*. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 12), as cláusulas abusivas do art. 51 do CDC são também ilícitas, porque contrárias ao Direito, enquanto conjunto de leis integrado por princípios gerais de moralidade e interesse público. Em linhas gerais, as cláusulas abusivas têm natureza jurídica de ato ilícito.

2.2. A tese do abuso de direito

Mister ainda colacionar a tese do abuso de direito. De acordo com tal entendimento, as cláusulas abusivas poderiam ser consideradas como abuso de direito, como categoria apartada do ato ilícito. O Título III do CC disciplina os atos ilícitos, comportando duas modalidades: o ato ilícito que nasce ilícito (art. 186), pois por ação ou omissão do agente viola direito ou causa dano, e o ato ilícito derivado do abuso de direito (art. 187), o qual nasce lícito e transforma-se em ilícito por desvio de finalidade (BRASIL, 2004b).

Para Cláudia Lima Marques (2003a, p. 625), ambos são repudiados pelo sistema jurídico, variando, contudo, a hipótese de incidência de cada um. O ato ilícito previsto no art. 186 é aquele que se mostra desconforme ao direito, e que provoca uma reação negativa no ordenamento. Este ato viola direito ou causa prejuízo, fazendo nascer a obrigação da reparação (responsabilidade). O ato ilícito previsto no art. 187 ocorre quando um ato inicial é tido como lícito, mas o modo excessivo do seu exercício ofende o ordenamento.

Esta linha de raciocínio, em verdade, corrobora com a tese sobre a ilicitude das cláusulas abusivas, pois poderíamos dizer que quando um fornecedor introduz num contrato de consumo (adesivo, na maioria das vezes) uma cláusula abusiva, há violação da proteção do vulnerável, ofensa à boa-fé objetiva e à harmonia nas relações de consumo etc. Logo, desta violação nasce o ato ilícito que faz com que essas cláusulas possam ser consideradas ilícitas, pois violam as regras e valores da ordem jurídica consumerista.

2.3. A tese das nulidades relativas

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 18), o Código Civil abarcou, sob o manto das invalidades, as chamadas nulidades e anulabilidades. A nulidade é decretável de ofício, independente de ação, enquanto a anulabilidade só pode ser alegada pelo beneficiário por meio de ação cabível. O ato anulável é ratificável

e eficaz até a sua anulação. Em linhas gerais, a nulidade de pleno direito corresponderia à nulidade absoluta, e a anulabilidade à nulidade relativa.

Desta forma, inicialmente, quando não existem defeitos ou vícios, os contratos são válidos; contudo, é preciso analisá-los à luz de seus efeitos e da sua função.

Aduz Calmon de Passos (2005, p. 27, 31) que o pensar jurídico deve ocorrer em função da consequência que deve se operar do ato. Havendo correspondência entre o suposto material verificado e o normativamente exigido, haverá o que chama de “tipicidade” ou “adequação”, o que acarretará o deferimento da consequência pretendida e a validade do ato. Haverá invalidade, contudo, se houver “atipicidade” ou “inadequação”. Na análise da validade dos negócios jurídicos, deve o intérprete analisar os seguintes aspectos: a) existência de vontade livre e sã dos pactantes; b) exercício da vontade deve estar dentro dos limites dados pelo direito; c) adequação entre o efeito pretendido/efetivado e o pactuado. Conclui-se, portanto, que presente a vontade das partes, sendo a mesma exercida de boa-fé, de forma livre e dentro dos limites dados pelo próprio sistema (a exemplo da função social) deve haver, em regra, uma adequação entre o pretendido e os resultados fáticos do contrato. Quando não houver esta adequação, a despeito da sua existência e validade, de acordo com o caso concreto, é possível haver ineficácia, ou seja, não produção dos efeitos regulares do contrato e dos efeitos queridos pelas partes.

A partir das lições dos diversos autores supra citados, pode-se concluir que, quando a despeito da vedação aos abusos, o fornecedor oferta ao consumidor um contrato onde existe uma cláusula portadora de uma vantagem excessiva, a despeito da presença da abusividade, houve uma proposta; pode ocorrer, contudo, que o consumidor, a despeito de muitas vezes enxergar esta abusividade, aceita o contrato como um todo, havendo declaração de vontade e aceitação. Logo, não há de se falar em inexistência do ato, e portanto, não pode ser a cláusula considerada, de plano, como inexistente ou não escrita.

Para Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 96-100), ao sofrer a incidência da norma jurídica, o fato/ato ingressa no mundo jurídico, adentrando o plano da existência; se existente, este fato/ato jurídico passará pelo crivo da perfeição ou imperfeição (defeito no sujeito, objeto ou forma) do ato, vez que, se considerado perfeito, adentrará o plano da validade. Ingressando na seara das cláusulas abusivas, a lesão que vicia o consentimento é causa de anulabilidade do negócio, e não de inexistência. Tal assertiva afigura-se correta, até porque o problema da lesão reside, não na inexistência da declaração de vontade, mas na falta de liberdade contida nesta declaração, principalmente, em face aos contratos de adesão que dominam a sociedade atual, onde o consumidor é muitas vezes motivado a contratar pela necessidade do bem, o que o faz concordar com algo que, em outras condições, não o faria. Note-se ainda que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 372), para concepção da validade da declaração de

vontade, é preciso reconhecer nela a conjugação dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé.

A partir de tudo o quanto foi exposto, conclui-se que as cláusulas abusivas poderiam ser classificadas como atos anuláveis por nulidade relativa, dispensando o rótulo da nulidade de pleno direito equiparada à inexistência. A um, porque esta última dispensa de dilação probatória por não admitir prova em contrário, o que não corresponde à realidade dos nossos tribunais, onde a fase instrutória ocorre de forma consistente, oportunizando ao réu a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado, provando não ter havido a abusividade. O próprio CDC oportuniza este momento, quando prevê, no parágrafo 1º do art. 51, a presunção de vantagem exagerada, cabendo ao fornecedor demonstrar que esta não ocorreu. A dois, porque a nulidade absoluta pode ser decretada de ofício, o que não condiz com o texto do parágrafo 4º do mesmo artigo, que legitimam o consumidor e o Ministério Público a propor ação declaratória de nulidade de cláusula contratual quando não houver equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 440) a nulidade relativa (diferente da absoluta) não tem efeitos antes da coisa julgada e não poderá ser pronunciada de ofício, exigindo a provocação do judiciário.

Outrossim, pela atual redação do *caput* do citado artigo, havendo cláusula abusiva, estaríamos diante de um vício insanável que a fulminaria, sendo esta considerada nula de pleno direito e “não escrita”, de acordo com a doutrina. Thereza Christina Nahas (2002, p. 55, 93) afirma que, quando da ocorrência de uma situação fática que contrarie o sistema legal de proteção do CDC, pode o intérprete considerar esta cláusula como não escrita. Todo contrato que viole as normas do art. 51 do mesmo diploma legal, contém cláusulas nulas e consideradas não escritas, devendo haver substituição automática das mesmas. Ousa-se discordar da posição da autora.

Inicialmente, vale salientar que a questão em tela é por demais tormentosa na doutrina. A própria autora acima citada, a despeito de considerar o rol do art. 51 do CDC como causa de nulidade de pleno direito, a qual não admite prova em contrário, mais adiante, ao referir-se ao parágrafo 1º, que fala sobre vantagem excessiva, contradiz-se aduzindo tratar-se de uma “presunção relativa”, podendo o fornecedor fazer prova de que não obteve vantagem com o ato praticado. (NAHAS, 2002, p. 118) Aliás, esta “vantagem excessiva” deve ser apurada pelo juiz em razão da natureza do negócio, do interesse das partes e das peculiaridades do caso concreto, fatos estes que só podem chegar ao conhecimento do magistrado, pela instrução probatória.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que o que não está escrito, em verdade, não está presente no mundo dos fatos e, portanto, não existe. Note-se que estamos no campo do direito material, o qual trabalha apenas com a existência no plano

fático, diferente do direito processual que concebe a possibilidade da existência processual, sem que haja existência fática ou física. Neste contexto, o que é nulo de pleno direito, podendo ser até considerado inexistente, não tem existência neste mundo dos fatos, o que impossibilita sua revisão ou reavaliação. Tampouco admite prova em contrário por ser considerada uma presunção absoluta ou *juri et de juri*, a qual dispensa dilação probatória, o que não ocorre na vida prática judicial. Outrossim, note-se que as nulidades instituídas a favor do consumidor não serão decretadas quando provado o proveito da cláusula para o beneficiário.

Caso se insista na questão da nulidade absoluta, o problema continua sem solução no tocante à principiologia do CDC. Sendo a nulidade insanável e absoluta, não seria possível a compatibilização destas nulidades com o princípio da conservação dos contratos e revisão dos mesmos, uma vez que o CDC classifica como nulas de pleno direito as cláusulas apostas no art. 51, equiparando a doutrina estas nulidades à inexistência. Ora, repita-se que o que não está escrito no contrato, não pode ser revisto, pois jamais chegou a ser visto ou existente. Por exemplo, quando, no decorrer de um contrato, uma cláusula torne-se excessivamente onerosa para uma das partes, é possível sua revisão para o ajuste da essência do pacto, o que não quer dizer que tal cláusula tenha, antes do aparecimento deste excesso de onerosidade, sido viciada ou nula, tampouco inexistente.

3. DIVERSIDADE DE SANÇÕES

Outro interessante problema surge quando o legislador prevê em um mesmo artigo e um só tipo de sanção (nulidade de pleno direito) para situações fáticas diversas, que comportam respostas jurídicas também diversas. Dois exemplos são fornecidos por Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 21-22) extraídos dos incisos do art. 51 do CDC:

a) O inciso III, que transfere responsabilidades para terceiros, traz vício aparente onde a prova literal está no próprio instrumento contratual. A despeito da penalidade de nulidade ser de pleno direito, esta nulidade *in casu* pode ser afastada se, na situação concreta, ocorrer benefício para o consumidor. Sendo norma-objetivo, esta norma visa a proteção dos interesses econômicos do consumidor conforme art. 4º do CDC, onde a sanção de invalidade serve para proteger o mesmo dos defeitos extrínsecos do contrato. Ora, se a despeito deste defeito, nenhum prejuízo atingiu o consumidor, demonstrada a utilidade e o benefício aferido pelo contrato, não há de prevalecer a nulidade.

b) Os incisos IV (cláusulas incompatíveis com a boa-fé) e o XV (violem o sistema de defesa do consumidor), a despeito de serem consideradas pelo *caput* nulas de pleno direito (o que dispensaria a dilação probatória), necessitam de confronto com provas e análise das circunstâncias fáticas do contrato. Ademais, a nulidade como está posta pelo artigo não comporta sanção, o que não ocorre de

fato. Os incisos citados visam proteger o princípio da equivalência contratual, e por isso, admitem intervenção judicial para ajuste. Logo, uma vez restabelecidas a equidade e a boa-fé, não há razão para o reconhecimento da nulidade vez que o vício desapareceu.

4. O SISTEMA DE NULIDADES DO ART. 51 DO CDC

Sobre o sistema de nulidades aposto neste artigo, a despeito da confusão gerada pela terminologia aplicada, aduz Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 127-136) que o diploma consumerista utilizou mal a expressão “nulidade de pleno direito”, uma vez que esta terminologia traduz um “exagero”. Isto porque a expressão só pode ter sido usada na tentativa de reforçar o caráter de gravidade do defeito presente, e não no sentido técnico jurídico que dispensa a dilação probatória judicial em função de uma presunção absoluta, pois esta dilação é essencial para atividade hermenêutica do intérprete e para o seu convencimento. A solução trazida à baila estaria na combinação dos arts. 1º e 51 do CDC, no sentido de demonstrar a opção legislativa pela nulidade insanável, o que não resolve o problema.

A doutrina contudo, não é pacífica neste tocante. Posição inovadora é proposta por Néelson Nery Jr., com a qual, apesar de diferenciada, não se concorda, com a devinda vênua. Para este autor, as nulidades previstas no CDC teriam criado um “sistema próprio”, diferente do sistema geral previsto pelo direito civil e processual civil (GRINOVER, 1999, p. 490-491). Tal assertiva não afigura-se correta, pois tal conclusão fundada na alegação de que o sistema de nulidades varia de acordo com cada ramo do direito, não possui sustentação jurídica; pensa-se que a teoria das nulidades é uma e pertencente ao ramo da teoria geral do direito, podendo ser adaptada às vicissitudes de cada sub-ramo do direito, a exemplo do direito de família, comercial, tributário etc. Para Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 20-24), não há razão para descartar a classificação proposta pela teoria geral do direito e criação de um novo sistema de nulidades para o CDC, devendo, portanto, as chamadas “nulidades de pleno direito” do art. 51, ser encaixadas no conceito de nulidades trazido pelo Código Civil. Parece-nos que o sistema consumerista (principalmente em face ao princípio da conservação dos contratos), visa a correção dos defeitos por meio de intervenção judicial equilibrada, a qual irá expurgar o vício e ajustar o contrato aos princípios e regras conformadores do sistema.

Ademais, o esquema da inexistência, validade e eficácia do ato jurídico é uno e pertencente à teoria geral do direito, o que significa que comporta adaptações em função das diversas áreas do direito, mas não cria um novo sistema de nulidades para cada ramo, muito menos, para cada sub-ramo, como o microsistema de consumo. A despeito do texto legal do art. 51 do CDC que prevê a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, Néelson Nery Jr. (GRINOVER, 1999, p. 490-491), chega a dizer que o aludido diploma legal afastou o sistema de nulidades

do código civil, superando a dicotomia entre nulidades relativas e absolutas. Indaga-se, contudo, com que substrato jurídico chegou-se a tal conclusão de que o sistema de nulidades vigente no macrosistema do direito civil estaria afastado dentro do seu microsistema de consumo?

Para Cláudia Lima Marques (2003b, p. 92), o caminho seria o “diálogo das fontes”. Vale dizer que, a base conceitual do Código Civil, pode ser integrada ao CDC, para dar conteúdo a conceitos postos de maneira aberta. Assim, podemos concluir que o sistema de nulidades não é definido pelo CDC, e sim, por definição atualizada pelo novo Código Civil de 2002.

Pensa-se que importante caminho pode ser analisado e construído a partir do pensamento do processualista Galeno Velhinho Lacerda (1976). Seu modelo aplicado às nulidades processuais pode ser transposto para a seara material, na qualidade de vetor hermenêutico na interpretação das nulidades colacionadas no art. 51 do CDC. A questão da invalidade estaria resumida em três categorias: as nulidades absolutas, que ocorrem quando há infração a normas cogentes com fins prevaletentes públicos; as nulidades relativas, que ocorrem por infração a normas cogentes, mas erigidas preponderantemente para o interesse da parte; por fim, as anulabilidades que ocorrem por infração a normas dispositivas construídas preferencialmente no interesse da parte. As nulidades absolutas são insanáveis, enquanto que, para as nulidades relativas e anulabilidades, o juiz pode agir de ofício para impulsionar sua sanção. Para o entendimento do regime de nulidades, o citado autor propõe a idéia de um “sobredireito” – interpretação teleológica das normas, dando prevalência àquelas que sufragam, em si mesmas, valores superiores.

Em outras palavras, seria a aplicação de regras e princípios maiores que poderiam revogar ou suprimir a incidência de regras menores, propondo assim, um modelo onde as nulidades quando menores que o valor a ser atingido pelo ato, possam ser relativizadas ou suprimidas, se o fim foi alcançado. Vale dizer que, se a despeito de ser taxada como nula de pleno direito, uma cláusula tida como abusiva pode ser modificada pelo juiz espancando o abuso ou, se beneficiou o consumidor no caso concreto, não há motivos para ser anulada.

5. CONCLUSÃO

Em suma, observa-se que o legislador não foi feliz com a expressão “nulidade de pleno direito”, uma vez que não se trata disto. Melhor seria se, no *caput* do art. 51 do CDC, ele vedasse as cláusulas abusivas e impusesse às mesmas a sanção da nulidade relativa. Desta forma, a cláusula seria inválida e ineficaz em virtude da abusividade, o que permitiria ao magistrado uma revisão da citada cláusula, para espancar esta abusividade, mantendo a essência do contrato, o que, aliás, é um dos objetivos da legislação consumerista – a conservação dos pactos.

Quando da reformulação da cláusula, a validade e a eficácia do contrato teriam plena operatividade.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995.

_____. “Cláusulas abusivas no Código do Consumidor”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994. p. 13-32.

BELTRÃO, Sílvio Romero. “Interpretação dos contratos”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. “Interpretação dos contratos: diretrizes atuais”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4. (Séries Grandes Temas de Direito Privado).

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Livraria do Advogado, 2000.

CARVALHO JR., Pedro Lino. *A lesão consumeirista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LACERDA, Galeno Vellinho. “O código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1976.

MARIMPIETRI, Flavia. *Direito Material do Consumidor*. Salvador: Endoquality, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003a.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. v. 1. (Biblioteca de Direito do Consumidor).

- _____. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. X-Y, 2003b.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: LTr, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nélon. “Comentários ao art. 51 do CDC”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 200. v. 27. (Biblioteca de Direito do Consumidor).
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPÍTULO III

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A TRANSFORMAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

*Fredie Didier Jr.**

Sumário • 1. Nota introdutória – 2. A criatividade judicial e a *ratio decidendi* – 3. A “objetivação” do recurso extraordinário.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O objetivo deste ensaio é o de demonstrar a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, notadamente quando realizado por meio do recurso extraordinário.

A idéia é a seguinte: o controle, embora difuso, quando feito pelo STF (Pleno) tem força para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, assemelhando-se, nesta eficácia, ao controle concentrado de constitucionalidade.

Aos argumentos, pois.

2. A CRIATIVIDADE JUDICIAL E A *RATIO DECIDENDI*

O fenômeno de atuação dos enunciados normativos no plano social comporta três momentos distintos¹: (i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; (ii) o da definição da norma para o caso concreto; (iii) o da execução da norma individualizada.

O primeiro momento (formulação abstrata dos preceitos normativos) é tarefa que cabe exclusivamente ao Estado. Já a definição da norma concreta (a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência

* Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, especialização, mestrado e doutorado). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1. Baseado em ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 24 e seguintes.

da norma abstrata), bem como a sua execução (transformação efetiva em fatos e comportamentos) são atividades que não demandam, necessariamente, atuação estatal.

Ao comprar uma revista numa banca, os sujeitos já identificam a norma jurídica individualizada (referente ao contrato de compra e venda), que é a que vai reger a sua relação jurídica; se o pagamento é feito e a coisa é entregue, ali já se promove a execução da norma individualizada. Tudo isso espontaneamente, sem necessidade de atuação estatal.

Quando, porém, a definição da norma individualizada ou a sua execução não se desenvolvem voluntariamente, há necessidade de intervenção estatal, o que se dá através da atuação do Estado-juiz – salvo, obviamente, se as partes submetem a definição desta norma individualizada à arbitragem, ou se trata de caso em que se admite a autotutela. Por exemplo: num acidente de trânsito, os envolvidos atribuem um ao outro a culpa pela superveniência da colisão, ou simplesmente discutem sobre os danos efetivamente causados. Aquele fato da vida ocorreu, sofreu incidência da norma jurídica abstrata, o que lhe atribuiu aptidão para gerar efeitos jurídicos. Só que um dos sujeitos enxerga a norma individualizada de uma forma e o outro, de outra. Controvertem, pois, quanto à sua identificação. Surgida esta crise de identificação, o Poder Judiciário, mediante atividade cognitiva, definirá, por sentença – palavra aqui utilizada em sentido amplo –, o conteúdo da norma jurídica individualizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto.

Daí se dizer que a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Toda decisão judicial deve ser resultado de uma interpretação do texto normativo de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de

constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais².

Quando o juiz dá uma *interpretação à lei conforme à Constituição* ou a reputa inconstitucional, ele cria uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão “norma jurídica” aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade).

Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, tema que será abordado mais adiante. Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”³, que, por *indução*, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”⁴.

Assim, de acordo com a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, “se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto”⁵.

2. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

5. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 99.

Pois bem.

No conteúdo da fundamentação, é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”⁶.

“Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva”⁷.

Já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”⁸), sendo apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Essa distinção é muito relevante para o estudo (i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103-A, CF/88, e Lei Federal n. 11.417/2006), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), (iv) da admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, CPC), (v) dos recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF) (vi) do estudo do incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006, que regulamenta o § 3º do art. 102 da CF/88). Este ensaio cuida das hipóteses (i) e (vi). iando obstáculo ao que foi decidido, ora dificultando de direito que por ser generalizada.

6. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

7. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177.

8. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177.

A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Configura exatamente o que Luiz Guilherme Marinoni chama de *norma jurídica* criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais⁹. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada¹⁰.

“É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos *precedentes*, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”¹¹.

Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Finalmente, uma última palavra: em uma decisão, o órgão judicial não indica, *expressamente*, qual é a *ratio decidendi* – ressalvado a decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC), que têm esse objetivo¹². “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”¹³. A consolidação do entendimento na súmula da

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 96-97. Ver o que foi dito no item relativo à sentença como norma jurídica individualizada.

10. É o que se denomina, com eloquência, de *holding* (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 177).

11. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 176.

12. No caso do incidente de uniformização de jurisprudência, o próprio art. 479 do CPC diz que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá *precedente* na uniformização da jurisprudência” (acrescentamos o itálico).

13. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 175.

jurisprudência do tribunal tem, dentre outras, a função de “identificar” e “divulgar” a *ratio decidendi* construída pelo tribunal à luz de casos concretos semelhantes (situações de fato-tipo).

3. A “OBJETIVAÇÃO” DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos, por algumas mudanças bastante significativas. A EC n. 45/2004, por exemplo, criou a “súmula”¹⁴ vinculante em matéria constitucional (art. 103-A) e consagrou, no texto Carta Magna, a orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC (art. 102, § 2º, CF/88).

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao *controle abstrato*. Normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*. Normalmente, o *controle abstrato* é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o *controle concreto*,¹⁵ de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que

14. É incorreto falar em “súmulas” do STF. Só há uma súmula do STF, que tem diversos enunciados.

Explica o tema BARBOSA MOREIRA: “A ‘Súmula’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, ‘a indicação complementar de julgados no mesmo sentido’. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria ‘Súmula’, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘Súmula’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a ‘Súmula’, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n. X da ‘Súmula’ ou ‘Súmula, n. x’. Mas passou-se a falar com frequência de ‘Súmula n. x’, sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘súmula’.... Pois bem. A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável em conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo art. 103-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar ‘súmula que (...) terá efeito vinculante’, e já se generalizou, até fora dos meios especializados, a referência às futuras ‘súmulas vinculantes’, no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos os pressupostos, imprimirá esse efeito”. (“A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça)”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 378, p. 43). A referência que se fizer às “súmulas” será, apenas, *brevitatis causae*.

15. Convém apontar o posicionamento de Eduardo Appio, para quem não há controle de constitucionalidade concreto, nem mesmo o difuso, sob o fundamento de que “as considerações de ordem subjetiva, fundadas nas peculiaridades do caso concreto e na situação particular das partes envolvidas no litígio se situam no plano da aplicação da lei e não no plano do controle de

será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O controle concentrado, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*.

Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades¹⁶. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art. 97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato¹⁷. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). É por isso que, também à semelhança do que já ocorre na ADIN e ADC, é possível a intervenção de *amicus curiae* neste incidente (§§ do art. 482). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art. 481, par. ún., CPC)¹⁸⁻¹⁹.

constitucionalidade” (p. 75). Para o autor, “em ambos os casos – controle concentrado e difuso – a atividade judicial é essencialmente a mesma, uma vez que avulta de interesse um escopo político, qual seja o de garantir a supremacia da Constituição através da declaração da nulidade da lei inconstitucional”. (“A teoria da inconstitucionalidade induzida”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 72).

16. “A decisão plenária não se equipara plenamente às decisões tomadas no controle em abstrato de constitucionalidade dado não surtir típico efeito *erga omnes* de, por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, por outro lado, fica muito longe de restringir-se ao caso concreto que lhe deu ensejo, porquanto dela emana % em razão de normas legais e regimentais % eficácia vinculante *intra muros*, isto é, vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subsequentes que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional”. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 47, nota 21.)
17. Sobre o tema, também, MENDES, Gilmar Ferreira. “O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1999, n. 75, p. 244.
18. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48-49.
19. Considerando que todo controle de constitucionalidade é abstrato, EDUARDO APPIO: “O controle é sempre abstrato, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto de constitucionalidade das leis. O juiz singular, ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão-somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade”. (“A teoria da inconstitucionalidade induzida”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 73)

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), publicada no DJ de 17.12.2003:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)”

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”.²⁰

Há diversas manifestações deste fenômeno, que é importantíssimo, na legislação e na jurisprudência brasileiras.

a) O primeiro exemplo é o procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal n. 10.259/2001²¹ e § 5º do art. 321 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)²². O procedimento para julgamento deste recurso

20. O excerto foi retirado de MADOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 75-76.

21. “§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança. § 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça”.

22. “§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante

permite a intervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF); a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja (inciso VII do § 5º do art. 321 do RISTF); e, ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgue o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC.

b) O art. 103-A da CF/88 consagra a “súmula” vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

c) Em recente decisão, a Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 375.011, constante do Informativo 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Importante precedente nesse sentido é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; II – o relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º; IV – o relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas-corpus e mandado de segurança; VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização”.

d) No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004²³, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento²⁴, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido.

e) O § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, a despeito de ter sido ou não sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àqueles oriundos de processos não-objetivos.

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares²⁵, proferidas em ADIN ou ADC. O § 3º do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004, permite, da mesma forma, o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar “súmula” vinculante – editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

g) O STF, no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* (note-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, *controle difuso*, pois), editou a Resolução n. 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa Resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE,

23. Também neste sentido, RE n. 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.

24. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 48, com inúmeros argumentos. Analisou esse importantíssimo acórdão, reconhecendo a “objetivação” do recurso extraordinário MADDOZ, Wagner Amorim. “O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 84-85.

25. Rcl (QO) n. 1.507-RJ e Rcl (QO) n. 1.652-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 21.9.2000; Rcl n. 777-DF, 785-RJ, 800-SP, rel. Min. Moreira Alves, 10.4.2002. Sobre o cabimento de reclamação contra decisão judicial que desrespeita comando liminar em ADI, o acórdão *leading case* proferido na Rcl. 2256-1, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003, publicado no DJ de 30.04.2004.

ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, “guardião da Constituição”, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição²⁶. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

h) O STF decidiu admitir, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001”, a sustentação oral de *amici curiae* (Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos – COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil) em julgamento de recurso extraordinário, ratificando, também neste julgamento, a tendência de “objetivação” do controle difuso, tantas vezes mencionada neste ensaio²⁷.

i) O Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC n. 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à sua decisão²⁸. Ou seja: aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*, que é possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*. Esse julgamento, que foi interrompido por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi concluído em fevereiro de 2006, quando o *habeas corpus*, já sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi definitivamente deferido, com decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do referido dispositivo, nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão²⁹.”

j) Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo

26. Informativo do STF n. 398, 22-26 de agosto de 2005.

27. RE n. 416827/SC e RE n. 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 21.9.2005, publicado no Informativo n. 402 do STF, 19-23 de setembro de 2005.

28. “Salientou, ainda, a incidência do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99 também no controle incidental, e, considerando o reiterado posicionamento do Tribunal quanto ao reconhecimento da constitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos e as possíveis consequências decorrentes da referida declaração nos âmbitos civil, processual e penal, ressaltou que o efeito *ex nunc* conferido deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações passíveis de serem submetidas ao regime de progressão”. (Informativo do STF n. 372, 29 de novembro a 3 de dezembro de 2004.)

29. Informativo do STF, n.418, 6 a 10 de Março de 2006.

Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a “súmula” vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

Recentemente, o STF começou o julgamento de uma reclamação, em que se pedia a cassação de decisão que não admitiu a progressão de regime prisional para condenado por crime hediondo, sob o fundamento de que, assim, teria desrespeitado o posicionamento do STF consolidado no HC 82.959, julgado em fevereiro de 2006 (decisão proferida em controle difuso-incidental de constitucionalidade).

O Min. Gilmar Mendes, relator desta reclamação, votou pela procedência do pedido, fundamentando-se, exatamente, na mencionada transformação do papel do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Registre-se que Gilmar Mendes é o grande arauto desta corrente e, como Ministro do STF, coerente com as suas lições, tratou de aplicá-la. O julgamento ainda não terminou, pois o Min. Eros Grau pediu vista. Mas a simples decisão do relator já é um marco, pois ratifica essa mudança paradigmática do controle de constitucionalidade brasileiro³⁰.

30. Informativo do STF n. 454, de 07 de fevereiro de 2007: “Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 1 O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335) Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 2 Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335) Reclamação: Cabimento

l) A Lei Federal n. 11.418/2006 regulamentou o requisito de admissibilidade do *recurso extraordinário* previsto no § 3º do art. 102 da CF, denominado de *repercussão geral*.

Dentre algumas outras inovações, destaca-se a criação de um *incidente de análise da repercussão geral por amostragem*, semelhante ao que já existe para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF).

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto no art. 543-B, CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC).

A mais importante inovação está no § 2º deste art. 543-B: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) *a mesma questão de direito* – a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a mesma *ratio decidendi*. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram ao STF*, reputam-se não-conhecidos. Eis o *julgamento por amostragem*.

e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 3 Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335) Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade – 4 Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Em razão disso, é indispensável o aprimoramento da intervenção do *amicus curiae* no procedimento de análise da repercussão geral, de modo a que todos os interessados na solução desta *questão* possam manifestar-se. É esse o sentido do § 6º do art. 543-A do CPC: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Esse dispositivo segue a linha do inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF, que também permite a intervenção do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

É possível concluir, sem receio, de que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis, que será examinado no item seguinte.

A permissão de manifestação dos interessados é indispensável para a efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório.

Há ainda uma outra novidade.

Reconhecida a *existência* da repercussão geral, e “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se” (art. 543-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). Note que foi conferido ao recurso extraordinário um *efeito regressivo*, mas com perfil dogmático um pouco diferente daquele usualmente utilizado na apelação (art. 296 do CPC, por exemplo) ou no agravo de instrumento, que permitem o juízo de retratação logo após a interposição do recurso. Seguiu-se, mais uma vez, o precedente normativo do Regimento Interno do STF, inciso VII do § 5º do art. 321, que cuida do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal.

Permite-se o juízo de retratação do órgão *a quo*, nesses casos, *após a decisão* do STF sobre a questão de direito que corresponde à *ratio decidendi* da decisão recorrida, no julgamento do recurso que subiu como amostra. A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada *em abstrato*, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto.

Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento

Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006).

m) A 1ª T. do STJ acolheu o nosso entendimento, expressamente, no julgamento dos REsp n. 744.937 e 741.737, ambos relatados pela Min. Denise Arruda, j. em 04.04.2006, e publicados no DJ, respectivamente, em 19.06.2006, p. 111, e 12.06.2006, p. 445.

n) Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferidas por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira espécie (“a”) só tem eficácia inter partes e se constitui em precedente jurisprudencial de menor importância, até mesmo porque a outra turma do STF pode adotar posicionamento diverso (exatamente por isso admitem-se os embargos de divergência nessas situações).

A segunda espécie (“b”), como vimos, pode produzir efeitos ultra partes, como precedente jurisprudencial vinculativo, mas pode ser revista pelo Pleno do STF, surgindo novos fundamentos e tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto. É o que aconteceu com a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas envolvendo danos morais decorrentes da relação de trabalho, após a EC/45, em que o Pleno do STF, em um período de quatro meses, adotou posicionamentos antagônicos, prevalecendo a orientação pela competência da Justiça do Trabalho.

A súmula vinculante (“c”) tem eficácia *erga omnes* e somente pode ser revista de acordo com os pressupostos previstos no § 2º do art. 103-A da CF/88.

Revelam um estágio bem mais avançado de estabilidade do posicionamento do STF, que, porém, ainda pode ser revisto, pois tomado a partir de decisões proferidas em controle difuso, em que a questão constitucional aparece *incidenter tantum*, inepta para ficar imune pela coisa julgada material.

As decisões proferidas em controle concentrado – “d”: ADI, ADC e ADPF – ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer por ação rescisória (art. 26 da Lei Federal n. 9.868/1999 e art. 12 da Lei Federal n. 9.882/1999). Trata-se do nível mais elevado de estabilidade a que pode chegar um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal.

CAPÍTULO IV

TEORIA GERAL DO CONCURSO DE CRIMES¹

*Gamil Föppel el Hireche**

Sumário • 1. Considerações iniciais: do *concursum delictorum*: 1.1. Posição sistemática do *concursum delictorum*; 1.2. Critérios de solução para o *concursum delictorum* – 2. Do concurso material ou real de infrações: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. Pluralidade de condutas X Pluralidade de resultados; As diferenças entre condutas e ações, entre condutas e atos; 2.3. Classificação do concurso material; 2.4. Regramento jurídico da matéria – 3. Do concurso formal. Primeira análise: 3.1. *Concursum normarum x concursum delictorum* (formal); 3.2. Classificação do concurso formal: concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo; 3.3. Diferença entre concurso material e formal; 3.4. Tratamento jurídico do concurso formal ou ideal de crimes. Concurso formal próprio (também chamado de perfeito) e concurso formal impróprio (ou imperfeito): 3.4.1. Do concurso formal impróprio. Tratamento jurídico; 3.4.2. Do concurso formal próprio. Tratamento jurídico – 4. Do crime continuado. Considerações primeiras: 4.1. Crime continuado. Evolução histórica; 4.2. Crime continuado. Natureza jurídica; 4.3. Teorias a respeito do crime continuado; 4.4. Dos elementos da continuidade delitiva: 4.4.1. Mais de uma ação ou omissão; 4.4.2. Crimes da mesma espécie; 4.4.3. Circunstância de tempo; 4.4.4. Circunstância de lugar; 4.4.5. Circunstâncias de modo; 4.5. Do crime continuado específico; 4.6. Crime continuado e prescrição; 4.7. Crime continuado e sucessão de leis penais; 4.8. Crime continuado e coisa julgada – 5. Multa no concurso de crimes – 6. Unificação das penas – 7. Do crime aberrante: 7.1. *Aberratio ictus*; 7.2. Resultado diverso do pretendido; 8. Concurso de agentes; 9. Conclusões.

Antes de examinar a matéria proposta à análise – concurso de crimes e continuidade delitiva (em suas espécies, modalidades, características e teorias) – sob o ponto de vista dogmático e legal, impõe-se, por necessidade, fazer uma teoria geral a respeito do assunto. Desta maneira, o primeiro ponto a se explorar é uma teoria geral do *concursum delictorum*. Em seguida, cuidar-se-á do concurso formal, material e da continuidade delitiva, em suas particularidades. Adiante, ainda se apreciará um assunto correlato, o crime aberrante², bem como da unificação das

* Mestre em Direito Público (UFBA) e Especialista em Ciências Criminais (IELF/Juspodivm). Professor-coordenador do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais da Unyahna/Juspodivm. Professor dos cursos de Pós-graduação da UFPA, da Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Unifacs e IELF/Proomnis. Professor Assistente de Direito Penal da graduação da UFBA e da Unyahna. Advogado. Sócio Fundador e Diretor do IPAN. Membro da ABPCP. E-mail: gfoppel@terra.com.br. Site: www.gamilfoppel.adv.br.

1. Esta é uma reprodução sem alterações de conteúdo da prova-escrita do concurso público para Professor Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, a qual foi conferida pontuação máxima pela banca examinadora composta pelos Eminentíssimos Professores Doutores: Gérson Pereira dos Santos (UFBA – Presidente), Paulo José da Costa Jr. (USP/Roma) e João Gualberto Garcez Ramos (UFPR). O leitor deve ficar esclarecido, portanto, que se trata da reprodução de uma prova, daí porque, por vezes, não serão atendidas algumas formalidades, já que o escrito corresponde, com fidelidade, ao original.

2. Nomenclatura difundida no Brasil pelo Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., titular de cadeira no Largo de São Francisco e em Roma. O mencionado professor, autor de mais de trinta obras,

penas. Esclareça-se, *ab initio*, que a exposição contará com os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais (inclusive súmulas dos tribunais superiores). Com o objetivo de tornar a exposição mais clara, ela será dividida em tópicos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO *CONCURSUS DELICTORUM*

Inicialmente, forçoso é declarar a diferença existente entre o concurso de crimes (*concursum delictorum*), o concurso de pessoas (*concursum delinquentium*) e o conflito aparente de normas³ (*concursum normarum*). Com efeito, no concurso aparente de normas, há uma conduta, que se adequa a mais de um tipo penal. Em razão disto, em homenagem ao princípio do *non bis in idem* – impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato, só uma norma irá incidir. Sobre o assunto, malgrado exista forte e acentuado debate doutrinário, prevalecem três⁴ princípios: especialidade, subsidiariedade (que remete à clássica figura do “Soldado de Reserva”, como proposto por HUNGRIA)⁵ e consunção ou absorção.

No concurso de pessoas – *concursum delinquentium* – há uma infração que é perpetrada por duas ou mais pessoas. A despeito de não ser o objeto central desta exposição, reservamos espaço, em momento apropriado, para tratar, ainda que de maneira perfunctória, de tão intrigante assunto. Sobre ele, recomenda-se vivamente a leitura da tese do Prof. Dr. NILO BATISTA, recentemente re-publicada pela Editora Lumen Juris. Sobre os desafios atuais deste assunto, com ênfase na tormentosa e problemática cumplicidade através de ações neutras (ou ações cotidianas) imperioso é o registro à obra do Prof. LUIS GRECO – Cumplicidade através de ações neutras. O problema da imputação objetiva da participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O tema que aqui será tratado com maior cuidado se refere ao concurso de crimes e a continuidade delitiva, chamado de *concursum delictorum*. Neste caso, analisar-se-á que uma mesma pessoa pode cometer mais de um crime, devendo ser por todos os seus atos sancionada. Enquanto que, no concurso de pessoas, diversos

publicou os trabalhos Bala Perdida e Crime Aberrante, a respeito da matéria, termo este também aceito por BETTIOL.

3. Sobre o assunto, no Brasil, é obrigatória a leitura da tese para professor assistente da UFBA, de JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO. Destaca-se, ainda, a obra de MARCELO FORTES BARBOSA, professor da USP. Na Espanha, chamam a atenção as teses de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS e CONTREIRO NICÁS. PUIG PEÑA prefere chamar o assunto de conflito de normas ou concurso de normas. Sobre isto, mencionaremos no momento oportuno.
4. OSCAR STEVENSON e ROGERIO GRECO ainda colocam um quarto: o da alternatividade, muito usado em tipos mistos alternativos. VICENTE SABINO, citado por JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO, adiciona um quinto princípio: o da lei mais extensa. Consoante advertência já feita (vide nota 02), o assunto será tratado no momento oportuno.
5. O Código Penal vigente só tratou de forma expressa do princípio da especialidade (artigo 12). O Projeto Nelson Hungria, no artigo 5º, tratava dos três. A este se opôs HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. No Brasil, pois, os princípios da consunção e da subsidiariedade são implícitos. Sobre princípios implícitos, obrigatória a leitura de EROS GRAU.

agentes praticam um crime, no concurso de crimes, uma mesma pessoa pratica infrações diversas. Consigne-se, expressamente, como o fazem os germânicos CLAUS ROXIN e GÜNTHER JAKOBS, que podem coexistir os concursos de pessoas e crimes (pode haver existência simultânea de *concurso delinquentium* e *delictorum*), desde que, diversas pessoas em co-delinquência, pratiquem vários crimes.

ALDO Mouro, citado pelo emérito Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., advertia que pode haver pluralidade de normas e unidade de crimes (qual ocorre no concurso de tipos, na progressão criminosa, no crime complexo, bem como nos antefatos e pós-fatos não punidos); pluralidade de normas e pluralidade de condutas, como pluralidade de crimes (a exemplo do que ocorre no concurso material ou real); finalmente, pode haver uma conduta com mais de um resultado, com mais de um crime (como, *verbi gratia*, no concurso formal ou ideal).

1.1. Posição sistemática do *concursum delictorum*

Estabelecida a diferença entre *concursum normarum*, *concursum delinquentium* e *delictorum*, deve-se agora tratar da posição sistemática deste. PATRÍCIA METHÉ GLIOCHE BÉZE, professora da UERJ e presentante do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro, em sua Dissertação de Mestrado, com o título Concurso Formal e Crime Continuado (Renovar, 2003), sugere que o assunto – concurso de crimes – seja uma transição entre a Teoria Geral do Crime e a Teoria Geral da Pena (no particular, preferimos a denominação proposta pelo Prof. m. Dr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, adotada pelo seu discípulo brasileiro e recém aprovado à cátedra da UFMG – FERNANDO FERNANDES, que defende que se deve chamar de teoria das conseqüências jurídicas do delito, haja vista que uma infração criminal encerra outras conseqüências que não exclusivamente a pena).

Observa-se que, no Brasil, o assunto do concurso de crimes foi tratado na teoria das conseqüências jurídicas do delito, haja vista que o regramento legal da matéria foi fixado, grosso modo, nos artigos 69 a 76 do Código Penal.

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., em sua 8ª edição dos Comentários ao Código Penal (DPJ, 2005) informa que, na Itália, o assunto é tratado na Teoria Geral do Crime. No particular, defendemos que, efetivamente, o assunto deveria ser tratado em transição da teoria do crime para a teoria das conseqüências jurídicas, haja vista que o assunto se relaciona diretamente com o crime e a sua estrutura – trata de condutas, elemento subjetivo, nexos causal – mas repercute, decisivamente, na teoria das conseqüências jurídicas do delito. Se assim não fosse, sustentamos que, por coerência lógica, o assunto deveria ser tratado na teoria do crime, como fez na Itália. Com efeito, há outros assuntos, como o próprio concurso de pessoas, que repercutem nas penas e que foram fixados, entre nós, na teoria do crime.

Ultrapassada a análise da posição sistemática, cuide-se, nesse instante, do conjunto de critérios que rege a matéria.

1.2. Critérios de solução para o *concursum delictorum*

A doutrina mais abalizada (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., LUIZ RÉGIS PRADO e PAULO QUEIROZ) apresenta quatro critérios para a solução do problema, a saber:

a) **Crítério do cúmulo material** – Neste caso, as penas são somadas para os diversos crimes. Vale, como salienta PAULO JOSÉ DA COSTA JR., a máxima *tot crimina quod poenae*. As sanções são aritmeticamente somadas, depois de haver, por ditame constitucional, a aplicação individualizada para cada um dos crimes. O Professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT, no primeiro volume de seu Tratado (Saraiva, 2005) critica este critério, haja vista a possibilidade de haver penas muito altas pelo somatório. No Brasil, este foi o critério adotado para o concurso material (CP, art. 69). O Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., porém, esclarece que este critério foi adotado, entre nós, de forma temperada ou matizada, ante a existência do artigo 75 do código, que será abordado no momento adequado;

b) **Crítério da exasperação** – Este critério não soma as penas, porém não despreza uma pelas outras. Neste caso, toma-se uma das penas (a maior ou, se iguais, qualquer uma delas) e, em relação a esta pena, incide uma majoração, uma causa tarifada de aumento, é dizer, uma fração. No Brasil, este critério foi adotado para o concurso formal próprio (CP, art. 70, 1ª parte) e para a Continuidade delitiva (CP, art. 71). Esclareça-se que o concurso formal impróprio (CP, art. 70, parte final) segue a regra do cúmulo material;

c) **Cúmulo Jurídico** – Este critério não é usado no Brasil. Consiste na aplicação da pena por um cúmulo jurídico legal, diferente do cúmulo material;

d) **Absorção** – Neste caso, as penas mais graves absorvem as menos graves ou, no dizer de Hungria, *major absorbet minorem*. Chamando o gaúcho Cezar Bitencourt à colação, mais uma vez, tem-se que este critério é falho, pois deixaria impune uma gama de infrações. A mesma crítica é endereçada pelo Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, que adverte que tal critério traz consigo um “bill” de impunidade.

Vistos os critérios existentes e a opção do legislador, que, no Brasil, adotou o material (por somatório) de forma temperada e a exasperação, resta cuidar dos concursos de crimes e da continuidade delitiva.

2. DO CONCURSO MATERIAL OU REAL DE INFRAÇÕES

2.1. Considerações iniciais

O Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁶, adjunto da UFPR e pós-doutor pela Universidade de Saarland, Alemanha, adverte que a cumulação pode ser de três

6. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

espécies: sucessiva (como ocorre no concurso material), simultânea (a exemplo do concurso formal próprio)⁷ e continuada (crime continuado). Cuidaremos do assunto, assim, em separado: primeiro trataremos do concurso material, depois do concurso formal e, finalmente, da continuidade delitiva.

2.2. Pluralidade de condutas X Pluralidade de resultados: As diferenças entre condutas e ações, entre condutas e atos

No concurso material de infrações, há várias condutas que geram vários resultados, devendo-se proceder ao somatório das penas. O problema, neste passo, é, como adverte o Prof. Dr. MIGUEL REALE JÚNIOR⁸, diferenciar conduta de ato, ou, como sugere o Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, separar ações das ações típicas.

Com efeito. O concurso material é marcado pela pluralidade de condutas típicas com pluralidade de resultados, devendo-se fazer o somatório das penas. *Quid juris* se, em um roubo contra única vítima, no mesmo instante, o assaltante leva mais de um bem como, *ut upta*, o celular, o relógio e uma caneta de ouro?

Nesta hipótese avençada, é forçoso concluir que há crime único. Malgrado existam vários atos, é certo que aí houve um única infração. No particular, depreende-se que ocorreu apenas um crime, apenas uma conduta, composta por vários atos. Assim, com MIGUEL REALE JR., pode-se concluir que uma sem conduta pode ser composta por diversos atos, que, consoante PATRÍCIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE, são ligadas por unidade de escopo.

Vale registrar, ainda, a sempre cuidadosa e acurada análise do Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Para ele, a distinção fica mais nítida se separarmos as ações das ações típicas. Segundo o ilustrado penalista e criminólogo⁹, uma ação típica pode ser composta por vários atos, por várias ações.

Assim, o concurso material deve ser entendido como pluralidade de ações típicas, a fim de evitar qualquer confusão com a pluralidade de ações, que, segundo REALE JR. e CIRINO, configuram crime único.

7. MARCELO FORTES BARBOSA, em sua tese de Doutorado, em 1976, preferia – o que faz de forma isolada – chamar o concurso formal de concurso real cumulativo de infrações.

8. Professor Titular de Direito Penal da USP. A este respeito consulte-se o seu “Instituições de Direito Penal”, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

9. Apenas para esclarecer que estas disciplinas são diferentes. Segundo GARCIA-PABLOS DE MOLINA, a Criminologia é uma ciência do ser; o Direito Penal, do dever ser. Sobre Criminologia, imperiosa é a leitura de ALESSANDRO BARATTA (Criminologia Crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2001), sempre citado pelo Prof. Dr. GERSON PEREIRA DOS SANTOS em seus trabalhos. Coube a BARATTA a criação do novo modelo integral, evolução significativa quando comparada à Enciclopédia das Ciências Penais, formulada por LISZT.

2.3. Classificação do concurso material

Segundo a doutrina, o concurso material pode ser homogêneo (quando o sujeito pratica mais de uma vez o mesmo delito, como, *ut uita*, dois homicídios) ou heterogêneos (que tem lugar quando o sujeito pratica dois crimes diferentes, como, v.g., homicídio e estupro).

2.4. Regramento jurídico da matéria

O Código Penal tratou do assunto no artigo 69, consagrando, para o concurso material de infrações, a regra do cúmulo material, mitigada, como bem esclareceu o Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR.

Nos parágrafos do artigo 69, o código tratou da sua referência à diversidade de penas, no que tange às penas alternativas. Se, havendo concurso material, houver duas penas alternativas cabíveis, elas poderão ser executadas de forma simultânea ou sucessiva, desde que observados os critérios dos artigos 43, 44 e 69 do código. Se elas – as penas – forem incompatíveis, nos termos do artigo 69, parágrafo primeiro, não se aplicará a pena alternativa – sobre a qual, registre-se, houve uma Convenção Internacional, fixando as chamadas regras de Tóquio.

O concurso material, por certo, é a modalidade mais simples de concurso de crimes. Veja-se, neste instante, a modalidade do concurso formal de infrações.

3. DO CONCURSO FORMAL. PRIMEIRA ANÁLISE

O Código Penal tratou do concurso formal no artigo 70. Nesta hipótese, tem-se uma conduta que lesiona diferentes bens jurídicos, que gera, em verdade, resultados distintos e que podem ser ou não emanadas do mesmo desígnio. Cabe, pois, diferenciar o concurso formal do conflito aparente de normas, antes de enfrentar todas as particularidades do concurso formal (atendendo, pois, à nota feita supra, com o número 2 para o rodapé).

3.1. *Concursus normarum x concursus delictorum* (formal)

Há conflito aparente de normas penais¹⁰ quando uma mesma conduta encontra, *prima facie*, adequação típica em mais de um dispositivo penal. Neste caso, há tão somente uma ação típica, com um resultado lesivo a um bem jurídico e que, a despeito disso, encontra previsão legal em mais de um dispositivo. O exemplo clássico que se traz ao lume é a mãe puérpera que mata o próprio filho, durante o

10. Sobre o assunto, MERKEL. No Brasil, além da bibliografia já citada e indicada, imperiosa a análise de NELSON HUNGRIA e de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS. O assunto – *concursus normarum* – deve, como bem aponta ANÍBAL BRUNO – ser estudado na Teoria Geral da Norma Penal.

parto ou logo após. Observa-se que, nesta hipótese, há, em princípio, a incidência de dois tipos penais em abstrato, qual seja, o tipo penal de homicídio e o tipo penal de infanticídio.

Diz-se que neste caso o conflito é tão somente aparente¹¹ porque, em concreto, em respeito ao princípio do *non bis in idem*, apenas uma norma irá incidir. É intuitivo que uma pessoa não pode ser punida duas vezes pela prática de um mesmo fato. Assim, usam-se os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção ou absorção. Veja-se, em breves linhas, o significado deles.¹²

a) Especialidade – Através deste princípio, chega-se à constatação que a norma especial afasta, no particular, a norma geral: *lex specialis derogat legi generali*. A norma especial possui todos os elementos da norma geral e ainda um *plus* diferenciador, um traço “especializante”. Na hipótese do conflito entre uma morte – que pode ser prevista no art. 121 e no art. 123, ambos do Código Penal – é facilmente constatável que a norma do art. 123 tem um critério, um traço a mais, qual seja, o fato de o sujeito passivo da infração ser o próprio filho, com o elemento normativo do tipo estado puerperal e, ainda, com observância ao elemento temporal: durante o parto ou logo após. Assim, pela especialidade, no conflito entre os arts. 121 e 123, é este que prevalece.

b) Subsidiariedade¹³ – Neste caso, uma norma funciona como “soldado de reserva” – parafraseando a expressão de HUNGRIA – de uma outra. Vale dizer: há crimes que ficam em estado de latência, que só vão incidir se o fato não constituir crime mais grave. A subsidiariedade pode ser expressa (quando enunciada em lei) ou tácita, quando se faz um comparativo entre as figuras típicas sem que as normas os enuncie. Existe subsidiariedade, pois, entre o crime de estupro e o de constrangimento ilegal. Neste caso, vale a máxima que a lei principal prevalece. A norma principal afasta a norma subsidiária.

11. MARCELO FORTES BARBOSA fala em concurso formal e em concurso real, que pode ser cumulativo ou não cumulativo.

12. Não se adentrará, aqui, na cizânia doutrinária a respeito da quantidade de princípios.

13. Polêmica também é a relação entre especialidade e subsidiariedade. GRISPINI chegou a dizer que a diferença era supérflua. No Brasil, sobre o assunto, deve-se registrar o escólio de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS. Este último propõe o seguinte critério, assim colocado graficamente.

Especialidade	Subsidiariedade
1) A norma especial prevalece, ainda que mais branda.	1) Prevalece a mais grave, sempre.
2) Há uma relação de gênero e grau.	2) Não há tal relação.
3) O conflito se resolve em abstrato.	3) O conflito se resolve em concreto.

c) Consunção ou absorção – *Lex consumens derogat legi consumptuae*. Este critério é usado quando, para a realização de um tipo, o sujeito ativo precise passar por um comportamento que também seja típico. Por exemplo, se alguém pretende roubar outrem, terá de empregar ou violência ou ameaça grave, que têm adequação típica, respectivamente, nos artigos 129 e 147, ambos do Código Penal. Aqui vale a máxima *major absorbet minorem*. Este princípio é muito usado no crime progressivo, na progressão criminosa e nos antefatos e pós-fatos não punidos.¹⁴

Assim, no conflito aparente de normas – abordado de forma perfunctória, pela limitação de tempo e pela pertinência temática – há uma conduta, que lesiona um bem e que se adequa a mais de um tipo penal. Neste caso, um precisa ser afastado. No *concursum delictorum*, na modalidade concurso formal, ao revés, tem-se que uma mesma conduta, uma mesma ação típica, provoca mais de um resultado. Neste caso, não há que se falar em *bis in idem* – fundamento que afasta a dupla punição no conflito aparente de normas. Assim, a depender do tipo de concurso formal (se próprio ou impróprio) as penas serão somadas ou sofrerão uma exasperação. Pode-se arrematar esta distinção invocando BETTIOL, que aduz que, no conflito de normas, há várias normas com resultado único; no concurso formal, há uma conduta com resultado plúrimo.

O que difere, pois, o conflito aparente do concurso formal é o número de resultados, o número de lesão a bens.

3.2. Classificação do concurso formal: concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo

A distinção entre homogêneo e heterogêneo se refere à qualidade dos crimes que são perpetrados. Se forem os mesmos delitos, há concurso formal homogêneo. Se os delitos forem diferentes, será heterogêneo o concurso formal.

3.3. Diferença entre concurso material e formal

A distinção entre concurso formal e concurso material ou real reside no número de ações típicas. No concurso material, há pluralidade de ações típicas. No formal, apenas uma ação típica, com mais de um resultado. *E.g.*: atropelamento com óbito de duas pessoas. Aí há uma conduta típica e dois resultados.

14. Em regra, estes fatos não são punidos. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, com sua acuidade invulgar, observa que pode haver pós-fatos co-punidos como, v.g., a venda a terceiro de boa-fé de mercadoria que anteriormente fora furtada. Deve-se diferenciar o crime progressivo da progressão criminosa porque nesta há mudança do elemento volitivo que orientou o agente ao início; naquele, não há mudança. Desde o início que o sujeito ativo quer apenas um resultado, sendo necessários atos que são típicos.

3.4. Tratamento jurídico do concurso formal ou ideal de crimes. Concurso formal próprio (também chamado de perfeito) e concurso formal impróprio (ou imperfeito)

Viu-se que o concurso formal difere do material pela quantidade de condutas. Releva notar, porém, que o concurso formal – diferentemente do material – tem uma outra classificação, que é lastreada na unidade ou pluralidade de desígnios. Com efeito, fala-se em concurso formal próprio se houver desígnio único e em concurso formal impróprio se houver desígnios autônomos. Veja-se.

Pode ocorrer que, com um único comportamento, que deriva de uma vontade única, o agente lesione dois ou mais sujeitos, provoque dois ou mais resultados. Imagine-se, v.g., a conduta daquele que pretende tão somente causar um dano material e que, arremessando uma pedra contra o carro, quebre a vidraça e produza ferimentos numa pessoa que estava dentro do veículo e que, pelo uso de película solar, não poderia ser vista. Neste caso, temos uma ação, com elemento subjetivo único, que gera dois eventos: lesão corporal e dano. Como o dolo foi de danificar, exclusivamente, vislumbra-se, em *aberratio delicti*, um concurso formal próprio ou perfeito.

Haverá, porém, concurso formal impróprio ou imperfeito quando os diversos resultados, provocados por ação única, se prenderem a elementos subjetivos distintos, é dizer, a desígnios autônomos, a vontades diferentes. Neste caso, veja-se o exemplo. O sujeito “A” quer matar “B” e “C”, seus inimigos, colocando uma bomba no escritório que “B” e “C” dividem. Assim agindo, “A” produziu dois resultados¹⁵, com apenas uma conduta, presa a vontades diferentes.

Desta maneira, neste ponto, pode-se arrematar que:

a) A diferença entre o concurso formal próprio e impróprio reside no número de vontades, na quantidade de desígnios. No impróprio, há desígnios autônomos; no próprio, existe unidade de desígnio.

b) A diferença entre o concurso formal e o material está na quantidade de condutas: no material, há pluralidade; no formal, unidade.

Feito o paralelo entre o concurso formal próprio e o concurso formal impróprio, veja-se, agora, o tratamento jurídico da matéria.

15. Neste passo, importante lembrar da figura do dolo de segundo grau ou necessário, como proposto por BASILEU GARCIA. Assim, quem coloca uma bomba em um avião e a detona, com a intenção de matar o passageiro “A”, agiu com dolo direto de primeiro grau em relação a “A” e com dolo direto de segundo grau com relação a todos os demais passageiros. Neste caso, é flagrante a existência de concurso formal.

3.4.1. Do concurso formal impróprio. Tratamento jurídico

No concurso formal impróprio ou imperfeito, consoante já demonstrado, há uma conduta, com mais de um resultado, atrelado a diferentes desígnios, a diferentes vontades. Esta modalidade foi prevista no art. 70, *caput*, parte final, do Código Penal.

Veja-se que este concurso em muito se aproxima do concurso material. Poder-se-ia definir, inclusive, como “um concurso que se aproxima da idéia de cúmulo material, com economia de golpes”.

Para o concurso formal impróprio, outra solução não resta senão o somatório de penas. Com efeito, o código menciona que, em casos tais, as penas se aplicam cumulativamente. Vale dizer, o código consagrou, no concurso formal impróprio, a regra do cúmulo material, empregada para o concurso material de infrações.

Assim, se um carrasco colocar cinquenta pessoas numa câmara de gás letal e, em seguida, há um único comportamento, preso a vários (cinquenta) elementos volitivos. Neste caso, as penas, pelos homicídios, serão somadas, o que, no exemplo lançado, corresponde a cinquenta vezes a prática de homicídio.

Desta forma, se haver pluralidade de resultados derivados de múltiplos desígnios, as penas seriam somadas, quer seja mediante única conduta (concurso formal próprio) quer seja por múltiplas condutas (concurso material).

3.4.2. Do concurso formal próprio. Tratamento jurídico

Pode ocorrer, porém, conforme já evidenciado, que o concurso formal derive de uma única vontade, de um único desígnio. Neste caso, o critério legal a ser usado é o do *caput* do art. 70, 1ª figura, do Código Penal, qual seja, o critério da exasperação.

Assim, imagine-se que “A”, sujeito, queira matar “B”. O único projétil disparado por “A” acerta “C” e, transpondo o cadáver, ainda atinge “B”. Neste caso, é patente e evidente a existência de elemento subjetivo único, presente, pois, o concurso formal próprio de infrações.

Da análise do art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, conclui-se, com facilidade, que se trata de uma causa de aumento de pena¹⁶. Neste caso, toma-se a pena maior ou, se idêntica, qualquer uma delas, aumentada de um sexto à metade.

16. Usada, pois, na terceira fase da dosimetria da pena, em conformidade com o método trifásico, proposto por HUNGRIA. Aqui, imperioso é que se faça menção à obra de PAGANELLA BOSCHI, com o título “Das penas e seus critérios de aplicação”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROGÉRIO GRECO, penalista mineiro, aduz que a variação da tarifação (entre um sexto e a metade) deve levar em conta a quantidade de lesões. Propõe ele o seguinte quadro:

Número de lesões	Fração de aumento
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6 ou mais	1/2

Registre-se, ainda, que jamais, em se tratando de exasperação, se pode ultrapassar o que seria correspondente ao somatório das penas. Trata-se da chamada regra benéfica do concurso material, válida para o concurso formal próprio e para o crime continuado. Dito mais claramente: nestas duas hipóteses, a exasperação – criada em benefício do réu – jamais pode superar o somatório das penas. É dizer, cabe ao juiz fazer uma projeção: a maior pena aplicável pela exasperação no concurso formal próprio e na continuidade delitiva é aquela que seria correspondente ao somatório.¹⁷

Analisados os concursos de crimes – material e formal – cumpre-nos apreciar a continuidade delitiva.

4. DO CRIME CONTINUADO. CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS

Sobre a continuidade delitiva, é farta e vasta a bibliografia nacional. A obra definitiva, porém já esgotada, é a do Prof. Dr. MANOEL PEDRO PIMENTEL, das Arcadas Franciscanas. Dignos de nota são também os trabalhos de NEY FAYET JÚNIOR e ALCIDES MUÑOZ NETO, bem como a dissertação de mestrado da Prof.^a Dr.^a PATRÍCIA GLIOCHE BÉZE. Antes de analisarmos o instituto, cumpre fazer um brevíssimo esboço histórico.

4.1. Crime continuado. Evolução histórica

Aponta-se a origem do crime continuado no século XIV, por obra de BALDO DE UBALDIS. A tese ganhou maior notoriedade, porém, a partir da contribuição de BARTOLO DE SASSOFERRATO. Na Itália, ganhou destaque no Código de Zanardelli, em 1889. No Brasil, há registro no Código do Império de 1890 e, ainda, na

17. No particular, consultar FREDERICO MARQUES. *Instituições de Direito Penal*. Atualizada por ANTÔNIO MARIZ DE OLIVEIRA e GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Campinas: Bookseller. Vide ainda, QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Consolidação de Leis Piragibe (que lhe cobrava a existência de elemento subjetivo, consoante apreciação a ser feita no momento oportuno).

O crime continuado surgiu para evitar penas muito altas, por vezes cruéis e infamantes, para a hipótese de o sujeito tratar de cometer vários delitos. O assunto é muito bem apreciado por MANOEL PEDRO PIMENTEL em obra específica. Trata-se o crime continuado de um tratamento mais brando a condutas que, se não existisse o instituto, seriam tratadas como crime em concurso material. Com o crime continuado, consideram-se várias condutas como se única fosse, apreciando o “conjunto da obra”.

Com esta breve introdução, passemos a analisar a natureza jurídica do crime continuado.

4.2. Crime continuado. Natureza jurídica

Segundo CARRARA, o crime continuado resulta de uma ficção. Em essência, a continuidade delitiva seria uma hipótese de concurso material. Dispensa-lhe um tratamento mais brando pela presença de certos elementos. É uma ficção que leva ao tratamento como unitário de condutas delituosas distintas.

Assim, em países árabes, o sujeito tem a mão decepada depois da condenação pelo terceiro furto. Se olharmos os três furtos como um, com os atos posteriores sendo, considerados desdobramento do primeiro, aplicar-se-á a pena pelo conjunto, evitando-se, destarte, a mutilação. Esta – a ficção – a opção do legislador pátrio.

Poder-se-ia ainda falar do crime continuado ainda como se fosse uma realidade jurídica ou realidade em seus próprios termos. Para estes doutrinadores – defensores da tese – existe uma entidade real chamada crime continuado, que difere, do ponto de vista ôntico, do concurso material. Logicamente, esta teoria, que propugna ser real a natureza jurídica do crime continuado, não pode prevalecer. O crime continuado é, uma realidade, uma pluralidade de atos, tomada como crime único por ficção legal.

Exposta a natureza, cumpre observar sua teoria.

4.3. Teorias a respeito do crime continuado

A primeira teoria que visou a explicar o crime continuado propõe uma análise puramente objetiva. Segundo MANOEL PEDRO PIMENTEL, é a teoria que vigora na Alemanha. Sua construção se deve a FEUERBACH. No Brasil, adotou-se por expresso à teoria objetiva, máxime diante da redação do item 59 da EGM (Exposição Geral de Motivos). Assim, tomam-se em consideração tão somente elementos objetivos sem considerar elementos subjetivos. Vale dizer: não se cobra unidade de elemento subjetivo, não se exige que o sujeito projete mentalmente a intenção de praticar

crime único. Assim, se a cada dia uma empregada doméstica, por exemplo, furta dinheiro de casa, deve-se-lhe reconhecer a continuidade delitiva, ainda que ela não tenha projetado, em mente, um crime único.

A teoria subjetiva, segundo o escólio de PAULO JOSÉ COSTA JR., vigora na Itália. No Brasil, o maior defensor da teoria é o Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Para estes teóricos, que influenciaram, a Consolidação de Leis Piragibe¹⁸, deve-se cobrar, no crime continuado, a presença de elemento subjetivo. É dizer: para além da existência de elementos semelhantes de natureza objetiva, dever-se-ia cobrar a existência de vontade voltada a um fim único e específico. Assim, retornando ao exemplo supra, da empregada doméstica que furta as coisas de sua “patroa”, dever-se-ia cobrar da empregada uma única vontade, como se, por exemplo, ela pensasse em furtrar um mil reais em cem vezes de dez reais cada. A favor desta tese, o argumento de que em Direito Penal o elemento subjetivo é imprescindível, irrenunciável.

Finalmente, ainda há uma teoria mista, híbrida ou eclética, que funde os elementos objetivos e subjetivos, chamada de objetiva-subjetiva, que não é aceita no Brasil.

Assim sendo, a natureza jurídica do crime continuado é de ficção e a teoria que o rege é a objetiva. Passa-se, agora, à análise dos seus elementos.

4.4. Dos elementos da continuidade delitiva

O crime continuado vem regido pelo art. 71 do código. Consoante já assinalado, não se cobra a unidade de elemento subjetivo. Veja-se, pois, cada um dos elementos, escandindo o art. 71 do Código Penal.

4.4.1. Mais de uma ação ou omissão

É pressuposto do crime continuado que exista mais de uma conduta. Conduta única com produção de mais de um resultado seria crime em concurso formal.

4.4.2. Crimes da mesma espécie

Aqui está uma das maiores problemáticas do crime continuado: definir o que são crimes da mesma espécie. Parte da doutrina defende que crimes da mesma espécie são os previstos necessariamente no mesmo tipo penal, podendo, porém, haver continuidade delitiva entre o tipo simples e os derivados (qualificado e privilegiado). Não aceitamos tal tese, que na verdade confunde “crimes da mesma espécie” com crimes idênticos. No particular, seguimos a lição do Prof. Dr. PAULO

18. Que perdurou durante 13 anos. De 1927 a 1940.

JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, secundado por Prof. Dr. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e por PAULO QUEIROZ, que já encontra, inclusive, eco no Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra do então Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (6ª Turma). Para esta corrente, crimes da mesma espécie não são necessariamente previstos no mesmo tipo. São aqueles que, em verdade, lesionam bens semelhantes com condutas similares. Assim, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO entendeu haver continuidade delitiva entre o roubo (art. 157) e a extorsão (art. 158), desde que respeitadas as condições do art. 71. No STF, porém, prevalece a tese de que crime continuado só pode haver se a previsão for do mesmo tipo penal.

4.4.3. *Circunstância de tempo*

A doutrina aponta que entre um ato e outro não pode haver prazo superior a trinta dias. Aqui, invocando passagem de HUNGRIA a respeito da ilicitude, deve-se mencionar que, também neste caso, não pode haver rigor de balança de farmácia. Pequenas oscilações superiores aos 30 dias são toleradas.¹⁹

4.4.4. *Circunstância de lugar*

Entende-se que os diversos atos devem ser praticados na mesma cidade. Mais uma vez, recomenda-se cautela e os tribunais já aceitam a tese mesmo quando se tratar de fatos praticados em cidades distintas, conurbadas.

4.4.5. *Circunstâncias de modo*

Deve haver semelhança no *modus operandi* do infrator.

Presentes todas estas condições, objetivamente, tem lugar a ficção jurídica do crime continuado, com natureza jurídica de ficção e regido pela teoria objetiva. Trata-se de uma causa de aumento de pena (que, a despeito de ser de aumento, dá tratamento mais brando que o concurso material). Para o crime continuado, aplica-se a tese de exasperação, com a mesma vedação que o crime em concurso formal próprio, vale dizer, aplica-se a regra benéfica do concurso material, ou seja, a pena exasperada jamais poderá ultrapassar o correspondente ao somatório, máxime porque se trata de instituto para beneficiar o réu.

Expostas as circunstâncias do crime continuado, veja-se a problemática questão do crime continuado específico.

19. Fora daí, haveria apenas reiteração criminosa, não continuidade delitiva. Não se confunda crime continuado com crime habitual, que é aquele que só se consuma se houver reiteração de atos, e que, por isso, não aceita o *conatus*. Também não se confunde crime continuado com crime permanente, aquele cuja consumação se protraí no tempo por interesse do sujeito ativo.

4.5. Do crime continuado específico

Na década de 80, um caso ganhou repercussão nacional, conhecido como episódio Lu e Malu. Era um casal carioca e que Lu, o companheiro, tinha ciúmes do passado de sua companheira Malu. Para acabar com o problema, resolveram, em co-delinquência, que matariam todos os ex-amantes de Malu. Questiona-se: poder-se-ia invocar a tese de continuidade delitiva?

O STF chegou a editar a Súmula 605, que dispõe que não se aceita continuidade delitiva nos crimes dolosos contra as pessoas. Em 1984, porém, o art. 71 ganhou um parágrafo único, dispondo que, nos crimes violentos, praticados contra vítimas diferentes, observadas as condições de culpabilidade²⁰, antecedentes, conduta social e personalidade do indivíduo, **poderá** o juiz²¹ aplicar a pena de um só dos crimes aumentada até o triplo. Assim, com a reforma de 1984, poder-se-ia invocar a tese do crime continuado para “serial killers” como os de Vigário Geral.

Assim sendo, para o crime continuado específico, exigem-se os requisitos do 71 e mais que haja violência ou ameaça contra vítimas distintas. E aí se indaga: e se a vítima for a mesma? No particular, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, estamos com CEZAR ROBERTO BITENCOURT. Se a vítima for a mesma, fica afastada a regra do parágrafo único do 71, mas remanesce, por subsidiariedade, a forma do *caput*.

Visto o crime continuado específico, cuide-se agora de outro tema relevante: crime continuado e prescrição.

4.6. Crime continuado e prescrição

Na continuidade delitiva, por força do art. 119 do código e em razão da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, haverá extinção da punibilidade de ato por ato, desprezando-se o acréscimo de continuidade delitiva. Isto porque o crime continuado, criado para beneficiar o réu, não pode ser usado em seu desfavor. A doutrina ainda usa esta súmula por empréstimo – como faz ADA PELEGRINI GRINOVER, titular de cadeira da USP – para justificar o acréscimo da continuidade delitiva não pode ser retomado em efeito para afastar a incidência dos juizados especiais criminais, nos crimes de menor potencial ofensivo, com redação dada pela Lei 10259/01²², que considera desta espécie as infrações com penas **máximas** iguais ou inferiores a dois anos.

20. Sobre o assunto, é obrigatória a leitura de CLAUS ROXIN, a demonstrar a tríplice dimensão da culpabilidade.

21. Entendemos, com DELMANTO, que a expressão deve ser lida como “terá de” por se tratar de direito subjetivo do réu. É a interpretação mais garantista, consentânea com o movimento inaugurado por FERRAJOLI.

22. O STJ já reconheceu sua aplicabilidade aos crimes da justiça estadual.

4.7. Crime continuado e sucessão de leis penais

Por força da Súmula 711 do STF, editada em 24.09.03, aplica-se a lei mais nova ao crime continuado e permanente de forma imediata, sem que isto represente violação à legalidade estrita.

4.8. Crime continuado e coisa julgada

Se houver novos fatos praticados pelo réu se que se tenham sido objeto de denúncia, ela deve sofrer um aditamento objetivo, haja vista a conexão processual. Se, porém, o fato for descoberto depois do trânsito em julgado de sentença, após a condenação por este novo fato, cabe ao juiz de execuções, no dizer de MANOEL PEDRO PIMENTEL, unificar as penas.

Encerrada a análise do crime continuado, cuidaremos de assuntos ligados ao ponto central deste trabalho.

5. MULTA NO CONCURSO DE CRIMES

No concurso de crimes, para a multa, o critério é apenas um: o do somatório das infrações. Para o crime continuado, entendemos, com PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, que as multas não serão somadas, haja vista se tratar de crime único e não concurso de crimes.

6. UNIFICAÇÃO DAS PENAS

As penas devem ser unificadas em conformidade com o art. 75 do Código Penal, sendo o seu máximo limite, para cumprimento, em 30 anos, limite este que só é válido para o cumprimento e não para os incidentes de execução, em conformidade com a Súmula 715 do STF, editada em 24.09.03.

Se houver a prática de novo crime após o início de execução de pena, deve ser feita nova unificação, com outro prazo máximo de trinta anos. Por força do artigo 76, as penas mais graves são executadas primeiro.

7. DO CRIME ABERRANTE

O crime aberrante é previsto nos arts. 73 e 74. Em breves linhas, eles significam que:

7.1. *Aberratio ictus*

Neste caso, os bens não são iguais. Não se confunde com erro accidental quanto à pessoa, muito embora ambos sejam regidos pela teoria da ficção (levam-se em consideração as qualidades da pessoa visada, não daquele que foi efetivamente atingida). No erro quanto à pessoa, o agente supõe que uma pessoa é outra. No erro

na execução, o agente sabe exatamente quem é a sua vítima, atira e acerta pessoa distinta. Se, no erro na execução, forem atingidas as duas pessoas, há concurso ideal próprio de infrações, nos termos do artigo 73 do código.

7.2. Resultado diverso do pretendido

Neste caso, há um erro na execução, porém o agente lesiona bem diverso do que pretendia lesionar. Assim, ele pode querer lesionar uma coisa e atinge uma pessoa. Neste caso, é punido pelo crime culposo quanto à pessoa. Se o inverso ocorrer, quer acertar uma pessoa e acerta uma coisa, o sujeito não pode ser punido por crime culposo contra a coisa, haja vista a inexistência de crime culposo de dano. Restaria a possibilidade de punição pela tentativa de crime contra a pessoa, na modalidade inculpa. Na *aberratio delicti*, prevista no artigo 74, se os dois bens forem lesionados, haverá, respeitada a legalidade, concurso formal de infrações.

Encerrada a análise do crime continuado e do concurso de crimes, faremos, brevemente considerações acerca do *concursum delinquentium*, consoante a advertência que fizemos à fl. 02.

8. CONCURSO DE AGENTES

O concurso de agentes – *concursum delinquentium* – é regido no Brasil, parafraseando JOÃO MESTIERI, pela teoria monista ou unitária do concurso de pessoas²³, que tem quatro elementos:

- a) Unidade infrações;
- b) Relevância causal de cada comportamento²⁴;
- c) Vínculo subjetivo, não necessariamente prévio;
- d) Pluralidade de agentes.

Em razão de não haver tempo suficiente para discorrermos ainda mais sobre este assunto, remetemos o leitor à bibliografia indicada.²⁵

23. Mitigada por dois motivos: primeiro, porque a identidade de infração não representa unidade de pena, pelo preceito constitucional da individualização da pena e pela regra do *caput* do art. 29. Era o que LATAGLIATA chamava de síntese dialética. Ou seja, havendo vários co-delinquentes, eles respondem pelo mesmo crime, com penas distintas. Em segundo lugar, a adoção foi mitigada porque há dispositivos na parte especial que cindem a unidade de crime. Assim, no abortamento provocado por terceiro com o consentimento da gestante, bem como nos crimes de corrupção ativa e passiva. Sobre os crimes funcionais, recomenda-se a leitura de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e ANTÔNIO PAGLIARO.

24. Segundo NILO BATISTA, o concurso de pessoas não pode se resumir à causalidade.

25. BATISTA, Nilo. *Do concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*. São Paulo: DPJ, 2005.

SANTOS, Gérson Pereira. *Inovações na Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

9. CONCLUSÕES

À vista de tudo quanto foi exposto no ponto central, podemos concluir que:

- 1) *Concursus delictorum* (concurso de crimes) não se confunde com *concursus delinquentium* (concurso de pessoas) e nem com *concursus normarum* (conflito aparente de normas);
- 2) O *concursus delictorum* deve estar numa região transitória entre a teoria do crime e a teoria das conseqüências jurídicas do delito. Se assim não for, a matéria deve ser tratada, como na Itália, na teoria do crime, e não como se fez no Brasil;
- 3) No Brasil, adotaram-se dois critérios para o *concursus delictorum*, quais sejam, o cúmulo material temperado (para o concurso material e o concurso formal impróprio) e o da exasperação (para o concurso formal próprio e o crime continuado). Nestas hipóteses, deve-se atentar para a regra benéfica do concurso material;
- 4) No crime em concurso material, não se pode confundir conduta com ato, nem ação com ação típica, nem ação com conduta;
- 5) O concurso formal difere do material pelo número de condutas;
- 6) O concurso formal difere do conflito aparente pelo número de lesões a bens jurídicos, pelo número de resultados;
- 7) O concurso formal próprio difere do impróprio pela quantidade de desígnios;
- 8) O crime continuado é uma ficção regida pela teoria objetiva;
- 9) Aceita-se continuidade delitiva nos crimes violentos;
- 10) A expressão “mesma espécie”, no crime continuado, não é sinônima de crime idêntico. Por mesma espécie entende-se crimes que lesionam o mesmo bem de forma semelhante.

CAPÍTULO V

A PRESERVAÇÃO DA VIDA EM FACE DA BIOTECNOLOGIA: INSERÇÃO DE NOVAS ANTINOMIAS NO DIREITO PENAL

*Maria Auxiliadora Minahim**

1. O século vinte e um veio encontrar o Direito penal no centro de discussões que envolvem propostas divergentes, as quais propugnam desde a sua abolição até o desenvolvimento de um modelo funcionalizado e expandido com metas eficientistas. Neste panorama há uma posição tida como conciliadora é representada pela idéia que se satisfaz com um processo de reajuste deste ramo do direito para a realizar a tutela dos novos valores desvelados por ameaças sinalizadas pelo acelerado desenvolvimento científico. A prestação dessa tutela, embora signifique uma ampliação não desejada por alguns autores¹, pode ser legitimada em razão da potencial lesivo das ações e da qualidade dos bens e interesses que se desejam preservar. Tais bens jurídicos se caracterizam, portanto por sua atualidade, são referidos como sendo, a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético da humanidade, a identidade e irrepetibilidade característica de todo ser humano, a dupla dotação genética e a sobrevivência da espécie humana².

As ponderações sobre a expansão do direito penal para atuar como instrumento competente na prevenção dos mega-riscos, “próprios de uma sociedade de alta tecnologia, complexa e volátil”, como refere Regis Prado³, se bem que pertinentes, encontram, na outra ponta, uma demanda coletiva e continuada por mais segurança. Muitos dizem que esta demanda por proteção resulta da autopropulsão do medo que é utilizado como capital político que permite intervenções espetaculares. Não haveria, assim qualquer conteúdo próprio do direito penal a ser trabalhado, mas uma série de ações a serem desenvolvidas pelo poder público. A virtude está no meio.

* Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutora pela UFRJ e pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professora da graduação e da pós-graduação da UFBA, Coordenadora da Especialização em Ciências Criminais da UFBA, Presidente da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP).

1. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lè Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita. Passim.
2. Enumeração feita por ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 315.
3. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.7.

Tais riscos são originados por ações humanas – a grande parte constituindo atividades lícitas – que logram burlar pautas reguladoras para serem realizadas sem as cautelas consideradas devidas pelo poder público. Haveria nelas, desta forma, um risco, conhecido ou não que, por sua proporções, se deseja evitar e que não pode ser suficientemente prevenido com os recursos próprios de outros ramos do direito. Para realizar esta prevenção, convoca-se o direito penal. Isto significa, muitas vezes, intervenção jurídica antecipada, visando a impedir que ações distantes, de atores às vezes anônimos, como diz Figueiredo Dias⁴, atinjam vítimas também incertas, produzindo resultados de difícil determinação.

Algumas das novas figuras penais são criadas, com o objetivo de evitar, tão só a mera criação de um perigo, cuja existência está mais intimamente associada a valores que se receia verem atingidos com as novas práticas do que propriamente à criação de um estado de perigo. Exemplo significativo, é a incriminação da maternidade de substituição que ocorre em alguns países. Outros tipos buscam impedir uma ameaça que, por sua dimensão qualitativa, demanda a intervenção do direito penal. Pode-se questionar, por exemplo, a legitimidade de incriminação de ações que têm o objetivo de gerar embriões para servirem como material biológico disponível?

Para cumprir adequadamente esta função de prevenção de riscos na contemporaneidade, o direito penal necessita de certa plasticidade para que possa se adequar às novas formas de criminalidade e aos novos sujeitos do crime, nem sempre determinados, como ocorria tradicionalmente. Assim, recorre-se com frequência aos tipos de perigo abstrato – cuja existência não constitui nenhuma novidade no ordenamento jurídico – já que são por demais conhecidos os crimes contra a saúde pública, a incolumidade pública, o consumo⁵.

Neste contexto, situa-se a disciplina da biotecnologia, surgida com o desenvolvimento e transposição para o campo da análise genética de avançadas técnicas moleculares e a das novas técnicas de reprodução assistida cuja disciplina enfrenta outros problemas além daqueles ligados às funções e fins do direito penal.

No que tange à nova genética, a proibição é deliberadamente antecipada porque não é possível arcar com os ônus da produção efetiva, material de lesão que pode resultar de certas ações por sua dimensão e ofensividade. Deve-se esperar, v. g., o surgimento do clone para apurar-se, *ex post*, se tal ação atingiu ou não o valor que se deseja preservar quanto à singularidade da pessoa humana?

-
4. DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 44.
 5. Vide, a propósito dos crimes de perigo abstrato, GRECO, Luis. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo:RT, n. 49. pp 89-147.

O que não se pode ignorar, quando se fala em plasticidade no processo de criminalização de condutas, é:

- 1º) o papel central que a pessoa humana, delinqüente ou vítima, em suas diversas dimensões, devem ocupar, no discurso jurídico penal;
- 2º) o respeito ao princípio da subsidiariedade do direito penal;
- 3º) o necessário suporte axiológico do bem jurídico, para que se possa limitar o arbítrio do legislador, evitando a construção de supostos bens jurídicos, que acabam por legitimar a expansão do direito penal.

A tutela da vida contra as ameaças que estão implícitas nestes procedimentos, em razão de seu ineditismo, encontra um grau expressivo de dificuldades, por diversos motivos, dos quais se destacam, de logo, dois:

- 1º) A rápida superação de estágios do conhecimento dificulta a precisão de certos conceitos, como vida, morte, pessoa. O uso de células-tronco, por exemplo, retiradas de jovens embriões – mórulas – considerado como a técnica de ponta em biotecnologia tende a ser superado pelo emprego de OEC (células gliais olfativas) no tratamento da esclerose múltipla. Estas células são extraídas do bulbo olfativo de fetos abortados no quarto ou quinto mês de gravidez, cultivadas em laboratório e, posteriormente, injetas em pacientes (mas de um milhão por vez).⁶ Tudo indica, por exemplo que, se os chineses forem exitosos em suas práticas com as OEC, é possível que, em breve, fetos de 5 meses não sejam considerados ainda como integrantes da espécie humana, para que sua destruição possa ser justificada com argumentos formalmente coesos.

Não há que estarrecer, portanto se afirmamos que, em pleno terceiro milênio, o conceito de morte é, um conceito inacabado. Estar vivo precisa, muitas vezes de ponderadas decisões judiciais a este respeito.

- 2º) Nas sociedades contemporâneas o direito busca refletir as diferentes expectativas sociais e valores dos múltiplos segmentos que integram o corpo social. Ou melhor, a complexidade da vida nas sociedades plurais e a ruptura do monolitismo ideológico das sociedades tradicionais obrigam a uma visão também plural dos valores que se deseja preservar, abandonando-se assim a possibilidade de fundamentar a disciplina jurídica em valores inabaláveis, supostos absolutos, como pareciam ser os da sociedade tradicional.

6. Dois médicos daquele país, Xiu Bo e Huang Hongyun divulgaram o êxito e, também as limitações, dos trabalhos com tais células para o tratamento de esclerose múltipla. Não se sabe, porém por quanto tempo os resultados do transplante se mantêm, admitindo, os mesmos médicos a possibilidade de recorrência da enfermidade.

Pode-se continuar a considerar como intervenção médica não arbitrária aquela obriga a testemunha de Jeová a receber transfusões quando há experiências que atestam por uma melhor evolução do quadro na medida em que se respeita este desejo? Ou a que force um Rãs-Tafari a amputar uma parte do corpo quando, para eles, este é motivo que impede a ressurreição?⁷ Para alguns cientistas, destruir jovens embriões significa, apenas, usar um aglomerado de células, componentes disponíveis para salvar pessoas vitimadas por enfermidades degenerativas.

O respeito às diferenças, cada vez mais postulado por minorias que se afirma, só pode ser alcançado com o respeito às crenças e valores que os distingue e identifica, na medida, porém em que podem ser toleradas e absorvidas pelo grupo social. Isto implica, todavia em maiores dificuldades da norma para expressar um comando ou proibição com validade *erga omnes*. Se a norma pretende contemplar a pluralidade em sua estrutura, a fluidez e imprecisão que a acompanharão, podem atritar com o princípio da legalidade e seus corolários, marco definitivo do direito liberal.

Por estas razões, há os que afirmam, ainda, que o direito penal não deve disciplinar as situações trazidas pela biotecnologia, em razão do engessamento que a norma jurídica impõe a situações cuja complexidade demanda uma criteriosa diante de cada caso concreto porque, para ela, ainda não há uma solução pacífica. Com efeito, essa corrente propugna ser suficiente para o controle destes avanços através somente da Bioética, havendo mesmo quem afirme que “para a aparente certeza das normas, melhor é a incerteza que permite alcançar horizontes”⁸. São freqüentes as antinomias que podem ser encontradas no ordenamento jurídico.

Essa posição, todavia não pode prosperar. Verifica-se a necessidade da intervenção penal nas situações referidas em face de um motivo relevante: os processos biotecnológicos, além de repercutirem sobre a vida humana, são hábeis para alterar o curso da própria humanidade, enquanto espécie que se reproduz. O que se notar é que a própria Bioética tem imposto, ao direito, reflexões sobre os novos fatos e sua disciplina, lhe convocado para novas formas de juridicidade.

2. A intervenção do direito penal, em razão da natureza incomum das situações desveladas, não se faz com a segurança e coerência necessárias. Ao contrário, apresenta inúmeras contradições que se concretizam, sobretudo no tratamento desigual dispensado ao mesmo bem jurídico cujo ataque é proibido em certos

7. Foi por esta razão, que, na década de 1980, Bob Marley morreu vítima de uma infecção simples que se complicou porque o compositor se recusou a proceder a amputação de um dedo do pé em razão de proibições de sua religião. Destruir os jovens embriões é, para muitos cientistas, usar um aglomerado de células, componentes disponíveis.

8. José Eduardo de Siqueira, em recente Mesa Redonda ocorrida no VI Congresso da Sociedade Brasileira de Bioética, “Bioética, Meio Ambiente e Vida Humana”, realizado nos dias 30 a 3 de setembro de 2005, em Foz do Iguaçu. (Os Anais do evento contêm publicação parcial das intervenções).

casos e, em outros, embora a ofensa seja de igual, ou maior valor, é permitida, como se verá.

O direito penal alemão fonte primeira de inspiração de teorias e institutos para o direito penal latino americano, em razão da coesão de suas elaborações dogmáticas – ainda que nem sempre sejam as mais adequadas à experiência histórica destes países – pode ser convocado para ser também o primeiro país a revelar as antinomias a que se refere este trabalho.

Em 1997, foi aprovada no âmbito do Conselho Europeu a chamada Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina que trata sobretudo da proteção e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da Biologia e da Medicina. Os Estado membros comprometeram-se a tomar, no seu direito interno as medidas necessárias para dar efetividade às disposições da dita convenção. A Alemanha não subscreveu este documento argüindo que as normas não eram suficientemente específicas por não haverem proibido experiências com embriões. Assim, o direito interno desse país, na Lei sobre a Proteção a Embriões, incrimina a utilização abusiva de embriões humanos, punindo a conduta com pena privativa de liberdade ou multa. A norma proíbe, mais exatamente, a venda ou cessão com fim distinto da procriação ou utilização de embrião humano, produzido extra-corporalmente ou extirpado de mulher antes de sua anidação definitiva no útero.

Em 2002, todavia foi votada naquele país a Lei de Garantia da Proteção ao Embrião no que tange à Importação e Utilização de Células-Tronco Embrionárias e Humanas. Esta lei é redigida com ênfase – aparente – na proibição de importação de células tronco e suas linhagens do exterior. Abre, no entanto, de logo, a grande brecha que parece ser a razão de suas existência: ou seja, afirma que em casos excepcionais, para atender aos objetivos da ciência pura ou da medicina, pode ser concedida a autorização para a importação de células-tronco embrionárias. A proibição da conduta de utilização de embriões na Alemanha é, portanto, limitada a embriões alemães, *i. e.*, gerado por cidadãos alemães. Quanto aos demais, o valor ou interesse protegido neles não existe o que dificulta a identificação do bem jurídico protegido na figura específica da Lei de Embriões. Não se trata, certamente, da idéia de Claus Roxin de admitir como exceção, no direito penal contemporâneo, algumas vezes, a noção de bem jurídico como condição para a punição. O autor, embora inclua o uso de embrião entre as situações excepcionadas (pela impossibilidade de os interesses serem referidos a indivíduos concretos), destaca, sem ressalvas de qualquer natureza, “que sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal”⁹. Não foi o que entenderam os alemães quanto aos embriões excendentários gerados por cidadãos de outros países.

9. CF. GRECO, Luis. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo:RT, n. 49. pp 89-147. p.103.

O direito penal espanhol agasalha, também, contradições muito próprias. Na Espanha, admite-se aborto com fins eugênicos, ou seja, quando se presume que o feto irá nascer com grave defeito físico ou psíquico, desde que realizado até as vinte e duas primeiras semanas, ou seja, com até mais de cinco meses de gestação. O artigo 159 do Código Penal Espanhol, com base nas mesmas idéias, só pune a manipulação de genes humanos quando tal manipulação se voltar para outros fins que não a eliminação ou diminuição de defeito físico.

É o mesmo ordenamento jurídico penal espanhol – que autoriza o aborto para evitar enfermidades e defeito físicos – que pune, no entanto, no artigo 146, o aborto culposo, e mais enfaticamente ainda, no artigo 157 do Código Penal dispõe sobre a punição da conduta do sujeito que causar lesões, de tal natureza, no feto que prejudiquem seu desenvolvimento normal ou nele provoquem grave defeito físico ou psíquico. A forma culposa também é prevista. Trata-se, portanto, de uma proteção ampla ao produto da concepção que prevê como crime não só as lesões sobre o feto, mas também a falta de dever de cuidado da qual possa resultar interrupção da gravidez (aborto culposo). De outro lado, alterar material genético para curar defeitos e destruir o produto da concepção defeituoso, ainda que no quinto mês de gestação, constituem condutas permitidas; proibido é perturbar o desenvolvimento daquele que poderá se transformar em pessoa hígida e saudável.

Só é possível, como se vê conferir alguma harmonia jurídica na interpretação destes dispositivos se se entender que o direito espanhol revela uma postura eugênica, protegendo tão somente aquelas formas de vida humana que atendam aos ideais de melhoramento da espécie.

3. No Brasil, a disciplina infraconstitucional do meio ambiente é realizada, pela Lei 11.105/05 que estabelece normas para uso e descarte de OGMs, dentre outras providências. Trata-se, assim, de texto referencial para análise do tratamento legislativo dispensado pelo direito brasileiro aos novos fatos postos pela Bioética. Abriga por seu turno, diversas antinomias:

A Lei é considerada vanguardista, sobretudo porque permite o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, para fins terapêuticos, prática que se entende possa superar a finitude humana

A questão, que envolve um debate mais amplo, em razão dos aspectos éticos com que guarda pertinência, foi apresentada, como inadiável para o salvamento de vidas que, de outra forma, morreriam. Todo o problema foi reduzido a um binômio: devem ser jogados fora os embriões congelados ou ser utilizados para pesquisas redentoras? No bojo das pressões pela liberação legal do uso de sementes geneticamente modificadas, a resposta positiva à segunda pergunta, resultou no artigo 5º da Lei que permite o uso de jovens embriões para fins terapêuticos. Restringiu-se, todavia tal utilização aos embriões inviáveis e congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data

de sua publicação, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Para punir as práticas realizadas em desacordo com condições por ela estabelecidas, foi criado o tipo contido no artigo 24: utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da Lei no 11.105/05.

Um primeiro aspecto a ser apreciado, diz respeito ao tempo de congelamento – três anos no mínimo – que legitima a intervenção sobre o jovem embrião, despertando dúvidas todavia quanto ao bem jurídico protegido pela norma. Se o que se tutela é a vida, ou a dignidade da vida humana, por que o prazo do congelamento é determinante para configuração do crime? Significaria que após este prazo não há possibilidade de implante com êxito? O prazo estabelecido a partir do relatório Warnock¹⁰ para congelamento foi de cinco anos, aleatoriamente segundo José Roberto Goldim¹¹, porque não se fez estudos sobre a viabilidade por períodos mais longos. O mesmo autor noticia que, nos Estados Unidos, foram utilizados embriões com 7 e 8 anos de congelamento respectivamente sem que tenham sido evidenciados problemas no desenvolvimento das crianças, as quais nasceram saudáveis.

Por que o legislador brasileiro torna mais exíguo este prazo, se tutela, com o tipo do artigo 24, a vida cuja viabilidade seria possível por um período maior? Estaria se criando, na Lei, um conceito normativo de vida? Qual seja, o de que três anos de criopreservação denotariam um “abandono” do jovem embrião de forma que, decorrido este período sem manifestação do desejo de sua implantação, eles seriam, numa perspectiva normativa, inviáveis. O conceito de inviabilidade deve, porém repousar em dados biológicos que apontem no sentido de tratar-se de embrião que não tem condições orgânicas de desenvolver-se em processo gestacional para alcançar outros estádios de formação de si mesmo. O destaque é cabível já que se tem estendido, como na Espanha, a compreensão do significado de inviabilidade para alcançar os embriões que não serão implantados porque não há úteros disponíveis.

O ordenamento jurídico nacional agasalha uma antinomia, no particular, permitindo a destruição de embriões *in vitro* e proibindo o aborto sob a justificativa que aqueles, por não estarem no útero, não integram o tipo de aborto que exige gravidez. Esta posição parece priorizar o local onde se encontra o produto da concepção em prejuízo do produto por si mesmo, permitindo a seguinte reflexão: se se criasse local apto à gestação até período de viabilidade para vida autônoma,

10. O relatório da comissão de pesquisa presidida por Mary Warnock em Londres no ano de 1984. Vide, a propósito do tema: BOURGUET, Vincent. O ser em gestação. São Paulo: Loyola, 2002.

11. GOLDIM, José Roberto. Congelamento de Embriões. Disponível em <http://www.bioetica.ufgfs.br/congela.htm>. Acesso em: 19 de mai 2005.

também não haveria incriminação na eliminação de um feto de 6, 7, 8 ou nove meses? É o conteúdo ou o continente que é objeto de tutela penal?

Marcus Sagra¹², médico psicanalista, no que tange aos jovens embriões fertilizados *in vitro* e àqueles clonados, extrai-lhes qualquer traço de humanidade, por isto refere-se aos primeiros como componentes importantes para a qualidade de vida de outras pessoas e, aos segundos, como “acúmulo de células”.

Ao permitir o uso de células tronco de jovens embriões, Brasil situa-se em posição de vanguarda no cenário mundial, talvez impropriamente. O uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de clonagem terapêutica, por exemplo, é repudiado pela maioria dos países de forma que nosso país, lugar onde ainda se morre de tuberculose e diarreia, passou a fazer parte de um reduzidíssimo time, integrado, pela Inglaterra, Japão, Finlândia, Espanha, Dinamarca e Austrália (tão somente quanto ao uso de células-tronco e a Inglaterra apenas, admitindo a clonagem). Na verdade, mais de 50 países militam em favor de um acordo internacional que proíba o uso de células embrionárias para clonagem sob a consideração de que este é um ser humano.

O artigo 25 da Lei 11.105/2005 proíbe a prática de engenharia genética ainda que ela seja utilizada para corrigir enfermidades e doenças dos próprios embriões, em razão do bem jurídico tutelado: inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade. No entanto, a mesma Lei autoriza a destruição de jovens embriões para fins terapêuticos em seres humanos já nascidos. Como se pode perceber, caminha-se para o conveniente conceito normativo de que jovens embriões não são, ainda, seres humanos. Com isso se constata também que, um ser tem uma não uma qualidade, é ou não alguma coisa, integra ou não uma determinada categoria em razão da utilidade que dele se quer fazer, e não de suas propriedades; se o embrião que não está no útero, ou que não tem sulco primitivo não é humano, ele pode ser manipulado e destruído à vontade.

A questão dos bebês anencéfalos, que tem sido objeto de inúmeras decisões de primeiro grau, inclusive de liminar concessiva do STF, como se sabe, constitui outra situação que demanda um tratamento jurídico harmônico do direito penal pátrio. A noção de vida e do que significa estar vivo no direito brasileiro, a partir da questão da anencefalia, tornou-se ainda mais complexa. Isto porque se tem repetido, incansavelmente, que estes seres ou não estão vivos ou não são humanos, o que merece novas reflexões.

Apesar de não se tratar de um fenômeno novo, a possibilidade de identificá-lo, antes do nascimento da criança, revelou, assim como ocorre com grande

12. Conferência exposição feita no *I Congresso de Bioética do Mercosul* realizado nos dias 30 a 3 de setembro em Foz do Iguaçu pela Sociedade Brasileira de Bioética (SBB).

parte das questões introduzidas pelo avanço da biotecnologia, a insuficiência das formas tradicionais de abordagem destes fatos. Novos recursos tecnológicos têm possibilitado o diagnóstico precoce de gravidez de fetos anencefálicos, o que tem gerado um contínuo debate sobre a legitimidade de interrupção de gestação de seres com tais características

O argumento, muitas vezes convocadas para validar a idéia, desta feita, diz respeito à incapacidade para viver em plenitude: Fermin Schram, fundado em argumentos bem articulados, diz que “Anencéfalo praticamente não existe, porque esta sua vida não terá nenhuma qualidade que possa gozar, razão pela qual é sensato afirmar que moralmente não tem este direito”¹³.

Nei Moreira¹⁴, a respeito dos anencéfalos, diz que são “seres sem finalidade”, que devem ser considerados natimortos para o aproveitamento de seus órgãos. Por ilação, embriões congelados são produtos que devem ser postos a serviço da sociedade.

Em 1978 foi proclamada, em assembléia da Unesco, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais que, dentre outros direitos, destacou, em favor dos animais, o direito à existência, ao respeito, à cura, à proteção do homem e a não ser submetido a maus-tratos e atos cruéis. Sendo sua morte necessária, deverá ser instantânea, sem dor ou angústia.

Já no que tange aos anencéfalos, a idéia é de que a falta de cérebro para exercício das funções, chamadas superiores, o reduz a uma massa informe e pulsante que pode ser destruído sem os cuidados que proclamados acima. Isto porque é comum que a população leiga não faça a distinção entre encéfalo e cérebro ou que conheça as funções que desempenham no organismo humano, de forma que, quando se anuncia que um feto sofre da falta de um dos dois hemisférios do cérebro, este enunciado é associado a uma massa de tecidos disforme e pulsante.

Numa perspectiva médica, a anencefalia consiste em uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. Como resultado, há um desenvolvimento mínimo do encéfalo, faltando total ou parcialmente, o cérebro – região do encéfalo responsável pelo pensamento, a visão, audição, tato e coordenação de movimentos. A expressão sugere ausência de encéfalo, o que de fato não ocorre, mas sim uma formação inacabada deste. Esta porção de tronco encefálico existente permite que diversas funções que lhe incubem possam ser cumpridas tais como: movimento dos olhos e da boca, transmissão de mensagens sensoriais, (inclusive dor), fome, respiração espontânea,

13. SCHRAM, Fermin. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/ind2v6.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

14. MOREIRA, Nei. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, 1999.

temperatura corporal, tosse, vômitos e deglutição. A permanência desses reflexos, ou de alguns deles, é que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia, segundo os critérios médico-biológicos vigentes.

O anencéfalo não tem, de fato, condições de estabelecer relações, já que ele é desprovido de capacidade de memória, de percepção, de linguagem e cognição. A questão que se põe é: por isso não é vivo? Começa a ganhar certo espaço a noção de que só há vida (concepção essencialista,) quando o cérebro superior, porção do encéfalo tida como eixo e centro da consciência, funciona normalmente, assegurando o exercício dos aspectos essenciais da natureza humana. A vingar tal estipulação em torno da morte, não só o portador de anencefalia, mas outros seres humanos vivos, estão mortos

O anencéfalo traz à superfície a questão da entificação: estamos ou não diante de um ser? Bastam, para conhecê-lo, as afirmações da ciência que, afinal, não é tão infalível como se supôs e que se supera velozmente? E as demais dimensões humanas? Como lembra Macio Fabri¹⁵, estar vivo e ser considerado pessoa envolve outros padrões que devem ser considerados porque, o ser humano existe além de suas características biológicas. A dúvida sobre sua essência pode então ser suprida desde fora, (*design*) utilizando-se valores, porque, estes sim é que são indispensáveis para completar o processo de conhecimento do ser com o qual nos confrontamos. Retornando a Fabri, o autor afirma que o processo de humanização tende a ser estendido até aos animais¹⁶ de forma que, com a utilização de critérios éticos, se pode, por fim, responder se se deve ou não “humanizar um feto anencefálico ou se cabe antes abandonar tal processo devido aos inúmeros limites de suas condições”.

Se o anencéfalo está morto, cabe por fim afirmar, também estão os pacientes em coma ultrapassado e aqueles em vida vegetativa, porque na mesma situação biológica; que se desliguem os aparelhos ou se harmonize o entendimento jurídico sobre o fenômeno da vida e da morte.

Tema que também merece apreciação, embora ainda não positivado em norma jurídica, é o das mães de substituição. Alguns autores se levantam contra a possibilidade de a criança, gerada com os gametas dos próprios pais, vir a ser gestada em útero de terceira, embora seja considerado um ato de solidariedade o

15. A citação refere-se a voto de Márcio Fabri, em KIPPER Délio, HOSSNE William Saad. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, v. 6, n., 1998. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind2v6.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2004

16. A lei 9605/98, por seu turno, incrimina, alternativamente, a conduta de praticar ato de abuso, maus tratos ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados e, no §1º, veda a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

implante, até mesmo de embrião, gerado com gametas alheios se essa implantação é feita por quem tem projeto de maternidade.

Não há, no Brasil, dispositivo expresso sobre a ilicitude da conduta embora, dentre os projetos de Lei que disciplinam a matéria, existam dois¹⁷ com a previsão de crime que tem a seguinte redação: participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta. Pena de detenção de seis meses a dois anos. Também na Alemanha é punida a conduta.

Há autores que entendem que as pessoas não podem, segundo as pautas constitucionais vigentes no Brasil, ser objeto de contrato. Assim, também, Jussara Meirelles¹⁸ para quem todo e qualquer negócio jurídico que verse sobre maternidade por substituição é nulo. Mônica Aguiar¹⁹ afirma que o objetivo da realização desse negócio é a obtenção de uma vida humana, seguida pela cessão dos direitos e deveres da maternidade, que só podem ser afastados por condenação penal.

Na doutrina portuguesa, Albin Eser e Ana Paula Guimarães²⁰ entendem que existe uma degradação para a condição de objeto da criança gerada por uma mãe para ser transferida para outra, enquanto José de Oliveira Ascensão²¹ privilegia os vínculos biológicos, defendendo que a pessoa de quem provêm os gametas com projeto de maternidade é a verdadeira mãe, não obstante o feto não haver se desenvolvido em seu útero.

Os partidários da ilegalidade da gestação em útero de terceiras, chamadas mãe de substituição no direito francês, substitutas em italiano e mais propriamente mãe gestadora ou gestacional em português, argumentam, equivocadamente, que o artigo 5º da Constituição Federal, ao garantir o direito à vida, assegura sua indisponibilidade e, ainda, que o art. 199, §4º – que dispõe, na verdade, sobre remoção de órgãos, tecidos e transfusão de sangue – veda sua comercialização.

De forma mais radical, outros apóiam a criminalização da conduta porque entendem existir uma dupla ofensa no fato de se oferecer o útero para a gestação de uma criança: a primeira à dignidade da mulher que mercadeja o útero e a segunda porque, ainda que se faça uma cessão altruísta, a mulher estaria sendo instrumentalizada como organismo sexual. Há os que tratam de uma terceira ofensa, desta feita ao recém nascido, rebaixado a uma rês comercial.

17. Projeto de Lei 3638 de 2003 , PLC 54 e o Projeto de Lei do Senado 90, em um dos seus substitutos.

18. MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem ou determinação de maternidade*. Curitiba: Gênesis, 1998, p. 83.

19. Estudos e conferências feitas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia no ano de 2003 na disciplina Bioética.

20. GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.105.

21. Idem, *ibidem*.

Os enganos desses pensamentos são inúmeros; tudo indicando que, mais uma vez, um equívoco quanto ao bem tutelado. Aqui há uma rejeição ao útero – local da gestação – continente e não ao conteúdo que é constituído pelos gametas e embriões gerados com material genético de terceiros. Aceita-se, portanto que estes – embrião e gametas (que são o conteúdo) – sejam objeto de um negócio, mas não aprovam o continente que é o útero de terceiro. Ora, é possível admitir, como faz o novo código civil que se pode gerar, com material genético de outra pessoa, (o que transtorna com mais violência os princípios relativos ao parentesco, à identidade genética) e não admitir a simples gestação em outro ventre? Não seria este mais um passo no sentido da comunhão e da solidariedade de uns com outros, assim como tem sido com o aleitamento?

Ou será que definitivo, no sentido de se admitir a conduta, é o fato de que ela tem um suporte ético em sua intencionalidade que consiste no partilhamento das condições que geram a vida? Se a doação de órgãos representa um ato de solidariedade, porque a cessão transitória, com os mesmos objetivos, atenta contra a dignidade da vida?

4. A superação das antinomias que as realizações da ciência têm introduzido no direito penal reivindica um enfrentamento mais corajoso dos temas. Isto significa que não se devem manipular temas, designando, por exemplo, o aborto do anencéfalo como interrupção seletiva da gravidez ou afirmar que anencéfalo não está vivo em franca oposição ao conceito de vida do ordenamento jurídico nacional. Se se entende que uma mãe não tem condições pessoais de gestar um filho, e se se autoriza que tal gestação seja interrompida, deve-se chamar de aborto a tal ato. Da mesma forma, engendrar longos discursos a respeito da existência ou não, nos jovens embriões, de características que podem conferir-lhes a qualidade de humano parece pouco produtivo porque sempre possível manipular discursivamente a questão, se se deseja sua destruição para salvar outra vida. Os mistérios da vida e sua intensa vulnerabilidade merecem, afinal que sua abordagem e tratamento sejam realizados com o respeito que, todos os seres que integram a aventura da existência terrena, merecem.

CAPÍTULO VI

AS ANTIGAS E NOVAS FACETAS DO FIDEICOMISSO E O ATUAL CÓDIGO CIVIL

*Nilza Reis**

Sumário • 1. Noções Introdutórias – 2. O usufruto e o fideicomisso: distinções necessárias – 3. Direitos do Fiduciário e do Fideicomissário – 4. O fideicomisso no atual Código Civil: A inovação no instituto – 5. Conclusões Necessárias – 6. Referências Bibliográficas.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

No sistema do Código Civil de 1916, o fideicomisso estava previsto no art. 1.733, autorizando o testador a instituir herdeiros ou legatários através dele, mediante imposição “a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado”.

A palavra fideicomisso, bem como todos os termos que dela derivam, tem origem no direito clássico, em cujo âmbito encontrava-se o termo *fideicommissum*, e de *fideicommittere*, significando confiar, entregar por fideicomisso, como também *fideicommissarius*, vocábulo do qual procede a palavra fideicomissário, como a herança fideicomissária do Digesto ou *fideicommissaria hereditas*.

Segundo os estudiosos do tema, o fideicomisso finca as suas raízes no Direito Romano, haja vista que, segundo LUIS PUIG FERRIOL¹, “o instituto adquiriu um amplo desenvolvimento a partir da época imperial, pois surge como algo acessível a todos, independentemente do requisitos do *civitas*, e portanto amparado pelas normas do *jus gentium*”.

Em determinado estágio, o direito romano retirava de certas pessoas a capacidade de receber por testamento, fazendo com que alguém que desejasse beneficiá-las confiasse os bens a uma outra, dotada de capacidade, rogando-lhe que os entregassem posteriormente para quem, efetivamente, almejavam transferir, contando, então, apenas com a sua honestidade e com a confiança nela depositada, pois era livre para executar ou não a vontade do instituidor.

* Professora de Direito Civil da UFBA e Juíza Federal/BA

1. in *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965, p. 19 – apud PINTO FERREIRA, Enciclopédia Saraiva de Direito, vol 37, p.170)

Na Inglaterra, em certa época, “as mulheres casadas estavam submetidas a um regime de incapacidade absoluta com o casamento, os bens da mulher entravam para o patrimônio do marido, daí ter-se imaginado a instituição de fideicomissos duplos: o parente da mulher doava os bens a um terceiro, que os entregava à mulher casada beneficiada a título de fideicomisso², não havendo dúvida que, em qualquer caso, dependia, fundamentalmente, da honestidade ou da *fides* do sujeito que os arrecadava inicialmente, para transmiti-los, em momento subsequente, ao seu verdadeiro dono: o fideicomissário. Não havia, porém, normas legais destinada à disciplina do instituto, daí porque o *rogatus*, vale dizer, aquele que recebia os bens para entregá-los ao fideicomissário, não estava vinculado à vontade do testador senão através da sua honestidade e fidelidade. Era, portanto, livre para cumpri-la ou não. Depois, em razão dos abusos, esse panorama foi sendo alterado, e, mesmo em Roma, chegou-se a reconhecer ao fideicomissário a possibilidade de recorrer aos cônsules, pedindo-lhes que aquele fosse obrigado a cumprir a vontade do testador, nomeando-se, então, sob o império de Cláudio, um magistrado especialmente incumbido deste mister e que era o *praetor fideicommissarius*.

No direito medieval, o fideicomisso encontrou um vasto campo, proliferando, juntamente com o morgado, que, por sua vez, acarretava a transferência de bens, por sucessão, ao filho primogênito e, assim, sucessivamente, em caráter perpétuo e indivisível, sem possibilidade de alienação, em homenagem “ao nome e esplendor da família.”³

Consagrado em Portugal e rejeitado pelo individualismo da Revolução Francesa que, todavia, não conseguiu eliminá-lo completamente, eis que o Código de Napoleão o prevê (art. 897), o fideicomisso passou, finalmente, ao nosso Código Civil de 1916, no qual era disciplinado no título III, capítulo XIV, do Livro IV, que era destinado às substituições de herdeiros ou legatários.

Definindo o instituto, CARLOS MAXIMILIADO afirma que o fideicomisso consiste na “designação de uma pessoa para recolher herança ou legado, na falta ou depois de outros”⁴

Considerado no direito contemporâneo uma espécie de substituição oblíqua ou indireta de herdeiro ou legatário, o fideicomisso faz surgir três sujeitos distintos: o testador ou instituidor, chamado, na relação, de fideicomitente; o fiduciário ou gravado, que mantém consigo a herança ou o legado para, depois, efetuar a sua transmissão, segundo a vontade do primeiro, a outro herdeiro ou legatário, ao qual se denomina fideicomissário.

2. Ob. cit, p.171.

3. in DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, p. 1.038, São Paulo:Forense, 1979.

4. *Direito das Sucessões*, vol.II, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1952, p.58.

Morto o testador, o fiduciário adquire a herança ou o legado “durante toda a sua vida, durante certo tempo, ou mediante determinada condição”, a depender dos termos da manifestação de vontade testamentária emitida pelo fideicomitente⁵, para transferi-lo, posteriormente, ao seu segundo sucessor, que é o fideicomissário.

Há, pois, no fideicomisso, uma dupla disposição testamentária, de caráter sucessivo, traço que o distingue do usufruto instituído através de testamento, cujos termos nem sempre são claros, já que a declaração de vontade manifestada pelo testador muitas vezes contém expressões inadequadas, ambíguas e duvidosas, impondo a necessidade de interpretação, da qual pode resultar a conclusão da existência do fideicomisso ou ao usufruto, daí a importância de apreendermos a dimensão conceitual destes dois diferentes institutos jurídicos.

2. O FIDEICOMISSO E O USUFRUTO: DIFERENÇAS NECESSÁRIAS

O fideicomisso, como sabemos, é uma forma de substituição de herdeiro ou legatário que se concretiza na sucessividade: primeiro sucede o fiduciário ou gravado, e depois o fideicomissário. E aí se consolida o instituto, ante a nulidade de fideicomisso que ultrapasse o segundo grau, de modo a projetar-se no futuro indefinidamente. Caso não haja qualquer fato capaz de eliminar ou interromper a relação fideicomissária, os dois sucessores – fiduciário e fideicomissário – serão titulares da propriedade da herança ou do legado que receberam em decorrência da morte do fideicomitente, embora o primeiro, que é o gravado, só a titularize em caráter resolúvel, pois em algum momento deve transmiti-la ao segundo – também designado pelo testador. Sendo assim, cada um, a seu tempo, será proprietário da herança ou do legado que o beneficia.

No usufruto tudo opera de modo diverso, porque, sendo um direito real na coisa alheia, impõe a aquisição simultânea de dois diferentes direitos pelos sujeitos envolvidos na relação constitutiva, que, guardando, aqui, uma certa correspondência com o fideicomisso, também são três, a saber: o testador que, no caso, o instituiu através de negócio jurídico unilateral de última vontade; o sujeito a quem este transfere, por força da sucessão decorrente da sua morte, a propriedade de todo o seu patrimônio ou cota parte indeterminada dos seus bens (herança) ou de coisa determinada e certa (legado), e, afinal, a pessoa à qual busca assegurar, primordialmente, meios por intermédio dos quais possa garantir a sua sobrevivência, que é o usufrutuário.

Diz-se, então, que o fideicomisso pode ser universal ou singular, conforme incida, respectivamente, sobre a herança ou o legado.

5. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, -Pinto Ferreira, vol.37, p. 172.

Nesse contexto, o sujeito gravado – fiduciário – passa a ser titular da propriedade, mas exercerá o seu direito de forma limitada, uma vez que as faculdades que lhe são inerentes serão parcialmente esvaziadas em benefício do usufrutuário, a quem são transmitidos, grosso modo, o uso e a fruição (gozo) da herança ou do legado, ficando aquele apenas com a faculdade de dispor, motivando a sua denominação de nu-proprietário, dando lugar ao fenômeno do desdobramento, que é justificado pelo princípio da elasticidade do domínio.

Sendo assim, não há dúvida de que, operando diferentemente do fideicomisso, quando o testador pretende instituir o usufruto através de testamento, mas a redação da sua declaração de última vontade suscita dúvida, o operador do direito há de buscar o seu verdadeiro sentido através do manejo dos traços distintivos desses dois institutos. A tarefa não é fácil, tanto que foi considerada por TEIXEIRA DE FREITAS como “um tormento para os juristas”, concluindo que:

“Em casos de dúvida, podendo ter-se constituído fideicomisso ou usufruto, entender-se-á a constituição de fideicomisso sempre que o constituidor ordenar passagem dos bens a outrem por morte do primeiro nomeado, embora em relação a este fale em usufruto.”⁶

Haverá fideicomisso, então, quando uma pessoa é beneficiada com uma herança ou legado para efetuar, em momento subsequente, a sua transferência a outro, fazendo surgir, assim, a aquisição sucessiva dos direitos conferidos por cada um desses sujeitos. Deste modo, tem-se que entre a aquisição do primeiro e a do segundo haverá o *tractus temporis*, vale dizer, um lapso de tempo que medeia entre a propriedade do fiduciário e a do fideicomissário. No usufruto, ao contrário, os sujeitos beneficiados pelo testador, seja herdeiro ou legatário – adquirem os seus direitos ao mesmo tempo, ou seja, simultaneamente. E mais: enquanto o fiduciário e o fideicomissário são titulares da propriedade e têm, portanto, um direito real sobre coisa própria, o usufruto acarreta o desmembramento de um só domínio, que é do nu-proprietário, retirando do seu conteúdo, em caráter temporário, as faculdades de usar e fruir da coisa que integra o seu patrimônio em benefício do usufrutuário. Este, por sua vez, não é proprietário nem titular de um direito real na própria coisa, pois o seu direito incide sobre coisa alheia.

Assim, conclui-se que haverá usufruto quando o testador impõe a aquisição dos direitos dos beneficiados de forma simultânea: o nu-proprietário e o usufrutuário exercitam concomitantemente os seus direitos. No fideicomisso, não. O fideicomissário só passa à condição de proprietário depois da extinção do direito do fiduciário, havendo, no caso, uma imperiosa sucessividade no exercício dos seus direitos.

6. Ob. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 37, p.179.

A par disso, as faculdades legalmente conferidas aos sujeitos da relação de usufruto são totalmente distintas daquelas outorgadas aos sujeitos do fideicomisso.

Com efeito, quando um bem é gravado de usufruto, o titular não ignora que a respectiva propriedade não é sua, mas de outro: o nu-proprietário, assim chamado porque, no curso da duração do usufruto – que será no máximo vitalício –, fica destituído de importantes faculdades que integram o seu domínio. O usufrutuário, ao contrário do fiduciário, não é titular de um direito real na coisa própria, mas na coisa alheia. E preenchendo o conteúdo do seu direito, mantém consigo exatamente algumas faculdades que são extraídas do conteúdo da propriedade de outrem, mas que voltarão ao respectivo titular quando o seu direito for extinto, revelando, assim, um fenômeno justificado pelo princípio da elasticidade do domínio.

Quando instituído através de testamento, o usufruto não é uma forma de substituição imediata ou oblíqua de herdeiro ou legatário. É simplesmente uma forma de designação de sucessores simultâneos, sejam herdeiros ou legatários, com direitos diversos e que serão exercitados ao mesmo tempo. Sob este ângulo, o fideicomisso também é uma forma de nomear herdeiros ou legatários, mas de um modo diferente, porque, neste caso, o testador manifesta a sua vontade no sentido de beneficiar sucessivamente dois sucessores – herdeiros ou legatários – com todo o seu patrimônio ou quota parte indeterminada do seu patrimônio (fideicomisso universal), ou, ainda, com bem certo e determinado (fideicomisso singular), conferindo-lhes, assim, um mesmo direito, que será exercitado, porém, em tempo diverso.

Na realidade, no usufruto há o desmembramento do domínio atribuído, exclusivamente, ao nu-proprietário, mas o instituidor assegura a outro, que é o usufrutuário, o direito de usar e fruir as utilidades da herança ou do legado que, na verdade, não lhe pertence. Por isto o usufruto é um direito real na coisa alheia, já que esta integra o patrimônio do outro sujeito, qual seja, o nu-proprietário, e fica temporariamente desfalcado de algumas faculdades. No fideicomisso, indiscutivelmente, tanto o fiduciário quando o fideicomissário têm a propriedade da herança ou do legado, embora a natureza do direito assegurado ao primeiro esteja submetida às suas próprias contingências, tornando a sua propriedade, em conseqüência, restrita e resolúvel, já que também é temporária, porque submetida à determinação do instituidor, cujo desejo é torná-la definitiva para o último beneficiado. Este, por sua vez, nem sempre certo e conhecido, eis que pode ser uma pessoa ainda não concebida (prole eventual), diversamente do que acontece no usufruto, no qual a dualidade simultânea dos direitos conferidos aos sucessores – propriedade e usufruto – exige que esses existam e tenham capacidade para adquiri-los no momento da abertura da sucessão do instituidor.

A par desses aspectos, vale recordar que o usufruto tem finalidade alimentar e, por isto, o seu titular não pode transferi-lo a outrem, fazendo com que, inspirados em ENNECCERUS, alguns autores o classifiquem como um direito

real subjetivamente pessoal, uma vez que a existência do usufrutuário reflete na continuidade ou extinção do próprio direito, diversamente do que acontece com os direitos reais subjetivamente reais, tais como a servidão e a enfiteuse⁷. Diante disso, quando beneficia uma pessoa física e desde que não haja a fixação de outro prazo de duração, o usufruto será vitalício e se extinguirá, obrigatoriamente, com a morte do titular, acarretando o retorno das faculdades que até então exercitava ao domínio do nu-proprietário.

No fideicomisso, as conseqüências da morte dos sucessores designados pelo testador são completamente distintas.

De fato, quando o fiduciário morre antes do fideicomissário, a propriedade do bem fideicomitado passa aos seus próprios sucessores, desde que este fato não seja a causa da transmissão da propriedade decorrente da vontade do fideicomitente, embora alguns sustentem que a situação conduz à antecipação do momento da aquisição do direito do segundo sucessor, mas acreditamos que os efeitos jurídicos dependerão da hipótese concreta, até porque o fideicomissário pode não aceitar a herança ou ao legado que lhe foi atribuído em testamento, provocando a permanência do domínio do primeiro beneficiado e, por conseguinte, dos seus próprios sucessores, salvo disposição em contrário do instituidor.

Morrendo o fideicomissário em momento anterior ao evento, termo ou condição prevista pelo fideicomitente para a aquisição do seu direito, este, logicamente, não chegou a configurar-se, fazendo com que a propriedade seja consolidada no fiduciário, adquirindo, então, uma qualidade diversa da que tinha até então, uma vez que originalmente era resolúvel e, em razão daquele fato, passa a ser definitiva.

3. DIREITOS DO FIDUCIÁRIO E DO FIDEICOMISSÁRIO

Sendo o primeiro titular da propriedade da herança ou do legado, o fiduciário será beneficiado com a transmissão operada pelo princípio da *saísine*, mas deve promover a transcrição do título, vale dizer, a sentença que julgou a partilha, no registro público competente, que será o imobiliário se o bem tem esta natureza, e o de títulos e documentos se o seu objeto for bem móvel, conferindo, assim, eficácia *erga omnes* ao seu direito.

Deve conservar o bem, já que deve transferi-lo ao segundo sucessor – fideicomissário –, ainda que o testamento no qual foi nomeado não faça qualquer menção a este fato. Também deve administrar com zelo o que recebeu, pois pode ser responsabilizado pelas deteriorações ou danos decorrentes de seu procedimento culposo, cabendo-lhe, ainda, as obrigações de inventariar os bens fideicomitados

7. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 7ª edição, 1980, São Paulo: Forense, p.08.

e de prestar caução, a qualquer tempo, neste caso último se lhe exigir o fideicomissário.

O fiduciário tem, ainda, o direito de consolidar o fideicomisso quando ocorrem algumas situações, entre as quais vale referir as hipóteses de renúncia, exclusão por indignidade ou deserção, falta de legitimação ou morte do fideicomissário antes da realização do evento ou do implemento da condição prevista para a aquisição do seu direito, conduzindo o fideicomisso à caducidade, importando recordar que estas hipóteses não têm caráter exaustivo, ante a existência de outras referidas pelos doutrinadores⁸.

Uma tormentosa questão parece aflorar em derredor da possibilidade ou não de o fiduciário alienar a sua propriedade, matéria na qual surgem divergências, pois enquanto alguns sustentam que o fiduciário está habilitado a transmitir o seu direito, “na medida em que o tem”⁹, outros negam esta possibilidade¹⁰.

Nos filiamos à primeira corrente, uma vez que não conseguimos entrever a existência de qualquer obstáculo à transferência da propriedade pelo fiduciário que, logicamente, só poderá efetivá-la de acordo com a própria natureza do seu direito. Como ocorre em qualquer situação, só pode dispor, na verdade, do que tem. E o que tem é uma propriedade resolúvel e, portanto, temporária, daí porque somente assim poderá transferi-la a terceiros. Se dela dispõe, quem quer que a tenha adquirido ficará vinculado aos termos do título constitutivo, razão pela qual, substituindo o fiduciário, tem a obrigação de transmiti-la ao fideicomissário quando ocorrer o evento, o termo ou a condição prevista pelo testador para a aquisição do seu domínio, uma vez que não ignora a resolubilidade inerente ao direito que lhe foi transmitido.

Certo é que uma das características da propriedade é sua duração ilimitada, a sua perpetuidade, mas não se pode negar a existência da exceção consistente naquela dotada de natureza resolúvel e “que se configura quando, no próprio título de sua constituição, por sua própria natureza ou pela vontade do agente ou das partes, se contém condição resolutiva”,¹¹ à semelhança do que acontece com a propriedade do fiduciário.

8. Eduardo de Oliveira Leite afirma que “o segundo requisito necessário da substituição fideicomissária, a obrigação de conservar e restituir, está implícito na proibição de alienar, uma vez que, é titular da herança ou legado, mas propriedade restrita e resolúvel, pois deve conservá-la para a transmitir oportunamente ao fideicomissário, mas, em momento subsequente, sustenta que o fiduciário “pode dispor dos bens, como lhe convenha e até aliená-los, se não houver proibição expressa”(pp. 610 e 611).

9. ORLANDO GOMES. ob. cit., p. 295.

10. RT 262:210-211.

11. ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 96.

Creemos, portanto, que, inexistindo vedação prevista pelo testador, no sentido de fixar a inalienabilidade do objeto do fideicomisso, não há óbice à sua alienação ou oneração pelo primeiro sucessor – fiduciário –, até porque este pode ser convocado pelo fideicomissário a prestar caução, com o objetivo de assegurar a efetividade do seu eventual direito à propriedade do acervo ou do bem fideicomitado, eliminando, assim, os riscos aos quais possa eventualmente ser submetido, em razão do comportamento negligente do fiduciário.

Importa recordar, ademais disso, que, em razão da sua própria natureza, o direito do fideicomissário é eventual, porque depende “*da verificação, ou realização, dos elementos constitutivos que lhes faltam para se erigirem em direitos subjetivos e, assim sendo, nitidamente se distinguem dos direitos pertencentes aos que podem exigir, de outrem, a prática do ato constitutivo final*”¹². O Direito e a vida dos Direitos, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p.574, São Paulo:1991. E o elemento constitutivo que se encontra ausente, no caso, é o evento previsto pelo testador como causa eficiente da aquisição do seu direito.

Com a morte do fiduciário, o advento do termo ou o implemento da condição prevista pelo testador como elemento imprescindível à transferência da herança ou do legado ao fideicomissário, o direito deste¹³, que até então era eventual, passa, então, a existir, outorgando-lhe qualidade de titular da respectiva propriedade. Configura-se, aí, a substituição fideicomissária, impondo ao segundo sucessor do fideicomitente, ou instituidor, a obrigação de assumir os encargos remanescentes da herança, desde que vinculados à sua qualidade.

4. O FIDEICOMISSO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL: A INOVAÇÃO NO INSTITUTO

No Código Civil de 2002, o instituto do fideicomisso manteve alguns dos seus contornos antigos, como atesta o art.1.951, no qual foram introduzidas pequenas variações de redação, mas não há dúvida de que no art. 1.952, *caput* e parágrafo único, surgem novidades de grande significado, como atesta a simples leitura do seu texto, *in verbis*:

“Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único – Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitados, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.”

12. VICENTE RAO

13. Sobre os direitos do fiduciários e do fideicomissário recomendamos a análise da obra de Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 21ª edição, revista e atualizada, Editora Saraiva, 2007, pp. 344/348)

Qual será o verdadeiro sentido dessas normas? É o que temos buscado alcançar, meditando sobre o conteúdo dos preceitos contidos no atual Código Civil, que alteram, de forma substancial, a dimensão conceitual do fideicomisso disciplinado no sistema anterior.

Com efeito, admitindo que o testador possa “instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião da sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”, nos termos do art. 1.951, o atual Código Civil traz ao cenário jurídico nacional uma nova regra legal que impõe a sua constituição apenas em favor de pessoa ainda não concebida no momento da morte do instituidor. Indo mais além, determina que, se, nesta ocasião, o beneficiado já houver nascido, o fideicomisso desaparece, surgindo, em seu lugar, o usufruto para o primeiro sucessor e o direito de propriedade para o segundo.

Entendemos que, a partir de duas situações, as determinações contidas no art. 1.952 do Código Civil conduzem o intérprete a dois diferentes destinos, isto porque, no momento da abertura da sucessão do instituidor do fideicomisso, deve verificar se o segundo herdeiro ou legatário, que é o fideicomissário, já nasceu ou não, uma vez que as soluções oferecidas para estas hipóteses serão totalmente distintas. Sim, porque, se o fideicomissário já houver nascido ao tempo da morte do testador não haverá fideicomisso, pois ele terá direito à propriedade da herança ou do legado, conferindo-se, em consequência, ao primeiro indicado, antes qualificado de fiduciário ou gravado, apenas o direito ao respectivo usufruto, do que resulta, imediatamente, a eliminação da aquisição sucessiva dos direitos referidos no testamento. Neste caso haverá, portanto, a aquisição e o exercício simultâneos de diferentes direitos pelos herdeiros ou legatários do testador: um, na qualidade de proprietário; outro, de usufrutuário, remetendo a matéria à esfera dos direitos reais, na coisa própria e na coisa alheia.

Analisando o tema, Eduardo de Oliveira Leite¹⁴ ressalta, com percuciência, que a possibilidade da prole eventual de uma pessoa ser beneficiada na sucessão testamentária já era prevista no Código Civil anterior (art. 1.718), concluindo que a novidade é a sua inserção na seara das substituições. Ilustra o seu entendimento com a doutrina de PONTES DE MIRANDA que, ao comentar o dispositivo, sustentou: “Quando o testador instituiu pessoa por ser concebida (art. 1.718) em fideicomisso e dá substituto, esse só sucede, *demonstrada a ineficácia da verba da instituição*, e.g., se a pessoa designada, cuja prole foi contemplada, já *morreu* ou *não pode ter filhos*”.

14. in *Comentários ao Novo Código Civil*, 2ª edição, Do Direito das Sucessões, Vol. XXI, pp. 612/613, Editora Forense, 2003)

A citação, cujos grifos são originais, serve ainda hoje à hipótese de fideicomisso, que, como vimos, só pode ser instituído em benefício da prole eventual de uma pessoa, valendo recordar, todavia, que a menção à impossibilidade de de uma pessoa indicada ter filhos não absorve aqueles que provêm dos liames civis (filhos adotivos), salvo se o testador de logo os excluiu.

Tudo será diferente, porém, quando aquele que foi indicado como segundo sucessor e, por conseguinte, na qualidade de fideicomissário, ainda não houver nascido no momento da morte do instituidor, situação na qual o fideicomisso produz os seus efeitos, seguindo os seus antigos contornos e tornando necessária a adaptação das normas estabelecidas no Código Civil ao caso concreto. Agora, a herança ou o legado passa ao fiduciário, o primeiro sucessor designado no testamento, que será, então, titular de uma propriedade de natureza restrita e resolúvel, nos moldes explicitados anteriormente, aplicando-se à hipótese, e somente nela, os preceitos contidos nos arts. 1.953/1.957 do Código Civil.

Entre esses dispositivos existem três que, em nossa compreensão, merecem um exame detalhado. São os arts. 1.955, 1.957 e 1.958, cujos termos seguem transcritos:

“Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.”

“Art. 1.957. Ao sobrevir a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem”.

“Art. 1.958. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutiva do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.”

Quanto ao primeiro, entendemos ser importante observar que a exceção contida no final do preceito – se não houver disposição contrária do testador – pode ser absorvida na hipótese em que existem vários fideicomissários nomeados conjuntamente, mas apenas um ou alguns renunciam, jamais como a possibilidade de transmissão da herança ou do legado a um terceiro, uma vez que esta interpretação esbarra na proibição contida no art.1.959, do mesmo diploma legal, que veda a instituição de fideicomisso além do segundo grau.

Orientação similar deve ser adotada quando o testador designar um ou vários substitutos para o fideicomissário e este renunciar, caso em que o efeito retroativo da sua manifestação de vontade abdicativa colocará o primeiro substituto no seu lugar, e, assim, sucessivamente, mantendo a restrição legal estabelecida pelo art. 1.959, do Código Civil, *“uma vez que o fideicomissário, que estava no segundo grau, desaparece, e seu substituto ocupará a mesma posição; logo, não há um*

*terceiro grau de substituição*¹⁵, desde que, sendo vários os substitutos, ao final, logicamente, apenas um deles aceita a herança ou o legado.

No que se refere ao segundo dispositivo – art. 1.957 –, cremos que a expressão “ao sobrevir a sucessão” refere-se, naturalmente, àquela que foi deferida pelo testador ao segundo herdeiro ou legatário, vale dizer, a sucessão fideicomissária, que somente ocorrerá com a morte do primeiro – fiduciário – ou com o advento do termo ou o implemento da condição indicada pelo instituidor, que opera como fato gerador da aquisição do seu direito subjetivo. Sendo assim, o direito do último beneficiado surge, inicialmente, apenas em caráter eventual, como antes mencionado, pois ainda depende da configuração do evento referido pelo testador. No momento em que este se verifica, portanto, buscará a adoção das providências legais necessárias à regularização da sua qualidade de proprietário definitivo da herança ou do legado que recebeu, em decorrência da morte do instituidor, entre as quais está o pagamento do imposto de transmissão e das despesas imprescindíveis à concretização jurídica da sua nova qualidade, das quais poderá ter sido eximido, se assim foi ordenado pelo testador.

Certo, porém, é que, se não foi beneficiado com a dispensa do pagamento dessas verbas, não poderá ser compelido ao adimplemento de remanescente devido por outrem, salvo se a exigência aparece no testamento como um encargo, embora haja quem pense de modo contrário, admitindo, inclusive, que o segundo herdeiro ou legatário responda pelas despesas que o fiduciário não pôde satisfazer¹⁶.

Pensamos, todavia, que, salvo disposição testamentária em sentido contrário, o fideicomissário só deve responder pelas despesas remanescentes da herança ou do legado quando guardam vinculação e compatibilidade com a sua qualidade de proprietário dos bens fideicomitidos.

Finalmente, quanto ao art. 1.958, vê-se que o legislador fez uma opção que, além da hipótese prevista no art. 1.955, também provoca a caducidade do fideicomisso quando o segundo sucessor morre antes do fiduciário ou do implemento da condição resolutória imposta ao seu direito, eliminando, assim, as controvérsias existentes acerca da possibilidade ou não de transmissão dos bens fideicomitidos aos sucessores do primeiro herdeiro ou legatário (fiduciário), quando este falece antes do fideicomissário.

5. CONCLUSÕES NECESSÁRIAS

Nessa breve análise do fideicomisso, pode-se verificar a possibilidade do seu surgimento de acordo com os antigos contornos que sinalizam a sua existência, o

15. DINIZ, Maria Helena. ob.cit., p. 348.

16. Maria Helena Diniz, referindo Itabaiana de Oliveira, ob, cit, p. 348.

que somente ocorrerá quando aquele que o instituiu desejou e, ao final, conseguiu beneficiar prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sua sucessão. Do contrário, ou seja, quando o herdeiro ou legatário indicado como segundo sucessor já houver nascido no tempo decorrido entre a feitura do testamento, no qual foi designado, e a sua morte, não há que se falar no fideicomisso, uma vez que, nesta hipótese, confirmando a determinação no sentido de que o instituto só pode ser utilizado para beneficiar prole eventual, o sistema jurídico pátrio faz surgir em seu lugar dois direitos totalmente distintos: um direito real na coisa alheia para o primeiro sucessor (usufruto), e um direito real na coisa própria para o segundo (propriedade). Nesta situação, que é nova, o fideicomisso desaparece, surgindo em seu lugar, por força de lei, esses dois diferentes direitos, que são adquiridos e exercitados de forma simultânea.

Finalmente, peço permissão aos leitores para dedicar este artigo aos meus queridos alunos da Faculdade de Direito da UFBA., Direito das Sucessões, Turma 01, dos semestres 2007.1 e 2007.2, com os quais aprendi e venho compreendendo, a cada dia, a grandeza do horizonte ao qual as suas indagações e reflexões nos podem conduzir.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Armando Dias de, *O fideicomisso no direito pátrio: doutrina, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- DINIZ, maria helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 6. *Direito das Sucessões*. 21ª edição, revista e atualizada de acordo com a Reforma do CPC. Editora Saraiva. São Paulo: 2007.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 1980.
- FERREIRA, Pinto. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 37, pp.169/183, Editora Saraiva, São Paulo:
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XXI, *Direito das Sucessões*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol II, 3ª edição, Rio de Janeiro Edit. Freitas Bastos, 1952,
- RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 574, São Paulo: 1991.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, Atualizado por Paulo Roberto Benasse, vol 3, Bookseller Editora e Distribuidora. Campinas, SP: 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, São Paulo: Forense, 1979

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil, Parte Especial. *Direito das Sucessões. Da sucessão Testamentária; do inventário e da partilha (arts. 1.857 a 2.027)*, vol. 21, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, Editora Saraiva, São Paulo: 2003.

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil. Vol 7, *Direito das Sucessões*. 7ª edição, Editora Atlas, São Paulo: 2007.

CAPÍTULO VII

**A SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE
NA LEI Nº 11.417/2006**

*Paulo Roberto Lyrio Pimenta**

Sumário • 1. Introdução – 2. Eficácia da norma veiculada pelo art.103-A da CF – 3. Modalidades de procedimento – 4. Aspectos subjetivos – 5. Eficácia da súmula com efeito vinculante – 6. Meios de impugnação da decisão contrária à súmula – 7. Alterações no processo administrativo – 8. Aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – 9. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A súmula com efeito vinculante foi inserida em nosso ordenamento com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o art. 103-A no Texto Magno.

Visando dar aplicabilidade a esse novo dispositivo constitucional, que previu a necessidade de regulamentação por meio de lei do procedimento destinado à elaboração, cancelamento ou revisão da Súmula, editou-se em 19 de dezembro de 2006 a Lei nº 11.417, dispondo sobre esta matéria.

O presente estudo destina-se a examinar as inovações veiculadas nesse diploma normativo, confrontando-as com o perfil constitucional do instituto, numa tentativa de discussão de um tema de grande repercussão na vida dos administrados.

2. EFICÁCIA DA NORMA VEICULADA PELO ART.103-A DA CF

A súmula com efeito vinculante foi inserida no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu o art.103-A na Constituição Federal, prescrevendo o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esfera

* Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, onde leciona como Professor Adjunto II nos cursos de Doutorado, Mestrado e de Graduação. Juiz Federal na Bahia.

federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

A exegese desse dispositivo demonstra tratar-se de enunciado que veicula norma constitucional de eficácia contível,¹ posto que, ao regular a matéria, o órgão com competência reformadora (Congresso Nacional) deixou margem de atuação restritiva ao legislador ordinário. A previsão da regulamentação por lei ordinária do procedimento de elaboração, revisão e cancelamento da súmula em tela, conferiu ao legislador a possibilidade de restringir a eficácia da norma de outorga de competência inserida no sistema por meio da emenda constitucional referenciada.

É imprescindível fixar essa premissa para interpretar o texto normativo em pauta, a fim de compreender as limitações por este veiculadas ao exercício de tal competência pelo Supremo Tribunal Federal.

3. MODALIDADES DE PROCEDIMENTO

A Lei nº 11.417/06 prescreveu duas modalidades de procedimento destinados à elaboração da súmula com efeito vinculante, sendo irrelevante o escopo visado, ou seja, elaboração, revisão ou cancelamento deste ato normativo.

O primeiro consiste em procedimento *autônomo*, desvinculado, portanto, de qualquer processo jurisdicional. Tal procedimento de edição, cancelamento ou revisão é deflagrado de ofício ou por provocação dos sujeitos legitimados. Distribuído o feito para um Ministro Relator, este abrirá vista dos autos ao Procurador Geral da República, que atuará como *custos legis*, após o que o processo poderá ser incluído na pauta de julgamento do Tribunal Pleno.

Já o segundo trata-se de um *incidente*, suscitado pelo ente municipal, no curso de processo, como lhe faculta o art. 3º, § 1º da Lei nº 11.417/2006: “o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

1. Na abalizada doutrina de José Afonso da Silva, as normas de eficácia *contida* são “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p.116). Ao nosso ver, como se trata de mera possibilidade de restrição de efeitos, é melhor falar em normas de eficácia “contível”, ou restringível, como sugere Michel Temer (*Elementos de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, RT, 1990, p.27).

Por força desse dispositivo legal, em qualquer tipo de processo jurisdicional, inclusive nos procedimentos que se destinam à tutela de direito subjetivo, poderá o Município, uma vez presentes os pressupostos constitucionais, postular a elaboração de uma súmula vinculante perante o STF, como um incidente. O interessado, em tal situação, deverá suscitá-lo diretamente perante o Pretório Excelso, informando, porém, esse fato ao juízo do feito com o qual se relaciona.

A lei estabelece que o simples ajuizamento do incidente “não autoriza a suspensão do processo”. Ao nosso ver, essa determinação tem que ser interpretada com as devidas cautelas. O que o legislador vedou foi a suspensão imediata e automática do processo por força do ajuizamento do incidente, porém, nada impede que, em vista das circunstâncias do caso, possa o juiz do feito principal suspender o seu andamento até que o STF elabore a súmula com efeito vinculante. Isto porque, em algumas situações, o processamento simultâneo do feito principal com o incidente processual poderá gerar situações fáticas extremamente complexas, as quais podem, inclusive, comprometer a segurança jurídica e até mesmo outros princípios ou valores do ordenamento jurídico (ex: unidade, coerência, etc).

Exemplifiquemos: determinado contribuinte impetra Mandado de Segurança alegando a inconstitucionalidade da lei que institui o IPTU. Caso o Município suscite o incidente de súmula vinculante nos autos desse processo, convém que o juiz de primeiro grau suspenda o andamento do procedimento mandamental. Com efeito, considerando que tal súmula tem eficácia *erga omnes*, o seu conteúdo poderá repercutir na decisão de primeiro grau que vier a ser proferida, razão pela qual deve o juiz atuar cautelosamente, aguardando o desfecho do incidente para dar continuidade ao processo principal. Por tal motivo, é de todo conveniente que o Município dirija petição ao juiz informando e comprovando a deflagração desse incidente. Destarte, parece-nos que, em face das circunstâncias do caso concreto, esse procedimento incidental de súmula vinculante poderá importar na suspensão do processo principal.

Ressalte-se, por oportuno, que ambas as modalidades de procedimento de súmula têm natureza de processo objetivo, pois não se destinam à satisfação de interesse subjetivo, e sim à elaboração de ato normativo. O que se busca com a sua elaboração é a uniformização da interpretação de texto normativo, sobre matéria constitucional, que acarrete grave insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (CF, art. 103-A) Isso nada tem a ver com interesse subjetivo.

Todavia, tais procedimentos objetivos não se inserem no bojo do controle abstrato de constitucionalidade das leis, uma vez que não objetivam certificar validade de ato normativo, muito menos expurgá-lo do ordenamento jurídico. O escopo visado, conforme acima exposto, é o de uniformização de interpretação,

assemelhando-se à representação interpretativa outrora existente na Carta de 1969.²

Disso se infere que os procedimentos de súmula vinculante são de caráter objetivo.

4. ASPECTOS SUBJETIVOS

A legitimidade ativa para os procedimentos de súmula vinculante é regulada pelo art. 3º da Lei nº 11.417/2006, que repete a enumeração prevista pelo art.103 da Carta Magna, acrescentando, todavia, o “Defensor Público-Geral da União”, os “Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais Militares” e o Município, este apenas incidentalmente, como salientado anteriormente.

Tais inovações são compatíveis com a regra do art. 103-A, § 2º da CF, que previu a possibilidade de ampliação da legitimidade por meio de lei ordinária. Ademais, há evidente compatibilidade entre as funções exercidas por tais entidades e os objetivos visados com a elaboração da súmula.

Neste particular, convém pontuar que a lei não previu um procedimento a ser observado pelos Tribunais para a deflagração do procedimento de súmula vinculante, o que deverá ser objeto de regulação pelos respectivos regimentos internos. Convém observar que assim como órgão isolado (Câmara ou Turma) não pode declarar a inconstitucionalidade de lei, por força da cláusula de reserva (CF, art. 97), também não poderá deflagrar o procedimento de súmula, tendo em vista as conseqüências dele resultantes. Logo, a decisão deverá caber ao Pleno, ou ao órgão especial. Assim, caberá ao Regimento Interno regular os demais aspectos procedimentais, como, por exemplo, a necessidade de oitiva do órgão do Ministério Público, suspensão do processo que gerou o procedimento, etc.

A lei previu, também, em seu art. 2º, § 2º, a necessidade de prévia oitiva do Procurador-Geral da República nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, como mencionado anteriormente, salvo na hipótese desse órgão ter formulado a proposta.

Seguindo o exemplo do disposto no art.7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, que regula o procedimento da ADIN e da ADPF, admitiu-se, também, o art. 3º, §2º da Lei

2. A representação interpretativa foi inserida no ordenamento pátrio pela Emenda Constitucional nº 07/77, a qual previu no art. 119, I, “f” a competência do STF para processar e julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou do ato normativo federal ou estadual”.

nº11.417/2006 admitiu também, na elaboração do ato normativo em epígrafe, a manifestação de terceiros, hipótese conhecida como *animus curiae*,³ numa tentativa de ampliação do debate do tema relacionado com a edição da súmula.

5. EFICÁCIA DA SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE

O legislador preocupou-se, acertadamente, com a eficácia da súmula com efeito vinculante. Como se trata de verdadeiro ato normativo, previu-se (art. 2º, § 4º) a necessidade de dupla publicação, no órgão que veicula as decisões do STF e no Diário Oficial da União, que veicula os demais atos normativos expedidos pelo Poder Legislativo e pelo Executivo, ambas no prazo de dez dias após a realização da seção, e não da lavratura do acórdão que deliberar pela elaboração, cancelamento ou revisão da súmula. Repete-se, neste particular, a regra do art.28 da Lei 9.868/99, que obriga idêntica publicação, em igual prazo, após o trânsito em julgado da decisão final da ADIN ou da ADC. Busca-se, com isso, dar ampla publicidade ao ato normativo, tendo em vista a sua eficácia subjetiva.

A eficácia no tempo da súmula vinculante também foi objeto de preocupação do legislador, que regulou o tema no art. 4º da lei em exame: “Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

A exegese desse dispositivo deve ser realizada com bastante cuidado, tendo em vista que este dispõe sobre vários aspectos da eficácia da decisão relativa aos procedimentos em estudo.

Em primeiro lugar, é importante observar que a “eficácia imediata” a que se refere o enunciado só poderá ocorrer após a dupla publicação do enunciado da Súmula no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União, como exigido pelo art. 2º, § 4º, supra-analisado. Sendo assim, antes de decorrido o prazo de dez dias da sessão do STF, exigido pela lei para que seja dada publicidade à decisão, a Súmula não produzirá qualquer efeito.

O dispositivo permite também que o STF possa “restringir os efeitos vinculantes”. Qual o significado dessa restrição? Seria possível determinar que a vinculação dos efeitos será parcial, que atingirá apenas determinadas situações subjetivas, por exemplo?

3. O *animus curiae* é um auxiliar do juízo, que intervém no feito por determinação do Juiz ou a requerimento do próprio sujeito auxiliar, visando pluralizar os debates das decisões do Poder Judiciário, pelo oferecimento de apoio técnico.

O efeito vinculante da súmula importa na atribuição de natureza normativa ao ato do Supremo Tribunal Federal, ao contrário das demais súmulas, desprovidas desse efeito, que servem tão somente de critério de interpretação. Logo, não há efeito vinculante parcial, pois ao Pretório Excelso não é dado elaborar uma súmula afirmando que apenas parte do seu conteúdo tem eficácia vinculante. Não há previsão constitucional para a prática dessa conduta. Ou a Corte exerce plenamente a competência prevista no art. 103-A e edita a súmula com efeito vinculante, ou elabora a súmula sem esta eficácia, como é facultado aos demais Tribunais. Ao exercer a competência do art. 103-A, conferirá ao ato efeito normativo, ou seja, natureza de ato geral e abstrato.

Como entender, desse modo, a restrição a que se refere a lei? Ao nosso sentir, trata-se de restrição de um dos âmbitos de eficácia da súmula. Consoante ensinamento de Hans Kelsen,⁴ o ato normativo apresenta quatro âmbitos (domínios) de eficácia, também chamados de âmbitos de validade ou de vigência: material, espacial, temporal e subjetivo. A lei em comento autoriza o STF limitar os âmbitos de eficácia da súmula, que significa estabelecer que o critério por ela fixado só poderá ser aplicado a determinados sujeitos, determinada conduta ou em determinado período de tempo ou de lugar. Assim, por exemplo, o Tribunal pode afirmar que o critério de correção do contrato “x” só poderá ser aplicado a determinada categoria de sujeitos, conforme interpretação da CF. Tal limitação deverá ser veiculada expressamente pelo ato normativo. É a essa restrição que a lei se refere.

A lei, no entanto, foi mais além ao regular tal restrição, estabelecendo que em relação aos efeitos no tempo, estes poderão ser limitados no passado ou apresentar eficácia apenas para o futuro (eficácia prospectiva). Repetindo a norma veiculada pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99, o art. 4º da Lei nº 11.417 estabelece que “a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

Como se vê, a legislação permite que os efeitos no tempo da súmula com efeito vinculante sejam fixados em cada caso concreto, com base num processo de ponderação de bens e interesses envolvidos. Apenas diante da existência dos motivos elencados pela lei (segurança jurídica e excepcional interesse público) é que a Corte Maior poderá limitar no tempo os efeitos da súmula vinculante. Como o legislador utilizou conceito jurídico indeterminado para conferir tal competência ao Supremo Tribunal Federal, este acaba gozando de ampla discricionariedade no exercício desta faculdade.

4. *Teoria Pura do Direito*, 6ªed., São Paulo, Martins Fontes, p.11-16.

É importante notar, por fim, que o *quorum* previsto para a adoção desse procedimento é o mesmo estabelecido para a elaboração da súmula sob exame. E nem poderia ser diferente – como ocorreu, por exemplo, em relação à manipulação dos efeitos no tempo da decisão final da ADIN – pois os efeitos no tempo da súmula representam o âmbito de validade temporal deste ato normativo, cuja fixação é estabelecida no próprio momento da produção da norma, razão pela qual o *quorum* necessariamente deve ser o mesmo. Neste particular, incensurável a conduta do legislador.

6. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO CONTRÁRIA À SÚMULA

O §3º do art. 103-A da CF estabeleceu hipótese de cabimento da reclamação constitucional contra o ato administrativo ou decisão judicial “que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”.

A lei em exame ampliou o leque dos remédios jurídicos cabíveis em tal situação, admitindo em seu art. 7º a hipótese de utilização de recursos “ou outros meios admissíveis de impugnação”. Poderia a lei ordinária ampliar a utilização de outros remédios jurídicos, em detrimento da previsão constitucional de utilização da reclamação constitucional?

Ao nosso sentir, a resposta é positiva, porque o enunciado constitucional limitou-se em admitir o cabimento da reclamação, sem vedar, no entanto, o uso de outros remédios jurídicos. Observe-se que o dispositivo referenciado (art. 103-A, § 3º) não estabeleceu “somente” o cabimento da reclamação, vale dizer, a linguagem utilizada pelo ente reformador, ao elaborar a Emenda Constitucional nº 45/2004, inclinou-se por uma enumeração exemplificativa, e não taxativa.

Quais os recursos ou outros meios de impugnação que poderão, desse modo, ser utilizados? Tudo depende do caso concreto, ou seja, da presença na situação fática dos pressupostos de admissibilidade de determinado recurso ou meio de impugnação. Nada impede, pois, que em face de sentença que negar a aplicação a súmula vinculante a parte prejudicada utilize o recurso de apelação. Quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado, a ação rescisória poderá ser utilizada, com fundamento, neste caso, no art. 485, V do CPC. De igual modo, o mandado de segurança também poderá ser impetrado contra ato administrativo que negar aplicação à súmula em tela.

Com relação ao uso da reclamação constitucional, a lei restringiu esta possibilidade, estabelecendo no § 1º do art. 7º a seguinte regra: “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas”. Poderia o legislador estabelecer tal restrição?

Parece-nos que nada obsta a adoção de tal conduta, posto que os pressupostos de admissibilidade desse remédio jurídico, na hipótese em comento, não haviam

sido fixados por completo no texto do art. 103-A da CF. Ademais, a norma constitucional em pauta tem eficácia contível, conforme outrora assinalado, razão pela qual pode ter os seus efeitos restringidos pela atuação do legislador infraconstitucional. Não há, dessa forma, qualquer inconstitucionalidade em tal dispositivo legal.

É importante frisar, de outro lado, que a restrição atinge apenas a reclamação utilizada contra ato ou omissão administrativa, e não contra decisão judicial. A necessidade de prévio esgotamento das vias administrativas visa evitar uma enxurrada de reclamações perante o STF, o que certamente inviabilizaria o trabalho da Corte, bem como estabelecer um sistema coerente com as modificações efetuadas no processo administrativo, a seguir analisadas, as quais obrigam a Administração Pública, dentre outras inovações, a motivar o ato que negou aplicação à súmula vinculante.

7. ALTERAÇÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A Lei nº 11.417/2006 estabeleceu algumas modificações no processo administrativo, elencando uma série de regras que deverão ser observadas na hipótese de utilização de recurso administrativo contra decisão administrativa que negar aplicação à súmula com efeito vinculante.

A primeira das inovações é a necessidade de a autoridade administrativa motivar a decisão que deixar de reconsiderar o ato administrativo, na hipótese em discussão. Nesse sentido, inseriu-se um novo parágrafo ao art. 56 da Lei nº 9.784/99, estabelecendo o seguinte: “Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”.

Com relação ao julgamento do recurso administrativo, quando a matéria discutida se referir à súmula vinculante, a lei previu a obrigatoriedade de o órgão administrativo julgador indicar expressamente as razões de aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, inserindo tal regra no art. 64 da Lei 9.784/99, que se compatibiliza com a exigência de motivação prevista no art. 50, VII desse diploma normativo.⁵

A última inovação relacionada ao ato administrativo que nega aplicação à súmula foi a necessidade de o STF, acolhendo a reclamação constitucional interposta, cientificar o órgão administrativo e a autoridade administrativa que decidiriam

5. O art. 50, VII da Lei nº 9.784/99 prevê a obrigação de motivação do ato administrativo, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

contra o enunciado da súmula, a fim de que estes adotem o entendimento, estabelecido pelo Pretório Excelso no julgamento da reclamação, em futuras decisões sobre casos semelhantes, ficando sujeitos à responsabilização cível, administrativa e penal em caso de descumprimento.⁶ Convém observar, a propósito, que deverá incidir, neste particular, o disposto no art. 2º, XIII da Lei 9.784/99, o qual veda a “aplicação retroativa de nova interpretação”.

No que se refere à responsabilidade administrativa e penal, por se tratar de hipóteses de responsabilidade pessoal, a inovação não cria grandes embaraços, tendo em vista o sistema atualmente em vigor em nosso ordenamento.

Já em relação à responsabilidade civil, por força da previsão do art. 37, § 6º da CF, o ente público é quem responde pelos danos causados por seus agentes aos administrados. A responsabilização pessoal do servidor deverá ser apurada em ação regressiva. Sendo assim, não se pode interpretar a inovação legal contra a Constituição. Para evitar o vício da inconstitucionalidade, deve ser dado ao art. 64-B da Lei nº 9.784/99, que veicula tal inovação, uma interpretação conforme a Constituição, para reconhecer que a responsabilização na órbita cível da autoridade administrativa que negar aplicação à súmula vinculante dependerá do reconhecimento da responsabilidade do ente que a representa em ação movida pelo prejudicado, sendo imprescindível, portanto, o uso da ação regressiva nesta situação para apurar o dolo ou culpa do servidor.

Outras questões relacionadas ao processo administrativo, quando estiver em discussão enunciado de súmula vinculante, não foram reguladas pela lei em estudo, de modo que deverão ser objeto de definição pela jurisprudência da Corte Maior. Como o uso da reclamação constitucional contra ato ou omissão administrativa depende do esgotamento da via administrativa, é preciso o estabelecimento de um prazo para que a autoridade administrativa se pronuncie, a fim de que a sua inércia configure omissão, visto que o administrado não pode ficar indefinidamente aguardando tal pronunciamento, sob pena inclusive de perda do direito reconhecido na súmula pela prescrição ou pela decadência. Parece-nos que deve se aplicar, diante da omissão da Lei nº 11.417/2006, a regra do art.49 da Lei 9.784/99, que estabelece o prazo de trinta dias para a autoridade administrativa decidir, o qual será contado de acordo com os critérios previstos no art. 66 desse documento normativo.

6. Inseriu-se o art.64-B na Lei nº 9.784/99, prevendo o seguinte: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”.

8. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 10 da Lei nº 11.417/2006 prevê a aplicação subsidiária do disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, diploma que, dessa forma, integrará as lacunas existentes na lei acerca do procedimento em exame.

Diante da omissão existente no atual Regimento da Corte, convém que esta elabore emenda regimental adaptando os procedimentos da Lei nº 11.417/2006 às normas que regulam o funcionamento do Tribunal.

Todavia, há uma série de regras em vigor que poderão ser aplicadas por analogia aos mencionados procedimentos, eis que se relacionam com a elaboração de súmula destituída do efeito vinculante, com a reclamação constitucional ou versam sobre os aspectos procedimentais de todos os feitos de competência do Pretório Excelso.

Exemplifiquemos: a competência para julgar os procedimentos estabelecidos pela Lei nº 11.417/2006 será do Tribunal Pleno, por força do disposto no art. 7º, VII do RISTF, bem como em razão do *quorum* previsto no art. 103-A da CF.

Aplicar-se-á, também, a regra do art. 11, II do RISTF, que prevê a remessa do feito ao Pleno quando algum Ministro propuser a revisão da Súmula.

De igual modo, as normas veiculadas pelos arts. 57 e 66 do Regimento, que regulam o preparo e a distribuição dos feitos, respectivamente, deverão ser aplicadas aos procedimentos em pauta, a exemplo do art. 6º, I, “g”, que regula a competência do Pleno para julgar reclamação constitucional.

Os exemplos trazidos à colação comprovam, destarte, a assertiva de plena utilização das regras atuais do Regimento Interno do STF, no que couber, aos procedimentos regulados pela Lei 11.417/2006, o que não afasta, como salientado, a necessidade de elaboração de emenda regimental para evitar ou eliminar divergências oriundas da possibilidade de aplicação analógica.

9. CONCLUSÕES

- 1) A Lei nº 11.417/2006 estabeleceu duas modalidades de procedimentos destinados à elaboração da súmula com efeito vinculante, ambos com natureza de processo objetivo, semelhante à antiga representação interpretativa;
- 2) A legitimidade ativa prevista pelo art. 103-A da CF foi ampliada pela Lei nº 11.417/2006, que também previu a possibilidade de atuação do *animus curiae* e necessidade e prévia oitiva do Procurador-Geral da República;

- 3) Inexiste efeito vinculante parcial, pois ao Pretório Excelso não é dado elaborar uma súmula afirmando que apenas parte do seu conteúdo tem este tipo de eficácia. É possível, no entanto, restringir um dos âmbitos de validade do ato normativo;
- 4) Contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar caberá a utilização da reclamação constitucional e de outros remédios jurídicos (ex: apelação, mandado de segurança, etc.) e meios de impugnação (ex: ação rescisória), dependendo da presença dos respectivos pressupostos de admissibilidade no caso concreto;
- 5) A responsabilidade civil da autoridade administrativa que negar aplicação à súmula vinculante, prevista pelo art.64-B da Lei nº 9.784/99, inserido pela Lei nº 11.417/2006; dependerá da certificação da responsabilidade do ente público em ação movida pelo interessado, consoante determina o art. 37, § 6º da Constituição Federal, sendo imprescindível o uso da ação regressiva para apurar o dolo ou culpa do servidor;
- 6) As atuais regras do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal poderão ser aplicadas, por analogia, aos novos procedimentos previstos na Lei 11.417/2006, o que não afasta a necessidade de elaboração de emenda regimental para adaptar as inovações legais às normas que regulam o funcionamento da Corte.

CAPÍTULO VIII

JUSTIÇA DO TRABALHO E COMPETÊNCIA PENAL

De lege lata e de lege ferenda

*Rodolfo Pamplona Filho**
*Sérgio Waly Pirajá Bispo***

Sumário • 1. Introdução – 2. Origem, evolução e vocação da Justiça do Trabalho – 3. Uma questão de adequação e efetividade – 4. O juiz do trabalho e a ação penal – 5. Operacionalização da nova competência: 5.1. Modificações legislativas necessárias; 5.2. Processo penal x processo do trabalho; 5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho; 5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União – 6. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, a opção do legislador constituinte brasileiro foi no sentido de limitar a competência da Justiça Especializada do Trabalho às questões relativas ao Direito do Trabalho, destinando outras querelas civis e as penais, ainda que decorrentes de relações de trabalho, à justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme seu entendimento. A recente Emenda Constitucional n. 45/2004, adicionou, dentre outros, o inciso VI ao art. 114 da Carta Magna, admitindo a competência da Justiça do Trabalho para ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de Trabalho.

Com isto, forjada na necessidade de oferecer uma prestação mais completa ao cidadão, vem à baila uma antiga reivindicação dos juízes trabalhistas: a competência penal da Justiça do Trabalho. Sem embargo de posições divergentes, argumenta-se que a tradicional presteza jurisdicional inerente àquela Justiça

* Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor (licenciado) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL – Universidade Católica de Salvador. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Cadeira 58) e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira 27). Autor de diversas Obras Jurídicas.

** Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Pós-Graduando em Direito do Estado pelo Curso Jus Podivm e Instituto de Educação Superior Unyahna. Autor do livro: Competência Penal da Justiça do Trabalho (no prelo).

Especializada poderia ser aplicada no julgamento de crimes contra a organização do trabalho, contra a administração da Justiça do Trabalho, além de outros associados às relações de trabalho, como a redução à condição análoga à de escravo e o assédio sexual.

Considera-se, aqui, portanto, que o juiz do trabalho deveria estar munido de competência plena para julgar quaisquer ações oriundas de toda relação laboral. Assim, ilícitos civis e penais provenientes de relações de trabalho deveriam estar legalmente submetidos à competência do juízo trabalhista.

A proposta acima explicitada busca, antes de tudo, promover uma proporcional adequação material entre as justiças ditas federais. Observa-se que a especialização pela matéria foi a origem de sua criação. Nada mais lógico, sensato, oportuno e adequado que imputar a todas elas o julgamento de ações (civis e penais) diretamente relacionadas ao seu objeto material.

Especificamente, observa-se que à Justiça Militar e à Eleitoral compete o julgamento de crimes militares e eleitorais, respectivamente. Por que a Justiça do Trabalho não é competente para apreciar crimes relacionados ao trabalho?

Neste trabalho, pretende-se denunciar a necessidade de se corrigir os desvios da competência penal-trabalhista no Brasil, buscando-se, sobretudo, o rumo da prestação jurisdicional mais adequada.

2. ORIGEM, EVOLUÇÃO E VOCAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A evolução da sociedade humana de feudalista para capitalista trouxe, como consequência, o surgimento de uma inovadora classe de conflitos – os chamados conflitos do trabalho.

O assentamento de trabalhadores em burgos localizados nas imediações das unidades produtivas industriais, com vistas a facilitar-lhes o acesso ao ambiente de trabalho, possibilitou sua organização e conscientização coletiva em relação às suas reais condições laborais e qualidade de vida.

Isso tinha de ocorrer, porque a Revolução Industrial trouxe consigo a concentração dos trabalhadores nas cidades, a melhoria dos transportes e comunicações, essencial a uma organização nacional, e as condições que fizeram tão necessário o movimento trabalhista. A organização da classe trabalhadora cresceu com o capitalismo, que produziu a classe, o sentimento de classe e o meio físico de cooperação e comunicação. (HUBERMAN, 1980, p. 202).

Portanto, a Revolução Industrial marca o início dos movimentos paredistas de trabalhadores em contraposição aos privilégios da classe detentora do capital (DÁLIA FILHO, 2005, p. 2).

Como espécie do gênero conflitos sociais, os conflitos trabalhistas também encontram sua satisfação na utilização de técnicas que vão da autodefesa à heterocomposição.

Sendo difícil precisar as origens da jurisdição trabalhista em cada país, certo é que, antes de o Estado se ocupar destas questões, empregados e empregadores valiam-se de técnicas autodefensivas, autocompositivas e órgãos de conciliação para dirimir querelas relativas ao trabalho.

A jurisdição, principal forma heterônoma de composição de conflitos, traduz a evolução da ação física (autodefesa) para a ação jurídica (processo judicial), onde há maior possibilidade de pacificação das lides, ante a presença do Estado como poder sancionador constituído e legitimado (NASCIMENTO, 2002, p. 3-31).

No Brasil Império, as causas relativas à prestação de serviços eram apreciadas pela Justiça Comum; e as causas trabalhistas no âmbito rural, pelos juízes de paz. Obviamente, as questões “trabalhistas” aqui mencionadas têm um sentido bem diferente do hoje vigente, uma vez que o país ainda vivia o período escravocrata.

Mais tarde, já na fase republicana, mais precisamente em 1907, foram criados os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, que não chegaram a funcionar a contento.

Em 1911, no Estado de São Paulo, foi instituído o Patronato Agrícola para prestar assistência judiciária aos trabalhadores rurais na cobrança de salários.

Em 1922, também em São Paulo, foram criados os Tribunais Rurais para apreciar as questões relativas aos contratos de locação de serviços rurais com imigrantes estrangeiros (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

Uma economia voltada quase que exclusivamente à produção agrícola, desenvolvida por colonos de origem estrangeira, principalmente, ensejava inúmeras demandas, às quais o Poder Judiciário de então não possuía instrumentos para rapidamente solucionar.

Esta realidade determinou a necessidade do governo criar e instalar os tribunais rurais. (MANUS, 2005, p. 1).

Em 1923, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, foi criado o Conselho Nacional do Trabalho (núcleo básico da futura Justiça do Trabalho), órgão consultivo em matéria laboral e instância recursal em matéria previdenciária e trabalhista em relação às demissões de empregados de empresas públicas (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

Em 1932, são criadas as Convenções Coletivas de Trabalho, “como forma de composição de interesses entre trabalhadores e empregadores, como reflexo da forte influência italiana entre nós, estimulada pela grande imigração de europeus,

daí derivando a necessidade de um órgão com competência para conhecer e dirimir eventuais conflitos decorrentes desta prática coletiva.” (MANUS, 2005, p.1).

Surgem, então, neste mesmo ano, as Comissões Mistas de Conciliação, para solução de conflitos coletivos de trabalhadores; e as Juntas de Conciliação e Julgamento, para dirimir os conflitos individuais de trabalho.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever expressamente a existência da Justiça do Trabalho, mas fora do Poder Judiciário.

A Constituição de 1937 adotou o modelo da Justiça do Trabalho; mas ainda com caráter administrativo (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

O Decreto Legislativo 1237/39 deu, ainda que pela via infraconstitucional, uma nova feição àquele órgão administrativo, uma vez que estruturou o sistema em instância, previu recursos e – o que é mais importante – outorgou poder para execução de suas decisões, motivo pelo qual já é possível se vislumbrar, aí, a feição judicial *stricto sensu* da “*Justiça do Trabalho*” (ainda administrativa por força da norma constitucional vigente à época).

A CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1941), absorvendo a estrutura já definida infraconstitucionalmente, reconheceu a organização da Justiça do Trabalho em três níveis: Juntas de Conciliação e Julgamento, Conselhos Regionais do Trabalho e Conselho Nacional do Trabalho, além de admitir a sua função jurisdicional, apesar de, como visto, ainda não estar incluída no Poder Judiciário (NASCIMENTO, 2002, p. 46-47).

Isto só veio a acontecer com a Constituição de 1946, que “promoveu a integração da Justiça do trabalho dentro do Poder Judiciário (art. 94, V), transformando o Conselho Nacional do Trabalho em Tribunal Superior do Trabalho e os Conselhos Regionais em Tribunais Regionais do Trabalho (art. 122).” (MARTINS FILHO, 2005, p. 17), o que foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda nº 01/1969.

A Constituição Federal de 1988 ampliou ainda mais esta estrutura, quando previu a criação de, no mínimo, um TRT por Estado.

A Emenda Constitucional 24/1999 acabou com a representação classista na Justiça do Trabalho, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho.

A recente Emenda Constitucional 45/2004 introduziu significativas modificações na competência da Justiça do Trabalho. Veja-se:

Inúmeras matérias que até então eram da competência da Justiça Estadual, como as ações que envolviam a representação sindical, as ações que versavam sobre a

relação de trabalho e matérias a ela conexas, agora fazem parte da Justiça do Trabalho. Questões processadas na Justiça Federal comum passam para a Justiça do Trabalho, como as execuções fiscais trabalhistas, seus mandados de segurança e as ações declaratórias de negação do débito. (MENEZES; BORGES, 2005, p. 40).

Mesmo antes do advento da Reforma do Poder Judiciário, implementada através da EC 45/2004, já se observava a ocorrência gradativa de ampliação da competência da Justiça do Trabalho através de interpretação doutrinária e aplicação jurisprudencial. Exemplo disso são os Enunciados¹ de número 19 (quadro de carreira); o 189 (abusividade de greve); o 300 (cadastramento de PIS); e as Orientações Jurisprudenciais n. 141 (descontos previdenciários e fiscais); a n. 210 (seguro-desemprego); a n. 327 (dano moral), só para citar algumas (MENEZES; BORGES, 2005, p. 39).

Verifica-se, portanto, que o Direito do trabalho, e conseqüentemente a Justiça do Trabalho, caminham paralelamente à evolução das questões transformadoras da sociedade.

Assim, quando a Justiça do trabalho foi criada, a realidade das relações laborais era bem distinta da atual. Bastava a simples observância da CLT para assegurar justiça a um expressivo número de trabalhadores (COUTINHO, 2005 b, p. 132).

Hoje, para fazer frente às novas modalidades de contratação, para coibir velhas e novas fraudes, abusos e crimes nas relações de trabalho, a Justiça Obreira reclama avanços de sua competência para além da simples relação de emprego. Neste sentido:

Falamos de um mundo do trabalho sensivelmente transformado pela implementação de novos padrões produtivos, que impuseram mutações no tradicional paradigma trabalhista até então conhecido. Segundo o DIEESE, esse novo ambiente de trabalho é caracterizado pela alta rotatividade, instabilidade, pouco dinamismo na geração de novas vagas, descontinuidade da trajetória profissional e, em especial, precarização das formas de contratação de mão-de-obra, fazendo recrudescer, assim, a informalidade. Dados oficiais do IBGE (Pesquisa Mensal de Emprego – PME, de dezembro de 2003) dão conta de que mais de 40 milhões de brasileiros trabalham sem qualquer vínculo formal de emprego. (...)

O resultado disso é a exclusão desses milhões de trabalhadores, vinculados à denominada “economia informal”, do sistema de proteção social (trabalhista, previdenciário e de seguridade social), inclusive quanto ao acesso à Justiça do Trabalho.

Isso porque a justiça Especializada do Trabalho é formal e historicamente vinculada aos contratos de trabalho celebrados e regidos pela Consolidação das Leis do

1. Atualmente Súmulas.

Trabalho – CLT, ou seja, aos contratos formais de emprego, nunca lhe tendo sido atribuída ampla competência para julgar as querelas oriundas de outras modalidades de trabalho, até o surgimento da Emenda Constitucional n. 45/04. (COUTINHO, 2005 b, p. 131).

Nada mais coerente, portanto, que, diante das modificações surgidas com a evolução das técnicas produtivas, padrões de comportamento e relações comerciais e contratuais, a Justiça Especializada Trabalhista venha a ter ampliada a sua esfera de atuação, sendo preparada para exercer jurisdição em qualquer seara relacionada com o trabalho humano.

E foi justamente isso que aconteceu!

De fato, dispunha o caput do art. 114 original da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

A análise cuidadosa desse dispositivo nos levou a concluir que, em verdade, o texto constitucional encerrava uma “regra trina”. (PAMPLONA FILHO, 1998).

Com efeito, a norma básica de competência material da Justiça do Trabalho se desdobrava em três regras constitucionais de competência material, assim sistematizadas:

- a) Competência material natural, originária ou específica;
- b) Competência material legal ou decorrente;
- c) Competência material executória.

Compreendamos, ainda que rapidamente, tais regras:

A competência material natural, também conhecida como originária ou específica, nada mais era do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Ante a inviabilidade de falar-se em empregador como um dos pólos de uma relação jurídica sem que no outro pólo o sujeito que se apresenta seja o empregado, interpretava-se por ‘trabalhador’ a figura do *empregado*.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, era a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões

entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos, a esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Ou seja, o que importava era a qualificação jurídica de “empregado” e “empregador” para se delimitar a competência. Nessa linha, havia até mesmo quem defendesse que a regra de competência da Justiça do Trabalho fosse mais de natureza pessoal do que material.

Assim, não haveria necessidade de nenhuma outra autorização legal para que ao Judiciário Trabalhista viesse a ser confiada a solução de uma lide entre esses dois sujeitos, pois a previsão constitucional bastava por si mesma.

Registre-se, inclusive, que pouco importava o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Bastava estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

Já a regra de competência legal ou decorrente era entendida da seguinte forma: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só seria competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontrava fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o fazia, também, *na forma da lei, para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visava o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de “trabalhadores” e/ou “empregadores”.

Assim, quando o art. 114 da C.F./88 se referia à competência para julgar “*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”, não estava se referindo a controvérsias não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurassem, em um ou nos dois pólos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas (afinal, os conflitos entre eles eram de sua competência material natural), embora a controvérsia fosse decorrente de uma relação de trabalho.

Observe-se, porém, que não estávamos a afirmar, naquele momento histórico, que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho poderia ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional original é que era possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, **desde que houvesse lei específica que preveja tal hipótese**.

Era o caso, por exemplo, dos “dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice” (art. 652, III, CLT) ou das “ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMDO decorrentes da relação de trabalho” (art. 652, V, CLT). Em ambas as situações, não há vínculo empregatício, mas, sim, relações de trabalho que eram submetidas, por norma infraconstitucional, à Justiça do Trabalho.

Outro bom exemplo constava da Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declarava que “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador.”

Esta última situação, inclusive, pode ser considerada extremamente didática, haja vista ser uma lide que, de forma evidente, decorre de relações de emprego, mas cujos sujeitos demandantes não estão, definitivamente, na qualificação jurídica de “empregados” e “empregadores”. Tais ações, inclusive, eram ajuizadas na Justiça comum², somente passando para o âmbito da competência da Justiça do Trabalho, após a autorização legal³.

-
2. “Litígio entre sindicato de trabalhadores e empregador que tem origem no cumprimento de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Pela jurisprudência desta Corte (assim se decidiu no RE 130.555), não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a em causa, e competente para julgá-la a Justiça Comum. Sucede, porém, que, depois da interposição do presente recurso extraordinário, foi editada a Lei 8.984, de 07/02/95, que afastou a premissa de que partiu o entendimento deste Tribunal ao julgar o RE 130.555, porquanto o artigo 1º da referida lei dispõe que ‘compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador’. E, em se tratando de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou conflito de competência, não tem sentido que se deixe de aplicar a lei superveniente a interposição desse recurso, para dar-se como competente Juízo que o era antes da citada Lei, mas que deixou de sê-lo com o advento dela.” (RE 131.096, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/09/95).
 3. “Ação contra sindicato pleiteando a desoneração do pagamento de contribuição confederativa estipulada em cláusula de acordo coletivo de trabalho. Artigo 114 da Constituição Federal. Lei nº 8.984/95. Não é caso de incidência da Lei nº 8.984/95, editada com base no art. 114 da Constituição Federal, que retirou do âmbito residual deixado à Justiça Comum dos Estados a ação tendo por objeto o adimplemento de obrigação assumida em convenções ou acordos coletivos de trabalho, incluindo-se na órbita da Justiça Trabalhista, tendo em vista que tanto a sentença de primeiro grau como o acórdão recorrido foram prolatados muito antes da vigência da referida lei, quando era competente a Justiça Comum dos Estados.” (RE 204.194, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/02/98).

Por fim, a terceira regra manifestava-se pela competência executória das próprias sentenças, o que, obviamente, é uma consequência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Sua importância é histórica, pois, antes do Decreto-lei nº. 1.237, de 02-05-39, a Justiça do Trabalho não tinha poder para executar suas próprias sentenças, somente podendo ser considerada parte, de fato, do Poder Judiciário, a partir deste momento (embora ainda prevista no Capítulo da Ordem Econômica e Social pela Carta de 1937, uma vez que, constitucionalmente, a incorporação ao Poder Judiciário apenas tenha se dado com a Constituição de 1946).

Além disso, vale destacar que, em matéria de execução de sentença, os Juizes do Trabalho aplicam quase todos os ramos do Direito, e não somente o que se convencionou chamar de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Nas lapidares palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui, “uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho.” (NASCIMENTO, p. 101)

Como se não bastasse, tal competência executória foi substancialmente ampliada, antes mesmo da Reforma do Judiciário, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 3º ao original art. 114, estabelecendo que “*Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*”.

Revistas as regras de competência material da Justiça do Trabalho antes da Reforma do Judiciário, vem à mente a pergunta que não quer calar: e como ficou depois disso?

A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, modificou substancialmente as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho.

Com efeito, destrinchou o prolixo caput do art. 114, “enxugando-o” e deixando para nove incisos a tarefa de especificar qual é a nova competência trabalhista.

É claro que, até mesmo pelo número e extensão dos incisos, não há como se negar que a atuação da Justiça do Trabalho foi visivelmente ampliada.

É justamente a medida desta ampliação que tem sido discutida e gerado acirrados debates.

Para aqueles mais conservadores, tal modificação não teria vindo em benefício da sociedade, pois influenciaria negativamente na celeridade processual, tão prestigiada no processo trabalhista, uma vez que a ampliação da atuação jurisdicional impediria que os magistrados pudessem se dedicar da mesma forma de outrora à solução das lides.

Nesse mesmo diapasão, ouve-se, com certa freqüência, a afirmação de que tal ampliação desvirtuaria o próprio sentido da Justiça do Trabalho, que tradicionalmente sempre foi de proteção ao trabalhador subordinado, hipossuficiente de uma desigual relação jurídica.

Definitivamente, repudiamos tal raciocínio.

Com efeito, “já vimos este filme” outras vezes!

De fato, quantas “trombetas do apocalipse” não soaram, propugnando pela inviabilidade e/ou perda da identidade da Justiça Laboral, quando houve a ampliação da competência para execução, de ofício, de contribuições previdenciárias (EC 20/98)? Ou a Lei do Rito Sumaríssimo (Lei 9957/2000)? Ou, até mesmo, o fim da malfadada representação classista (EC 24/99)?

Entusiasmados (mas não deslumbrados), vejamos como ficou a nova redação do art. 114 da Constituição Federal:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º. *Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.*”

Note-se, portanto, que a competência da Justiça do Trabalho foi sensivelmente ampliada, o que pode ser constatado por um simples cotejo entre a norma anterior e a vigente.

Todavia, *de lege lata*, não houve qualquer menção à competência criminal da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual qualquer decisão, neste momento legislativo, que reconhecesse tal extensão competencial, estaria fadada à declaração de inconstitucionalidade⁴.

4. “*Justiça do Trabalho não pode julgar ações penais*”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ações criminais, ainda que sejam decorrentes de relações de trabalho. A decisão foi tomada por unanimidade nesta quinta-feira (1/2), primeira sessão do ano do Supremo. A liminar vale até que o os ministros julguem o mérito da questão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Procuradoria-Geral da República contra os incisos I, IV e IX do artigo 114 da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional 45/04. Esses dispositivos ampliaram a competência da Justiça do Trabalho, permitindo que resolvesse questões criminais. A PGR alega que o texto da reforma do Judiciário aprovado pela Câmara dos Deputados foi alterado posteriormente no Senado. Portanto, deveria ter retornado à Câmara, o que não ocorreu.

Segundo a Procuradoria, desde que foi aprovada a EC 45/04, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho estão praticando atos relativos a matéria penal.

O relator, ministro Cezar Peluso, afirmou que o inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal determina a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedido de Habeas Corpus, Habeas Data e Mandados de Segurança, “quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”.

Ele lembra, porém, que o pedido de HC pode ser usado “contra atos ou omissões praticados no curso de processos de qualquer natureza”, e não apenas em ações penais. Se fosse a intenção da Constituição outorgar à Justiça do Trabalho competência criminal ampla e inespecífica, não seria preciso prever, textualmente, competência para apreciar pedido de HC.

Para o ministro, a Constituição “circunscreve o objeto inequívoco da competência penal genérica”, mediante o uso dos vocábulos “infrações penais” e “crimes”. No entanto, a competência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento de ações oriundas da relação trabalhista se

Isso, porém, não nos impede de continuar refletindo sobre esta ampliação, como uma política legislativa a ser implementada.

Assim, até mesmo pela busca de uma compreensão sistematizada da matéria, é preciso raciocinar *de lege ferenda*, para obtenção de uma prestação jurisdicional mais adequada e efetiva.

E como isso se daria?

É o que veremos no próximo tópico!

3. UMA QUESTÃO DE ADEQUAÇÃO E EFETIVIDADE

Quando se reivindica competência penal para a Justiça Especializada Trabalhista, parece-nos óbvio que tal competência deve estar restrita àqueles crimes que tutelam bens jurídicos relacionados ao mundo do trabalho humano, além daqueles que dizem respeito à própria administração da Justiça do Trabalho pelas razões que adiante se explicitará.

Em relação aos primeiros, compreendidos como delitos penal-trabalhistas, adota-se aqui a definição cuja autoria é atribuída ao Juiz do Trabalho José Eduardo de Rezende Chaves Júnior: “Delito penal-trabalhista é aquele cuja elementar do tipo penal seja composta pela relação de trabalho (v. g. crimes contra a organização do trabalho, redução a condição análoga à de escravo e assédio sexual).” (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 1).

Com efeito, observa-se nestes tipos a presença de elementos normativos denunciadores do bem jurídico que tutelam. Em todos eles, é o valor trabalho que se encontra de alguma forma atacado, ofendido ou violado.

Não se poderia cogitar, portanto, de que um crime qualquer, apenas por envolver as partes em um contrato de trabalho ou ser praticado no ambiente laboral, pudesse ser considerado um delito penal-trabalhista. Antes, se faz necessário que o tipo encerre elementos específicos relacionados ao trabalho.

restringe apenas às ações destituídas de natureza penal. Ele diz que a aplicação do entendimento que se pretende alterar violaria frontalmente o princípio do juiz natural, uma vez que, segundo a norma constitucional, cabe à Justiça Comum, dentro de suas respectivas competências, julgar e processar matéria criminal.

Quanto à alegada inconstitucionalidade formal, Peluso argumenta que a alteração no texto da EC 45, durante sua tramitação no Legislativo, “em nada alterou o âmbito semântico do texto definitivo”, por isso não haveria a violação à Constituição.

Assim, por unanimidade, foi deferida a liminar na ADI, com efeitos ex tunc (retroativo), para atribuir interpretação conforme a Constituição aos incisos I, IV e IX de seu artigo 114, declarando que, no âmbito da jurisdição da Justiça do Trabalho, não está incluída competência para processar e julgar ações penais. ADI 3.684” (Revista **Consultor Jurídico**, 2 de fevereiro de 2007)

Veja-se:

Assim, o homicídio ocorrido em razão de desentendimento quanto à execução dos meios de trabalho não se desloca para a competência trabalhista, porque o tipo penal homicídio se aperfeiçoa, do ponto de vista hipotético e formal, independentemente da noção de relação jurídica de trabalho. A relação de trabalho pode apenas ou não, dependendo da hipótese, ser circunstância de aumento de pena, na forma do art. 226, II, do Código Penal.

Por outro lado, os crimes contra a organização do trabalho, previstos nos artigos 197 a 207 do Código Penal, bem assim o crime de redução à condição análoga à de escravo (Código Penal, art. 149) dependem, na quididade de sua configuração formal, da noção jurídica da relação de trabalho subordinado, ou seja, sem a noção de subordinação econômica do trabalho, tais crimes sequer se configurariam em tese.

(...)

O crime de assédio sexual, portanto, previsto pelo artigo 216-A do Código Penal, também é da competência da Justiça do Trabalho, já que a subordinação decorrente da relação de trabalho é o elemento específico do tipo. (CHAVES JÚNIOR, 2005, p. 232-233).

Começa a se vislumbrar, assim, “as bases para a construção metódica e científica de um Direito Penal do Trabalho” (FELICIANO, 2005, p. 9).

Originado entre as fronteiras do Direito Penal e do Direito do Trabalho, o Direito Penal do Trabalho é definido como:

“(...) o ramo do Direito Público que tem por objeto um conjunto de normas, princípios e regras de convivência entre os sujeitos da relação de emprego, definindo os delitos, as penas, as consequências e repercussões vinculares decorrentes do contrato de trabalho subordinado.” (SANTOS, 1997, p. 324).

Enquanto no Brasil, “à luz do ordenamento vigente, não passa de uma tênue aspiração dos aficcionados pelos híbridos desdobramentos da *questio iuris* penal-trabalhista” (FELICIANO, 2005, p. 9), este novo ramo do Direito é consagrado no Código Penal do Trabalho francês, desde 1994, no qual encontram-se punições, inclusive para as pessoas morais (ou jurídicas), que podem ir de multas até a sua dissolução (SANTOS, 1997, p. 1253-1255).

Não se trata aqui de defender a criação de um Código Penal do Trabalho para o Brasil⁵, nem mesmo de propor a criminalização de ilícitos trabalhistas, até porque, de acordo com a Teoria Minimalista do Direito Penal, “para que o sistema penal seja eficiente, é preciso que apenas poucas condutas sejam tidas como crime.” (HIRECHE, 2004, p. 129).

5. Ao contrário, entende-se que a reunião dos tipos penais em um só diploma legal garante maior segurança aos jurisdicionados, e para tanto já existe o Código Penal brasileiro.

Apenas se pretende, com o levantamento destas questões, argumentar acerca da adequação de se alocar na Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ilícitos penal-trabalhistas já existentes (portanto, já ilícitos penais na ordem jurídica vigente).

Uma vez que a conduta já está tipificada e contém elementos que a definem como delito penal-trabalhista, não se entende porque o seu processamento não é da competência da Justiça do Trabalho. Veja-se que os crimes militares e eleitorais são processados nas respectivas Justiças Federais Especializadas.

Nesta ordem de idéias:

E por que a Justiça do trabalho pretende ter a competência para a matéria penal? Em primeiro lugar, a Justiça do Trabalho é tão federal quanto a outra. Depois disso, é de sua competência cominar a sanção trabalhista e, decorrente da relação de emprego, a indenização por dano moral, que também é um crime contra a humanidade das pessoas. (FAUSTO, 2005, p. 2).

O ideal seria concentrar todas essas demandas na Justiça do Trabalho. Por isso mesmo, propugno pela competência criminal da Justiça do Trabalho quanto ao julgamento de questões correlatas e imediatamente resultantes do ilícito civil-trabalhista, sobretudo quanto aos crimes contra a organização do trabalho e a prática do trabalho escravo, a fim de preservar a unidade da jurisprudência sobre todos os aspectos jurídicos da questão. (FONSECA, 2005, p. 383).

É que, como se observa, o ilícito penal-trabalhista carrega em si uma carga simultânea de ilícito trabalhista, civil e penal. O crime de redução a condição análoga à de escravo, por exemplo, enseja o pagamento das verbas trabalhistas; a indenização civil por danos materiais e morais; e a aplicação da sanção penal correspondente. Se a Justiça do Trabalho é competente para as duas primeiras ações⁶, seria adequado que conhecesse também das questões penais relacionadas ao tipo. O mesmo se aplica ao crime de assédio sexual, e assim por diante.

Estas razões de ordem técnica visam a sanear distorções na distribuição de competências entre as Justiças, racionalizando o sistema. Entretanto, razões de natureza sociológica também impulsionam a necessidade de ampliação da competência da Justiça do Trabalho para fazer frente aos novos paradigmas das relações laborais ultramodernas (MELHADO, 2005, p. 310).

As várias transformações nas relações contratuais da era globalizada produziram um campo fértil à prática de crimes contra a organização do trabalho, que podem passar despercebidos diante de uma Justiça não especializada nestas questões sociais.

6. O inciso VI do novel art. 114 da CF, após a EC 45/2004, já transcrito, sepultou a controvérsia quanto a competência da Justiça do Trabalho para ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho.

Além disso, ainda que isso se caracterize como uma mera circunstância de fato, sabe-se que a Justiça do Trabalho está disseminada por todo o território brasileiro, levando aos mais longínquos municípios a sua prestação jurisdicional, justamente onde a “falta da Lei” permite uma miríade de abusos contra os hipossuficientes da relação capital-trabalho.

Isto deixa em desvantagem a Justiça Comum Federal que, com seu reduzido número de Varas, não atende, no aspecto geográfico, a demanda penal-trabalhista que se imagina reprimida nos rincões mais distantes do país.

A Justiça do Trabalho também se sobrepõe à Justiça Comum dos Estados quanto ao aparelhamento logístico e técnico especializado, além do que, esta última encontra-se sufocada por um número absurdo de processos das mais variadas espécies.

Neste contexto, a Justiça do Trabalho substituiria com vantagem a atuação da Justiça Comum, Federal ou Estadual, no processamento da ação penal contra os crimes relacionados ao trabalho, trazendo maior efetividade à jurisdição penal-trabalhista.

4. O JUIZ DO TRABALHO E A AÇÃO PENAL

Há quem considere como entrave à alocação de competência penal na Justiça do Trabalho o fato de os magistrados trabalhistas serem especialistas nas questões laborais e, conforme argumentam, não terem intimidade com o Direito e o Processo Penal.

Com a devida vênia aos que assim entendem, o juiz do trabalho é, antes de tudo, um magistrado como outro qualquer, sendo regra assente no ordenamento jurídico brasileiro a concepção de que a jurisdição é una. Assim, sua distribuição em competências é apenas facilitadora na divisão dos trabalhos de que se incumbem o Poder Judiciário.

Para ser juiz, o juiz do trabalho, como todos os outros, forma-se em Direito e presta concurso público no qual é avaliado também sobre a matéria penal.

Claro e lógico que, conforme se ocupa de um ramo especializado do Direito, torna-se um especialista e, como se sabe, a especialização limita e aprofunda. O juiz do trabalho é especialista em sua matéria, não resta dúvida. Mas isso não impede que possa aumentar os limites de sua competência, nem de que lhe sejam exigidos, em concursos vindouros, novos e aprofundados conhecimentos.

Ora, se o que se propõe é a competência penal-trabalhista, o juiz que dela se ocupar, especializado se tornará também nesta seara. Mais ainda que o juiz penal que julga todo tipo de crime.

Se não for esse o entendimento, o que se dirá do juiz de direito de uma cidade do interior do Brasil ainda não abrangida pela jurisdição trabalhista? Não será ele o juiz de todas as causas? Se for considerado incompetente para as matérias nas quais não é especialista, não será competente para nada, posto que é um generalista.

Justamente por isso, consideram alguns, aí residem maiores probabilidades de erros. Então volta-se ao começo: especializar o juiz trabalhista em questões penais relacionadas ao trabalho é, novamente, especializá-lo, tornando-o um *expert* no assunto. Seria possível, então, haver então juízes do trabalho responsáveis por Varas Trabalhistas Criminais, como, hoje, já se propugna, em iniciativas administrativas, por especializações de juízes do trabalho em varas de execução ou em varas de acidente do trabalho.

Além do mais, observa-se que os crimes contra a organização do trabalho “exigem dose de sociologia do ambiente de trabalho para a aplicação das penas próprias, campo mais adequado à atuação do juiz do trabalho, já cotidianamente afeto às discussões entre o capital-trabalho” (ZAHLOUTH JÚNIOR, 2005, p. 3).

E em sendo assim, ninguém melhor que o juiz do trabalho para apreciar o caso concreto envolto num desses tipos penais, dada à sua especialização, sua formação voltada ao conhecimento mais íntimo das questões principiológicas e sociológicas afetas ao labor, sua atuação diária no espaço do ambiente obreiro.

Outro não é o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do trabalho – ANAMATRA:

A ANAMATRA entende, como deliberado em seu Congresso Nacional, na forma da proposta do juiz Guilherme Guimarães Feliciano, da 15ª Região, “que o juiz do trabalho está mais afeito aos problemas usuais do obreiro em seu ambiente de trabalho, detém, pois, maior especialização em tal seara se comparado ao juiz estadual ou ao juiz federal comum. Dessume, pois, que sua formação jurídica e sociológica o habilita julgar com maior conhecimento de causa as lides penais relativas à organização do trabalho. O juiz do trabalho, conhecedor dos institutos de Direito do Trabalho e de seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, poderá aferir se, no caso concreto, o *nomen juris* dado a um certo documento consubstancia fraude tendente a frustrar direito trabalhista (art. 203 do Código Penal).” É interessante notar que nos tipos penais no título DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO há, quase sempre, transgressão de norma contratual trabalhista, matéria do contato diário do juiz do trabalho. (COUTINHO, 2005 a, p.7-8).

Há, ainda, os que argumentam que alguns juízes do trabalho oferecem tratamento paternalista em relação ao empregado, movidos por convicções ideológicas. Sobre esta suposta parcialidade dos juízes, pode-se contra-argumentar que são peculiares ao Direito do Trabalho princípios protetores ao hipossuficiente, os

quais não poderão ser levados em conta quando a matéria julgada for diversa da trabalhista. Assim, no julgamento de um crime serão observados os princípios aplicáveis ao Direito Penal.

Nesta esteira:

(...) está na origem da Justiça do Trabalho ser ela integrada por magistrados naturalmente mais sensíveis às questões sociais, que não raro requerem soluções fundadas no juízo de equidade, característica que importa na interpretação criativa da realidade social, e não a mera aplicação automática e fria das normas jurídicas. Isso não significa, entretanto, que os Juízes do Trabalho seriam levados a proferir decisões fundadas no seu sentimento pessoal, emotivo e irresponsável. (FONSECA, 2005, p. 378).

Diante do acima exposto, não resta argumentação que pretenda desqualificar a atuação do juiz do trabalho na esfera penal-trabalhista.

5. OPERACIONALIZAÇÃO DA NOVA COMPETÊNCIA

A mudança do modelo básico da Justiça Laboral para uma configuração mais abrangente, onde a tônica seja a proteção do valor trabalho humano em qualquer perspectiva que se apresente, inclusive na seara criminal, infalivelmente motivará alterações diversas, seja na parte do ordenamento jurídico relacionada ao direito material e processual em tela, seja nas estruturas das instituições envolvidas.

Neste tópico, se procurará identificar, ainda que de maneira resumida, as primeiras modificações legislativas e institucionais necessárias ao abrigo da nova competência desejada.

5.1. Modificações legislativas necessárias

Dilatar-se a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de delitos penal-trabalhistas exigiria algumas modificações legislativas. Relacionam-se, em seguida, aquelas que despontam logo à primeira vista, sabendo-se que o cotidiano da prática penal na esfera trabalhista, poderá suscitar outras inovações.

Partindo-se da Constituição Federal, obviamente através de Emenda Constitucional, seriam necessárias, no mínimo, as seguintes alterações:

- a) art. 109, inciso IV: para incluir na ressalva a competência da Justiça do Trabalho, que assim passaria a processar os crimes contra a administração da própria Justiça, como acontece com a Justiça Militar e a Eleitoral;
- b) art. 109, inciso VI: para excluir da competência da Justiça Federal o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho;

- c) art. 114: para incluir um inciso explicitando a competência penal da Justiça do Trabalho para os crimes penal-trabalhistas, assim entendidos aqueles cujo bem jurídico tutelado esteja relacionado com o valor trabalho (crimes contra a organização do trabalho, redução a condição análoga à de escravo e assédio sexual).

No âmbito infraconstitucional, entende-se que os diplomas legais a serem aplicados diretamente na condução de uma ação penal, quais sejam o Código Penal e o Código de Processo Penal, não careceriam de modificações, uma vez que os delitos em questão e o seu processamento em nada seriam alterados.

Contudo, a Lei de execuções penais, Lei n. 7.210/84, passaria também a ser aplicada ao condenado pela Justiça do Trabalho, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição comum, como ocorre com os condenados pela Justiça Eleitoral e Militar. Para tanto, bastaria inserir a Justiça do Trabalho no parágrafo único do art. 2º da referida Lei.

A Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, Estatuto do Ministério Público da União, por sua vez, deveria merecer alteração no seu art. 83, para ampliar o rol de atribuições do Ministério Público do Trabalho quanto à ação penal.

5.2. Processo penal x processo do trabalho

Os críticos à proposta aqui apresentada, qual seja a de tornar competente a Justiça Obreira para apreciar os crimes relacionados ao trabalho, levantam questões aparentemente difíceis de apaziguamento. Dizem, por exemplo, que não há como processar na Justiça do Trabalho uma ação penal porque haveria incompatibilidade de ritos, de prazos, de representação e de princípios.

Com efeito, só aparentemente é que tais problemas se revelam de difícil solução. Afastando-se as brumas do preconceito, consegue-se ver com clareza que a Justiça do Trabalho, aliás, qualquer Justiça, não tem ritos, prazos ou princípios próprios. Estes pertencem ao processo, e divergem conforme ele seja trabalhista, civil ou penal.

Quando a Justiça do Trabalho processa uma ação tradicionalmente compreendida como “civil” (v. g. procedimentos especiais previstos no CPC), aplica as regras do processo civil. Veja-se:

Esse já é o mecanismo utilizado pelos juízes do Estado quando no exercício da jurisdição trabalhista. (...) Ora, é plenamente lógico e racional que eles exerçam a jurisdição trabalhista aplicando a CLT e exerçam a jurisdição civil aplicando o CPC. Qual a dificuldade? Qual o mistério? *Mutatis mutandis* o raciocínio é o mesmo.

Haveremos de continuar utilizando a CLT, para os casos regulados por ela e o CPC, para as ações cíveis. (MENEZES; BORGES, 2005, p. 42).

Em suma, são os valores inerentes à relação de emprego que justificam o rito da ação trabalhista. Incorreto pensar, portanto, que o rito se justifica em face do órgão julgador (porque na JT, deve ser o rito da CLT). Não à toa que perante o juiz de direito, no exercício a jurisdição trabalhista, é adotado o rito da CLT nas reclamações trabalhistas (...) (MEIRELES, 2005, p. 77).

Permitindo-nos um trocadilho, é preciso lembrar que a justiça é do Trabalho e não da C.L.T.! Se não for superada a mentalidade retrógrada que pretende ser do Poder Judiciário laboral somente dissídios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, dever-se-ia negar, logo, o cabimento de ações de procedimentos especiais na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, a consignação em pagamento, eis que está prevista somente nos arts. 972/984 do Código Civil e 890/900 do Código de Processo Civil, sem qualquer norma específica no texto consolidado. (PAMPLONA FILHO, 2005, p. 5).

Logo, se a Justiça do Trabalho, como se espera, vier a ter competência para processar a ação penal, esta obedecerá, como é lógico, aos ritos, prazos e princípios do processo penal, bastando apenas que isto seja explicitado na norma correspondente.

Em relação ao *jus postulandi*, por exemplo, veja-se:

Releva destacar que o artigo 791 da CLT não estende a capacidade postulatória para as partes no âmbito da Justiça do Trabalho, mas apenas ao empregado e ao empregador. Para as demandas estranhas às relações de emprego, não há que se falar em incidência desta norma, na medida em que não há empregado ou empregador.

(...)

Como corolário, para as demandas submetidas à nova competência do Judiciário Trabalhista que não estejam embasadas em uma relação de emprego, imprescindível será a contratação do advogado (...) (RIBEIRO JÚNIOR, 2005, p. 249).

Além do que, na seara penal, o suposto direito de postular da parte seria inconstitucional, *ex vi* do art. 5º, LV da CF, posto que a doutrina considera como meio de ampla defesa, dentre outros, a defesa técnica por advogado (FELICIANO, 2005, p. 5-6).

Assim, não há que se falar em *jus postulandi* da parte no processo penal-trabalhista, à exceção do *habeas corpus* ou quando a parte for habilitada, nos termos do art. 263 do CPP.

No tocante ao princípio da proteção ao trabalhador, mais conhecido sob a forma *in dubio pro operario* (MARTINS, 2001, p. 76), conforme a lógica acima estabelecida, por óbvio também não poderá ser aplicado ao processo penal-trabalhista, haja vista tratar-se de um princípio do Direito do Trabalho.

Contudo, não se pode ignorar que, naturalmente, problemas de ordem operacional surgirão. Seria imaturo querer sublimá-los na ânsia de fazer-se impor a tese almejada. Também é verdade que não se tem resposta para tudo e que as soluções sobrevirão aos problemas, porque sempre foi assim. O que não se deve – acredita-se! – é deixar de propor o novo por apego ao velho, notadamente quando o novo acena com melhores possibilidades. Pensar o contrário seria repetir a postura criticada poeticamente por Caetano, de *“que Narciso acha feio o que não é espelho; e a mente apavora o que ainda não é mesmo velho; nada do que não era antes quando não somos mutantes”*...

5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho

O reconhecimento de que a Justiça do Trabalho, como todos os outros ramos do Judiciário nacional, deve ter competência para a matéria penal relacionada ao campo de sua atuação, além de corrigir uma distorção técnica e proporcionar aos jurisdicionados uma melhor assistência nestas questões, também promoverá um desafogamento das outras Justiças, recalibrando o sistema com mais eficiência e produtividade. Confira-se:

(...) a redistribuição de competência, a par da racionalidade sociológico-política, também confere racionalidade técnico-econômica ao sistema judiciário nacional, confluindo, assim, no sentido dos anseios nacionais de modernização do Poder Judiciário, na medida em que será determinante de maior celeridade, eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. (COUTINHO, 2005 b, p. 147).

Entretanto, esta reorganização judiciária implicará, por certo, num aumento de demanda para a Justiça Obreira, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir da EC 45/2004. Daí decorre a necessidade de se promoverem os meios adequados para a absorção das novas ações doravante endereçadas ao juízo trabalhista.

É evidente que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho implicará em aumento de processos, por conseguinte em necessidade de expansão de seus órgãos, inclusive com a instituição de câmaras ou turmas ou varas especializadas para o julgamento de questões diversificadas, em todos os graus de jurisdição. O alcance de qualquer finalidade exige os meios capazes de implementar a medida. (FONSECA, 2005, p. 390).

Especificamente em relação às ações penal-trabalhistas, entende-se que devam ser processadas em varas especializadas para este fim, criadas por lei de organização judiciária federal ou provimentos dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho. Para elas, “se habilitarão os juízes – titulares e substitutos – interessados em desempenhar efetivamente a nova competência.” (FELICIANO, 2005, p. 4).

Considera-se, entretanto, que a simples competência penal desejada não causaria, por si só, grande alteração na estrutura da Justiça Trabalhista, além das Varas Criminais do Trabalho e seus juízes especializados. Observe-se que

os limites do Direito Penal-Trabalhista encerram-se, como se disse, nos crimes contra a organização do trabalho, na redução a condição análoga à de escravo e no assédio sexual, além dos crimes contra a administração da Justiça do Trabalho. Certamente, maior demanda já foi deflagrada com a reforma implementada pela EC 45/2004 e não se viu o apocalipse por causa disso...

De toda sorte, não se entenderá qualquer aumento de demanda sem o devido acompanhamento da necessária estrutura material e funcional.

“Tudo deverá ser devidamente adaptado e preparado, inclusive os próprios magistrados. Tudo faz parte da nova Justiça do Trabalho. São os novos tempos. Não há como fugir da realidade. Somente recepcioná-la.” (MENEZES; BORGES, 2005, p. 43).

5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União

Como órgão do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho tem sua atuação regulada pela Lei Complementar Federal n. 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União. Lá, no art. 83, pode-se observar que, dentre as atribuições deste ramo do Ministério Público, não se encontra a propositura da ação penal, haja vista que, para atuar perante a Justiça do Trabalho, como hoje instituída, não há espaço para tanto.

Assim, ao detectar ilícitos penais relacionados ao trabalho, o Ministério Público do Trabalho não pode atuar de pronto, mas apenas informar ao Ministério Público Federal ou ao dos Estados, conforme o crime seja da esfera de competência da Justiça Comum Federal ou Estadual, para a competente ação penal. Veja-se:

É esse ramo do *Parquet* quem, por força da própria natureza de sua atividade, quotidianamente identifica as violações de ordem penal relacionadas ao mundo do trabalho, sendo contraproducente que a titularidade das correspondentes ações penais tenha que ser repassada a outros ramos do Ministério Público, extremamente assoberbados com uma enorme pletora de figuras criminais, muitas delas de enorme potencial ofensivo e complexidade. (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 4).

Certamente, a competência penal da Justiça do Trabalho viria corrigir mais este equívoco, criando paralelamente a atribuição penal do Ministério Público do Trabalho, para, por exemplo, a promoção de ação penal pública mediante denúncia (FELICIANO, 2005, p. 8).

Neste sentido:

A proposta, ao visar trazer tal competência para a órbita da Justiça do Trabalho, pretende ainda dinamizar a atuação do Ministério Público do Trabalho, igualmente, único segmento do *Parquet* nacional a quem é negada atribuição na esfera penal. Esse ramo Ministerial, com toda certeza, conseguirá agir com maior rapidez na propositura da ação penal e atuará mais eficazmente no sentido de se obter julgamentos

mais céleres e eficazes pelos Juízes e Tribunais mais afinados com as controvérsias relacionadas ao ambiente do trabalho ou tendentes à sua perturbação: os Juízes e Tribunais do Trabalho. (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 3).

Relativamente à defesa do acusado, com base nos art. 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal e art. 261 e parágrafo único do Código de Processo Penal, a Defensoria Pública está encarregada de promover a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Ante a perspectiva do cometimento de competência penal à Justiça do Trabalho, a Defensoria Pública da União continuará a desenvolver o seu mister, no tocante à ação penal, agora perante o juízo trabalhista, sempre que seus serviços sejam requisitados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça do Trabalho, já reconhecida pela habitual celeridade na condução dos atos que atendem às demandas a ela submetidas, recebeu recentemente do legislador constituinte derivado uma ampliação de sua competência, nos termos do novo art. 114 da Constituição Federal, introduzido com a Emenda Constitucional 45/2004.

Entretanto, tal ampliação não alcançou, ainda, o estágio desejado.

Em outra frente, o combate permanece. Continua em tramitação na Câmara dos Deputados a fase seguinte da PEC 358/2005 (PEC paralela da reforma do Judiciário), pela qual se busca corrigir tal distorção, atribuindo, formal e finalmente, a competência penal à Justiça do Trabalho.

Por todas as razões de ordem técnica aqui deduzidas, não temos a menor dúvida que, até do ponto de vista prático, dotar a Justiça do Trabalho de competência para julgar crimes relacionados ao trabalho é assegurar às partes o conhecimento prévio do único e exclusivo órgão judiciário a que se deve recorrer em questões oriundas das relações de trabalho, mesmo que de índole criminal. Assim o é nas Justiças Especializadas Militar e Eleitoral. Como está em Mt. 22: 21, “...*dai pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus.*”

Estando a Justiça do Trabalho mais capilarizada pelo interior do Brasil que a Justiça Federal, e mais aparelhada e bem servida de juízes e serventuários que a Justiça Comum dos Estados, certamente o grau de satisfação com a sua prestação jurisdicional no julgamento dos crimes a ela relacionados fomentaria o acesso à justiça e em muito contribuiria para a paz social.

7. REFERÊNCIAS

ANGHER, A. J. *Código penal*. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

- CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. A emenda constitucional n. 45/2004 e a competência penal da justiça do trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 220-235.
- COUTINHO, G. F. *Competência da Justiça do Trabalho para julgar os crimes contra a organização do trabalho*. Palestra proferida na OIT, em 25 set. 2002. Disponível em: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/trabalho_forcado/brasil/documentos/texto.htm >. Acesso em: 25 mai. 2005 a.
- _____. O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005 b. p. 122-147.
- DALIA FILHO, L. *Evolução histórica da Justiça do Trabalho no contexto mundial*. Disponível em: < <http://www.trt13.gov.br/revista/luismar.htm> >. Acesso em: 5 set. 2005.
- FAUSTO, F. A nova escravidão do trabalho. Disponível em: < http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1461&p_cod_area_noticia=ASCS >. Acesso em: 11 out. 2005.
- FELICIANO, G. G. *Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal*. Disponível em: < <http://www.beofito.com.br/artigos/art01/trab37.htm> >. Acesso em: 27 abr. 2005.
- FONSECA, V. J. M. da Justiça do Trabalho – nova competência. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 375-391.
- HIRECHE, G. F. el *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. 16 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.
- MANUS, P. P. T. *Histórico da Justiça do Trabalho no Brasil*. Disponível em: < <http://www.trt02.gov.br/html/tribunal/competencia/hisjbr.htm> >. Acesso em: 25 set. 2005.
- MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. 14 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS FILHO, I. G. da S. *Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm >. Acesso em: 28 mai. 2005.
- MEIRELES, E. A nova Justiça do Trabalho – competência e procedimento. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 62-81.
- MELHADO, R. Da dicotomia ao conceito aberto: as novas competências da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 309-340.

- MENEZES, C. A. C. de; BORGES, L. D. Algumas questões relativas à nova competência material da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 38-53.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito processual do trabalho*. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAMPLONA FILHO, R. Dano moral e Justiça do Trabalho. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2080> >. Acesso em: 24 mar. 2005.
- _____. Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988. In: *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*. ano I, n. 04, abril/1998, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, 1998, p. 09-17.
- RIBEIRO JÚNIOR, J. H. Competência laboral – aspectos processuais. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 236-251.
- RODRIGUES, R. D.; RODRIGUES, G. D. *A nova competência da Justiça do Trabalho – uma abordagem inicial*. Disponível em: http://www.amatra5.org.br/artigos/artigos26_05.php Acesso em: 29 ago. 2005.
- SANTOS, A. J. dos *Direito Penal do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- ZAHLOUTH JÚNIOR, C. Competência da Justiça do Trabalho: os juízes discutem e o trabalhador sofre nos rincões. A triste sina do povo brasileiro. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3708> >. Acesso em: 13 mar. 2005.

CAPÍTULO IX

O MERCOSUL E SEUS PROJETOS INSTITUCIONAIS

*Saulo José Casali Bahia**

Sumário • 1. As razões para a integração econômica e política na América do Sul – 2. O modelo institucional do Mercosul: entre o interestatismo e o supranacionalismo – 3. Histórico de criação e quadro institucional do Mercosul – 4. O Mercosul Invisível – 5. O Futuro do Mercosul

1. AS RAZÕES PARA A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E POLÍTICA NA AMÉRICA DO SUL

Como se costuma falar quando se escreve sobre blocos de integração econômica e política, atualmente a economia internacional se articula em torno de trocas comerciais não mais apenas entre Estados, mas também envolvendo grupos de Estados.

Trata-se de uma ação que se tornou necessária aos Estados dantes isolados, por diversas razões, e tanto não é diferente quando se pensa na América do Sul.

Inicialmente, pode-se apontar que a negociação em bloco (grupo de Estados) permite aos Estados então reunidos resistir aos outros blocos ou aos grandes Estados (Japão, USA). A afirmação de interesses na esfera internacional de modo organizado e coletivo costuma aumentar o poder de barganha dos Estados agrupados.

A formação do bloco econômico também permite otimizar a própria economia de cada um dos Estados envolvidos. Neste último caso, ao se associarem em entes de integração, os Estados garantem o aumento do mercado para as suas indústrias, o que permite aumentar o ganho em termos absolutos e fazer nascer o ganho em escala, impróprio diante de pequenos grupos consumidores.

Este não é o único fenômeno produzido. A concorrência leva ao estabelecimento de especializações produtivas e de prestígio às soluções tecnologicamente mais rentáveis, eliminando o desperdício. A busca de ganho tecnológico passa a ser uma constante.

* Juiz Federal (SJBA) e Professor Adjunto (UFBA). Doutor em Direito (PUC-SP).

Por outro lado, o processo de integração exige que sejam adotadas medidas que podem ser reputadas como infraestruturais, já que a circulação física e jurídica de bens, de pessoas e de capitais, além do livre estabelecimento e da livre concorrência, dependem de caminhos física e juridicamente desimpedidos. A criação de infra-estrutura física (portos, aeroportos, estradas, ferrovias etc) e jurídicas (harmonização legislativa, criação de cortes supranacionais etc) determina um inegável efeito sinérgico para o desenvolvimento.

Por outro lado, o crescimento do volume de comércio é condição para a geração de riquezas que terminam por permitir a sua redistribuição, desde que os Estados ado-tem políticas nesse sentido. Parece óbvio que se não há o que repartir, nada será repartido, e pouco poderá o Estado atuar no sentido de promover a justiça e o desenvolvimento sociais.

Quanto à autoridade supranacional, que por vezes surge do modelo de integração adotado (e sua adoção no Mercosul, no futuro, nunca foi descartada), sua atuação pode permitir vencer certas dificuldades locais, já que por vezes Estados isolados resistem em concretizar medidas protetivas ao meio ambiente, ou insistem em desenvolver políticas internas que inviabilizam o alcance de melhores condições de vida à população ou a grupos da população, muitas vezes em razão da manutenção de estruturas sociais arcaicas e de preconceitos ainda renitentes. A uniformização de tratamento exige a consolidação de *standarts* mínimos a ser implementados em cada país, nas mais diferentes áreas, o que faz com que todos os Estados que se mantinham abaixo dos níveis exigidos devam evoluir para a adoção de novos e superiores níveis de intervenção ou de prestação.

Inegavelmente, processos de integração podem também se tornar inegáveis instrumentos para a construção da paz na esfera interna e internacional, ao exigirem, para o seu desenvolvimento, a convivência e o diálogo como modo de solução de litígios e para a adoção de decisões.

É óbvio que até aqui somente foram expostas consequências positivas da integração. Há uma série de consequências negativas, que vão desde a desintegração de culturas e o risco de inversões econômicas mal-sucedidas, até a centralização agressiva e o surgimento de *deficit* democrático no processo de tomada de decisões.

De qualquer modo, com ou sem percalços e problemas, a integração econômica e política se tornou um processo inevitável e arrebatador, diante do qual nada mais pode ser feito senão produzir retardos em seu ritmo ou correções no caminho que deve tomar.

Dentro deste processo de surgimento de blocos econômicos eclode o Mercosul (Mercado Comum do Sul, reunindo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), pois a

integração entre países parece ainda reclamar o preço da geografia e da similitude de aspectos que a proximidade física promove.

De um comércio de pouco mais de cinco bilhões de dólares em 1991, o Mercosul passou a girar 20 bilhões entre seus membros, em 1998. Com a prevista entrada da Venezuela, primeira expansão do Mercosul desde a sua criação há 15 anos, e que ainda depende da aprovação parlamentar de alguns dos membros, o bloco tem agora mais de 250 milhões de habitantes, um PIB de mais de 1 trilhão de dólares e um comércio global superior a 320 bilhões de dólares.

2. O MODELO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL: ENTRE O INTERESTATISMO E O SUPRANACIONALISMO

Desde o início, segue o Mercosul um modelo de integração pouco arrojado. Ao invés de seguir o modelo supranacional (exemplo europeu atual), preferiu seguir o modelo interestatal. Quando o momento previsto no tratado de criação (Tratado de Assunção, 1991) chegou, ao final do período de transição, para a definição da estrutura definitiva do Mercosul, não se fez com o Protocolo de Ouro Preto (dezembro, 1994), o rompimento com o modelo interestatal. Neste último tratado continuou a ser dito que “as decisões dos órgãos do Mercosul devem ser adotadas pelo consentimento e com a presença de todos os estados membros”.

O processo de adoção das decisões segue os seguintes passos, de acordo com o artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto:

- a) aprovada a norma, os Estados-Partes devem adotar as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico interno (por emendas constitucionais, leis, decretos etc);
- b) as medidas adotadas são então comunicadas à Secretaria Administrativa do Mercosul;
- c) após esta Secretaria haver recebido as comunicações sobre as medidas adotadas pelos Estados-Partes, é feita a comunicação dessa circunstância a todos os mesmos;
- d) decorridos trinta dias desta última comunicação (pela SAM), a norma entra em vigor simultaneamente para todos os Estados-Partes, que ainda têm o dever de comunicar internamente o início de vigência da norma.

O Governo brasileiro tem destacado que a condução do Mercosul segue os princípios do pragmatismo, do realismo e do gradualismo, e com isto evitado a adoção do modelo supranacional.

Há vários motivos para isto, podendo-se destacar as assimetrias existentes entre os Estados-Partes (pois há inegáveis diferenças de ritmos e de graus de abertura

comercial), as divergências de política interna, a agilidade que o modelo inter-governamental pode proporcionar, não se desprezando que, em um momento posterior, com a convergência estabelecida em um patamar satisfatório, possa haver a adoção do supranacionalismo.

Trata-se, para o governo brasileiro, de atuar com prudência, fazendo prevalecer, com a necessidade do consenso, que a posição brasileira jamais possa ser submetida à vontade exclusiva dos demais membros. Tem-se, pois, de alguma forma, a garantia da posição brasileira no processo, consuetudinária ao seu peso econômico e político na região, e que poderia ficar prejudicada com a fórmula de decisão por maioria. Sem contar com a Venezuela, o Brasil possui 82% do PIB do Mercosul e 79% da sua população. E lembram muitos diplomatas brasileiros que, em um primeiro momento, a própria União Européia não quis arriscar tanto em termos de figurino institucional (ao adotar inicialmente o modelo BENELUX), falando-se, com menção a um provérbio popular, que “nunca se deve colocar o carro adiante dos bois”.

É óbvio que estes argumentos sofrem ferozes críticas por todos aqueles que prefeririam ver a adoção imediata do modelo supranacional nas instituições Mercosulinas.

Com respeito às assimetrias, lembram que apenas a intervenção de um órgão central poderia corrigi-las, órgão este que exerça certo poder derivado de parcelas de soberania transferidas pelos Estados-Partes.

As divergências de política interna, na medida em que não sejam unificados os órgãos detentores do poder político, viria causando uma verdadeira paralisia no processo de convergência necessário, o que retiraria qualquer pretensão de agilidade e de sucesso no processo integrativo. O modelo interestatal, assim, apenas estaria a promover um absoluto impasse ao processo de criação do Mercado Comum.

Forma-se, como muitos apontam, cada dia mais um contencioso dissimulado, pois o incremento das trocas comerciais e da circulação de pessoas, progressos que de alguma forma vem ocorrendo, gera toda uma sorte de litígios que não encontram nas instituições existentes um ambiente propício para a solução rápida e segura, com livre e fácil acesso aos particulares interessados. As soluções, muitas vezes, dependem como que da boa vontade e da proteção diplomática do Estado-Parte.

Antes de falar sobre o futuro do Mercosul diante desta situação, cumpre tratar das origens do Mercosul e do seu quadro institucional atual.

3. HISTÓRICO DE CRIAÇÃO E QUADRO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

Não deve haver dúvidas de que o Mercosul tem sua origem nas relações envolvendo o Brasil e a Argentina, que desde 1940 tencionaram criar uma União Aduaneira entre eles.

Esta história das relações bilaterais entre Brasil e Argentina foi pontuada pela atividade da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), criada em 1948, pela ONU, dentro da linha de cooperação econômica para o desenvolvimento, com o objetivo declarado de obter melhorias para o Estado através do aumento do mercado.

Alguns anos depois (1960), a iniciativa dos próprios países da Região levou à criação da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), pelo Tratado de Montevideo. Em verdade, a ALALC foi um projeto da CEPAL, e a estratégia possuída foi a do multilateralismo. Esta estratégia efetivamente resultou no incremento de 100% nas trocas comerciais entre 1962-1967, e envolveu a pretensão da criação de um Mercado Comum regional em 12 anos, com imediata disseminação de um sistema de preferências comerciais.

Os anos 1960-1980 assistiram, todavia, à desastrosa política de substituição de exportações, com um retorno ao protecionismo. Na ALALC, as listas comuns foram paralisadas, e houve um recuo das trocas comerciais no interior da zona. O multilateralismo exigia um preço ou condições que os Estados não estavam preparados a pagar ou a satisfazer, diante da heterogeneidade e do peso econômico dos mesmos, ocorrendo uma agravação dos desequilíbrios comerciais. Inobstante os sinais pessimistas no ar, em 1967 foi realizada a Conferência de Punta del Este, onde a idéia do Mercado Comum Latino Americano foi pensada para 1985.

Antes disto, o realismo e o pragmatismo fizeram com que as pretensões exageradas da ALALC fossem deixadas de lado com a sua substituição pela ALADI (Associação Latino-Americana de Desenvolvimento e Integração), em 1980, que promoveu o abandono de marcos tão rígidos, e substituiu a estratégia do multilateralismo, que exigia certa harmonia faticamente improvável, mesmo inexistente, pelo bilateralismo. Foram pensadas zonas de preferências tarifárias, revisado os limites da estratégia de substituição das exportações, e imaginado um forte intervencionismo estatal.

A estratégia bilateralista resultou em vários frutos no cone sul-americano, já que esforços bilaterais podiam ser muito mais aprofundados e exitosos que aqueles que demandassem o acordo de maior número de países.

Dai, em 1985, foi celebrada a Convenção Argentino/Uruguia de Comércio Exterior (CAUCE). Em 1988 o PCE foi assinado entre o Brasil e a Argentina, e apenas entre estes dois Estados foi imaginada a criação de um Mercado Comum em 10 anos. Esta idéia foi reforçada em 1990 com a assinatura do ACE Brasil/Argentina. Houve a antecipação do Mercado Comum em 4 anos. Uruguai e Paraguai, países cujas economias possuem forte ligação ou dependência da brasileira e da argentina, apressaram-se em participar do processo, e o resultado disto foi a assinatura, em 1991, do Tratado de Assunção, que previu a criação de um Mercado

Comum até 31/12/94. De 1991 a 1994, haveria, portanto, um período de transição, com instituições provisórias, que seriam substituídas e reformuladas com a adoção da estrutura institucional definitiva em 1994.

Para o período de transição, foi previsto um PLC – Programa de Liberalização Comercial, reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, eliminação das barreiras não tarifárias (com cronograma sucessivamente adiado para 1996, 1998, 2002, 2007 etc), uma TEC – Tarifa Externa Comum, a adoção de uma política exterior comum com repêto a terceiros estados, a coordenação das políticas econômicas e comerciais dos estados membros, para assegurar as condições adequadas em matéria de concorrência, acordos setoriais, e políticas macro-econômicas comuns.

Para o período de transição, foram criados os seguintes órgãos:

- a) CMC (Conselho do Mercado Comum), órgão superior de gestão política (formado pelos Ministros das Relações Exteriores e de Economia), que deve se reunir pelo menos uma vez por ano com os presidentes dos países, sendo a presidência semestral e rotativa;
- b) GMC – Grupo Mercado Comum, com 4 membros titulares e 4 membros suplentes por país. O GMC pode ter grupos e sub-grupos de trabalho;
- c) CPC (Comissão Parlamentar Conjunta), com hoje 64 parlamentares (indicados pelos parlamentos dos respectivos países, para um período de 2 anos, sendo 16 por cada Estado);
- d) Secretariado Administrativo, com funções burocráticas.

Como o Tratado de Assunção previu um modo de solução de controvérsias bastante precário e transitório, houve a adoção, em 1991, do Protocolo de Brasília, que foi substituído em julho de 1992 pelo Protocolo de Las Leñas.

As dificuldades do processo de implementação do Mercosul foram evidentes durante o encontro de janeiro de 1994 (Cúpula de Colônia, Uruguai).

Uma nova fase marcada por bastante expectativa segue de janeiro de 1994 (Cúpula de Colônia) até 31.12.94 (com o Protocolo de Ouro Preto e o início da união aduaneira). Nesta fase, viram-se as primeiras dificuldades para o avanço da integração econômica, pois os setores produtivos que se sentiam ameaçados, no curto prazo, passaram a pressionar os seus governos por uma desaceleração das negociações e do programa de desgravação tarifária ou da liberalização comercial.

Todavia, a Cúpula de Ouro Preto representou uma profunda frustração a todos aqueles que imaginaram poder o Mercosul, naquele momento, adotar uma estrutura institucional mais arrojada, sobretudo com a adoção de meios supranacionais de decisão.

Naquele momento, os avanços foram bastante limitados, e mantidos os órgãos criados.

Foi criada, entretanto, a Comissão de Comércio, com a função de assistir o GMC na aplicação dos principais instrumentos de política comercial comum. Também foi criado o Fórum Consultivo Econômico e Social, com função consultiva, e o Conselho de Cooperação Macro-Econômica (órgão não-formal). A partir de 1994, o Mercosul ficou indiscutivelmente investido de personalidade de direito internacional.

Uma quarta fase foi aberta em 01.01.95 (a União Aduaneira) até fevereiro de 2002 (com a assinatura do Protocolo de Olivos), que cria uma Corte Permanente de Revisão (instalada em agosto de 2004), que também pode ser acessada diretamente.

Também foi criada a Corte Administrativa do Mercosul, em razão do crescimento das atividades administrativas do órgão e o Fórum Consultivo das Municipalidades e Províncias do Mercosul.

A partir daí, uma quinta fase pode ser identificada desde fevereiro de 2002 (Protocolo de Olivos) até a adoção do Programa de Trabalho 2004-2006.

Em resumo, o Mercosul se compõe, hoje, dos seguintes órgãos:

- a) CMC (Conselho do Mercado Comum), que vincula as Reuniões de Ministros (14 áreas), Grupos de Alto Nível, de Trabalho e *ad hoc* (7 áreas), o Foro de Consulta e Concertação Política, a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, a Reunião de Altas autoridades de Direitos Humanos do Mercosul e o Fórum Consultivo das Municipalidades e Províncias do Mercosul;
- b) GMC – Grupo Mercado Comum, que vincula Subgrupos de trabalho (15 áreas), Reuniões especializadas (14 áreas), Grupos *ad hoc* (9 áreas), Grupos (de Aperfeiçoamento do Sistema de Soluções de Controvérsias, de Serviços, de Contratações Públicas e de Assuntos Orçamentários), Comitês (de Cooperação Técnica, de Diretores de Aduana, de Sanidade Animal e Vegetal, e Automotivo), a Reunião Técnica de Incorporação da Normativa Mercosul e a Comissão Socio-laboral do Mercosul;
- c) Comissão de Comércio do Mercosul, que vincula Comitês Técnicos (7 áreas);
- d) CPC (Comissão Parlamentar Conjunta);
- e) Foro Consultivo Econômico e Social;
- f) Corte Administrativa do Mercosul;

- g) Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul;
- h) Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito;
- i) Secretaria Administrativa.

4. O MERCOSUL INVISÍVEL

O Mercosul é considerado, hoje, uma união aduaneira imperfeita, uma zona de livre comércio ainda não instalada totalmente e um mercado comum ainda em projeto. Para qualquer um que se dedique a analisar o funcionamento e a realidade deste bloco econômico, pode-se verificar a presença de um elevado e pretensioso objetivo previsto, que por não haver sido executado tal como imaginado, faz conviver o otimismo daqueles que imaginam ver o objetivo alcançado um dia, com o ceticismo ou pessimismo dos que apenas têm a frustração de ver a imaginação superado a realidade.

O esforço da construção do Mercosul, assim, divide a todos entre céticos e entusiastas.

Entretanto, alguns avanços foram até até agora inegáveis.

A tarifa aduaneira zero se aplica a 95% do comércio intra-regional, e a TEC cobre 85% das atividades.

Mas pouco além disto foi conseguido.

A harmonização legislativa, ainda inteiramente dependente do esforço individual de cada Estado membro, evoluiu muito pouco. O fato da institucionalização do Mercosul haver ocorrido apenas no plano intergovernamental e não supranacional faz do Mercosul um ente de existência meramente diplomática. Inexiste controle político direto (deputados Mercosulinos eleitos diretamente), faltando no processo, por completo, a participação da sociedade civil. O Estado é o único interlocutor, e a todo tempo é lembrada a importância de manter intocada a soberania de cada parte.

O modo intergovernamental de tomada de decisões faz com que inexista, no dia a dia, a presença do Mercosul na vida dos habitantes. Por vezes, certas medidas decididas no âmbito do Conselho do Mercado Comum, por deverem ser introduzidas pelo Legislativo e/ou Executivo de cada país, são sentidas e conhecidas como medidas nacionais, e não comunitárias. Por exemplo, a alteração do Código de Defesa do Consumidor da Argentina tende a ser vista como uma alteração legislativa decidida pelo Parlamento argentino, buscando atualizar a normatização neste campo jurídico, e não como um esforço de harmonização legislativa iniciado por resolução do CMC, buscando aproximar o direito consumidor argentino do brasileiro, atualizado alguns anos antes.

A ausência de órgãos supranacionais impede, por exemplo, que normas consumeristas possam advir diretamente do Parlamento ou do Executivo Mercosulinos. A ação é indireta, e o Mercosul se torna invisível aos olhos de todos, o que aumenta ainda mais a sensação de inação e de inexistência entre os habitantes dos países-membros, e ainda que a atuação do CMC seja extenuante e finde por lograr sucesso com a adoção de medidas internas por cada país, justamente o fato de apenas se perceber a adoção de medidas nacionais, quase sempre sem qualquer referência à origem e à iniciativa das mudanças, fornece combustível para os céticos. O Mercosul continua invisível, embora atuante.

O Judiciário Mercosulino inexistente como órgão supranacional, exceto como arbitragem, instituto muito mais acessível a Estados do que a indivíduos e empresas, pelos custos e modo de funcionamento.

Pesa enormemente contra a efetiva concreção da integração a existência de mecanismos de salvaguarda em grande número (Mecanismos de Adaptação Competitiva), onde um ramo da indústria propõe uma reclamação formal, e uma Comissão Bilateral ouve setores privados realizando uma investigação, afastando a aplicação da regra comunitária.

5. O FUTURO DO MERCOSUL

No plano econômico e comercial, fala-se em resolver e aperfeiçoar problemas aduaneiros e da Tarifa Externa Comum, assim como das Zonas Especiais (Manaus, Terra do Fogo), da Concorrência, da integração dos setores produtivos (seguir o exemplo dos móveis e da madeira), os custos de cooperação com o Paraguai, a aliação com empresas, a criação de fundos estruturais, a promoção conjunta das exportações (exemplo do México e RSA), a realização de missões comerciais conjuntas, a adoção das normas técnicas, a revisão de incentivos, a harmonização tributária. Busca-se desenvolver e fortificar o Grupo de Monitoramento Macroeconômico (GMM), a criação de um Mercado Regional de Bolsas de Valores, fomentar a política agrícola, a Criação de um Grupo *ad hoc* de biotecnologia, estimular a criação de empresas e implementar o Protocolo de Licitações Públicas do Mercosul. Recentemente, vem sendo feitos importantes trabalhos em torno da implementação da primeira etapa da eliminação da dupla cobrança da tarifa externa comum, assim como a definição dos lineamentos do Código Aduaneiro e das tarefas relacionadas com o mecanismo de distribuição da renda aduaneira.

No plano social, os objetivos correspondem a ampliar a participação da sociedade civil, a discussão de temas sociais, a promoção cultural e desportiva do Mercosul e a implementação de um Fórum de Consultas e de Concertação Política. Busca-se aumentar a cooperação judiciária, a consolidação das normas de circulação de empregados, a avaliação sobre a aplicação das normas do Mercosul para

os trabalhadores, a difusão do português e do espanhol, e fomentar as atividades do Grupo *ad hoc* para a Promoção dos Direitos Humanos.

No plano institucional, há a idéia da criação e funcionamento do Parlamento do Mercosul, da implementação do Protocolo de Olivos (solução de controvérsias), a implementação do Centro Mercosul para a Promoção do Estado de Direito, a real participação do setor privado no sistema de solução de controvérsias, a promoção da implementação imediata das normas do Mercosul (sem necessidade de prévia aprovação parlamentar), reforçar o papel da Agência especializada para a Ciência e Tecnologia, da Agência de Infra-estrutura Regional Sulamericana, o acesso de outros Estados da Região (como a Bolívia), como membros plenos, ampliar o poder dos órgãos consultivos, e institucionalizar a Rede Mercocidades e a Reunião especializada das Municipalidades.

Fala-se que a integração deve possuir simultaneamente um caráter negativo e outro positivo. Como integração negativa, é necessária a supressão das barreiras. Como integração positiva, é necessário a adoção de um conjunto de políticas comuns para estabelecer um equilíbrio.

CAPÍTULO X

ACESSO À JUSTIÇA E PROBLEMAS PROCESSUAIS EM TORNO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

*Wilson Alves de Souza**

Sumário • 1. Introdução – 2. Lei que concede privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes – 3. Lei que concede privilégio de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita – 4. Lei que concede privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao ministério público – 5. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos defensores públicos – 6. Lei que concede privilégio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do ministério público – 7. Lei que concede prioridade de julgamento nos processos em que o idoso figure como parte – 8. Lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado – 9. Lei que concede tratamento diferenciado em favor dos necessitados em caso de condenação em honorários de advogado – 10. Lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do ministério público com relação a adiantamento de despesas processuais – 11. Lei que concede privilégio ao necessitado com relação às custas e despesas processuais – 12. Lei que isenta o autor de adiantamento de despesas processuais e do ônus da sucumbência no caso de ação popular e ação civil pública – 13. Tratamento diferenciado entre réus com relação ao efeito da revelia – 14. Lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais – 15. Lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor – 16. Conclusões – 17. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade é um princípio geral do direito, porque aplicável em qualquer relação, estado ou situação jurídica; de conotação constitucional, porque sua fonte direta é a própria constituição; com forte ligação com o princípio democrático; e que se caracteriza como um direito fundamental.¹

Sendo assim, o princípio da igualdade não é um princípio de direito processual, mas evidentemente que, por ser geral, também se aplica ao direito processual, de modo que teremos, seguramente, que enfrentar muitos problemas processuais práticos relacionados com tal princípio.²

* Mestre (UFBA) Doutor (UMSA-Buenos Aires) e Pós-Doutor (Universidade de Coimbra) em Direito. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação, Mestrado e Doutorado). Juiz Federal.

1. O princípio da igualdade está expressamente consagrado como direito fundamental na Constituição brasileira (art. 5º e inciso I).
2. Conferir adiante capítulo específico sobre o assunto.

As raízes históricas do princípio da igualdade estão na Revolução francesa cujo marco ideológico de fundo liberal está na trilogia **liberdade, igualdade, fraternidade**.

De início, necessário se faz advertir que a clássica fórmula “todos são iguais perante a lei” mostra-se insuficiente, de maneira que o princípio da igualdade se dirige em primeiro lugar ao legislador no sentido de que não pode o mesmo estabelecer tratamento diferenciado entre as pessoas, salvo, como se verá abaixo, para tentar uma igualdade real onde existam situações de desigualdade.³

Com efeito, se fosse possível dar guarida à fórmula “todos são iguais perante a lei” no seu sentido literal o legislador teria margem livre de atuação, restando ao aplicador do direito, particularmente aqueles que integram os órgãos administrativos e jurisdicionais, tratar a todos igualmente conforme prescrito na lei. Aplicado o princípio com a devida correção de rumos não é permitido ao legislador estabelecer desigualdades fora de critérios razoáveis, de maneira que a fórmula correta, no particular, seria, “todos são iguais na própria lei”, e não “todos são iguais perante a lei”.

Ocorre que, em primeiro lugar, a desigualdade é da própria condição humana. Nós, os humanos, na realidade, somos todos semelhantes, mas, na verdade, somos, ao mesmo tempo, em maior ou menor grau, desiguais, no radical sentido da palavra. Nesse sentido, pode-se dizer que todos os homens que viveram, que estão a viver ou que viverão na face da terra, sem exceção, foram, são e serão diferentes, isto é, cada um de nós tem sua identidade e seu modo de ser irrepetíveis, isto é, nunca existiram, não existem e jamais existirão duas pessoas rigorosamente iguais, sob qualquer aspecto, mesmo que seja quanto ao que mais nos aproxima, que é o aspecto biológico. Aliás, um dos aspectos mais belos da vida humana está precisamente na nossa semelhança e, ao mesmo tempo, na nossa diferença, o que exige de todos nós tolerância e respeito recíprocos ante essas diferenças.

Se os homens são desiguais por natureza, a exemplo da cor da pele, essa desigualdade é aprofundada pelos próprios homens no plano cultural, no plano educacional, no plano religioso, no plano social, no plano ideológico, no plano político, no plano econômico, etc. Ao mesmo tempo, essas desigualdades se apresentam bem reduzidas ou com grau de muita proximidade. Assim, existem entre os homens,

3. Como percebido por Castanheira Neves, “a igualdade *perante* a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade *na* própria lei, i. é, exigida ao próprio legislador relativamente ao *conteúdo* da lei. Não só leis *aplicadas igualmente* a todos, mas também *leis iguais* para todos”. NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 166. No mesmo sentido, CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., pp 426-427; **Constituição dirigente**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 381.

para não sairmos desses enfoques, níveis bem próximos de semelhança, mas num ou noutro desses aspectos existem entre os homens profundas diferenças.

Saindo do âmbito da pessoa humana, sabe-se que, ao lado disso, o direito cria diferenças maiores ao personificar determinados entes ideais que figuram como sujeitos de direito, ou seja, titulares de direitos e deveres (o Estado, as associações, as sociedades civis e comerciais, etc.).

Se é assim, o conceito de igualdade meramente formal não passa de um ponto de partida e pressupõe uma igualdade material entre as pessoas, igualdade essa que, como visto, se dá sempre por aproximação.

Deste modo, a observância do princípio da igualdade que se exige do legislador tem que transbordar do plano formal para o plano material, vale dizer, há que se tratar igualmente os iguais, e tratar desigualmente os desiguais na medida dessa desigualdade para se tentar a igualdade real.⁴

Sendo assim, há que se comparar as diferenças e semelhanças entre as pessoas ante as situações e até mesmo as circunstâncias em que elas estão envolvidas para que se possa aplicar corretamente o princípio da igualdade.⁵

No entanto, apesar de sermos todos diferentes e da necessidade de o legislador ter que tratar em muitas situações as pessoas desigualmente, isso não pode ser levado às últimas consequências, na medida em que a igualdade absoluta entre os indivíduos jamais seria alcançada, de maneira que estar-se-ia a dar ao legislador uma liberdade absoluta que acabaria por atingir a liberdade das pessoas numa completa disfuncionalidade do sistema.⁶

4. Como expressado por Ruy Barbosa na oração de paranínia aos bacharelados de 1920 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Cit., p. 39.

5. Como anotado por J. J. Gomes Canotilho, com muita precisão, “diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma **relação** entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*..., cit., p. 428.

6. Como percebido por Jónatas Machado, “esta situação de igualdade intencionalmente extremada, exprime, ao menos, no contexto actual de uma sociedade aberta e pluralista, que um princípio jurídico de igualdade onde esta fosse entendida com o significado estrito de total igualdade, ou *identidade* (*sameness*), seria, irremediavelmente, um princípio inimigo da liberdade, pois que bastaria a alegação de uma pequena dissemelhança entre dois fenómenos, para justificar o seu tratamento jurídico diferenciado”. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Perspectiva jurídico-constitucional*. Dissertação

Com efeito, o problema que fica a resolver está exatamente em se saber quando o legislador agiu em desconformidade com o princípio da igualdade porque tratou igualmente o que merecia tratamento desigual (erro por omissão ou por conduta negativa), ou porque tratou desigualmente o que merecia tratamento igual ou exagerou nos critérios quanto aos níveis de desigualdade prescritos (erro por ação ou por conduta positiva), vale dizer, o que importa saber na busca ao atendimento do princípio da igualdade é se a conduta do legislador (por ação ou omissão) foi justa ou injusta. E quando o legislador discrimina por ação há que se verificar a razoabilidade da prescrição de diferenciação de tratamento, cabendo ao aplicador do direito verificar se as circunstâncias do caso exigem tratamento diferenciado segundo o que se encontra genericamente previsto em lei e em conformidade com a constituição.⁷

Evidentemente que estamos no campo do juízo de valor ante talvez o mais complexo e o mais indeterminado dos conceitos, qual seja o conceito **justiça**. E se assim é, a depender dos critérios valorativos de cada um, o mesmo dispositivo legal poderá para alguns ser qualificado como cumpridor do princípio da igualdade e, assim, justo, mas outros poderão ter ponto de vista inverso. Na busca de um mínimo de consenso, é certo que há que fazer uma ponderação a partir das idéias de proporcionalidade e de razoabilidade, o que significa dizer vedação ao arbítrio, somada à necessidade de investigação dos motivos do tratamento diferenciado estabelecido pela lei.⁸

Quando o legislador se omite, isto é, não prescreve tratamento diferenciado numa situação que o exija, não existem os motivos de tal conduta, de maneira que quando alguém se sente injustiçado ante tal conduta omissiva do legislador, resta ao juiz, ao aplicar o direito no caso concreto, buscar os fundamentos de maneira invertida e abstrata, isto é, apresentar os motivos da sua decisão como se

para o Mestrado da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1991, pp. 502-503. Em idêntico sentido, MIRANDA, Jorge, que afirma: “Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma «ilha», encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material”. Igualdade e participação política da mulher. In *O Direito*. Lisboa, Editora Internacional, ano 130, 1998, I-II, jan/jun, p. 32.

7. Como observado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 21-22.
8. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., pp. 428-430.

o legislador estivesse obrigado a explicitar aquela determinada conduta omissiva, para que, assim, se possa ter o princípio da igualdade como atendido ou não atendido, na medida em que não pode ele decidir por omissão e terá, ademais, que fundamentar suas decisões.

O legislador, conforme se verificou acima, terá que se ocupar com o princípio da igualdade tanto no plano do direito material como no plano do direito processual. Aliás, tendo em vista que a tutela dos direitos, não raro, terá que ser realizada pela via jurisdicional, quando o legislador se preocupa em dar tratamento diferenciado entre as pessoas, situações ou coisas no plano material terá que, muitas vezes, dar esse mesmo tratamento no plano processual (princípio da adaptação). É exatamente essa circunstância que justifica, em grande medida, a previsão legal de procedimentos especiais em substituição ao procedimento ordinário.

Conforme visto acima, o princípio da igualdade também se dirige ao aplicador do direito (órgãos administrativos e jurisdicionais). No entanto, os agentes dos órgãos administrativos e jurisdicionais, os últimos principalmente, não se limitam, evidentemente, a atuar apenas nos casos em a parte ou interessado alegue injustiça por merecer tratamento diferenciado e o legislador manteve-se inerte, mas sim, sobretudo, também devem tais agentes controlar a lei em que o legislador atuou positivamente no sentido de prescrever tratamento diferenciado em relação à pessoas, situações ou coisas e a parte ou interessado alegue injustiça da lei por não ser o caso de se prescrever esse tratamento diferenciado.

Na linha do acima exposto, se o juiz não observa o princípio da igualdade também não estará garantindo efetivo acesso à justiça, de maneira que evidenciada está a relação entre tais princípios.

Nessa perspectiva, passaremos a analisar alguns dispositivos legais, no direito brasileiro, que consagram tratamento privilegiado a uma das partes em detrimento da outra, tudo tendo em conta determinadas circunstâncias nos casos concretos.

2. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE PRAZO EM CASO DE LITIS-CONSÓRCIO COM PROCURADORES DIFERENTES

Determinados ordenamentos jurídicos concedem prazo maior aos advogados de parte quando no processo existem litisconsortes com procuradores diferentes.⁹

O fundamento deste dispositivo legal está em que haveria uma vantagem da parte que não formou litisconsórcio ou, se litisconsórcio há, só existe um procurador para todos os litisconsortes, procurador esse que teria acesso aos autos do processo

9. No direito brasileiro o CPC dispõe sobre o assunto. Assim: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados os prazos em dobro para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos” (art. 191).

com prazo integral, enquanto os diversos advogados dos diversos litisconsortes do lado oposto da relação processual sofreriam, na prática, redução de prazo, na medida em que teriam que dividir o tempo de acesso aos autos do processo.

Deste modo, é de ter-se como razoável o tratamento diferenciado concedido pelo legislador para o fim de atender ao princípio da igualdade, mas tal tipo legal não pode ser aplicado para todos os casos. Assim, se o prazo aproveita apenas a um dos litisconsortes faltou a motivação que justifica o tratamento diferenciado, a exemplo do fato de as intimações dos litisconsortes terem ocorrido em momentos diferentes a ponto tal que não houve qualquer situação de paralelismo no decurso do prazo. Se em tal exemplo apenas um dos litisconsortes se encontra na situação de ter o direito de acesso aos autos do processo no decurso integral do prazo, a ele não deve ser concedido o tratamento diferenciado. Do mesmo modo, pela mesma razão jurídica, não deve ser concedido tratamento diferenciado se o ato a ser praticado é do interesse de apenas um dos litisconsortes, a exemplo da hipótese em que só um dos litisconsortes tem interesse em recorrer.¹⁰

O tratamento diferenciado também não deve ser concedido se ficar apurado no processo que os litisconsortes usaram de tal expediente de má-fé para, assim, obterem tal vantagem processual indevidamente. O problema que fica aqui a resolver é a prova da litigância de má-fé. Algumas circunstâncias são indícios veementes de tal conduta, a exemplo de marido e mulher se apresentarem do mesmo lado da relação processual como litisconsortes com advogados diferentes do mesmo escritório. No entanto, isso não quer dizer que tais circunstâncias conduzirão necessariamente à conclusão de que a fraude está caracterizada, na medida em que marido e mulher podem se encontrar separados de fato, como também podem divergir sobre o advogado a contratar, e apesar de os advogados serem do mesmo escritório pode ocorrer que cada um dos cônjuges tinha confiança apenas no profissional que escolheu.

A concessão de prazo diferenciado em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes exige análise quanto à suficiência do prazo concedido para o fim de atendimento ao princípio da igualdade. Se o ordenamento jurídico prevê prazo em dobro a igualdade, a rigor, só se verifica se existirem dois advogados diferentes para os litisconsortes. Se existirem mais de dois advogados, com a fixação de prazo em dobro a igualdade já não mais subsiste, e essa desigualdade se aprofunda cada vez mais na proporção em que aumentar o número de litisconsortes e o número de advogados diferentes. Podemos chegar a uma situação que na prática nenhum deles terá condições de ter acesso aos autos do processo. De outro lado, em situações assim, se o tratamento fosse diferenciado para cada advogado de cada litisconsorte

10. Ao propósito, o Supremo Tribunal Federal editou sobre o assunto, com inegável acerto, a súmula nº 641, que tem o seguinte teor: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando um dos litisconsortes haja sucumbido”.

ter seu prazo específico, comprometidos estariam os princípios da celeridade e do processo em tempo razoável. De toda maneira, o correto é examinar caso a caso para o fim de, quando necessário, quebrar a aplicação literal da norma, de modo a conciliar todos os princípios envolvidos em torno do problema.¹¹

Pode ocorrer a circunstância de existir no processo litisconsórcio misto tendo os litisconsortes de ambos os polos da relação processual advogados diferentes. Nesse caso, apesar da igualdade da situação entre a parte ativa e a parte passiva da relação processual, o prazo diferenciado deve ser concedido a todos os litisconsortes porque o dispositivo legal em discussão também tem por objetivo garantir a ampla defesa, que ficaria comprometida se o tema merecesse outro tratamento.

Em resumo, o dispositivo legal que prescreve privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes é constitucional, mas a aplicação de tal dispositivo deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto.

3. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE PRAZO AOS TITULARES DO DIREITO À JUSTIÇA GRATUITA

Determinados ordenamentos jurídicos concedem prazos diferenciados em favor dos beneficiários da justiça gratuita.¹²

Normalmente os serviços de assistência judiciária são prestados por órgãos do próprio Estado (Defensoria Pública, Procuradorias, Ministério Público, etc.). Outras vezes tais serviços são prestados por entidades da sociedade civil (ordem dos advogados ou associações civis), diretamente ou mediante convênio com o próprio Estado ou mesmo por advogados individualmente designados por juízes ou por iniciativa própria.

Como normalmente o Estado não presta um bom serviço de assistência judiciária a lei que assegura prazo diferenciado em favor do necessitado é um mecanismo compensador de tal situação, circunstância que se junta ao fato, quando for o caso, de diferença econômico-social entre as partes. Por isso mesmo, ainda que as duas partes sejam titulares do direito a assistência judiciária o privilégio de prazo deve ser observado em favor de ambas, apesar de que tal tratamento diferenciado fica mais claro quando apenas uma das partes é titular de tal direito.

11. Parcialmente de acordo, DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, pp. 395-396. Em sentido contrário, TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 44-45.

12. No direito brasileiro o parágrafo 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/1950 (redação dada pela Lei nº 7.871/1989) dispõe o seguinte: "Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos".

Sendo assim, o privilégio de prazo deve ser concedido ao titular do direito à assistência judiciária quando esta for prestada por entidade da sociedade civil, ainda que não exista convênio com o Estado, ou por advogado individualmente, seja quando designado pelo juiz, seja quando esteja a atuar no processo por iniciativa própria.¹³

Renove-se a advertência de que, no caso, o privilégio de prazo está posto em favor da própria parte, e não do defensor público ou de quem substitua suas atribuições.

4. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE PRAZO À FAZENDA PÚBLICA E AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Determinados ordenamentos jurídicos estabelecem privilégio de prazo em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público.¹⁴

Alguns autores sustentam a constitucionalidade de tal tipo de dispositivo afirmando que o caso não é de privilégio mas sim de prerrogativa.¹⁵ Trata-se,

-
13. Não reputamos correta a tese sustentada por alguns autores no sentido de que não deve ser considerado prestador de assistência judiciária advogado ou escritório de advocacia que apenas eventualmente atende gratuitamente alguém (cf., por exemplo, MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência judiciária...*, cit., p. 31; ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso...*, cit., pp.102-103). Não há razão jurídica aceitável para tal afirmativa, a qual, a ser seguida, teria consequências jurídicas quanto ao tratamento diferenciado de prazo, de maneira que o necessitado que fosse atendido por advogado que esteja a atuar no processo não teria tal vantagem. Ora, tratar dois necessitados desigualmente é ferir o princípio da igualdade. O que importa é a realidade fática de que o advogado, nomeado ou não pelo juiz, aumenta sua carga de trabalho regular com evidentes dificuldades para atender aos prazos nos processos da sua clientela que paga pela prestação do seu serviço profissional em função da prestação de um serviço gratuito a um necessitado, serviço esse que deveria ser prestado pelo Estado, que, como se sabe, costuma ser deficiente quanto a esta sua incumbência. O que não se pode tolerar, no entanto, é o fato de o advogado, em casos assim, requerer gratuidade da justiça em favor de pessoa verdadeiramente necessitada e cobrar honorários à parte para atuar em juízo. Isso, na verdade, é um desvio ético a ser resolvido pelo seu órgão de classe. Também não se pode tolerar o fato de o advogado requerer gratuidade da justiça em favor de quem sabe não ser necessitado, caso em que cabe à parte contrária apresentar a devida impugnação, como cabe ao juiz, de ofício, não admitir tal tipo de postulação, ao menos quando a situação for de evidência.
 14. No direito brasileiro assim dispõe o art. 188, do CPC: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.
 15. Assim, por exemplo, inclusive para sustentar a tese da constitucionalidade do dispositivo de lei que garante tal “prerrogativa”, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 40-49; *idem* O benefício da dilatação do prazo para o ministério público no direito processual civil brasileiro. *In Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, nº 30, pp. 109-126; DALL’AGNOL, Antonio. *Comentários...*, cit., pp. 374-378. Em idêntico sentido, mas ressaltando que é inconstitucional o art. 188, do CPC brasileiro por conceder um excessiva dilatação de prazo tanto à Fazenda Pública quanto

como se vê, de um eufemismo porque tratar as pessoas desigualmente – o que com clareza solar é o caso – só pode ser privilégio, uma vez que **prerrogativa** é palavra que diz mais respeito a poderes, atribuições ou competências, o que, com a mesma clareza, não é o caso, uma vez que seria correto igualmente dizer que quando se concede privilégio processual a um particular este teria prerrogativa. O simples fato de o Estado ser parte no processo não autoriza dizer que os privilégios concedidos por lei sejam considerados prerrogativas. Há que se enfrentar o problema diretamente e verificar se o privilégio concedido pela lei é justo ou injusto, ou seja, constitucional ou inconstitucional.

Não há como negar que os direitos do Estado são direitos da coletividade. Daí ser correto afirmar que quando o Estado perde uma causa todos os membros da coletividade, como contribuintes que são, perdem alguma coisa.

Sob outro ângulo, também é preciso convir, sob todos os aspectos, que quando o Estado está a litigar com alguém apresenta-se, em geral, como a parte mais forte da relação jurídica, ante todo o aparato e poderes de que dispõe fora e antes do processo, sem contar os abusos que seus agentes, não raro, cometem. Do mesmo modo, não muito raro, o cidadão tem dificuldades em enfrentar o Estado como litigante, vez que tal ente é, normalmente, a parte mais forte dessa relação, inclusive por ser um litigante habitual, que dispõe, em geral, de procuradores especializados segundo a matéria discutida em cada tipo de causa, e que mais frequentemente enfrenta litigantes não habituais.¹⁶

Nesse confronto de situações pensamos que há que sopesar todos os fatores envolvidos no problema e chegar a uma solução mais justa, que certamente não é o privilégio de prazo em favor da Fazenda Pública.

Em primeiro lugar, os agentes da Administração Pública devem nas suas relações jurídicas com o cidadão observar os direitos que o ordenamento garante a este, evitando, assim, demandas desnecessárias. No entanto, fica fácil perceber, sem necessidade de se recorrer a estatísticas, que o Estado normalmente é réu nos processos, do mesmo modo que, no campo processual civil, há uma forte tendência de o autor ser a parte vencedora, de maneira que essa conduta administrativa de desrespeitar direitos dos cidadãos acarreta prejuízos maiores à coletividade, particularmente quando, como parte vencida, o Estado tem que pagar as despesas processuais adiantadas pelo autor e, nos sistemas jurídicos que seguem o sistema de ônus total da sucumbência, pagar honorários de advogado à parte adversária.¹⁷

ao Ministério Público, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, pp. 30-34 e 54-55; *idem Benefício de prazo*. In Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n° 19, pp. 16-19.

16. Sobre a vantagem que os litigantes habituais têm sobre os litigantes não habituais, consulte-se CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso...*, cit., pp. 25-26.

É certo que o Estado pode ter um ganho financeiro com tal tipo de conduta, na medida em que na massa de pessoas com direitos violados grande parcela pode renunciar a seus direitos deixando de demandar perante os tribunais. No entanto, esse tipo de ganho, seja pela ilicitude jurídica, seja pelos desvios éticos da conduta dos agentes políticos e administrativos do Estado, só deve merecer a repulsa da sociedade civil.

Em segundo lugar, é dever dos agentes políticos preverem e proverem os cargos de procuradores em número suficiente para a orientação jurídica aos demais agentes da Administração e defesa dos interesses do Estado.

De outro lado, há que se responsabilizar civilmente os procuradores de Estado que perdem prazos em processos judiciais sem motivo aceitável.

Deve-se, no entanto, reconhecer que a burocracia administrativa muitas vezes gera dificuldades para a atuação processual dos procuradores de Estado no que se refere a informações a respeito de fatos, dados e apresentação de documentos, principalmente em processos em que o Estado é réu e enfrenta muitos autores em litisconsórcio e quanto está a praticar o mais importante ato de defesa, que é a contestação. Ocorre que como o direito do Estado, por ser da coletividade, é indisponível, a falta de contestação não pode resultar no efeito da revelia quanto aos fatos (presunção de que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros), de modo que, em princípio, o autor continua com o ônus da prova e o procurador de Estado bem pode apresentar defesa quanto a matéria de direito. Apesar disso, como a falta de contestação quanto aos fatos tende, na prática, a gerar algum prejuízo, a solução mais justa está em que, caso a caso, o procurador de Estado requeira ao juiz a prorrogação de prazo razoável para contestar, alegando e provando as circunstâncias pelas quais não foi possível atender ao prazo previsto em lei. Se o problema da dificuldade para contestar teve como causa o excesso de litisconsortes ativos (litisconsórcio multitudinário) a solução é requerer ao juiz a limitação do litisconsórcio com a providência do desdobramento de processos para um número que permita o direito a ampla defesa.¹⁸

18. No direito brasileiro o parágrafo único do art. 46, do CPC consagra expressamente tal providência ao dispor o seguinte: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”. Apesar do dispositivo ora referido não ser exposto quando ao procedimento que o juiz deve seguir ao decidir pela limitação do litisconsórcio, pensamos que tal limitação não significa que o processo será extinto sem apreciação do mérito, nem exclusão de alguns litisconsortes, como quer parte da doutrina, mas sim desmembramento do processo em tantos quantos sejam necessários mediante as respectivas cópias da petição inicial e documentos, ficando o custo de tal providência com os demandantes. No sentido do nosso ponto de vista, cf: PASSOS, J. J. Calmon de, *in Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 78; FORNACIARI JÚNIOR, Clito, *in A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12. Em sentido contrário, SILVA, Ovidio A. Baptista da. Escreve o ora referido autor que “esta hipótese, que nos parece de evidente

Com relação ao ministério público há que distinguir os casos em que tal instituição está a agir no processo como parte dos casos em que está a atuar como “fiscal da lei”. Não se discute, ao menos não cabe discutir aqui, o privilégio de prazo conferido pelos ordenamentos jurídicos ao ministério público como “fiscal da lei”. Mas quando o ministério público está a atuar nos processos como parte há que se aplicar, como regra, o princípio da igualdade.

O ministério público, apesar de ser uma instituição estatal, defende os interesses da coletividade mais diretamente, agindo em juízo, não raro, contra agentes da Administração e contra o próprio Estado, mas também atua contra os particulares.

Seja como for, tudo quanto acima dissemos quanto aos procuradores de Estado vale, no que couber, para os agentes do ministério público quando tal instituição agir como parte.

Deste modo, não há razão aceitável para se ter como constitucional a lei que estabelece privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao ministério público, quando este estiver a atuar como parte, sendo aceitável, no entanto, a lei que autorize ao juiz, caso a caso, conceder prorrogação de prazo sempre que as circunstâncias do caso concreto justificarem tal providência.¹⁹

interesse e legitimidade, imporia que o juiz ordenasse o desmembramento do eventual litisconsórcio formado através da petição inicial, para que os autores promovessem separadamente suas respectivas demandas, formando cumulações subjetivas menos numerosas (*in Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 1, p. 206).

19. Nesse sentido, o art. 486.º, 4, do Código de Processo Civil português, dispõe, *verbis*: “Ao Ministério Público é concedida prorrogação de prazo quando careça de informações que não possa obter dentro dele ou quando tenha de aguardar resposta a consulta feita a instância superior; o pedido deve ser fundamentado e a prorrogação não pode, em caso algum, ir além de 30 dias”. Ressalte-se que em Portugal o ministério público também tem a atribuição de representar o Estado (CRP, art. 219º e CPC, art. 20º). Já passou o tempo de se acabar com essa tradição consagrada pelas leis processuais brasileiras, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência esmagadoras sem maior reflexão em torno do problema, esquecendo-se de que tanto privilégio injustificável compromete o princípio do processo em tempo razoável. Tome-se o exemplo de um processo em que um Estado-membro é réu em litisconsórcio passivo com um Município. Como os procuradores dos réus são necessariamente diferentes, somando o privilégio de prazo (60 dias) concedido aos réus pelo fato de ambos serem entes qualificados como Fazenda Pública com o privilégio pelo fato de terem os mesmos procuradores diferentes (prazo em dobro), teriam todos um prazo de 120 dias para contestar, o que é evidentemente um exagero injustificável. A Lei nº 10.259/2001 não admite privilégio de prazo nos processos dos juizados especiais federais (cf. art. 9º), e até o momento não foi questionada. Por quê a Fazenda Pública não precisaria de prazos legais gerais privilegiados nos juizados especiais e precisaria nos demais processos? A diferença não faz sentido, impondo-se solução uniforme na linha do quanto consta na Lei dos Juizados Especiais, ressalvada, a possibilidade de prorrogação de prazo pelo juiz caso a caso. Na doutrina, no sentido da tese aqui defendida, cf. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição...* cit., p. 43-44.

Ad argumentandum, a ser tida tal tipo de norma como constitucional há que se dar interpretação restritiva à mesma, não se devendo alargar a aplicação do dispositivo em tela para hipóteses que não se ajustem ao texto legal, como quer parte da doutrina.²⁰

5. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE INTIMAÇÃO PESSOAL AOS DEFENSORES PÚBLICOS

Há uma tendência no sentido de modernizar as intimações dos advogados das partes utilizando-se os meios oferecidos pela informática. Enquanto isso não ocorre de maneira completa a intimação dos atos processuais se dá, em geral, em cartório, pelo correio ou por agentes do próprio poder judiciário (oficiais de justiça) ou por meio de publicações em jornal oficial, caso no lugar haja circulação do mesmo. Como se percebe, no primeiro caso a intimação é pessoal (real), enquanto no segundo caso a intimação é ficta.

Se no lugar não circula jornal oficial os advogados de ambas as partes são intimados pessoalmente, prevalecendo o princípio da igualdade por força das circunstâncias. Ocorre que determinados ordenamentos jurídicos prescrevem que os defensores públicos, ou quem esteja a exercer as suas funções, devem sempre ser intimados pessoalmente dos atos processuais, ainda que no lugar circule jornal oficial.²¹ Como a outra parte é intimada pelo jornal oficial (intimação ficta), é evidente o tratamento privilegiado em favor de uma das partes, na medida em que há possibilidade de o advogado não ficar atento às publicações e, assim, deixar de praticar atos processuais, o que significa possibilidade de a parte por ele patrocinada perder direitos por força da preclusão, bastando imaginar o decurso do prazo para recorrer quando o recurso poderia reverter o resultado de um julgamento que lhe foi desfavorável.

Conforme visto acima, o privilégio de intimação pessoal não está posto em favor do defensor público ou de quem esteja a exercer as suas funções, mas sim

20. Assim, por exemplo, se a lei diz que o privilégio de prazo é para contestar, como é o caso do CPC brasileiro, não se deve estender tal privilégio para atos assemelhados, mas que não se caracterizam como contestação, como as exceções, a reconvenção e os embargos à execução, uma vez que as primeiras não justificam em nada o excesso de prazo, enquanto em relação aos últimos, por terem natureza de ação, continua a Fazenda Pública ou o ministério público com o direito de ação autônoma. No sentido do texto, parcialmente quanto ao prazo para apresentação de embargos à execução, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. II, pp. 138-139. No sentido do texto, integralmente, LIMA, Alcides Mendonça. **Reconvenção**. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, nº 9, pp. 265-271. No sentido da interpretação extensiva, cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, cit., pp. 46-47.

21. O direito brasileiro consagra tal privilégio conforme visto em nota acima (nota nº 12).

do necessitado, pondo-se tal privilégio como um meio de minorar a desigualdade de armas entre as partes, ou, se existir tal igualdade (ambas as partes são necessitadas), como meio de melhor exercício da defesa dos direitos.

Deste modo, temos como justo e, assim, constitucional o dispositivo legal que garante privilégio de intimação pessoal ao defensor público ou a quem esteja a exercer as suas funções.

6. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE INTIMAÇÃO PESSOAL AOS PROCURADORES DE ESTADO E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Determinados ordenamentos jurídicos prescrevem que as intimações (notificações) aos advogados das partes devem ser reais, ou seja, feitas pessoalmente.²² Outros sistemas prescrevem que as intimações (notificações) são fictas, é dizer, feitas pela simples publicação em jornal oficial onde houver.²³ Ocorre que às vezes os ordenamentos que optam pelo sistema de intimação (notificação) ficta (por mera publicação em jornal oficial) concedem ao Estado e ao ministério público (esteja este a atuar como parte ou como “fiscal da lei”) privilégio de intimação real (pessoal).²⁴

Os motivos expostos nos itens anteriores são suficientes, no que couber, para afirmarmos a inconstitucionalidade de tais dispositivos, repetindo que em relação ao ministério público a afirmativa só vale em caso de atuação como parte.

-
22. É o caso do Código de Processo Civil português ao dispor que “os mandatários são notificados por carta registrada, dirigida para o seu escritório ou para o domicílio escolhido, podendo ser também notificados pessoalmente pelo funcionário quando se encontrem no edifício do tribunal” (art. 254º, 1). A notificação também pode ser feita por meio eletrônico, e tanto num caso como noutra há presunção de realização, podendo tal presunção, no entanto, ser afastada mediante prova em contrário (cf. nºs. 2 a 6 do artigo 254.º).
 23. É o caso do Código de Processo Civil brasileiro ao dispor que “no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos e termos do processo no órgão oficial” (art. 236, *caput*); “nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais” (art. 237, 1ª parte).
 24. É o caso do direito brasileiro (cf. os seguintes dispositivos legais: parágrafo 2º do art. 236 do CPC, com relação ao ministério público; art. 25, da Lei nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal; art. 38, da Lei Complementar nº 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União; art. 41, IV, da Lei nº 8625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que chega ao requinte de expressar que essa intimação pessoal se dá “através da entrega dos autos com vista”; art. 18, II, *h*, da Lei Complementar nº 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União, que fala em intimação pessoal nos autos). Essa forma requintada de intimação pessoal “nos autos” ou com “entrega dos autos com vista” tem propiciado a que alguns membros do ministério público, em nada preocupados com a celeridade processual, tenham recusado intimações feitas por mandado judicial ou carta sem qualquer justificativa que não seja a de querer exigir a aplicação fria de uma formalidade legal absolutamente desnecessária.

Observe-se que a diferenciação de tratamento, no caso, aumenta o custo do processo, porque faz-se mais uma intimação por um meio mais dispendioso, e contribui para o retardamento da prestação jurisdicional.

7. LEI QUE CONCEDE PRIORIDADE DE JULGAMENTO NOS PROCESSOS EM QUE O IDOSO FIGURE COMO PARTE

Determinados ordenamentos jurídicos dispõem que os processos em que o idoso figure como parte devem ter prioridade de julgamento.

O primeiro problema que surge aqui é a conveniência de inserir ou não na lei critério objetivo de idade com tal finalidade.²⁵

Optando o legislador pela estipulação de um critério objetivo de idade logo se constata que nos casos concretos o juiz terá que sopesar situações bem diferenciadas, a começar pelo fato de que a expectativa de vida das pessoas pode variar muito num mesmo país de região para região.

O tema também envolve outro fator de complicação que é o de que o legislador costuma prever muitas outras situações que também merecem o privilégio da prioridade de julgamento, não raro sem estabelecer uma ordem objetiva, ficando, na prática, a cargo do juiz fixar essa ordem de prioridade.

Em princípio, é de ter-se como justa e, assim, como constitucional a norma que prever o privilégio da prioridade de julgamento em favor do idoso. No entanto, nos casos concretos nem sempre todos os idosos merecerão o mesmo tratamento, ainda que se tenha que decidir a partir de critérios legais objetivos. De outro lado, poderão existir casos em que uma das partes envolvidas não é pessoa idosa e o processo mereça maior prioridade do que casos em que uma das partes é pessoa idosa.

Deste modo, o fundamento da prioridade de tramitação e julgamento de processos em que o idoso é parte está em que há uma tendência a que as pessoas a partir de determinada idade estão mais próximas do final da vida, de modo que é justo que seus processos sejam julgados com prioridade para que, uma vez vencedor na demanda, possa usufruir do direito assegurado judicialmente. Assim, a situação de desigualdade entre as pessoas em função da idade justifica o tratamento legal diferenciado em favor do idoso.²⁶ No entanto, apesar de a lei expressar tal

25. No direito brasileiro há norma expressa em torno do assunto. O art. 1211-A, do CPC (com redação da Lei nº 10.173/2001), prescrevia que, para tal fim, o beneficiário tivesse idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, mas tal dispositivo fora revogado pelo art. 71, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que fixou a idade mínima em 60 (sessenta) anos.

26. Em sentido conforme, ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental ao processo em tempo razoável: fundamentos e conteúdo. Uma análise à luz do constitucionalismo luso-brasileiro*. Tese de doutoramento. Coimbra: 2003, pp. 186-187.

circunstância, no particular, e ser omissa em tantos outros casos mais graves, não significará que o juiz deva seguir cegamente o texto legal e deixar de atender situações que, na prática, exigem maior prioridade. Assim, por exemplo, o idoso nos termos da lei pode, num caso concreto, se encontrar com boa qualidade de vida e com grande expectativa de vida, e enquanto isso o juiz tem que dar tramitação e julgar processos de pessoas doentes, apesar de não idosas, que se encontram em estado terminal, situação que não mereceu do legislador posicionamento expresso. Em situações assim pensamos que é o caso de dar preferência de tramitação e julgamento aos processos em que os doentes em estado terminal são partes porque a razão jurídica do caso concreto é mais justificável do que aquela disciplinada expressamente pelo legislador.

Com efeito, vê-se que esse tipo de norma tem, na prática, um certo grau de inocuidade, de maneira que, na verdade, caberá ao juiz, diante, normalmente, da grande quantidade de casos que tem para despachar e julgar, dar a prioridade devida segundo as circunstâncias dos casos concretos, ainda que não expressas em lei, tendo em vista uma série de variáveis que terá que examinar, ponderando tais circunstâncias segundo critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Assim é que, por exemplo, os processos envolvendo pessoas que se encontram com sua liberdade individual cerceada ou ameaçados de detenção ou prisão devem ter máxima prioridade, como também, numa sequência, os pedidos de liminar que envolvem possibilidade de ineficácia da decisão final estão em segundo lugar.

Em resumo, o dispositivo legal que prevê prioridade de tramitação a processos em que o idoso figure como parte é, em princípio, constitucional. No entanto, não se trata de norma bastante em si mesma, podendo existir outros processos que mereçam tratamento mais prioritário a depender das circunstâncias de cada caso concreto, solução que o juiz terá que aplicar segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

8. LEI QUE CONCEDE TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DO ESTADO EM CASO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Em alguns ordenamentos jurídicos a lei ao impor ao vencido a sucumbência integral, inclusive para condená-lo a pagar honorários de advogado à parte vencedora, insere privilégio ao Estado no sentido de que quando este for vencido os honorários são fixados em valores menores.²⁷

27. No direito brasileiro o Código de Processo Civil concede tal privilégio ao Estado ao dispor o seguinte: “Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo

O fundamento de tal sistema jurídico está em que demandante e demandado são forçados a contratar advogados para a defesa dos seus direitos perante os tribunais, de maneira que o vencido deverá pagar honorários de advogado ao vencedor segundo determinados critérios gerais previstos em lei para o fim de que os direitos deste sejam recuperados plenamente, apesar de que, na prática, tal ressarcimento pleno nem sempre é atendido. Assim, por exemplo, se **A** propõe ação de cobrança de 100 contra **B**, pagou 20 a seu advogado a título de honorários e obteve êxito total na demanda, mas o juiz fixou os honorários de sucumbência em 10, no fundo só receberá 90, ou seja, para receber tudo a que teria direito os honorários deveriam ser fixados em 20.²⁸

Com efeito, quem litiga contra o Estado, se vencido, terá que pagar honorários de advogado segundo os critérios gerais previstos em lei, mas sendo vencedor receberá menos que os valores que pagaria caso fosse vencedor, não se devendo perder de vista que teria um tratamento igualitário se o litigante opositor não fosse o Estado.

Em verdade, nessa relação entre Estado e particular como partes em conflito num mesmo processo, se tivesse que existir um tratamento diferenciado entre eles a respeito desse tema – não se está aqui a defender essa tese, mas sim pondo-se a questão só para argumentar – essa diferenciação deveria ser posta em favor do particular, porque este, por não ser, em regra, litigante habitual, é obrigado a contratar advogado num ou noutro caso em que tenha que defender direitos judicialmente, enquanto aquele, por ser litigante habitual, dispõe de quadro de advogados, o que significa, em princípio, que aqueles terão custo mais elevado do que estes com advogados.

advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (parágrafo 3º do art. 20). “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior” (parágrafo 4º do art. 20).

28. Em verdade, o critério seguido pelo CPC brasileiro, como visto é relativo, e, ao nosso ver, é o mais acertado. A restituição absoluta dos valores que a parte vencedora despendeu com seu advogado só ocorreria se o vencido tivesse que restituir exatamente o que fora pago a tal título conforme recibos que a parte vencedora apresentasse. Esse critério absoluto não seria razoável, porque, de um lado, os preços dos honorários não costumam ser tabelados, sendo fixados mediante acerto entre advogado e cliente, e, de outro lado, tamanha abertura poderia propiciar fraudes mediante a apresentação de recibos com valores não verdadeiros ou, ainda que não exista fraude, com valores exorbitantes prejudicando, assim, a parte vencida. Além disso existem casos em que não há contrato entre as partes, como ocorre com o próprio Estado, com determinadas empresas que dispõem de um quadro de advogados contratados como empregados para defesa dos seus direitos genericamente, bem assim com os advogados que prestam serviços gratuitamente.

Como visto, não há nada que justifique tal tratamento diferenciado em favor do Estado, sendo injusto e, assim, inconstitucional o dispositivo legal que o consagra.²⁹

9. LEI QUE CONCEDE TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DOS NECESSITADOS EM CASO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Conforme largamente visto acima, o tratamento diferenciado que se dá ao necessitado em relação a honorários de advogado não é privilégio se comparado com o que se dá ao Estado. É que em relação a este reduz-se o valor dos honorários, favor que não se concede àquele. O privilégio que se dá ao necessitado é no sentido de não pagar os honorários em caso de sucumbência, não se devendo perder de vista que isso fica a depender de não existir mudança na sua situação econômico-financeira num determinado lapso temporal fixado em lei.

O privilégio concedido ao necessitado no sentido de dispensá-lo do pagamento de honorários de sucumbência é posto pelo legislador em função de uma situação econômica insuperável. Trata-se de um estado de necessidade, de maneira que o privilégio não é um favor legal, mas sim um direito fundamental, que, se não for atendido, está-se a negar às pessoas que se encontram em tal situação a possibilidade de tutela dos seus direitos violados ou ameaçados de violação. Impõe-se, pois, no caso, o tratamento desigual para tentar a igualdade material.

10. LEI QUE CONCEDE TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM RELAÇÃO A ADIANTAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS

No que se refere ao custo do processo alguns ordenamentos expressam o princípio da sucumbência, de maneira que tal custo ficará a cargo da parte vencida, mas o adiantamento das despesas ficará a cargo do autor ou, com relação a certos atos, a cargo da parte que os requereu. Isso significa dizer que a parte que fez o adiantamento de despesas processuais, sendo vencedora, deverá ser reembolsada pela parte vencida.³⁰

29. No sentido da tese aqui defendida, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios...**, cit., pp. 40-42; TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição...**, cit., pp. 47-50; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, cit., pp. 49-52.

30. No direito brasileiro o Código de Processo Civil dá a seguinte regulamentação ao assunto: “Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença” (art. 19, *caput*). “O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual” (parágrafo 1º do art. 19). “Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público” (parágrafo 2º do art. 19).

No entanto, é muito frequente os ordenamentos jurídicos disporem que a Fazenda Pública e o ministério público não adiantarão despesas processuais.³¹

No que se refere às taxas, se o Estado é o próprio titular do crédito, não adiantar o pagamento das mesmas não é um privilégio legal, mas sim um evidente motivo lógico, na medida em que não se vai exigir ao credor adiantar um crédito em que ele mesmo seria o devedor, havendo, no caso verdadeira confusão. O mesmo ocorre em relação às despesas processuais alusivas a atos a serem praticados pelos próprios serventuários da justiça, porque é o Estado quem custeia tais serviços.³² No entanto, se a Fazenda Pública ou o ministério público forem vencidos, o reembolso ao vencedor deve ser imediato. Jogar o pagamento de tal parcela para o sistema de precatório, como ocorre no Brasil, passa a ser violação ao princípio da isonomia.³³ Para evitar esse inconveniente, a solução está em que se prescreva que a Fazenda Pública e o ministério público deverão depositar em juízo os valores atinentes a tais despesas, devendo levantá-los aquele que vencer a causa.

Não se pode dizer o mesmo com relação às despesas processuais que envolvem créditos de terceiros. Assim, por exemplo, não se afigura constitucional a norma que dispõe no sentido de que a Fazenda Pública e o ministério público não adiantam as despesas alusivas a indenização com deslocamento de testemunhas e honorários de perito. Aqui, além do injustificável tratamento diferenciado em relação à parte contrária, que tem de adiantar tais despesas quando estiverem a seu cargo, tal tipo de dispositivo legal é profundamente injusto para com terceiros, os quais só receberão os valores que desembolsaram ou créditos por serviços prestados ao final do processo.³⁴

“A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria” (art. 20, *caput*).

31. No direito brasileiro o Código de Processo Civil dispõe que “as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido” (art. 27).
32. Existem sistemas jurídicos em que o serviço judiciário alusivo aos serventuários é privatizado. No Brasil, o serviço judiciário da Justiça da União é público, o mesmo ocorrendo na maioria dos Estados-membros, mas uma minoria segue o sistema da privatização. Nos Estados-membros em que o serviço judiciário é privatizado obviamente que o não adiantamento de taxas e outras despesas processuais é inequivocamente um privilégio.
33. Sob essa perspectiva têm razão, em termos, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci quando afirmam que é inconstitucional a dispensa de adiantamento de taxas e certas despesas processuais pela Fazenda Pública e pelo ministério público, ou seja, o adiantamento só não seria exigido em caso de confusão nas qualidades de devedor e credor (*In Constituição...*, cit., p. 47). Pensamos que no caso de condenação da Fazenda Pública a pagar despesas processuais que o autor adiantou não deve incidir o art. 100, da Constituição brasileira, porque tal dispositivo se refere à condenação quanto ao próprio direito objeto da causa, não se estendendo à restituição de despesas processuais que o autor fora forçado a adiantar.
34. No sentido do texto, embora com fundamentos diferentes, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, cit., pp. 56-57.

11. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO AO NECESSITADO COM RELAÇÃO ÀS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

Pelos motivos descritos acima quando tratamos dos honorários advocatícios, também não há inobservância do princípio da isonomia quando a lei dispensa o necessitado de adiantar despesas processuais. Como visto, a situação de desigualdade aqui é compensada com o tratamento desigual para exatamente tentar a igualdade real, além do que, sem tal providência estar-se-ia negando, na prática, o acesso à justiça.

12. LEI QUE ISENTA O AUTOR DE ADIANTAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS E DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA NO CASO DE AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em determinados ordenamentos jurídicos o autor de ação popular e de ação civil pública tem o privilégio de não adiantar taxas ou qualquer despesa processual, bem assim de não sofrer as consequências da sucumbência, salvo comprovada má-fé.³⁵

No caso da ação popular o cidadão tem legitimação ativa com o objetivo de defender o erário público. Aqui quem defende o interesse público não é o Estado, mas sim o próprio cidadão individualmente, embora nada impeça a formação de litisconsórcio. Nesse tipo de processo figuram como réus o próprio Estado, que pode deixar de contestar e ficar ao lado do autor, agentes da Administração Pública (políticos ou servidores comuns) e, a depender do caso, os particulares beneficiários do ato.³⁶

Deste modo, exigir que o cidadão adiante taxas judiciárias e demais despesas do processo ou mesmo que, se vencido, sujeite-se ao ônus da sucumbência, significa, na prática, inviabilizar ou, ao menos, tornar muito difícil a ação popular, o que significa, na hipótese, impedir ou dificultar o acesso à justiça, com relação a um dos institutos mais relevantes para toda a sociedade.

Com relação à taxa judiciária e despesas processuais outras que não acarretam custo para terceiros não há maior problema a resolver, isto é, o autor popular não terá que adiantá-las. Essa isenção não causa prejuízo a ninguém. Se a ação popular for julgada procedente os vencidos, salvo o próprio Estado, é óbvio, deverão ser condenados a pagar tais taxas e despesas caso o autor popular seja vencedor. Os problemas certamente que surgirão, conforme análise infra, com relação às despesas processuais adiantadas pelos réus, caso o autor popular seja vencido.

35. No direito brasileiro, cf., exatamente assim, quanto a ação popular, CF, art. 5º, LXXIII e art.10 da Lei nº 4.717/1965; quanto a ação civil pública, art. 18 da Lei nº 7.347/1985.

36. No direito brasileiro, conferir os arts. 1º e 6º da Lei nº 4.717/1965.

Começam a surgir dificuldades em relação às despesas com atos processuais que geram custos imediatos para terceiros, conforme exemplos aqui já mencionados, porque os mais evidentes e corriqueiros, como despesas com deslocamentos de testemunhas e adiantamento de honorários de perito e, principalmente, adiantamento de despesas necessárias à realização de perícia, se for do autor o ônus da prova. Como na ação popular o cidadão está a defender o interesse público, que é, do ponto de vista institucional, o interesse do Estado, deve o próprio Estado, não importando se contestou a ação ou ficou ao lado do demandante,³⁷ adiantar tais despesas, porque aqui, a ser diferente, a injustiça não é propriamente contra a parte contrária, mas sim contra esses terceiros.

Deste modo, em princípio, o fato de o autor popular não ter que adiantar despesas processuais não fere o princípio da igualdade, pela excepcional razão de se tratar de um cidadão que está a defender o interesse público e não interesse próprio.

Se os réus, tirante o Estado, adiantaram despesas processuais e venceram a causa, pelos mesmos motivos descritos no item anterior, é de ter-se como justa a norma constitucional que dispensa o autor do pagamento de tais despesas, bem assim de honorários de advogado dos réus, caso o autor popular não tenha agido de má-fé. No entanto, sempre partindo do pressuposto de que o autor popular não agiu de má-fé, não é consentânea com o princípio da igualdade a interpretação de que esse ônus deve ser suportado pelos próprios réus vencedores. Ora, esses réus (apenas os funcionários que participaram do ato e os beneficiários do ato) tiveram que adiantar despesas processuais e contratar advogado e venceram a causa, de maneira que não é justo que não sejam ressarcidos de tais despesas. Sendo certo que não se deve impor a obrigação de tal restituição ao autor popular, quem deve suportá-la é o próprio Estado, não importando se contestou a ação ou se ficou ao lado do autor, porque o cidadão demandante estava a defender o interesse público, o que significa dizer o interesse do próprio Estado.

Se o cidadão agiu de má-fé é justo que ele deva arcar com o ônus da sucumbência.

No que se refere a ação civil pública proposta por entidades associativas necessário se faz distinguir se estão a defender interesse público (no sentido de interesse do Estado) ou se estão a defender interesses de particulares. Se

37. A ação popular tem a peculiaridade de o Estado ser necessariamente réu no processo, mas com opção de contestar a ação ou assumir posição ao lado do autor (Conferir no direito brasileiro, Lei nº 4.717/1965, parágrafo 3º do art. 6º). Isso não é de estranhar, porque o cidadão autor pode ter ou não ter razão no seu objetivo de defender o interesse público ao questionar o ato impugnado como lesivo ao erário público, de maneira que nada mais normal do que o Estado assumir posição processual ao lado do demandante caso, na visão dos seus atuais dirigentes, se verifique a primeira hipótese.

determinada associação figura como autora para defender o interesse público, a solução deve ser a mesma que se deu ao caso do autor popular, porque as razões jurídicas são as mesmas.

Se a associação autora defende interesses de particulares há que se examinar a sua capacidade financeira. Tendo capacidade financeira deve a associação adiantar as despesas processuais e, se vencida, suportar o ônus da sucumbência como em qualquer processo, porque solução contrária fere o princípio da igualdade, não havendo qualquer razão jurídica para tratamento diferenciado entre as partes apenas pelo tipo de ação. Se a associação autora não tem capacidade financeira para suportar o custo do processo, caracteriza-se como necessitada e, assim, titular do direito à gratuidade da justiça nos termos acima expostos.

Se a ação civil pública for proposta pelo ministério público ou pelo Estado não há razão jurídica para tratá-los de maneira diferentes dos casos comuns. O fato de se tratar de ação civil pública não justifica que o réu vencedor da causa, que teve que adiantar despesas processuais e contratar advogado, não seja devidamente ressarcido como em qualquer processo. A solução contrária fere o princípio da igualdade.

13. TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE RÉUS COM RELAÇÃO AO EFEITO DA REVELIA

De um modo geral os ordenamentos jurídicos dão a revelia efeitos jurídicos drásticos, principalmente no que se refere à presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor.³⁸

Ao mesmo tempo, em geral, dispõem tais ordenamentos que essa regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor em caso de falta de contestação não se aplica a todos os casos, principal e particularmente quando os direitos do réu são indisponíveis.³⁹

Se os direitos do réu são indisponíveis não há como não dar, no caso, tratamento diferenciado para afastar a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. As razões, aqui, para o afastamento de tal regra, mais do que jurídicas, são de natureza lógica, porquanto, do contrário, teríamos que desconsiderar o fato

38. O direito brasileiro segue essa linha de orientação, conforme se vê do quanto consta no art. 319 do CPC. Assim: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

39. No CPC brasileiro consta tal exceção nos seguintes termos: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato” (art. 320).

de os direitos do réu serem indisponíveis. Se assim é, tal tipo de dispositivo legal que prescreve tratamento diferenciado não fere o princípio da igualdade.

Havendo litisconsórcio passivo unitário e contestação de apenas um dos réus litisconsortes não se aplica o efeito de revelia ao réu litisconsorte que não apresentou contestação. Aqui também as motivações para o tratamento diferenciado são, mais do que jurídicas, lógicas. É que o litisconsórcio unitário ou uniforme tem como característica o fato de o julgamento ter, necessariamente, o mesmo resultado em relação a todos os litisconsortes, de modo que não há como incidir a regra que prescreve o efeito da revelia em relação a todos os réus, vez que isto resultaria em prejudicar o réu que apresentou contestação, como também não existe possibilidade de se aplicar tal regra apenas em relação ao réu que não apresentou contestação ante o fato de que a lógica do julgamento necessariamente com o mesmo resultado o impediria. Aliás, essa é a razão pela qual, nas mesmas circunstâncias (litisconsórcio unitário ou uniforme), o recurso interposto apenas por um litisconsorte aproveita aos demais.⁴⁰ Evidentemente que também aqui o princípio da igualdade resta observado.

Também não há como incidir a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor em caso de falta de contestação quando não se juntou à petição inicial documento indispensável à prova do ato. Nesse caso, o documento é considerado substancial, de maneira que sua falta significa que o autor não tem o direito alegado. Em verdade, nesse caso, na perspectiva do autor, o problema é de falta de pressuposto de desenvolvimento regular do processo, de modo que a falta de documento indispensável exige que o juiz conceda ao autor prazo previsto em lei para juntada de tal documento.⁴¹ Não ocorrendo a juntada do documento no prazo legal a petição inicial não deve ser admitida, devendo o juiz, portanto, extinguir o processo sem resolução do mérito. Se é assim, na realidade, não haveria como se falar em revelia, porque o réu não precisaria ser citado. Se houve citação do réu em tal circunstância é porque o juiz não ficou atento às providências preliminares que deveria impor no objetivo de sanear o processo. Deste modo, se ocorreu desnecessariamente citação do réu e este não apresentou contestação há que incidir a norma que excepciona a regra de presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor, mas como o autor tem direito de emendar à petição inicial, não ocorrendo tal emenda tempestivamente o juiz não deverá admitir a petição inicial, julgando extinto o processo sem resolução do mérito. Mas se o autor emendar a petição inicial tempestivamente o procedimento correto será repetir a citação do réu.

40. No direito brasileiro o assunto está disciplinado no art. 509 e parágrafo único, do CPC, nos seguintes termos: "O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses". "Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns".

41. No direito brasileiro, é o que se deduz do quanto consta nos arts. 283 e 284 e parágrafo único do CPC.

Na linha do exposto acima, ainda que haja omissão da lei, deve o juiz, em aplicação ao princípio da igualdade, bem assim, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ter cuidado especial em caso de revelia quando tem elementos para saber que o réu é necessitado, ou surgiram esses elementos posteriormente, no sentido de desconsiderar a revelia e oficializar a defensoria pública ou órgão equivalente, onde houver, para indicar defensor em favor do réu, ou, na sua falta, providenciar ele próprio essa designação, reabrindo-se o prazo para defesa. Tal providência é o mínimo que se deve fazer para o fim de que seja observado o princípio da igualdade e em atenção à idéia de um processo para além de uma visão meramente técnica.

14. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO EM FAVOR DE DETERMINADOS ENTES ESTATAIS

Alguns ordenamentos jurídicos prescrevem privilégios a determinados entes estatais ao instituírem o duplo grau obrigatório de jurisdição nos casos de sentença proferida contra tais entes.⁴²

O duplo grau obrigatório de jurisdição significa que o julgamento de primeiro grau existe, mas é ineficaz porque, a atuação jurisdicional está incompleta, impondo-se o julgamento por outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior competente, independentemente de recurso da parte vencida. Daí o instituto ser também denominado de remessa necessária ou remessa oficial, ou, ainda, imprópriamente, de recurso de ofício.

Sem o privilégio do reexame necessário, apresentada a sentença pelo órgão jurisdicional de 1º grau com os devidos fundamentos, é ônus da parte vencida interpor o recurso previsto no sistema, de maneira que a falta de recurso tempestivo forma a coisa julgada.

Não há razão jurídica para que se dê tratamento diferenciado às partes do processo impondo-se a uma delas o ônus de recorrer e dispensando a outra de tal ônus. O Estado deve se aparelhar com pessoal suficiente para cumprir os prazos

42. É o caso do direito brasileiro que dispõe sobre o tema no art. 475, *caput*, do CPC, nos seguintes termos: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal ou Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”. Os parágrafos 1º e 2º do art. 475 excepcionam a aplicação deste artigo nos casos em que o direito controvertido não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos e nas hipóteses em que a sentença está em conformidade com jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou súmula de tribunal superior. Em outras leis extravagantes também consta previsão de sentenças sujeitas a duplo grau obrigatório de jurisdição, a exemplo da Lei nº 1.533/1951 – Lei do Mandado de Segurança, parágrafo único do art. 12, e da Lei nº 4.717/1965 – Lei da Ação Popular, art. 19.

processuais. O máximo que se pode conceder é uma prorrogação do prazo por tempo razoável, caso se apresente ao juiz alegações e provas que justifiquem tal excepcional providência. Se não existir tal circunstância e não houve interposição de recurso o problema é de responsabilidade funcional do advogado do Estado encarregado do caso, ou então a hipótese é de orientação em não recorrer dado o inequívoco acerto da sentença. Deste modo, o duplo grau obrigatório de jurisdição, por ser um privilégio injustificável, viola o princípio da igualdade, além de fazer dilatar o encerramento do processo desnecessariamente, o que também resulta em violação ao princípio do processo em tempo razoável.

15. LEI QUE CONCEDE PRIVILÉGIO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR

A teoria clássica a respeito do tema do ônus da prova afirma que ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu alegado direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos que alegar na defesa.⁴³

Alguns ordenamentos jurídicos contêm normas que consagram privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.⁴⁴

Os dispositivos legais que constam nos ordenamentos jurídicos seguindo integralmente a teoria clássica não passam de um ponto de partida como regra, de maneira nem de longe servem para resolver todos os casos que surgem no processo. Segundo tal teoria em todos os processos em que o réu apresentar contestação sem alegar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos o ônus da prova é exclusivamente do autor, do mesmo modo que sempre que o réu apresentar contestação alegando fato extintivo, modificativo ou impeditivo o ônus da prova é exclusivamente do réu em relação a esses fatos.

Se o juiz tivesse que seguir à risca o dispositivo legal consagrador de tal teoria em todos os casos certamente que cometeria injustiça em muitos deles. A posição mais apropriada em torno desse assunto, no nosso entendimento, é a que está consubstanciada na **teoria das cargas probatórias dinâmicas**, segundo a qual o ônus da prova deve ser atribuído pelo juiz à parte que estiver em melhores condições de provar segundo as circunstâncias de cada caso concreto.⁴⁵

43. O CPC brasileiro segue essa doutrina tradicional, ao dispor o seguinte: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (art. 333).

44. No direito brasileiro a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor dispõe que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII).

45. Cf. sobre o assunto nosso trabalho *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. In Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 1999, vol. VI, pp. 235-260.

Deste modo, os ordenamentos jurídicos que invertem as regras do ônus da prova em favor do consumidor estão a seguir essa teoria, na medida em que existe uma hipossuficiência técnica do consumidor em relação ao fornecedor, de maneira que tal privilégio conferido pela lei ao consumidor visa atender, no particular, ao princípio da igualdade. No entanto, isso não significa que a norma que prescreve o privilégio em favor do consumidor deva ser aplicada em todos os casos. Volta-se à teoria das cargas probatórias dinâmicas, porque poderão surgir casos concretos nos quais as circunstâncias revelem que o consumidor está em melhores condições de provar do que o fornecedor, ou então ambos terão que provar alguma coisa (teoria das provas compartilhadas).⁴⁶

16. CONCLUSÕES

1. O princípio da igualdade é um princípio geral do direito, porque aplicável em qualquer relação, estado ou situação jurídica; de conotação constitucional, porque sua fonte direta é a própria constituição; com forte ligação com o princípio democrático; e que se caracteriza como um direito fundamental.
2. Por ser geral, o princípio da igualdade também se aplica ao direito processual.
3. Assim, tendo em vista que a tutela dos direitos, não raro, terá que ser realizada pela via jurisdicional, quando o legislador se preocupa em dar tratamento diferenciado entre as pessoas, situações ou coisas no plano material terá que, muitas vezes, dar esse mesmo tratamento no plano processual (princípio da adaptação), devendo o juiz, igualmente, observar o princípio da igualdade no caso concreto em conformidade com a constituição, de maneira que, a não ser assim, não se estará garantindo efetivo acesso à justiça.
4. O dispositivo legal que prescreve privilégio de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes é constitucional, porque seu objetivo é eliminar ou reduzir a vantagem processual que tem a parte adversária no que se refere ao acesso aos autos do processo, mas a aplicação de tal dispositivo deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto.
5. É constitucional o dispositivo legal que prescreve privilégio de prazo diferenciado em favor da parte beneficiária da justiça gratuita, valendo

46. Nesse sentido, em termos, GIDI, Antonio. Defesa do consumidor – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. In **Ciência Jurídica**. Belo Horizonte, vol., 64, 1995, pp. 24-33; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova. Como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 71-80.

ressaltar que, no caso, o privilégio de prazo está posto em favor da própria parte, e não do defensor público ou de quem substitua suas atribuições.

6. Não há razão aceitável para se ter como constitucional a lei que estabelece privilégio de prazo à Fazenda Pública e ao ministério público, quando este estiver a atuar como parte, sendo aceitável, no entanto, a lei que autorize ao juiz, caso a caso, conceder prorrogação de prazo sempre que as circunstâncias do caso concreto justificarem tal providência.
7. É constitucional o dispositivo legal que garante privilégio de intimação pessoal ao defensor público ou a quem esteja a exercer as suas funções, vez que tal privilégio não está posto em favor do defensor público ou de quem esteja a exercer as suas funções, mas sim do necessitado; esse privilégio tem justificação razoável porque é mecanismo que visa minorar a desigualdade de armas entre as partes, ou, se existir tal igualdade (ambas as partes são necessitadas), que objetiva melhor exercício da defesa dos direitos.
8. É inconstitucional o dispositivo de lei que concede aos procuradores de Estado e aos membros do ministério público, quando tal instituição está a atuar no processo como parte, o privilégio de comunicação pessoal de atos processuais a tais agentes, quando os advogados das partes são comunicados de tais atos por jornal oficial, porque não há nada que justifique tal tratamento diferenciado, valendo observar que a diferenciação de tratamento, no caso, aumenta o custo do processo, porque terá que ser feita mais uma intimação por um meio mais caro, e contribui para o retardamento da prestação jurisdicional.
9. É constitucional o dispositivo legal que prevê prioridade de tramitação a processos em que o idoso figure como parte, vez que há uma tendência a que as pessoas a partir de determinada idade estão mais próximas do final da vida, de modo que é justo que seus processos sejam julgados com prioridade para que, uma vez vencedor na demanda, possa usufruir do direito assegurado judicialmente. No entanto, não se trata de norma bastante em si mesma, podendo existir outros processos que mereçam tratamento mais prioritário a depender das circunstâncias de cada caso concreto, solução que o juiz terá que aplicar segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade.
10. Não há nada que justifique tratamento diferenciado em favor do Estado no que se refere ao privilégio em favor deste no sentido de reduzir o valor dos honorários de advogado que terá que pagar em caso de sucumbência, sendo injusto e, assim, inconstitucional o dispositivo legal que o consagra, até porque o Estado se encontra numa certa situação de vantagem frente

ao cidadão, na medida em que este, por não ser, em regra, litigante habitual, é obrigado a contratar advogado num ou noutro caso em que tenha que defender direitos judicialmente, enquanto aquele, por ser litigante habitual, dispõe de quadro de advogados, o que significa, em princípio, que aqueles terão custo mais elevado do que estes com advogados em cada processo isoladamente.

11. É constitucional o dispositivo legal que concede tratamento diferenciado em favor dos necessitados no sentido de dispensá-los de pagar honorários de advogado em caso de sucumbência ou de adiantamento de despesas processuais; o caso é de estado de necessidade, de maneira que tal privilégio não é um favor legal, mas sim um direito fundamental, direito esse que se não for atendido está-se a negar às pessoas que se encontram em tal situação a possibilidade de tutela de direitos violados ou ameaçados de violação.
12. É constitucional o dispositivo legal que concede à Fazenda Pública e ao ministério público, quando está a atuar como parte, dispensa de adiantamento de taxas e despesas processuais nos ordenamentos jurídicos em que o Estado custeia tais serviços, vez que haveria verdadeira confusão entre as situações de credor e devedor, o mesmo não correndo nos Estados em que os serviços judiciários são privatizados ou com relação a determinadas despesas que o sistema judiciário deixa a cargo de terceiro; no entanto, os valores das despesas processuais adiantadas pela parte contrária vencedora na causa devem ser reembolsados de imediato, ou seja, fora dos sistemas processuais especiais de pagamento de débitos judiciais do Estado.
13. O dispositivo legal que dispensa o autor popular de adiantar despesas processuais não fere o princípio da igualdade, pela excepcional razão de se tratar de um cidadão que está a defender o interesse público e não interesse próprio, o mesmo ocorrendo no caso de ação civil pública proposta por entidade associativa no objetivo de defesa de interesse público; nesses casos, se os réus, tirante o Estado, adiantaram despesas processuais e venceram a causa, é de ter-se como justa a norma constitucional que dispensa o autor do pagamento de tais despesas, bem assim de honorários de advogado dos réus, caso o autor popular não tenha agido de má-fé. No entanto, sempre partindo do pressuposto de que o autor popular não agiu de má-fé, não é consentânea com o princípio da igualdade a interpretação de que esse ônus deve ser suportado pelos próprios réus vencedores, ou seja, sendo certo que não se deve impor a obrigação de tal restituição ao autor popular, quem deve suportá-la é o próprio Estado, não importando se contestou a ação ou se ficou ao lado do autor, porque o cidadão demandante estava a defender o interesse público, o que significa dizer o interesse

do próprio Estado; se o cidadão agiu de má-fé é justo que ele deva arcar com o ônus da sucumbência; no caso de ação civil pública proposta por entidade associativa no objetivo de defender interesses particulares não deve haver privilégio algum, salvo estado de necessidade, caso em que devem ser aplicadas as normas de gratuidade da justiça.

14. É constitucional o dispositivo legal que concede tratamento diferenciado ao réu revel em casos de direitos indisponíveis e litisconsórcio passivo unitário; para melhor aplicação dessa regra entendemos que, ainda que haja omissão da lei, deve o juiz, em aplicação ao princípio da igualdade, bem assim, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ter cuidado especial em caso de revelia, quando tem elementos para saber que o réu é necessitado, ou surgiram esses elementos posteriormente, no sentido de desconsiderar a revelia e oficiar a defensoria pública ou órgão equivalente, onde houver, para indicar defensor em favor do réu, ou, na sua falta, providenciar ele próprio essa designação, reabrindo-se o prazo para defesa.
15. O duplo grau obrigatório de jurisdição, por ser um privilégio injustificável, viola o princípio da igualdade, além de fazer dilatar o encerramento do processo desnecessariamente, o que também resulta em violação ao princípio do processo em tempo razoável.
16. É constitucional o dispositivo legal que inverte a regra geral do ônus da prova em favor do consumidor, na medida em que existe uma hipossuficiência técnica do consumidor em relação ao fornecedor; no entanto, isso não significa que a norma que prescreve tal privilégio deva ser aplicada em todos os casos, vez que poderão surgir casos concretos nos quais as circunstâncias revelem que o consumidor está em melhores condições de provar do que o fornecedor, ou então ambos terão que provar alguma coisa (teoria das provas compartilhadas).

17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol.2, 1976.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental ao processo em tempo razoável: fundamentos e conteúdo. Uma análise à luz do constitucionalismo luso-brasileiro*. Tese de doutoramento. Coimbra: 2003.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

- CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Constituição dirigente*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2000.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito, in *A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GIDI, Antonio. *Defesa do consumidor – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor*. In *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, vol., 64, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- _____. *Benefício de prazo*. In *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, nº 19, 1979.
- LIMA, Alcides Mendonça. *Reconvenção*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9, 1978.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Perspectiva jurídico-constitucional*. Dissertação para o Mestrado da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1991.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Igualdade e participação política da mulher*. In *O Direito*. Lisboa, Editora Internacional, ano 130, 1998, I-II, jan/jun.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- PASSOS, J. J. Calmon de, in *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova. Como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2000.

-
- SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. In Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, vol. VI, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPÍTULO XI

DEPOIS DA ONDA: MUDANÇA DE REGIME? (ENTENDENDO A CRISE NO IRAQUE)

*Winston P. Nagan**

O Presidente Bush determinou que os EUA deveriam aumentar as tropas no território iraquiano. Ele está convencido de que pode fazê-lo se puder limpar Bagdá dos cruéis insurgentes, com o Iraque ganhando fôlego para o governo da unidade nacional finalmente se estabelecer como um governo com algum efetivo controle sobre o seu povo, território, instituições governativas e com capacidade de atuar mesmo que modestamente no ambiente internacional.

Nós normalmente destacamos estas qualidades para um país quando nós consideramos que ele reúne condições para seu reconhecimento internacional como Estado. Dita iniciativa é de fato não uma estratégia, mas um mero lance, e a questão crucial é se esta tática tem algum valor estratégico que justifique o investimento da reputação da Nação pela Administração Bush, dos recursos do Tesouro e, o mais importante dentre tudo, das vidas e do bem estar do seu pessoal militar.

O mais óbvio a respeito do conflito no Iraque é que ele é indiscutivelmente considerado sectário. Pode ser que alguns considerem o conflito sectário diferente do conflito étnico. Isto, contudo, não é sustentável. A fundamental conjectura que a maioria dos agentes políticos fazem sobre o conflito étnico é a seguinte: o conflito é incompreensível; as partes lutam por razões completamente irracionais; uma terceira parte imparcial não consegue atribuir qualquer racionalidade para a conduta das partes envolvidas; e, deste modo, é impossível entender o conflito em termos de princípios ou reivindicações negociadas ou racionais. Em tal contexto, agentes políticos que sejam prudentes não irão intervir porque a intervenção seria fútil. Se há intervenção, agentes políticos que sejam ajuizados procurarão limitar esta intervenção porque as perdas envolvidas não podem ser justificadas em bases racionais. O que uma sábia política não deve fazer é expandir a intervenção até o ponto em que seja completamente incompreensível do ponto de vista do protagonista étnico.

* Professor de Direito da Universidade da Flórida-EUA (Levin College of Law), Diretor do Instituto para Direitos Humanos, Paz e Desenvolvimento, Ministro em exercício da Suprema Corte da África do Sul, Professor Honorário da Universidade da Cidade do Cabo-RSA, Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Artigo traduzido do inglês por Saulo José Casali Bahia, professor de Direito Constitucional e de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da UFBA.

Isto é pensado para ser uma idéia básica sobre a natureza de conflitos étnicos e os limites da intervenção. Se o termo sectário pode ser usado para enfraquecer a caracterização do conflito, a fim de permitir continuados e custosos compromissos, é uma questão que deve ser seriamente considerada. O conflito no Iraque possui todas as características de um conflito étnico.

Quer denominemos o conflito como étnico ou como sectário, há um fato universal que se impõe. Os sunitas do Iraque não gostam da intervenção americana. Os americanos são seus inimigos. Daí, as tropas americanas mais propriamente do que serem mediadoras são as inimigas dos sunitas. Sadam Hussein, que foi recentemente executado, e cujo irmão foi executado um tanto de maneira bárbara, era sunita. Estas execuções apenas exacerbaram o ódio dos sunitas tanto contra os EUA quanto contra o governo controlado pelos shiitas.

Os shiitas são o outro setor de grupo étnico. É apropriado distinguir entre o governo nacional (cuja maioria é shiita) e as milícias shiitas sustentadas pelo seu partido. Entretanto, os shiitas sabem que darão as cartas quando os americanos se forem, e irão querer ter todas as cartas que possam ter à sua disposição para se proteger dos adversários sunitas. Os shiitas irão sem dúvida se recordar de como o Presidente Bush, o pai, deixou-os expostos como uma oferenda de sacrifício para Sadam Hussein, depois que as potências aliadas deixaram Sadam Hussein no poder com o seu exército Baath. Eles sobreviveram por causa dos shiitas do Irã. Em verdade, os shiitas também apoiam os shiitas do Líbano que se levantaram contra os israelenses recentemente. Os shiitas sabem que os EUA não são seus amigos, e que a mudança de orientação política da Administração Bush teve menos a ver com a democracia no Iraque do que com as preocupações de Israel relativas às ameaças de longo prazo tanto de um Iraque dominado por sunitas sob Sadam quanto por um grande Iran shiita sob os aiatolás. Em suma, os americanos são o alvo legítimo no Iraque dos shiitas.

O Presidente Bush procura expandir o avanço das tropas em um conflito étnico-sectário onde ambos os lados vêem as forças americanas como alvos de ocasião. Ninguém pode imaginar pior cenário tático no qual atuam as tropas americanas. Se isto é correto, poderia existir apenas uma razão para este extravagante sacrifício do sangue americano e de verbas do Tesouro, e esta consiste em que a Administração Bush está ainda confiante de que se remanescer no Iraque tempo suficiente, isto será capaz de gerar um conflito real diretamente com o Irã. Um conflito com o Iraque, da perspectiva da doutrina Bush, terá como propósito mudar o regime iraniano por força. Naturalmente, Bush irá precisar de um incidente para iniciar o ataque.

A questão crítica sobre estas doutrinas de segurança nacional é que quer elas emanem de um partido político ou de outro, elas pretenderam representar o crucial interesse nacional como um todo. O uso de uma tal doutrina, entretanto, poderia

ter não somente um dupla finalidade, mas também um objetivo duplo e radicalmente partidário. Este objetivo poderia ser aumentar o envolvimento americano em conflitos globais como meio de influenciar a próxima eleição presidencial americana. Se isto é verdade, isto bem pode ser o último e desesperado lance da Administração Bush para continuar decisivamente influenciando as eleições de 2008. Se isto é correto, então Bush irá querer manter a dispendiosa presença militar no Iraque tempo o suficiente para ser crucial para a dinâmica eleitoral. Tempo é um fator crítico. Se o momento é adequado, a Administração Bush terá de achar uma desculpa para atacar o Irã. Indubitavelmente, o volúvel líder atual do Irã bem pode fazer isto mais fácil para a Administração Bush com a sua excessiva retórica.

Em caso de conflagração, o partido do Presidente Bush terá vantagens eleitorais significativas. Um conflito expandido e selvagens ameaças compreendendo arsenais nucleares irão sem dúvida explorar a dinâmica da insegurança pessoal no eleitorado doméstico americano. O discurso político será controlado largamente por quem dirigir as instituições de segurança nacional. O Congresso sera marginalizado. A imprensa será emudecida. A opinião crítico-política responsável será acusada como usual de enfraquecer a segurança nacional. A oposição política será acusada de ser impatriótica, e não desejosa de apoiar as tropas. O objetivo será silenciar o próprio debate político.

Em consequência disto, líderes de opinião neste país, especialmente as lideranças parlamentares, observam criticamente e com muito mais cuidado como a Administração Bush irá se conduzir entre agora e 2008. Em particular, o público precisa saber se a Doutrina Bush e seu compromisso de mudança de regime em todo o Oriente Médio, pelo uso da força, continua a ser a doutrina de segurança nacional da Nação. É crucial para os americanos saber quais são os reais objetivos estratégicos da Administração Bush e se estes objetivos correspondem realmente ao interesse nacional. A Administração Bush tem sido lembrada recentemente de que os EUA tem vários meios de promover os interesses americanos, e de que uma excessiva confiança no uso da força pode bem ser contraproducente.

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

CAPÍTULO XII

ASPECTOS PROCESSUAIS DOS CRIMES PRATICADOS PELA INTERNET

*Bernardo Chezzi**

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Ocorrência do crime. A ata notarial – 3. O procedimento da Autoridade Policial na fase de inquérito – 4. A notificação ao provedor de conteúdo – 5. Jurisdição e competência – 5.1. A jurisdição penal brasileira – 5.2. Justiça Estadual ou Federal? – 5.3. Foro competente – 5.4. Juízo competente – 6. Conclusões necessárias – 7. Referências bibliográficas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Internet teve o seu formato embrionário no ano de 1969, quando, em plena Guerra Fria, os EUA desenvolviam um eficiente mecanismo de comunicação militar, imune a bombardeios e de difícil sabotagem, conhecido como ARPANET (nome oriundo de *Advanced Research Projects Agency*). Algumas décadas depois, notadamente em meados de 1980, a lógica comunicacional passou a ser adotada entre universidades americanas, com o fito de troca de conhecimento e unificação de bancos de dados.

Somente a partir dos anos 90 é que se verifica a comercialização da Rede, com a respectiva massificação do mecanismo, e a sua utilização pelos mais variados segmentos sociais, por todo o mundo. Neste novo e atual formato, a Rede Mundial ficou sem dono e controle hierárquico.

A Rede, que não é um fim em si mesmo, consubstancia-se em instrumento eficaz para a formação, informação e para o empreendimento de diversas das ações humanas – através das infindáveis formas de interação direta e indireta entre indivíduos e coletividades. Tamanho é o grau de entrelaçamento que guardam sociedade e Internet, que não se cogita mais em um bom funcionamento dos organismos sociais sem que se tenha à disposição a Rede Mundial de Computadores.

Todavia, a transposição das vicissitudes do mundo pós-moderno à Internet acarretou também o surgimento de condutas, para cujo resultado no “mundo real”, o Direito define como ilícitos civis ou penais. Como não podia ser diferente, num

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, desenvolveu pesquisa do tema através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), com a orientação da professora Maria Auxiliadora Minahim, durante o biênio 2006/2007. É presidente do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA (CEPEJ).

sentido amplo, o homem que, sem o uso de computadores, furta, fraudas, difama e abusa de menores é o mesmo homem que realiza tais condutas típicas por meio digital, eletrônico. Para este rol de ações praticadas na Internet criou-se a nomenclatura de crimes virtuais.

Há que, no entanto, fazer-se de logo a correta ponderação acerca deste nome, pois, embora sejam praticados por meio de caracteres virtuais, os seus resultados são fáticos e consistem, no mais das vezes, em reais lesões ou ameaças de lesões a bens jurídicos penalmente tutelados. Por isso, estas condutas merecem igualmente a sanção do Estado-Juiz. Porém, é preciso cuidado ao examinar o tema, haja vista que há características dos crimes praticados na Internet que impõem dificuldades, com destaque à extraterritorialidade, ao aparente anonimato e à facilidade na propagação de conteúdo criminoso.

O objetivo deste estudo é dirimir algumas das questões de processo penal que aparentam ser obscuras ou de difícil solução ao jurista, quando defrontado com crimes praticados na Internet. Seguir-se-á, destarte, um roteiro lógico, que tem início na ocorrência do crime dito virtual, até a correta propositura da ação penal, debruçando-se também sobre os aspectos relativos à competência. Ressalva-se, de logo, que o foco de nossos estudos será a estirpe de crimes virtuais praticados por meio de um *website*¹, para a útil sistematização de suas propriedades, embora saibamos que os delitos na Rede não estão a isto subsumidos.

2. OCORRÊNCIA DO CRIME. A ATA NOTARIAL

Quando o indivíduo toma conhecimento de um crime praticado por meio da Internet de que é vítima, o primeiro desafio é assegurar-se da prova de sua ocorrência, dada a volatilidade do que disposto na Rede. Na maioria das vezes, a mesma pessoa que veicula conteúdo ilícito é capaz de retirá-lo. As provas da ocorrência do ilícito virtual são fundamentais para o correto e efetivo desenvolvimento da *persecutio criminis*.

Para isso, os operadores do direito deram nova dimensão ao instituto da ata notarial, estabelecido pelo Art. 7º, III, da Lei 8935/94. Em termos genéricos, a ata notarial é a narração de fatos verificados pessoalmente pelo tabelião e compreende: local, data e horário de sua lavratura; nome e qualificação do solicitante; narração circunstanciada dos fatos; declaração de haver sido lida ao solicitante e, sendo

1. *Websites* são os domínios virtuais disponíveis ao livre acesso pela Internet. Estas páginas costumam ser visitadas por meio de um código virtual, o *World wide web*, conhecido como *www*. Em verdade, este endereço virtual traduz um número IP daquele conteúdo, que se visa ao acesso. Também chamaremos o *website* de sítio, *site*, ou simplesmente página.

o caso, às testemunhas; assinatura do solicitante e das testemunhas; assinatura e sinal público do tabelião.

Com fins de assegurar ao juiz que determinado crime virtual ocorreu, ou está ocorrendo, a ata notarial passou a ser usada para que reste certificado pelo notário o conteúdo disposto em determinado endereço eletrônico da Internet, em certa data e horário. Através da ata, o tabelião acessa o sítio eletrônico solicitado e descreve o que viu, imprime imagens e documentos da página virtual, dando fé pública a cada item transcrito e transladado. A vítima pode solicitar ata notarial em qualquer Tabelionato de Notas.

Através da referida ata será possível também a identificação do servidor de conteúdo² por meio do qual o crime foi praticado (porque especificado o endereço eletrônico) e os dados necessários para a requisição do endereço IP (Internet Protocol)³.

De posse da prova da ocorrência daquele ilícito, o próximo passo é retirar o fino véu de anonimato que paira sobre o crime, chegando ao real autor do ilícito virtual. Faz-se mister que a vítima, agora, requeira à Autoridade Policial competente⁴ a instauração de inquérito para apuração do delito, através da conhecida *noticia criminis*.

3. O PROCEDIMENTO DA AUTORIDADE POLICIAL NA FASE DE INQUÉRITO

Todo usuário da Internet, ao conectar-se, o faz através de um servidor de acesso (ex. Velox, Uol, Terra, SpeedZone, UFBA etc). Geralmente, para cada conexão há um número IP (Internet Protocol), que é capaz de identificar tanto o provedor de acesso quanto o endereço físico do usuário que dele utilizou-se. O IP não costuma ser estático, sendo na verdade a expressão em uma seqüência de números de um protocolo de que, naquele momento, naquela conexão, se valeu o provedor de acesso para ligar o computador do usuário à Rede.

-
2. Ver-se-á mais tarde a sua devida conceituação, diferenciando servidor de conteúdo e servidor de acesso.
 3. O IP é expresso através de uma seqüência de número, e.g. 200.152.00.30. Expressa o protocolo que se utilizou o servidor de acesso para conectar o usuário à Internet, na conexão daquela data e instante.
 4. Aqui acompanhamos a idéia de Fernando da Costa Tourinho Filho (2006), no sentido de que a expressão autoridade competente é empregada no sentido de poder atribuído a um funcionário para tomar conhecimento de determinado assunto. Os Estados costumam regular esta matéria de acordo com a sua Lei de Organização Judiciária, e a maioria deles já criou uma delegacia especializada para tratar de crimes praticados na Internet. Nestes casos, são estas unidades as competentes para receber a *noticia criminis*. Há de se observar, ainda, que quando se tratar de crime relacionado às hipóteses elencadas no art. 109 da CF, a Autoridade Policial competente será a federal.

De outro lado, há também os servidores de conteúdo. Seus formatos podem ser dos mais diferentes, mas, em linhas gerais, os provedores de conteúdo hospedam outras páginas em seu domínio, às vezes milhares delas, como acontece com o *geocities.com*, *uol.com.br*, e assim por diante. É no conteúdo hospedado pelo servidor de conteúdo que costuma ser verificado o crime virtual.

Quando alguém se conecta à Internet, através de um servidor de acesso, e de um IP específico para aquela conexão, e pratica um delito através da Rede em um sítio de um servidor de conteúdo, deixa nos registros do provedor hospedeiro o número de seu IP. É com esteio neste fato, que a Autoridade Policial deve perquirir, nesta seqüência lógica: I) Qual o provedor de conteúdo daquele crime; II) Qual o provedor de acesso; III) Qual o endereço físico do usuário⁵.

Portanto, deve o investigador, primeiramente, solicitar ao juiz a quebra de sigilo de dados telemáticos, para que o magistrado determine ao provedor de conteúdo o fornecimento do número IP naquela hora e data em que foi verificado o crime. Para o caso de se tratar de provedor estrangeiro, mas com filial no Brasil, a ordem deve ser a esta endereçada. Com o número IP obtido, identifica-se o servidor de acesso, através de sítios especializados e gratuitos na própria Internet.

Será então necessária nova requisição judicial de quebra de dados telemáticos, desta vez para que obrigue o provedor de acesso a dizer quem, naquela data, hora, respectivo fuso horário, e com aquele IP, utilizou-se de seus serviços. Dependendo do caso, identificado o endereço físico onde se acometeu o injusto penal, pode-se determinar em seguida a busca e apreensão do computador e de materiais correlatos.

Por último, impende destacar que se a vítima preferir agir sozinha, sem a instauração de inquérito, pode fazê-lo. Para tanto, deve utilizar-se de ação cautelar de exibição de documentos (art. 844, II do CPC), conforme admitido hoje na jurisprudência, primeiramente para obter o número IP junto ao provedor de conteúdo, e depois para saber o endereço físico junto ao provedor de acesso. Esta metodologia tem sido também adotada na inquirição de ilícitos cíveis, para os quais não caberia, na maioria das vezes, a instauração de inquérito policial.

4. A NOTIFICAÇÃO AO PROVEDOR DE CONTEÚDO

Concomitante à lavratura da ata notarial, deve a vítima notificar o provedor de conteúdo por meio do qual foi cometido o crime, solicitando⁶: a) retirada imediata do conteúdo ilegal e/ou ofensivo do serviço onde o material está hospedado,

5. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; COMITÊ GESTOR DA INTERNET. Crimes Cibernéticos. Manual prático de investigação. São Paulo, 2006.

6. SAFERNET BRASIL. Disponível em: <www.denunciar.org.br>. Acesso em: 07 de Agosto de 2007.

incluindo o(s) *link(s)* pertinentes, sob pena de ajuizamento da competente ação de responsabilidade e b) preservação de todas as provas e evidências da materialidade do(s) crime(s) e todos os indícios de autoria, incluindo os *logs* e dados cadastrais e de acesso do(s) suspeito(s), necessários para subsidiar a instrução do inquérito policial criminal e a competente ação judicial.

Embora discutível a responsabilidade penal do provedor de conteúdo no que se refere ao crime virtual através dele cometido, claro está que é responsável civilmente o servidor que, sabendo do teor ilícito que hospeda, não o retira do ar. Portanto, é aconselhável que se notifique o provedor por meio idôneo, como por exemplo, uma carta registrada, para fins de prova em uma posterior ação de indenização contra o servidor que foi devidamente notificado, e não agiu (*verbi gratia*, Resp 566468 – RJ / STJ).

Esta conduta é importante para a vítima porque, muitas vezes, a depender do tipo de crime cometido, dada a facilidade de propagação de informação, não é razoável que a vítima espere a Justiça retirar o *site* do ar, quando puder fazê-lo por vias diretas.

Por fim, ainda no que concerne a este tópico, é importante que o ofendido notifique o provedor hospedeiro para que este guarde as informações técnicas necessárias a fim de que seja possível a identificação do usuário infrator, na fase de inquérito ou na instrução criminal. Exceto nos casos de pornografia infantil (Lei 10.764/03), ainda não há norma que obrigue os provedores a fazê-lo, a despeito de Termos de Compromisso entre órgãos públicos e provedores⁷, celebrados nesse sentido.

5. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

5.1. A jurisdição penal brasileira

Concluído o inquérito ou reunidas as provas necessárias, é hora de se propor a correta ação penal. Mas, quando é competente a justiça brasileira?

Com efeito, o Código Penal adotou, em seu art. 6º, a Teoria da Ubiquidade Mista, a qual preceitua que, para efeitos de competência pátria, lugar do crime tanto pode ser o da ação como o do resultado, ou ainda o lugar do bem jurídico ameaçado ou lesado⁸, visando assim evitar o conflito negativo de jurisdição. Para apuração da jurisdição penal brasileira, deve ser, portanto, levado em conta o que disposto na referida norma⁹.

7. Ibid.

8. Bitencourt (2005).

9. Neste sentido, o STJ, no Conflito de Competência nº 62.949 – Pr (2006/0090645-3), em que se discutia se e quem era competente para apurar incitação ao uso de drogas veiculada num sítio a

Neste sentido, verifica-se, casuisticamente, que os delitos virtuais em voga são *praticados* dentro dos limites da competência pátria. Para fins de apuração do momento e do lugar em que se *praticou* o tipo, há de se verificar o verbo núcleo do tipo do dispositivo incriminador. Assim, difamar, caluniar, injuriar (crimes contra a honra), publicar, divulgar (pornografia infantil), danificar (crimes de dano, provocado através de vírus), falsificar (crimes contra a fé pública), obter vantagem mantendo outrem em erro (estelionato), são condutas que, quando realizadas no mundo material, diz-se que houve a prática do tipo a que se referem. No caso de crimes virtuais, ocorre o mesmo, só que serão realizadas por meio de um computador e do acesso à Internet.

O agente ativo *pratica* o delito quando se dirige a um PC, acessa a Rede e acondiciona nela o que de teor ilícito¹⁰. V.g., alguém pratica falsidade ideológica quando, usando a Internet, através de algum computador, cria uma identidade falsa dentro da comunidade virtual. É de fácil compreensão, com esteio neste raciocínio, que os crimes virtuais, com os quais lide a Justiça Brasileira, sejam, em quase toda a sua totalidade, praticados em território nacional, porque a natureza dos delitos virtuais denunciados ou para os quais houve queixa diz respeito à nossa realidade (não há notícias de quadrilhas que cometam furto eletrônico mediante fraude¹¹ de forma transnacional, quando se difama alguém o autor é conhecido da vítima, e assim por diante¹²).

De outro modo, a Teoria da Ubiquidade Mista abrange as hipóteses mais remotas ao determinar que terá jurisdição o Estado brasileiro quando, mesmo que aqui não praticado o delito, cá seu resultado seja produzido ou projetado. Vale dizer, toda vez que um cidadão seja ofendido ou lesado por crime virtual, toda vez que um bem jurídico nacional for ofendido ou lesado, restará competente a justiça para propositura da respectiva ação, porquanto o resultado produziu-se para dentro dos limites nacionais.

Ressaltemos, entretanto, que nem tudo são flores. O fato de haver jurisdição brasileira para dirimir esta sorte de litígios não quer dizer que será eficaz a sentença penal condenatória brasileira que possa advir. O que se tem em concreto

americano, veiculado em língua portuguesa. O STJ acolheu a Teoria da Ubiquidade Mista, reconhecendo a jurisdição brasileira e determinando a competência da justiça estadual: “As informações são, pois, no sentido de hospedeiro fora do âmbito nacional – hipoteticamente, na Califórnia. Malgrado tal acontecimento – se verdadeiro –, o fato repercutiu mesmo foi no território nacional”.

10. Nesta linha, Túlio Vianna (2005).

11. A este respeito, vide dados das ações do Departamento de Polícia Federal: www.dpf.gov.br.

12. Há rigorosas exceções para esta regra, a exemplo da pornografia infantil que, graças ao advento da Internet, virou uma verdadeira indústria internacional, sem fronteiras, de difícil combate por parte inclusive das autoridades brasileiras. Para mais informações, www.safernet.org.br.

é que, por serem crimes que em sua maioria são aqui praticados e que também aqui são verificados os seus resultados, mediante ofensa a bens jurídicos tutelados nacionalmente, a maioria dos agentes ativos do crime são brasileiros. Isto quer dizer que, em tese, para a maioria dos casos, a efetividade do Direito será verificada, porque, identificado o autor do crime, poderá ele ser punido. Diferentemente para as hipóteses em que resida o autor do crime em outro país, quando hão de ser observadas as condições do art. 7º do Código Penal, conjuntamente aos acordos bilaterais e multilaterais que o Brasil haja assinado com o país do infrator estrangeiro.¹³

Sob a tela de delitos inseridos num parâmetro de macrocriminalidade, já se cogita da edificação de uma jurisdição internacional específica¹⁴, algo para que já engatinha o Velho Continente, desde que celebrada a Convenção de Budapeste¹⁵.

5.2. Justiça Estadual ou Federal?

Há uma falsa idéia de que todo injusto penal praticado por meio da Internet seja da alçada da Justiça Federal. Este pensamento deflui de duas errôneas premissas: 1) que a Rede não tem fronteiras e, assim, tratar-se-ia de crime de caráter internacional e 2) a Internet seria um serviço público da União (VIANNA, 2003, p.95)¹⁶. Rechaçando essas afirmações, embora o *alcance* da Internet seja mundial, os efeitos de um crime são verificados em certa comunidade, localidade (obviamente quando o bem jurídico protegido não resida em mais de um país). Ademais, o crime é praticado de um lugar certo, e não indeterminado, embora assim se mostre num primeiro momento. Sobre o segundo argumento, a União não gere ou está obrigada a gerir a Internet, nem é a Rede uma delegação sua, apenas, por vezes, dela se utiliza. Deve restar claro que serviços públicos prestados pela União são aqueles determinados pela Carta Magna, o que de longe parece ser o caso.

Como supra mencionado, os crimes praticados na Internet nos quais é competente a Justiça Federal são aqueles a que alude o art. 109 da Constituição

13. Outro problema está na falta de cooperação de alguns provedores de conteúdo não nacionais, como a Google Inc. O rastreamento técnico só pode ser feito se houver colaboração dos envolvidos, o que por vezes não acontece.

14. A este respeito, FERREIRA (2007).

15. Também chamada de Convenção Internacional contra o Cibercrime, já foi assinada por 47 países (43 estados-membros do Conselho da Europa, mais Estados Unidos, Japão, Canadá e África do Sul). Estabelece padrões de políticas públicas no tratamento do ilícito virtual, bem como facilidades recíprocas para a persecução dos incidentes ilícitos virtuais, quando perniciosos a mais de uma daquelas nações. O Brasil ainda não é signatário.

16. Como decorrência desta conjectura, inúmeros são os casos em que são registradas erroneamente notícia criminis na Polícia Federal, quando deviam sê-lo na Polícia Estadual. Assim, a boa parte dos inquéritos hoje em andamento tanto no Ministério Público Estadual quanto na Polícia Civil tiveram início na Polícia Federal, que envia os expedientes ao reconhecer estes órgãos como os competentes para perquirir aquele tipo penal suscitado.

Federal. No seu inciso IV, a Carta Magna determina que são de alçada federal os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Os crimes eletrônicos praticados contra os entes da Administração Federal estão abarcados por este inciso.¹⁷

O inciso V do referido dispositivo constitucional é o que enseja o mais amplo rol de crimes eletrônicos de competência da justiça federal. A Constituição determina que serão apurados pela justiça da federação os crimes previstos em tratado e convenção nacional, quando iniciada a execução no país o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro. Destaques destes delitos são aquelas condutas tipificadas no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei anti-racismo 7.716/89¹⁸.

Excluídas as hipóteses de competência da Justiça Eleitoral – tal como os crimes tipificados nos arts. 289 a 354 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65) – e da Justiça Militar (Decreto-lei nº 1.001/69), residualmente, todas as outras condutas típicas praticadas pela Internet são de competência da Justiça Comum.

Neste sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE INFORMÁTICA. INEXISTÊNCIA DE TRATADO ENTRE OS PAÍSES. NÃO-INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 109, V, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Para a incidência da regra de fixação da competência do art. 109, V, da CF/88, é imperativa a análise da existência ou não de tratado ou convenção internacional entre os países envolvidos na prática criminosa.

2. A qualidade do órgão policial conducente da investigação é irrelevante para a fixação da competência do Juízo, pois a Carta da República prevê regras distintas na fixação das competências jurisdicional e policial.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS, suscitado.

(CC 33.871/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13.12.2004, DJ 01.02.2005 p. 403).

17. O Manual Prático de Investigação do MPF (2006) traz exemplo vistoso, qual seja, o de advogada que por falsidade ideológica na Internet visava a restituições do Imposto de Renda em nome de laranjas. Trata-se de estelionato eletrônico praticado contra a Receita Federal. Neste sentido, as ações que dizem respeito aos correntistas da Caixa Econômica Federal, que tiveram contra si aplicados golpes eletrônicos de furto de senha e respectiva transferência de valores de sua conta, também correm perante os tribunais federais.

18. Cit., CRIMES Cibernéticos: Manual prático de investigação. (2006).

5.3. Foro competente

Para exercer de forma organizada e eficaz o poder de dizer qual o Direito que deve ser aplicado no caso concreto, e, na lide penal, julgando e aplicando a respectiva sanção – se necessário –, o Estado-Juiz repartiu sua jurisdição (*juris, dição*) em diferentes competências ordinárias, estabelecendo regras para determinação do foro e do juízo competente.

Para melhor compreensão de o que se trata foro e juízo, institutos comuns ao direito processual civil e penal, valer-nos-emos dos ensinamentos de Fredie Didier Jr. (Vol. I, 6ª Ed., 2006, p. 114):

Foro é o local onde o juiz exerce as suas funções; é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional (lembre-se que o Estado é soberania de um povo sobre dado território). No mesmo local, conforme as leis de organização judiciária podem funcionar vários juizes com atribuições iguais ou diversas. Assim, para uma mesma causa, verifica-se primeiro qual o foro competente, depois o juízo, que é a vara, o cartório, a unidade administrativa.

Assim é que, *verbi gratia*, a competência da Justiça Comum em cada ente federado é dividida, repartida entre as diversas comarcas (foros) existentes. Para o caso da Justiça Comum baiana, segundo a Lei de Organização do Poder Judiciário daquele Estado, a delimitação territorial da cidade de Salvador corresponde a um foro, a que se chama de comarca. Em cada foro, há diferentes juízos (varas), com diferentes competências materiais. Em grandes foros, como o da capital baiana, onde a demanda ao poder judiciário é maior, há uma contumaz especialização dos diversos juízos sediados naquela comarca. Nestes casos sempre haverá varas (juízos) voltadas para certos assuntos, e que devam apenas deles tratar, de forma distinta e individualmente. Assim é que existem a 1ª Vara da Infância e Juventude, 3ª Vara Cível de Família, Sucessões e Interditos, 8ª Vara da Fazenda Pública, 2ª Vara Crimen, o 11º Juizado Especial Criminal, da Comarca de Salvador (diversos juízos de um mesmo foro, destarte).

Nesta esteira de intelecção, hão de ser adiante dirimidas as regras que conduzem certo ilícito penal para apreciação por parte de predeterminado foro, e para um juízo específico, ou gênero de juízos específicos, porquanto ao se tratar de crimes virtuais, restem elas, ao menos inicialmente, um tanto trabalhosas.

Com efeito, no sistema processual penal pátrio, o legislador ordinário entendeu por estabelecer como foro competente para a causa criminal o lugar onde a infração consumou-se (*locus delicti commissi*)¹⁹. É o que erigido no art. 70 do Código de Processo Penal.

19. TOURINHO FILHO (2006).

Uma vez que a consumação de um delito dá-se pela ocorrência dos elementos de sua definição legal, com esteio nas propriedades da Internet, é possível estabelecer-se critérios comuns a todos os crimes nela praticados para fins de aferição do lugar do delito e, assim, do foro competente.

Preliminarmente, há de se perquirir se o injusto penal investigado trata-se de crime material, formal ou de mera conduta. Crimes materiais (ou de resultado), segundo Paulo Queiroz (3ª Ed., 2006, p. 171), “são aqueles em que o tipo penal descreve um comportamento cuja consumação – entendida como completa realização dos elementos do tipo – somente ocorre com a produção do resultado nele previsto”. Cita como exemplo o homicídio (CP, art. 121) e o aborto, quando a consumação do delito implementa-se pela morte da pessoa ou do feto. É necessário, para verificação do momento e do lugar de consumação dos crimes materiais, o resultado típico que transforma o mundo material.

Diferentemente sucede com os crimes formais e de mera conduta, que englobaremos, ambos, num mesmo rol. Nos crimes formais (também chamados de consumação antecipada), o crime consoma-se com a realização da ação típica, sendo despidendo a verificação do resultado (v.g. concussão art. 116 do CP, basta que se exija a vantagem indevida). De modo similar, a consumação dos delitos de mera conduta dá-se pela ação descrita no tipo, não havendo inclusive menção a qualquer resultado (v.g. invasão de domicílio, art. 150, basta que se *entre, se permaneça*, em casa alheia, clandestina ou astuciosamente).²⁰

Retome-se, portanto, que a aferição de qual a natureza do crime virtual (material, formal ou de mera conduta) será relevante para determinação do foro porque o art. 70 do CPP determina que será competente o lugar em que houve a consumação do delito. Por isso, para os casos em que basta que se *pratique* aquela conduta típica para que se *consume* o delito (crimes formais e de mera conduta), o foro competente será aquele em que o agente ativo acessou a Internet através de um computador e veiculou na Rede o conteúdo criminoso ou empreendeu por meio desta aquela ação típica. Exemplifique-se. Se Durval resolve elaborar uma página virtual caluniando o seu síndico, e o fez através do computador de sua casa, o foro competente será aquele de sua cidade, porque os crimes contra a honra são delitos formais, consumam-se tão somente pela prática da conduta típica (*caluniar*, art. 138, no caso, *caluniar pela Internet*)²¹. Ainda que Durval caluniasse, mediante a Rede, alguém de outra cidade, como seu chefe, por exemplo, o foro competente ainda seria o da cidade de Durval, porque o crime contra a honra, por ser formal, consoma-se no lugar que foi *praticado*, e não no espaço em que foram verificados os seus resultados (no caso, na cidade de seu chefe).

20. op. cit., QUEIROZ (2006, p. 171)

21. Rezamos que aqui também se amolda o art. 241 do ECA, por se tratar de crime formal.

Neste diapasão, quando se tratar de furto mediante fraude²² pela Internet, conduta do art. 155, § 4º do CP, por tratar-se de crime material, é necessário para consumação do delito que o agente ativo aproprie-se da coisa alheia móvel (dinheiro em conta bancária) mediante fraude na Rede (por meio de um *trojan* no computador da vítima, por exemplo). A este respeito, inclusive, tem decidido o STJ (CC 86241, CC 86862) que o foro competente será aquele em que a *res furtiva* deixa de estar na posse da vítima, no local de subtração do bem. Se a conta da vítima estava na cidade A, e a do criminoso na cidade B, para onde foram transferidos os valores, o foro competente é o da primeira, porque deve ser fixada a competência para investigação e, eventual, processamento da ação penal no local onde o correntista detém a conta fraudada, no local do dano real – mormente se trate de crime material, de resultado.

Assim, de modo geral, determina-se o foro no caso de crimes praticados na Internet de acordo com a natureza do crime, ou seja, como material, formal ou de mera conduta. Se material, há de se perquirir onde o resultado típico foi produzido, já que a consumação aqui se dá pela ocorrência de modificação na realidade material. Se formal ou de mera conduta, o crime consumou-se pela prática do crime pela Internet, então há de se perquirir de que computador o criminoso teve acesso à Internet para cometimento daquele ilícito.

Superada esta etapa, é necessária a correta análise acerca de qual o juízo competente.

5.4. Juízo competente

Como já colocado, num foro há diversos juízos. Quando em determinada seção judiciária (justiça federal) ou comarca (justiça estadual) houver mais de um juízo que trate de questões penais, dois sucedâneos ganham relevo para os casos de crimes praticados na Rede: I) quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo segundo a Lei 9.099/95 II) quando um deles tornar-se preventivo no decorrer das investigações.

Com efeito, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), modificada pela Lei 11.313/2006, define, em seu art. 61, como crimes de menor potencial ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. E determina

22. Até pouco tempo predominava o entendimento de que quando se tratava de um usuário da Internet que, mantido em erro, fornecia dados bancários ao criminoso, que depois deles se valia para realizar transferências ou saques, seria tipificada tal conduta como estelionato eletrônico (art. 171 do CP). O STJ no Conflito de Competência 2007/0137098-6 rechaçou esta tese, para qualificar a conduta como furto mediante fraude (art. 155, § 4º). Acreditamos que a figura do estelionato eletrônico permanece como típica para inúmeras condutas na Internet, a exemplo de fraude a órgãos públicos, fraude para obtenção de dados de um usuário, como CPF, cartão de crédito, correlatos.

que serão competentes, absolutamente, os juízos especiais criminais para apuração destes crimes de menor potencial ofensivo. Vale dizer, estes delitos não poderiam ser apurados pela Vara crime comum, senão pelos juizados especiais.

Sucedee que o rito procedimental nos juizados especiais criminais, não oferta, no mais das vezes, condições apropriadas para o correto destrinchamento dos crimes praticados na Internet. Pela maior complexidade destes delitos, notadamente graças às dificuldades na produção de provas, não seria adequado manter em sua competência crimes tais quais os contra a honra e o de dano, provocados pela Rede.

Parece perfeitamente aplicável, para o caso, o disposto no § 2º, art. 77, da referida Lei. Lá está assinalado que: “Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei”. Tal foi o entendimento próspero do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência nº 56.786 do Distrito Federal. Vejamos a correspondente ementa.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO DO SÍTIO DA EMBAIXADA DOS EUA. POSSÍVEL CRIME DE DANO. AUTORIA DESCONHECIDA. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. COMPLEXIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O JUIZADO ESPECIAL.

1. O caso em tela não se subsume a nenhuma das hipóteses descritas nos incisos do art. 109 da Constituição Federal. Incompetência da Justiça Federal.

2. Há evidente necessidade de diligências de maior complexidade para apuração dos fatos e da autoria, providências essas que incluem, aliás, o pedido em questão de quebra de sigilo de dados. Nesse contexto, muito embora o crime de dano, por definição legal, esteja enquadrado como de menor potencial ofensivo, dada as circunstâncias, incompatíveis com os princípios que regem os Juizados Especiais, mormente o da celeridade e o da informalidade, deve o feito ser processado perante o Juízo de Direito Comum.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3.ª Vara Criminal da Circunscrição Especial de Brasília/DF.

(CC 56.786/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006 p. 256)

Igualmente, sugere-se que já possa o querelante, no caso de crimes de menor potencial ofensivo praticados na Rede, de iniciativa privada, propor a respectiva ação penal privada diretamente na distribuição correspondente aos juízos comuns (vara criminal), ou diretamente no próprio juízo, acaso só houver um no referido foro competente.

Por último, há de se analisar a seguinte situação. Como se sabe, no decorrer da *persecutio criminis*, especialmente no caso dos delitos virtuais, é necessária a

realização de diligências para as quais é imprescindível a autorização judicial. O agente policial competente, invariavelmente, pede a um juiz que ou o autorize a agir ou que determine a outrem que aja, para que se chegue ao resultado útil do processo. Na matéria sob exame, temos que a requisição da Autoridade Policial ao juiz, para que este determine ao provedor que forneça os dados de acesso relativos àquele ilícito penal, torna preventivo o juízo, dentre aqueles da mesma circunscrição territorial jurisdicional. Isto de acordo com a lógica adotada no parágrafo único do art. 75 do CPP.

Não obstante, pode ocorrer de que as investigações apontem para um outro foro, verdadeiro lugar do delito, que não aquele no qual foi instaurado o inquérito e em que ficou preventivo um juízo. V.g., Ada tem seus dados pessoais indevidamente usados por alguém na Rede, e realiza a *noticia criminis* na Autoridade Competente para esse assunto na cidade em que mora, município de Cidadela. Desta forma, o delegado identifica o provedor de conteúdo e pede a um juiz de Cidadela que solicite os logs de acesso. O pedido é distribuído entre os juízos criminais de Cidadela e o juiz X, da 3ª Vara Crime, é sorteado e assim tornado preventivo da futura ação penal que se instaurará. Expedida a ordem judicial, obtido o *log* de acesso junto ao hospedeiro, é identificado o provedor de acesso, e nova ordem é determinada, identificando-se que o acesso criminoso ocorreu na cidade de Vizinhança, perto de Cidadela. As investigações apontam para a tipificação da conduta de que Ada foi vítima como o crime de falsa identidade (art. 307), crime formal, que teria sido consumado, destarte, mediante acesso em Vizinhança, foro competente, em verdade, para a propositura da ação penal.

Soa claro que aquela prevenção não deve prevalecer, porque decorreu de uma presunção segundo a qual o juiz de Cidadela era o competente para conhecer da ação principal²³. Não é nula, também, a prova produzida, porque consubstanciada em contexto que a fazia perfeitamente legal.²⁴

6. CONCLUSÕES NECESSÁRIAS

O surgimento da criminalidade na Rede Mundial impôs ao aplicador do Direito dificuldades para lidar com uma *societas* diferente daquela a que estava habituado e, a rigor, não idealizada pelo legislador penal do século XX. Por este trabalho, viu-se perfeitamente aplicáveis as normas penais, notadamente as de processo penal, às condutas de teor ilícito praticadas pela Internet, sobretudo porque embora implementadas no mundo virtual, traduzem efeitos reais na sociedade já tutelada pelo Direito, resultados que guardam absoluta identidade com aqueles típicos, preconizados e individualizados pelo Direito Penal de Beccaria, Carrara, Roxin.

23. STJ, HC 10243, Edson Vidigal, 5ª T., un., 18.12.00

24. STF, HC81260/ES, Sepúlveda Pertence, Pl., un., 19.4.02

Não há outro caminho senão a jurisdicionalização do Estado na Rede, e aqui não se alude à legalização, que perpassa sob outros prismas. Como corolário do brocardo *ubi societas, ubi iuris*, seria impossível crer que um sistema de comunicação desenvolvido e atuado por pessoas não esteja sob o crivo social institucionalizado (o Direito). Este, como última instância reguladora da sociedade – sociedade em sentido amplo para também abarcar a sociedade eletrônica – é ínsito a toda e qualquer relação humana, seja ela travada por artifícios usuais ou contemporâneos.

Resta premente, consoante esta digressão, que o aplicador da norma penal, portanto, ao lidar com os delitos em voga, deve retirar o fino véu de anonimato e extraterritorialidade que, *a priori*, parecem residir na Rede. Não se identifica um objeto pelo que parece ser, senão pelo que de fato é. Reiterando, malgrado seja diverso o seu modo de prática, os seus resultados são previstos pela norma incriminadora e imputados como típicos. *Mutatis mutandi*, segue os moldes de qualquer conduta típica assim já conformada pela *praxis* e pela *legis* tradicional.

Por último, é preciso salutar as iniciativas de órgãos não governamentais, por todo o mundo, como a Safernet Brasil, que lutam para que esta barreira entre sociedade eletrônica e o Estado sejam vencidas. O primeiro passo a ser dado, nesta corrente, é o de demonstrar, aos agentes intervenientes, meios existentes e eficazes para dirimir a maioria dos impasses virtuais que se amontam, para, depois, galgar soluções para outros de maior remonte, como sucede em crimes de pornografia infantil, em que a falta de cooperação internacional tem dificultado a *persecutio criminis*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. *Internet. Macrocriminalidade e Jurisdição Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria. *Crimes na Internet*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet legal. O Direito na Tecnologia da Informação*. Curitiba: Ed. Juruá, 2003

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de Direito Penal Informático. Do acesso não automatizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; COMITÊ GESTOR DA INTERNET. *Crimes Cibernéticos. Manual prático de investigação*. São Paulo, 2006.

SAFERNET BRASIL. Disponível em: <www.denunciar.org.br>. Acesso em: 07 de Agosto de 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CAPÍTULO XIII

CONSELHO TUTELAR: UM AVANÇO CONTINGENCIADO PELO PODER PÚBLICO

*Bruno Gomes Bahia**
*Jaqueline Almeida Silva***

Sumário • 1. Introdução – 2. Origem – 3. Conceito – 4. Atribuições Do Conselho – 5. Deficiências – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Escrever sobre conselho tutelar significa revisitar um capítulo da nossa história recente, qual seja o da construção da democracia representativa. O conselho tutelar é, sem sombra de dúvida, mais um espaço dentro da administração direta onde há manifestação da soberania popular, propugnada pela carta magna de 88 – “todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição” (art. 1º, parágrafo único). Neste sentido, entendemos o conselho tutelar como um importante instrumento a serviço do povo, ao lado do Sufrágio Universal, da Ação Popular e de instrumentos de consulta, como o plebiscito e o referendo.

No decorrer do presente trabalho dissecaremos o seu conceito, tentando esclarecer cada expressão utilizada pelo legislador infraconstitucional, quando estabeleceu os seus contornos gerais no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/Lei nº 8.069/90). Neste sentido, esclareceremos ao leitor o significado dos seus atributos, como órgão autônomo, permanente e não jurisdicional. Destacaremos também a sua origem constitucional (art. 227, IV, CF), sem olvidar de mencionarmos o remédio adequado à sua defesa – o mandado de injunção. Passaremos, neste íterim, pelos acontecimentos e movimentos que embasaram a previsão constitucional (“segundo dispuser a legislação tutelar específica”), apontando como marco inicial as críticas dirigidas aos Juízes de menores no exercício da função tutelar.

No que toca as atribuições do conselho, analisaremos uma a uma, fazendo, sempre que possível, a confrontação entre o que estabelece o ECA no seu art. 136 e a prática cotidiana daqueles órgãos.

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

** Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Dando continuidade, demonstraremos as deficiências no exercício funcional dos conselhos tutelares. Neste sentido traremos à baila a questão da invasão da competência, os problemas que envolvem a regulamentação normativa por parte dos municípios, bem como explicitaremos as carências estruturais.

Cabe dizer que este artigo não objetiva esgotar a temática sub exame, mas endossar o esforço empreendido por militantes da área da defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

2. ORIGEM

Em 1927 instituiu-se o primeiro juízo privativo de menores, atribuindo àqueles, além da função judicial, a função tutelar. Todavia, percebeu-se, com o passar do tempo, a fragilidade no desempenhar desta última função, pois faltava algo essencial – a participação da comunidade. Destarte, a idéia dos conselhos surge diante da flagrante insuficiência da atuação dos antigos juizes de menores. Embora o primeiro Código de Menores (Dec. 17.943, de 12.10.27) previsse a instituição do Conselho de Assistência e Proteção a Menores, este era apenas um órgão auxiliar, sem autonomia, que servia apenas como facilitador das ações implementadas pelos juizes, na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Somente a partir das discussões em torno da elaboração da CF de 88 que se solidificou a idéia da implementação de conselhos autônomos, dentro dos quais fosse plenamente possível a participação da comunidade local. Dessa forma, como instâncias do Poder Público, coube-lhes, desde início, o papel de mediadores, intermediando a prestação de serviços públicos, de acordo com os anseios da população local. Assim, ao mesmo tempo em que os conselhos são um reflexo da sociedade civil, eles refletem o seu grau de participação e mobilização e serão tão eficazes e idôneos, quanto for proativa e moral a comunidade.

Foi com o objetivo, evidentemente não o único, de respaldar as discussões em torno da instituição dos conselhos que a CF de 88 em alguns dispositivos regulou a matéria. No seu art. 127, expressou a doutrina da proteção integral, responsabilizando tanto a sociedade como o estado pela tutela dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. No parágrafo 5º, do artigo supramencionado, faz-se referência à superveniência de uma legislação tutelar específica e, no art. 224, do mesmo dispositivo normativo, menciona-se diretamente a necessidade de se promover a descentralização política administrativa, bem como favorecer a participação da população, no tocante ao planejamento de diretrizes para a infância e juventude.

Por fim, vale ressaltar que a não pela regulamentação pelo município dos conselhos tutelares, pelo menos no número mínimo estabelecido pelo ECA, dá margem a impetração do mandado de injunção. Sabe-se que este remédio constitucional é utilizado sempre que houver omissão do poder público, no sentido de

dar efetividade aos comandos emanados da *lei das leis*. Assim, se a CF atribui ao legislador infraconstitucional a tarefa de complementar a legislação federal no que couber e este não a cumpre, impossibilitando o exercício dos direitos fundamentais, pode-se argüir o mandado de injunção.

3. CONCEITO

O conselho tutelar é um órgão da administração central que, no âmbito municipal, é parte do poder executivo local. Como órgão burocrático, ele atua junto à comunidade, intermediando a prestação de serviços públicos. Os seus agentes são servidores públicos *lato sensu*, dentre os quais destacamos os conselheiros (pois os demais são cedidos pelas prefeituras), que são eleitos por meio de voto facultativo pela população, que não precisa ser a local, ou ter atingido a idade mínima prevista pela Justiça Eleitoral. Cabe dizer que a ausência de obrigatoriedade não subtrai a legitimidade dos mandatários.

Isto posto, analisaremos a definição fornecida pelo ECA.

O art. 131 da lei menorista conceitua o conselho tutelar como órgão **autônomo, permanente e não jurisdicional**.

A autonomia cantada pelo estatuto, segundo Wanderlino Nogueira, não significa autonomia administrativa, ou mesmo financeira, mas autonomia funcional, ou seja, contra as decisões proferidas pelos conselhos tutelares não cabe recurso hierárquico. Aquelas só serão reavaliadas pela autoridade judiciária (controle judiciário dos atos da administração) mediante requerimento dos legítimos interessados, ou seja, daqueles que possuem legitimidade processual para tanto (ECA, art. 137). Assim, vale ressaltar que aos magistrados e aos membros do Ministério Público é vedada a interferência arbitrária no exercício funcional dos conselhos. É sabido que uma das características elementares da jurisdição é a sua inércia, ou seja, esta só age quando provocada. No que toca ao Ministério Público, tem-se que a sua atuação se limitará, a priori, à fiscalização dos conselhos, ditando-lhes recomendações. Desse modo, só haverá ação judicial por representação do *Parquet* se aqueles se negarem a cumpri-las (ECA, art. 201, parágrafo 5º, c). Wanderlino Nogueira defende ainda que a concessão de determinado grau de autonomia financeira e administrativa é possível, desde que haja previsão expressa no ECA. Entendemos que se tal concessão for feita ao arrepio da lei teremos, incontestavelmente, uma flagrante infração de um dos princípios estruturais do nosso ordenamento jurídico – o princípio da legalidade.

Permanência significa continuidade. Os conselhos tutelares não foram previstos em lei ordinária para atender a uma situação emergencial, pontual. Eles foram instituídos para salvaguardar a qualquer tempo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes “credores de direitos” (NOGUEIRA, 2006). Dessa forma, o desempenho funcional dos conselhos é reclamado a todo tempo pela comunidade, a qual deve encontrar em seu seio a satisfação mediata dos seus interesses.

Ser não jurisdicional significa, como já foi dito acima, que os conselhos não são parte do poder judiciário, nem tão pouco do legislativo. São órgãos do poder executivo, imbuídos de uma nobre função – zelar pelos direitos das nossas crianças e adolescentes. Assim, não lhes cabe instituir um contencioso judicial, ou mesmo editar leis. No máximo, permite-lhes fixar diretrizes para o seu funcionamento. A usurpação de competência do poder judiciário é infração ao princípio da separação dos poderes, embora este admita temperamento (funções atípicas).

4. ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO

Conforme já mencionamos, os conselhos tutelares foram criados pelo ECA com o escopo de regulamentar o artigo 227 da Carta Magna de 1988. As suas atribuições estão expressas no capítulo II do Título V do Estatuto Menorista e serão pormenorizadas *a posteriori*.

Ressalte-se, inicialmente, que os conselhos tutelares são verdadeiros fiscalizadores do ECA e as suas atribuições são essenciais para que aqueles órgãos possam salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes. Neste contexto, tem-se a atuação dos cinco conselheiros (eleitos pela comunidade), os quais selecionam a melhor medida de proteção para seus tutelados.

O conselho tutelar exerce as suas múltiplas atribuições em torno de onze incisos, expressos no art. 136 do ECA, a saber:

- **Inciso I “atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII”**

Neste caso, o conselho terá o encargo de assistir os menores que estejam em situação de risco, ou seja, deverá atender crianças e adolescentes que sofreram ameaça ou violação de seus direitos. Ressalte-se que haverá ameaça sempre que alguém está diante do risco iminente de ser privado de direitos legalmente protegidos. Já a violação é verificada quando esse cerceamento de direitos se concretiza. Podemos identificar essas ameaças e violações de direitos, conforme prececiona o art. 98 do próprio estatuto, quando o Estado ou a sociedade não assegura os direitos fundamentais, ou mesmo quando oferecem de forma incompleta, ou ainda quando os pais ou responsáveis deixam de auxiliar, sustentar e educar os menores. Neste sentido, a atuação do conselho tutelar pautar-se-á pelo acompanhamento e identificação das possíveis ameaças ou violações de direitos realizadas contra menores, comunicando estas situações à autoridade competente. Ademais, vale salientar, que a ocorrência de crimes não tipificados pelo ECA e que tenham o envolvimento de menores também devem ser comunicados às autoridades para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Destarte, o conselho deverá aplicar as medidas de proteção previstas no art. 101. Deste modo, deverá encaminhar o menor aos pais ou responsáveis, mediante

termo de responsabilidade (desta forma, a criança ou o adolescente retornará a esfera de proteção destes últimos), acompanhado de um documento contendo as orientações do conselho. Determina, por sua vez, o inciso II do mesmo dispositivo, como medida a ser aplicada pelo conselho, a “orientação, apoio e acompanhamento temporários”. Neste caso, o conselho terá a atribuição de complementar a ação dos pais ou dos responsáveis oferecendo, provisoriamente, serviços de assistência social às crianças e aos adolescentes.

O art. 101 determina ainda, no inciso III, que o conselho poderá assegurar matrícula e frequência escolar dos menores, quando for impossível para os pais ou responsáveis fazê-lo. Além disso, deve buscar orientar os diretores das escolas a comunicar ao próprio conselho os casos relativos a maus-tratos, faltas injustificadas, evasão escolar e repetência. Já o inciso IV dispõe que o conselho deverá incluir o adolescente, a criança e até mesmo a família em programas comunitários, como é o caso de serviços de assistência social.

Aplica-se também, como medida de proteção a ser realizada pelo conselho tutelar, conforme dispõe o inciso V, acionar os serviços de saúde, psicológico, psiquiátrico para menores em situações que exigem tratamentos especializados. O inciso VI, de igual maneira, determina que o conselho inclua em programas oficiais ou comunitários os adolescentes dependentes de substâncias entorpecentes.

O inciso VII determina, por sua vez, o encaminhamento do menor para abrigo ou entidade. Percebe-se, entretanto, que o abrigo não é uma internação, ou seja, não se objetiva privar o menor da sua liberdade, tratando-se, tão somente, de uma medida transitória, um apoio residencial. Destarte, o conselho deverá atuar também no sentido de garantir a transitoriedade do abrigo, requisitando o auxílio dos serviços de assistência social, haja vista que o direito de convivência familiar é um direito fundamental tutelado pela constituição brasileira. Ressalte-se ainda os abrigos deverão propiciar um ambiente saudável, além de incentivar o contato familiar perdido.

Por fim, mas não menos importante, o inciso VII do art. 101 prescreve como medida específica de proteção ao menor a colocação em família substituta, quando não for mais possível ao menor retornar ao seio da sua família natural.

- **Inciso II “atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII”.**

Neste caso, podemos perceber que o estatuto priorizou a família, elevando-a a uma posição de instituição basilar da sociedade brasileira. Os conselhos tutelares, neste contexto, devem, portanto, buscar fortalecer a solidariedade familiar, orientando os pais ou responsáveis neste sentido. Para tanto, deverão perseguir um trabalho educativo, justamente para auxiliar aqueles na luta pela superação das dificuldades que enfrentam.

O Estatuto Menorista, em todas as suas passagens, tenta privilegiar o convívio com a família, entendendo que é este convívio que poderá propiciar um desenvolvimento sócio-cultural completo a crianças e adolescentes. Neste sentido, o art. 129 do ECA expressa, nos incisos de I a VII, as medidas direcionadas aos pais ou responsáveis com o objetivo de manter ou reestruturar a convivência familiar. Por outro lado, os incisos VII, IX e X já demonstram ações mais drástica, mas estas hipóteses somente serão aplicadas quando não for mais possível manter a criança com seus pais ou responsáveis. Para tanto, a atuação dos conselhos tutelares se torna mais relevante, principalmente quando a hipótese verificada for de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, conforme preleciona o art.130 da mesma lei estatutária.

- **Inciso III “promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:**
 - a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança
 - b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações”.

Neste caso, o que se objetiva é promover a execução das decisões deliberadas pelos conselheiros, respeitando com isso a autonomia funcional dos conselhos. O que não se pode deixar de mencionar, entretanto, é que o cumprimento das decisões depende de outras entidades – tanto estatais como não governamentais. Contudo, se os serviços prestados por estas entidades comprometidas com programas destinados à infância e juventude apresentarem deficiências, o conselho tem a atribuição de, juntamente com o Poder Judiciário e o Ministério Público, fiscalizar e tomar as medidas necessárias, podendo ir de uma advertência até o fechamento da unidade, ou mesmo, a interdição do programa em relação às entidades governamentais.

O conselho, ao exigir que suas decisões sejam cumpridas, poderá requisitar a execução ou regularização do serviço público, fundamentando sua necessidade, por meio de correspondência oficial, recebendo o ciente do órgão executor. Neste sentido, percebe-se que os conselhos tutelares agem com autoridade e autonomia funcional, cabendo às autoridades públicas executarem os serviços exigidos. Portanto, não se pode deixar que as decisões do conselho sejam letra morta e, por isso, descumprimentos injustificados de suas deliberações devem ser representados junto à autoridade judiciária. O que se observa com isso é que o Estatuto se preocupou em proteger os direitos fundamentais da criança e dos adolescentes, sem olvidar da responsabilidade criminal para aquele que descumprem suas deliberações.

- **Inciso IV “encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente”.**

Neste caso, os conselhos Tutelares possuem a atribuição de comunicar ao Promotor de Justiça da Infância e da Juventude crimes (arts. 228 a 244) ou infrações administrativas (arts. 245 a 248) realizadas contra menores. Sendo assim, constatado a violação ou mesmo a ameaça de violação de direitos das crianças e dos adolescentes que estejam em abrigos, semi-internados ou internados, o conselho poderá aplicar a medida de advertência, sem a necessidade de encaminhamento ao magistrado ou ao membro do *Parquet*. Entretanto, se a entidade ou seus dirigentes praticarem novamente crimes de mesma natureza que os anteriores, o conselho tutelar terá a atribuição de comunicar a situação ao Ministério Público para a aplicação das medidas cabíveis que, dentre outras, poderá ir de advertência até cassação do registro em relação às entidades não-governamentais, conforme dispõe o art. 97 da Lei Menorista.

- **Inciso V “encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência”.**

Neste caso, os Conselhos Tutelares deverão guiar à Justiça da Infância e da Juventude questões litigiosas, contraditórias e contenciosas. Perceba que esta é uma das atribuições mais importantes a serem realizadas pelos conselhos, os quais com muita competência passam a realizar uma articulação diária com outras autoridades para que o menor seja melhor assistido. É nesse momento, portanto, que se coaduna a atuação do conselho com a Defensoria Pública, bem como, com o Ministério Público e entidades governamentais que se comprometeram com a causa, objetivando assim, que o menor tenha suas garantias efetivadas, conforme prevê o ECA. Ressalte-se, portanto, que é atribuição do conselho, encaminhar os adolescentes envolvidos ou supostamente envolvidos com ato infracional para a autoridade judiciária competente.

- **Inciso VI “providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional”.**

Neste caso, o conselho tutelar deverá acionar os pais, responsáveis e serviços públicos e comunitários para atendimento ao adolescente autor de ato infracional. Neste sentido, os conselhos irão buscar promover as medidas protetivas aplicadas pela justiça aos jovens infratores. Percebe-se, contudo, que estes não se restringem a assistir os menores em situação de risco, mas também prestam assistência aos jovens infratores, bem como fiscalizam se essas medidas estão sendo cumpridas conforme a lei.

- **Inciso VII “expedir notificações”.**

Neste caso, o conselho expedirá correspondência oficial para que sejam cumpridos as determinações proferidas na lei 8.069/90. Assim, os conselhos, como fiscalizadores do ECA, deverão, sempre, notificar os interessados, como os pais,

responsáveis e diretores de escolas para que sejam atendidos os ditames legais e que seja efetivada a melhor aplicação da Lei Menorista.

- **Inciso VIII “requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança quando necessário”.**

Neste caso, o conselho atua em defesa do direito fundamental do indivíduo a possuir uma certidão de nascimento. Observa-se, assim, que este inciso visa facilitar o desempenho das atribuições do próprio conselho. Contudo, o que deve ser destacado é que os conselhos tutelares possuem a atribuição de requisitar as certidões, mas em hipótese alguma poderão determinar registros, pois esta é competência da autoridade judicial.

- **Inciso IX “assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”.**

Neste caso, inicialmente, já se observa que a Lei Orçamentária municipal, estadual ou federal deverá, obrigatoriamente, prever recursos para políticas de proteção ao menor. Os conselhos tutelares, como órgão encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da infância e da juventude, analisando a situação estrutural, organizacional, não somente do próprio conselho, mas também das entidades que auxiliam na execução das medidas, devem indicar as deficiências encontradas no atendimento dos menores e suas famílias para que a autoridade executiva possa atuar devidamente.

Destarte, o Conselho Tutelar é o órgão adequado para buscar suprir deficiências ou mesmo aperfeiçoar os programas e planos destinados ao atendimento da criança e do adolescente, pois é o mesmo que sabe das necessidades referentes à população infanto-juvenil. E, neste caso, o legislador infraconstitucional está de parabéns por ter chamado os conselhos a participarem do planejamento orçamentário, no que toca a destinação de verbas aos programas destinados à infância e juventude. Por outro lado, vale ressaltar que, infelizmente, as políticas públicas desinteressadas com a causa do menor e o contingenciamento do orçamento dificultam o trabalho dos conselhos.

- **Inciso X “representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”.**

Neste caso, a ação do conselho esta em fazer representação perante a autoridade judiciária ou ao Ministério Público, em nome de pessoa que se sentir ofendida em seus direitos ou desrespeitada em seus valores éticos, morais e sociais pelo fato de a programação de televisão ou de rádio não respeitar o horário autorizado ou a classificação indicativa do Ministério da Justiça.

- **Inciso XI “representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder”.**

Neste caso, o conselho diante de situações de descumprimento do dever de assistir, criar e educar os filhos poderá representar ao Promotor de Justiça podendo, com isso, os pais perderem o poder familiar, mas lembrando que isto somente será aplicado quando forem esgotadas todas as formas de medidas e orientações cabíveis. Portanto, o Estatuto prevê como sanção aos pais que castigarem seus filhos imoderadamente, deixar em abandono ou mesmo permitir que pratiquem atos contrários a moral e aos bons costumes, a perda ou suspensão do poder familiar.

Vale ressaltar que as decisões preferidas pelos Conselhos Tutelares só podem ser revistas pelas autoridades judiciárias, conforme determina o art.137 do ECA. Neste sentido, podemos destacar que o estatuto conferiu aos conselhos a autonomia funcional, haja vista que suas decisões devem ser cumpridas, sob pena de responsabilidade criminal e somente serão sustadas por determinação da autoridade judiciária. Essa autonomia significa, portanto, que os conselhos tutelares, do ponto de vista funcional, não possuem nenhum órgão superior, o que lhes garante que suas deliberações não serão alvo de recursos hierárquicos, mas somente controle judicial de legalidade.

5. DEFICIÊNCIAS

Como qualquer outro órgão da administração direta ou indireta, os conselhos tutelares possuem deficiências. A primeira delas diz respeito a sua regulamentação normativa. O ECA estabelece que a lei orgânica do município atuará na criação dos conselhos, complementando a legislação federal no que tange ao local, dia e horário de funcionamento dos conselhos tutelares, assim como ao processo de seleção dos conselheiros (art. 134 e 139, ECA). Esta disposição atende à expressa previsão constitucional de que compete ao município “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (art. 30, II, CF). Ora, estando a cargo dos municípios delinear os contornos específicos dos conselhos tutelares, atinentes a sua circunscrição territorial, essa regulamentação é muitas vezes incompleta ou contrária às normas gerais, nacionais ou estaduais.

Somando-se a isto, verifica-se uma desestruturação que dificulta a execução da função a qual foram destinados, a saber: a garantia do exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Não raro falta pessoal técnico qualificado, infraestrutura e políticas públicas que dêem suporte ao serviço prestado pelos conselhos tutelares. Em visitas realizadas a estes órgãos, deparamo-nos com uma realidade curiosa – as crianças e adolescentes expostos que se dirigem ao conselho em busca de abrigo, por exemplo, muitas vezes não conseguem encaminhamento porque faltam casas de apoio em Salvador. Aliado a isto, as existentes estão sucateadas, não oferecendo o mínimo de identificação com um lar. Cabe então às prefeituras

viabilizarem o exercício funcional dos conselhos, dando executoriedade à política de proteção integral emanada da nossa Carta Magna.

Constata-se também uma invasão de competência por parte dos órgãos em questão, numa flagrante infração ao princípio da separação dos poderes. Segundo Wanderlino Nogueira, os conselhos tutelares têm concedido, indevidamente, autorização para viagem à crianças e adolescente, atuando também como mediador nas questões que envolvem o pagamento de pensão alimentícia, bem como na colocação de menores em famílias substitutas – todas estas ações de competência do poder judiciário. Além disso, tem-se verificado a usurpação de competência dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério Público, dos órgãos policiais e até da câmara dos vereadores. Entendemos que os conselhos devem se ater ao cumprimento restrito das atribuições previstas no ECA. Se ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, à administração pública, e, neste ínterim, os conselhos tutelares como órgãos a ela pertencentes, cabe pautar-se estritamente aos comandos legais.

Por fim, cabe destacar que os conselhos tutelares, como órgãos da administração central, não possuem autonomia administrativa e financeira, o que compromete gravemente a atuação dos mesmos, o que fica evidente quando nos deparamos com o grande contingenciamento orçamentário por eles experimentado, o que por via de consequência impede que seja suprida a deficiência estrutural e organizacional acima mencionadas.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que os conselhos tutelares exercem na sociedade brasileira uma importância fundamental. Destaca-se, neste sentido, a sua função de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, mas não podemos deixar de ressaltar também a sua função social ao atuar na base da sociedade, enfrentando e perseguindo soluções efetivas para os grandes problemas vividos pelos menores e suas famílias.

As questões em torno da infância e juventude clamam pelo interesse sócio-econômico-político do país, pois a realidade em que os conselhos atuam é extremamente precária. Destarte, a solução não está somente no aperfeiçoamento dos conselhos tutelares, mas também das demais entidades que cooperam com a causa da infância e da juventude, sem olvidar das ações estatais que possibilitem às famílias obterem condições materiais mínimas para que cumpram seu dever de cuidar de seus filhos.

A Lei 8.069/90, ao criar os conselhos tutelares, buscou instituir um órgão capaz de atuar na sociedade, no sentido de assegurar o exercício dos direitos fundamentais aos menores. No entanto, os conselhos, atuando como órgãos de conexão entre

a população e os serviços públicos voltados para os menores, enfrentam como dificuldade o contingenciamento financeiro, não produzindo, assim, uma atuação verdadeiramente eficaz.

Ficou claro para nós que os conselhos se apresentam na dogmática jurídica como órgãos da administração central com autonomia funcional, pois, embora integrantes do Poder Executivo e sem personalidade jurídica própria, possuem independência em suas funções, não sofrendo com a revisão de suas decisões para nenhuma instância.

De acordo com a própria Lei Menorista, foi conferida aos conselhos tutelares uma alçada de atribuições, que dentre outras podem ir desde o atendimento as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art.101, I a VII, como também representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder, conforme dispõe o art. 136 do ECA. Vale ressaltar, quanto a este último, que o estatuto prioriza a manutenção do convívio familiar, haja vista que ações radicais, como perda ou suspensão do poder familiar, somente devem ocorrer quando não for mais possível a aplicação de outra medida protetiva ao menor.

Portanto, entendemos que a atuação do conselho tutelar é extremamente importante para que sejam efetivadas as garantias aos direitos das crianças e dos adolescentes. Contudo, a falta de recurso para aprimorar ou suprir as deficiências estruturais, tornam os conselhos, ainda, uma realidade incipiente.

7. REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Cap. I e IV.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P.445-467.

NETO, Wanderlino Nogueira. *Garantia e defesa dos direitos humanos das crianças e adolescentes por intermédio dos conselhos tutelares no Brasil: indicativos para o aperfeiçoamento*.

Disponível em: <http://www.risolidaria.org.br/util>. Acesso em: 5 jul.2007.

CAPÍTULO XIV

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DAS LIDES ORIUNDAS DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS CONSUMERISTAS

*Claudiane Cunha da Conceição**

Sumário • 1 Introdução – 2 A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho: a abrangência do termo “relação de trabalho” – 3 A prestação de serviço consumerista como uma relação de trabalho – 4 A competência da Justiça Trabalhista para o julgamento das lides oriundas das prestações de serviços consumeristas – 5 Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 empreendeu uma verdadeira revolução no âmbito da competência da Justiça do Trabalho (JT), ampliando-a substancialmente. Deve-se saber, outrossim, que a citada mudança decorreu de uma inovação na redação do art. 114, da Carta Magna, cujo inciso I determinou a competência da Justiça Laboral para o julgamento das “ações oriundas da relação de trabalho”, quando era ela responsável apenas pela resolução dos “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”.

Este artigo cuidará, basicamente, de desvendar a importância desta alteração para o cenário jurídico nacional e, sobretudo, para os jurisdicionados (trabalhadores) que, a partir de agora, podem contar com o amparo desta Justiça, historicamente melhor equiparada para lidar com as lides trabalhistas.

Assim, é pertinente um atento estudo a respeito da ampliação ocorrida no âmbito da competência material da JT, diante do que se investigará o alcance do termo “relação de trabalho” utilizado pelo legislador, a fim de se examinar se a citada locução também abrange as lides oriundas das prestações de serviços consumeristas.

2. A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO: A ABRANGÊNCIA DO TERMO “RELAÇÃO DE TRABALHO”

Como a alteração mais substancial trazida pela Reforma do Judiciário, o alargamento da competência material da Justiça do Trabalho dimana como um

* Graduada da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

dos maiores desafios já enfrentados pela mesma, em toda a sua história. Com efeito, agora cumpre a ela dirimir não apenas as lides decorrentes dos “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, mas todas as causas envolvendo “relação de trabalho”.

Diante desta alteração, os primeiros estudos supervenientes à EC nº 45/2004 se deram no sentido de investigar o alcance da locução “relação de trabalho”, para fins de delimitação da competência juslaboral, afinal, nada mais consentâneo do que se concentrar na expressão que foi utilizada para conferir tal alargamento. De início, fixe-se que o referido termo fez importar, para o âmbito trabalhista do Judiciário, um sem número de relações fundadas no trabalho humano.

Daí porque a pertinência em caracterizar a multicitada relação, a fim de concluir, com certo grau de certeza, quais as relações que, de fato, serão, a partir da EC nº 45/2004, apreciadas pela Justiça do Trabalho.

Antes, porém, registre-se o conceito elaborado por Maurício Godinho Delgado (1999, p. 230-231), na tentativa de fixar uma definição doutrinária, a propósito da relação trabalhista:

...todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em trabalho humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível.

Para que exista realmente uma relação de trabalho, o primeiro aspecto a se respeitar é o de ser o prestador de serviços uma pessoa física. Tal exigência decorre do fato de que a relação laboral está esteada no trabalho humano, que só pode ser realizado pelo homem, enquanto pessoa natural. Deste modo, para fins da competência juslaboral, não pode ser a relação de trabalho constituída por um vínculo onde o prestador de serviço seja uma pessoa jurídica.

Não é qualquer trabalho humano, todavia, que se caracteriza como objeto da relação de trabalho, nos termos do art. 114, I, da Carta Magna. Desta forma, forçosa a distinção entre o trabalho por conta alheia e o trabalho por conta própria, contando-se, neste passo, com a notável lição de Taísa Maria Macena de Lima (2005, p. 499), que, citando Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, apresenta a referida diferença, nos seguintes termos:

Define-se o trabalho por conta alheia como aquele que se presta a outrem, a quem, em princípio, cabem os resultados e os riscos. A divisão trabalho-por-conta-própria e trabalho-por-conta-alheia esgota as categorias básicas oriundas da atividade-trabalho, para a composição de situações jurídicas.

No trabalho-por-conta-própria não se estabelece uma relação fundada no trabalho em si, mas uma situação de poder sobre a coisa, o objeto trabalhado, o resultado do trabalho como relação de trabalho real-factual. No trabalho-por-conta-alheia os

nexos jurídicos nascem no próprio trabalho, ainda que se tenham em vista os resultados da atividade em si. No primeiro caso, a relação jurídica é ulterior ao trabalho e decorre de um ato de disposição do outro ou qualquer de natureza modificadora do *ens* ou da situação da coisa concernente à pessoa que a produziu ou de que resultou acabada (ato jurídico unilateral, como abandono; negócio jurídico unilateral, como doação, ou bilateral, como o arrendamento, a troca a venda).

3. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONSUMERISTA COMO UMA RELAÇÃO DE TRABALHO

Sucede que, não obstante a amplitude natural do termo utilizado pelo legislador constitucional, alguns doutrinadores defendem a exclusão das prestações de serviços consumeristas do âmbito juslaboral, a partir do argumento de que há uma diferença abissal entre a “relação de trabalho” (do art. 114, I, CF) e a relação de consumo (art. 3º, § 2º, do CDC).

As principais idéias utilizadas, no sentido de repelirem da apreciação da Justiça do Trabalho tais relações, perpassam pelo argumento de que o Código de Defesa do Consumidor é incontestemente ao fazer a distinção entre a relação trabalhista e a relação de consumo, no seu art. 3º, § 2º. É a redação do citado dispositivo:

Art. 3º (...)

§ 2º – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, **salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.** (grifo nosso)

É preciso salientar, contudo, que a ressalva feita no artigo sobredito decorreu, unicamente, do fato de que, em 1990, quando foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), as relações envolvendo o trabalho humano se encontravam dissociadas, mormente no que pertine às competências para o julgamento das lides delas oriundas.

Em outras palavras, o trabalho subordinado estava a cargo da Justiça Laboral, o trabalho autônomo e o estatutário, sob a égide da Justiça Comum e a prestação de serviço consumerista, sob a competência das Varas Especializadas de Defesa do Consumidor (onde existissem). Da mesma forma, o direito material aplicado: CLT, para o empregado; Código Civil, para os autônomos; Lei nº 8.112/90, para os servidores públicos; e CDC, em face dos prestadores de serviço.

Sucede que esta desconexão em torno da competência se deu por mera conveniência e opção política do legislador: especializar a competência com base no direito material aplicado. A superveniência da EC nº 45/2004, porém, fez com que as relações fundadas no labor humano fossem reunidas sob a incumbência de uma única Justiça, aquela que, historicamente, sempre melhor lidou com as questões envolvendo a venda da força de trabalho de um em prol de outro. Assim, todas

foram reunidas, a partir da EC nº 45/2004, sob a égide da Justiça Especializada do Trabalho. Agora todas são, acertadamente, caracterizadas como “relação de trabalho” e identificadas a partir da natureza da relação apreciada.

...todas as ações oriundas da relação de trabalho (para muitos, relação de emprego), no que não temos como desprezar os contratos civis, consumerista ou outros contratos de atividade (quando se referirem à discussão sobre a valorização do trabalho humano), deverão ser ajuizadas, a partir da Reforma do Judiciário, na Justiça do Trabalho. (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 243)

Por fim, o desígnio do legislador, em utilizar uma expressão de significação tão alargada, como “relação de trabalho”, foi o de pura e simplesmente concentrar sob a tutela do Judiciário Trabalhista todos os trabalhadores, independentemente do direito material aplicado.

Desta forma, há de prevalecer a lição de Moyses Simão Sznifer (2005, p. 1) e é neste sentido que devem se enveredar, sob pena de incoerência com a própria Constituição Federal, as pósteras jurisprudências:

Em razão da alteração procedida no texto constitucional pela Emenda nº 45/2004, foram incluídas na competência material da Justiça do Trabalho processar e julgar as demandas que envolvam a prestação pessoal de serviços, inclusive dos serviços que estejam regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, cujas disposições deverão ser observadas pelo Juízo Trabalhista para a solução dos litígios que lhe forem submetidas.

4. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA PARA O JULGAMENTO DAS LIDES ORIUNDAS DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS CONSUMERISTAS

Inicialmente, é de se fixar que não há como negar que numa prestação de serviço, ainda que da seara consumerista, há verdadeira realização de trabalho, senão, como se executaria o serviço sem despender força laboral?

Entrementes, como observado nas linhas acima, uma parte da doutrina não se atém a este fato e, fundada numa letra de lei (art. 3º, §2º, CDC), exclui, *ab initio*, do âmbito da competência trabalhista todos os serviços prestados no mercado de consumo.

Em face disto, há autores que, no desígnio de defender a prestação de serviço consumera como relação de trabalho, terminam argumentando que, no reportado dispositivo legal, o legislador se referiu, na verdade, à relação empregatícia, de sorte que a relação de trabalho *lato sensu* estaria inclusa no conceito de serviço.

Este, todavia, não é o melhor arrazoado. Defende-se que o enfoque correto para se entender, conclusivamente, pela ampliação da competência juslaboralista e

sua abrangência às prestações de serviços da seara do consumo, é diametralmente o inverso. É que, como a alteração se deu no corpo da Constituição Federal, mais precisamente no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, a partir da novel redação conferida ao seu art. 114, a análise deve ter seu ponto de partida aí.

Assim, a questão se resume em comprovar que o serviço consumerista está consubstanciado em uma relação de trabalho, e não que a relação de trabalho seja um serviço. Afinal, não se está discutindo que as *relações de caráter trabalhista* são serviços para fins de se subsumirem ao direito material consumerista. Ao contrário, pugna-se pelo reconhecimento da *prestação de serviço consumerista* como uma relação fundada no trabalho e, portanto, merecedora das vantagens oferecidas pelo direito processual trabalhista no domínio da competência juslaboral.

De tudo, resta confirmado que a Justiça do Trabalho é a competente para as lides oriundas da relação de trabalho *lato sensu*, da qual é espécie a prestação de serviço de caráter consumerista, desde que realizado por pessoa física. Afinal, não há como separar as duas relações, já que coincidentes, distinguindo-se, porém, quanto ao direito material, o que não poderia ser mais correto e adequado.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho cuidou de ser um instrumento responsável por fomentar, ainda mais, o debate acerca da nova competência da Justiça do Trabalho para as ações oriundas das prestações de serviço consumerista. Tema este, aliás, bastante controverso.

Dedicou-se atenção à caracterização da “relação de trabalho”, nos moldes da redação do art. 114, I, da Constituição Federal, oportunidade em que se pôde ver que na relação de trabalho, para fins da competência juslaboral, o labor deve ser realizado por pessoa natural e por meio de trabalho por conta alheia.

Finalmente, o artigo se dedicou à prestação de serviço consumerista, como espécie do gênero relação de trabalho. Neste tópico, afirmou-se, destarte, a competência da Justiça do Trabalho para a apreciação dos dissídios decorrentes das relações de consumo embasadas na prestação de serviço, desde que realizadas por meio de pessoa natural como executora da atividade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Lex:** Mini Vade Mecum de direito 7 em 1. Anne Joyce Angher (org.). São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 11, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e

acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Lex:** Mini Vade Mecum de direito 7 em 1. Anne Joyce Angher (org.). São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Ltr, 1999.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O sentido e alcance da expressão “relação de trabalho” no artigo 114, inciso I, da Constituição da República (emenda constitucional nº 45, de 08.12.2004). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. A nova competência da Justiça do Trabalho – uma contribuição para compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, a. 32, n. 121, p. 233-258, janeiro-março de 2006.

SZNIFER, Moyses Simão. *Direito do Consumidor e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_setembro2005/convidados/con_3.doc>. Acesso em: 22 abr. 2007.

CAPÍTULO XV

O PARADIGMA HERMENÊUTICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

*Daniel Oitaven Pamponet Miguel**

Sumário • 1. Introdução: 1.1. Panorama histórico: 1.1.1. O período pré-revolucionário; 1.1.2. O período pós-revolução: a ascensão da lei a fonte formal por excelência – 2. O Positivismo Legalista e suas repercussões: 2.1. A Escola de Exegese; 2.2. Tentativas de reação contra o pensamento exegético – 3. O Normativismo kelseniano: 3.1. O sistema jurídico na visão de Hans Kelsen: 3.1.1. Tipos de interpretação jurídica e o desafio kelseniano – 4. Conclusões a respeito do pensamento positivista: 4.1. A Nova Hermenêutica 4.1.1. A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Panorama histórico

1.1.1. O período pré-revolucionário

O paradigma hermenêutico do Positivismo Jurídico constitui a **expressão epistemológica** do processo de positivação das normas jurídicas. Tal paradigma, fundamentado no ideal de racionalidade típico do pensamento moderno, originou-se no bojo de um contexto social de **estabilização de expectativas**, a ser consubstanciado no valor da **segurança jurídica**. Senão, vejamos.

O contexto absolutista da Europa pré-Revolução Francesa era sintetizado na autoridade do rei, detentor do poder indistinto de legislar, administrar e julgar, direta ou indiretamente. Tal autoridade monárquica justificava-se no caráter tradicional das monarquias¹, bem como na doutrina filosófica de pensadores como Maquiavel, Hobbes e Bossuet. Este último, especialmente, pregava o “direito divino dos reis”, sacralização que caracteriza o jusnaturalismo teológico². A influência do pensamento **jusnaturalista**, no entanto, viria a servir ao propósito dos revolucionários franceses. Com o intuito de agregar ao seu poder econômico um domínio

* Graduando em Direito na Universidade Federal da Bahia e monitor da disciplina Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da UFBA.

1. Tal situação enquadra-se no conceito de legitimidade tradicional, nos termos da classificação tripartite weberiana dos tipos de legitimidade.
2. Tal concepção possui como cerne a idéia de que o rei, ser divino, possui sua autoridade concedida pelo Deus maior.

político, os burgueses traçaram um projeto filosófico grandioso, de **pretensões universalistas**, fundado na racionalidade humana – o Iluminismo. Com base em pensadores como Voltaire e Montesquieu, a ideologia iluminista partia do pressuposto filosófico do jusnaturalismo racional, fundado nos padrões universalistas de igualdade, liberdade e fraternidade quando transposto para o contexto da Revolução Francesa. Mediante a pregação da igualdade, os burgueses conseguiram, pois, sair da condição de integrantes do Terceiro Estado; todos são iguais, não mais importando o aspecto tradicionalista. O princípio da Separação dos Poderes de Montesquieu bem ilustra o racionalismo vigente no período, mormente quando encarado simultaneamente como elemento fundante da sistematização da atividade estatal e como instrumento concretizador da democracia formal.

1.1.2. O período pós-revolução: a ascensão da lei à situação de fonte formal por excelência

Ocorre que, concretizada a revolução, todo aquele estouro da luta emancipatória fundado no jusnaturalismo racional deu lugar à necessidade de sedimentação da nova ordem. Passada a fase das promessas do racionalismo iluminista, na qual o **conhecimento-emancipação** afigurava-se como prevalente, era chegado o momento de quebra da tensão entre as duas contrapartes do conhecimento em favor da explosão do **conhecimento-regulação**³; a mesma racionalidade em que se fundava o projeto de libertação das amarras da tradição pré-moderna seria utilizada mediante um projeto de sistematização que institucionalizaria e perpetuaria o *status quo*, mediante uma hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental. Surge, pois, o momento de apogeu do processo de positivação, quando o Estado atrai para si o **monopólio de produção das normas jurídicas**, a serem veiculadas por fontes formais, mormente a **lei**. Por que a lei? Porque o costume, ao mesmo tempo em que não trazia a possibilidade de racionalização e procedimentalização tão caras à concretização da segurança jurídica, não proporcionava a possibilidade de atualização do direito com a mesma eficiência da lei; de acordo com as necessidades, o Estado, mediante o procedimento formal que garantiria a segurança jurídica, poderia conformar o direito à realidade.

2. O POSITIVISMO LEGALISTA E SUAS REPERCUSSÕES

2.1. A Escola de Exegese

O Código de Napoleão foi o documento utilizado para a positivação dos ideais do direito natural propostos durante a revolução. Com base em tal acontecimento,

3. Segundo o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, o projeto da Modernidade sustentava-se na tensão existente entre o conhecimento-emancipação e o conhecimento-regulação. Para maior aprofundamento sobre o tema, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*:

diz-se que **todo período jusnaturalista antecede um positivista**. Concretizado um ideal de **justiça absoluta, metafísica**, segue a necessidade de estabilizá-lo mediante um processo de **validação**. Temendo a ameaça de retorno dos absolutistas, nasce a Escola de Exegese, primeira manifestação teórica do pensamento positivista. Com base no brocardo *in claris cessat interpretatio*, os exegetas negavam a possibilidade de interpretação da lei, sob pena de afronta à segurança jurídica; numa ilusão racionalista, o pensamento da Escola de Exegese pregava a previsão da totalidade de casos possíveis de acontecer na realidade fática. De tal forma, restaria ao juiz, “a boca da lei”, a mera função de aplicar o direito silogisticamente, tendo como premissa maior a norma e premissa menor o fato, juridicizado pela incidência da hipótese normativa sobre a realidade. Não haveria, pois, juízo axiológico algum. O caráter absoluto dado à norma positivada pela Escola de Exegese originou uma idéia de que, em *ultima ratio*, ela não passaria de uma escola do direito natural, posto que se limitava a formalizar mediante a autoridade estatal, visando à concretização do valor segurança jurídica e à perpetuação do *status quo ante*, normas fundamentadas no ideal de justiça absoluta.

2.2. Tentativas de reação contra o pensamento exegetico

Com o passar do tempo, a inexorável insuficiência da Escola de Exegese passou a ser demonstrada. Ora, obviamente era impossível prever todas as possibilidades de conflitos intersubjetivos que eventualmente eclodissem, de maneira que o pensamento jusfilosófico se deparava com um novo desafio: seria possível concretizar os ideais de **unidade, coerência e completude**. O que permitiria ao direito permanecer unido, não-segmentado? Como resolver um conflito normativo? Como resolver o problema das lacunas?

Diante de tantas indagações, surgiram varias reações à Escola de Exegese, todas ainda adstritas, de alguma maneira, ao paradigma epistemológico positivista. A primeira delas, a Escola da Livre Investigação Científica, foi capitaneada por François Geny e fundava-se na tentativa de estabelecer uma relação de interdisciplinaridade entre o Direito e outras ciências. Tal vertente não teve uma acolhida muito efusiva, sendo, inclusive, frontalmente rechaçada por Kelsen, visto sua Teoria Pura do Direito pressupor a separação do Direito em relação aos outros ramos das Ciências Humanas.

A Jurisprudência dos Conceitos, de pensamento de cunho abstracionista baseado no método lógico-dedutivo, teve em Bernhard Windscheid seu maior representante, alcançando significativa expressão no Pandectismo alemão, responsável

contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1).

pela elaboração de grande parte dos conceitos clássicos de Direito Civil. Como contraponto a tal Escola, tivemos a Jurisprudência dos Interesses, a qual, focalizada no interesse dos homens sobre os bens da vida como parâmetro de normatização, constitui o substrato da Teoria Objetiva da Posse de Rudolf von Ihering.

Finalmente, mencionemos a Escola Histórica, que encontrou em Friedrich Carl von Savigny seu maior expoente e representou um papel de grande importância no contexto do processo de positivação das normas jurídicas. O Historicismo, inicialmente, pregava o costume, a *Volksgeist*, como fonte do direito, batendo frontalmente com a primazia da lei pregada pelo Positivismo. Acabou, no entanto, em seu período mais tardio, enveredando, ironicamente, pelo Positivismo⁴.

Nenhuma dessas escolas, no entanto, conseguiu sistematizar os ideais da Modernidade com tamanha precisão e complexidade quanto o Normativismo, capitaneado por Hans Kelsen.

3. O NORMATIVISMO KELSENIANO

O Normativismo reúne as principais características do paradigma do Positivismo Jurídico, quais sejam:

- veto ao juízo de valor;
- ênfase na autoridade coativa;
- negação do direito natural;
- consciência de mutabilidade do direito;
- procedimentalização;
- racionalidade cartesiana;

Percebamos que todos esses traços positivistas estão englobados na noção de **sistema**, encontrando-se em perfeita consonância com o projeto da Modernidade. A pretensão de cientificidade do Positivismo Jurídico, análoga à do Positivismo Filosófico comteano⁵, chegou ao apogeu com a Teoria Pura do Direito de Kelsen. O autor, preocupado em conferir à Ciência Jurídica uma autonomia que antes ela nunca havia alcançado devido à sua interpenetração com as outras

5. Embora o Positivismo Jurídico, em suas formas mais expressivas, caracterize-se pela adoção do método lógico-dedutivo, enquanto o Positivismo Científico adota o método empírico-indutivo, ambas as concepções constituem expoentes das pretensões iluministas de racionalização do domínio social.

*geisteswissenschaften*⁶ – realizou um corte epistemológico, visando a estudar a Ciência do Direito separadamente. Somada tal **pretensão de autonomia** à pregação da **neutralidade axiológica**, paradoxalmente um valor em si mesmo tão caro ao Positivismo, explica-se o nome de **Teoria Pura** escolhido por Kelsen para sua teoria. Faz-se importante salientar que Kelsen não negava a interferência recíproca entre o direito e as outras áreas das Ciências Humanas. A sua proposta metodológica, no entanto, pressupunha o **recorte mental** por ele efetuado em prol de sua pretensão de autonomia.

3.1. O sistema jurídico na visão de Hans Kelsen

O sistema normativo kelseniano é “**autopoietico**”; “O Direito regula sua própria criação”⁷. Kelsen estabelece uma **prevalência do aspecto dinâmico (processual)** do ordenamento jurídico sobre o seu aspecto estático (material). De tal maneira, o modelo piramidal do ordenamento jurídico consagrado por tal autor⁸ pressupõe uma relação de **fundamentação** (de baixo para cima) e **derivação** (de cima para baixo) entre as normas jurídicas; a norma hierarquicamente inferior encontra seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, da qual deriva.⁹ A autoridade competente para produzir normas jurídicas encontra sua **legitimidade na validade** de seus atos, conferida pelo próprio sistema. Podemos verificar o funcionamento de tal mecanismo mediante breve análise de uma simples situação-modelo. Senão, vejamos.

O juiz e o legislador ordinário encontram na Constituição Federal a norma procedimental que lhes confere competência para criar direito dentro de suas esferas respectivas. Tendo a Constituição previsto o direito à vida, o legislador ordinário, fundado em uma norma procedimental, pôde criar a norma de Direito Penal “não matará”, consubstanciada no dispositivo de redação “matar alguém: 6 a 20 anos”. O juiz, aplicador das normas jurídicas aos casos concretos, com base nesta última norma e em sua autoridade competente também conferida por norma procedimental constitucional pode criar a norma “condeno o réu à pena de 12 anos de prisão por matar o sujeito X”. Teríamos, pois, as normas constitucionais procedimentais e materiais na parte mais alta da pirâmide, a lei ordinária material no patamar intermediário e a sentença no nível inferior.

6. Tal seria o termo utilizado por Wilhelm Dilthey para referir-se às chamadas “ciências do espírito”, que se ocupariam do estudo dos objetos culturais, de acordo com a célebre classificação das regiões ónticas de Edmund Husserl.

7. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* – introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

8. Embora atribua-se normalmente a idealização de tal modelo a Kelsen, efetivo responsável por sua difusão, a idealização original de tal representação do sistema jurídico deve-se a seu discípulo Merckl.

9. Ob. cit.

Ocorre que, como já dito anteriormente, Kelsen privilegia o aspecto dinâmico do sistema, como já é característico do Positivismo e de seu ideal de segurança jurídica. Por conseguinte, o autor admite o *contra legem*, desde que em conformidade com o sistema. Reportando-se mais uma vez à situação descrita acima, se o juiz inocentasse o réu e o caso chegasse à última instância recursal sem haver modificação da sentença, a norma de decisão configurar-se-ia como definitivamente válida, com base na autoridade do órgão competente para julgar o recurso definitivo. Tal precedente constitui o que Kelsen chama de “norma de habilitação”.

3.1.1. Tipos de interpretação jurídica e o desafio kelseniano

Para tratar da pretensão de neutralidade axiológica em Kelsen, é necessário diferenciar os tipos de interpretação que ele apresenta em sua obra. O primeiro deles seria a **interpretação do senso comum**, realizada pelos destinatários das normas jurídicas. Qualquer indivíduo, do mendigo ao milionário, realiza inúmeras interpretações de normas jurídicas ao longo de sua experiência de vida. Tal interpretação cotidiana constitui um pressuposto para a obediência à prescrição normativa (como poderia o sujeito, mediante sua conduta, respeitar as prescrições normativas sem entender o que elas determinam?). Segundo Kelsen, tal tipo de interpretação não tem maior importância prática, já que, além de não criar direito, não representa elemento construtor do conhecimento jurídico.¹⁰

Deixando a interpretação do senso comum, realizada pelo destinatário da norma, um pouco de lado, visto não apresentar maior relevância no que concerne à discussão da situação do valor no âmbito da interpretação jurídica, tratemos da distinção realizada pelo autor entre a **interpretação científica ou não-autêntica e a interpretação autêntica**.

A interpretação doutrinária é aquela realizada pelo cientista do Direito, o qual se limita a **descrever** as possibilidades de aplicação de uma norma jurídica, contidas em sua moldura; é a atividade doutrinária por excelência, consistente em um **conhecer não-vinculativo** (posto não ter autoridade conferida pelo sistema para criar direito) e **axiologicamente neutro**¹¹. Por sua vez, a interpretação autêntica,

10. Peter Häberle, autor cujo trabalho insere-se no contexto do paradigma neoconstitucionalista, critica tal concepção. O direito, para Häberle, deve ser interpretado com base na Constituição, e esta deve ser interpretada, por sua vez, em consonância com as interpretações populares, informais (interpretação *lata*, na linguagem do autor, em oposição à interpretação estrita, formal, dos órgãos oficiais). Tal alargamento do círculo de intérpretes da constituição acaba por configurar a interpretação do destinatário da norma como sustentáculo social, visto constituir a **licitude como padrão dominante** e contribuir para a máxima efetividade dos diplomas constitucionais. A influência de tal concepção na evolução dos ordenamentos jurídicos pode ser constatada na figura do *amicus curiae*.

11. Sendo mero ato de conhecimento realizado por estudiosos desprovidos de autoridade decisória, a interpretação doutrinária configura-se essencialmente como não-vinculante. Baseado em tal

realizada imprescindivelmente por um sujeito investido de competência para tanto – donde ser **vinculante** (cria direito) –, consiste na escolha, mediante um ato de vontade, de uma dentre as referidas possibilidades de aplicação da norma.

A interpretação científica constitui típico **ato de conhecimento**, desprovido de carga axiológica; o doutrinador não deve emitir opinião sobre qual das possibilidades deve ser aplicada, a menos que o faça manifestamente, sob pena de se comportar tal qual um advogado que argumenta valorativamente, apenas pretensamente realizando atividade científica.¹² Utilizando-se da interpretação doutrinária, a Ciência Jurídica, nos moldes da Teoria Pura do Direito, realiza-se; saber neutro, afastado dos elementos sociais e políticos à sua volta, (pretensamente) estranhos ao Direito.

A interpretação autêntica é **ato volitivo**; tendo como substrato a autoridade que lhe foi formalmente outorgada pelo sistema jurídico estruturado pelo Estado, o intérprete, para fins de suprir a **insuficiência do método**¹³, realiza um ato de vontade dotado de carga decisória.

É mediante a interpretação autêntica que se desenvolve o caráter dinâmico do sistema jurídico kelseniano; para que a relação de fundamentação e derivação entre as normas hierarquizadas configure-se no caso concreto, é necessário que o órgão estatal realize a interpretação das normas hierarquicamente superiores, as quais fundamentam formalmente sua competência e materialmente o próprio exercício desta, consubstanciado na criação de direito. Tal momento criativo consiste em escolher volitivamente qual dos conteúdos possíveis de serem extraídos da **fonte formal** deve ser aplicado. A autoridade competente, pois, cria direito com base em seus valores; é o chamado **momento ametódico**.

Conforme explica Tércio Sampaio, tal é o momento em que o autor enfrenta seu grande **desafio (kelseniano)**, qual seja, salvar a coerência de sua teoria (como pode a Dogmática Jurídica, tecnológica da decisão, pretensamente isenta de cargas axiológicas, aceitar que essa mesma decisão, seu objetivo último, seja desprovida de objetividade e segurança?).¹⁴ E ele consegue, posto que a decisão

concepção, Miguel Reale recusa à doutrina a condição de fonte do direito. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

12. Tal consideração sobre a atividade advocatícia é exposta pelo próprio Kelsen ao tratar da interpretação jurídica. Ob. cit
13. Kelsen considera que o método não permite o estabelecimento de critérios avaliativos a serem utilizados na escolha de qual dos conteúdos deve preencher a moldura no caso concreto. Segundo o autor, é possível ao intérprete autêntico utilizar-se do método científico até o momento em que extrai da moldura normativa os diversos conteúdos idôneos a preenchê-la. A partir deste ponto, a interpretação autêntica diferencia-se da doutrinária, visto que a decisão sobre qual das possibilidades normativas será aplicada ao caso concreto não pode ser encontrada metodologicamente, donde resulta seu caráter essencialmente volitivo.
14. Ob.cit.

do aplicador continua, em *ultima ratio*, fundada na competência atribuída pelo sistema à autoridade. Caracteriza-se, assim, a **matriz positivista do pensamento de Kelsen**: o direito é um ato de vontade; a norma, posta pelo homem dotado de autoridade, é dotada de coercibilidade.

Nesse momento, Kelsen aproxima-se de Herbert Hart, que considera o aspecto formal da norma uma “**janela normativa**”, a qual deve ser preenchida de acordo com a **discricionariedade**¹⁵ do aplicador. Tal discricionariedade também implica valoração, único meio de suprir a **vagueza** característica da linguagem; a norma possui uma margem de **indeterminação**¹⁶. Nesse ponto, Kelsen, que considera a moldura um “**marco de possibilidades**”, chega a indicar que o legislador, não raramente, elabora a norma de forma intencionalmente vaga, com o fim de conferir a seu aplicador maiores possibilidades de aplicação.

4. CONCLUSÕES A RESPEITO DO PENSAMENTO NORMATIVISTA

Ao compreender o direito como ato de vontade, o Normativismo, em consonância com seu corte epistemológico, desconsidera a aferição do valor justiça. Seu parâmetro de legitimidade é a **validade formal**; estando o intérprete dotado de autoridade competente conferida pelo sistema jurídico, suas decisões configurar-se-ão como válidas. A Dogmática Jurídica característica do Positivismo toma como valor intrínseco a **decidibilidade dos conflitos**, e não o caráter justo ou injusto das decisões.

Ocorre que, malgrado a criação de **ficções metodológicas** como o legislador racional, a dicotomia vontade da lei-vontade do legislador e os chamados métodos clássicos de interpretação (sistemático, teleológico, etc...), a dificuldade de aplicação das normas implica grande margem de segurança quanto às decisões tomadas volitivamente, mormente nos denominados *hard cases*. O Normativismo, pois, encontrou respostas, embora não definitivas, para os problemas da unidade¹⁷, da coerência e da completude¹⁸, mas abdicou da busca de um meio idôneo a afastar a subjetividade do intérprete característica do momento ametódico.

15. A noção de discricionariedade, idealizada pela doutrina francesa, consiste, conforme o pensamento administrativista brasileiro dominante, em um “juízo de conveniência e oportunidade” a ser realizado por uma autoridade competente para o cumprimento de uma dada função. Em certas situações, as autoridades estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias, não estarão plenamente adstritas a uma regra superior que fosse capaz de tolher qualquer margem de flexibilidade em sua atuação.

16. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.

17. Segundo Orlando Gomes, tal é um dos dois momentos em que Kelsen admite a invasão da moral e da política no sistema jurídico, sendo o outro o supramencionado “momento ametódico”. GOMES, Orlando. **Marx e Kelsen**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.

18. A questão da unidade do ordenamento jurídico foi solucionada por Kelsen mediante a adoção do postulado gnoseológico da *grundnorm* (norma hipotético-fundamental). A exigência de coerência,

4.1. A Nova Hermenêutica

Como reação à abnegação normativista consubstanciada no momento amedonhado, surgiu, pois, a Nova Hermenêutica, que adota a combinação entre **justiça e objetividade** como padrão de legitimidade. Tal movimento foi deflagrado por Ronald Dworkin, o qual substituiu a lógica formal positivista pela **racionalidade material de valorações**. O direito, segundo Dworkin, deve ser aplicado em respeito à sua **Integridade** histórica por um “**juiz Hércules**”, qual seja, aquele que busca a decisão correta com base nos valores constituídos pela comunidade jurídica.¹⁹ Tal aplicação se dá numa relação de **densificação**²⁰ dos princípios para o caso concreto mediante as regras, comandos que direcionam em forma de hipótese normativa os valores consubstanciados nos princípios²¹⁻²².

4.1.1. A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador

A dicotomia vontade da lei-vontade do legislador constitui objeto de uma discussão que, assim como as questões do legislador racional e dos métodos de interpretação, só é considerada relevante dentro do paradigma do Positivismo Jurídico. O surgimento da Nova Hermenêutica, a qual, com Dworkin, atribui grande relevância aos outrora “desprezados” princípios (espúrias invasões da moral no

por sua vez, tornou-se vencível com o advento dos critérios de resolução hierárquico, especial e temporal. A completude, por sua vez, é afastada pela possibilidade de que a lacuna material seja preenchida pelo aplicador investido de autoridade competente e, se necessário, posteriormente habilitada.

19. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

20. Diz-se, pois, que o caminho percorrido dos princípios às regras consubstancia uma “redução de complexidade”, termo utilizado posteriormente, embora em outro contexto e partindo de pressupostos diversos, por Niklas Luhmann.

21. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

22. A clássica teoria dos princípios e regras adota três critérios básicos de diferenciação entre tais espécies normativas. O primeiro deles, qual seja, o do caráter hipotético-condicional, considera que as regras são formuladas mediante a previsão de uma *fattispecie*, cuja incidência sobre um fato concreto implica sua juridicização e a correspondente consequência jurídica, enquanto os princípios funcionam como vetores axiológicos da aplicação de tais regras ao caso concreto, numa relação de densificação. Os outros dois critérios – modo final de aplicação e conflito normativo – interpenetram-se, constituindo o fundamento da distinção forte entre regras e princípios defendida por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Tal raciocínio baseia-se na premissa de que as regras são aplicadas mediante subsunção – de onde ocorre a idéia de aplicação *all-or-nothing* –, e não por ponderação, como ocorre com os princípios. De tal maneira, a aplicação principiológica pressupõe uma dimensão de peso a ser determinada em face do caso concreto, donde decorre o entendimento de que o conflito entre normas de tais espécies resolve-se no plano da eficácia e mediante uma relação de prevalência, e não *prima facie*, no plano da validade, como, via de regra, acontece com as regras, resultando na exclusão de uma delas do ordenamento jurídico. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

direito, segundo Kelsen), extingue a necessidade de se buscar a vontade da lei ou do legislador como “fórmula” de resolução de conflitos, especialmente no tocante às decisões em *hard cases*. Tal necessidade, pois, só subsiste enquanto não se admite a regra como mediação entre os princípios e o caso concreto. A conformação entre princípios resolve, pois, melhor um caso concreto do que a busca de “atas de reuniões do legislador histórico” ou da “vontade consubstanciada na lei” (como se o ente objeto da interpretação constituísse um ser autônomo), sendo mais idônea à realização da pretensão de decidibilidade de conflitos consubstanciada no sistema jurídico, segundo os ditames da Dogmática Jurídica.

Cabe, no entanto, explicar melhor a referida dicotomia. Os defensores da visão de que o objetivo da interpretação é encontrar a vontade do legislador (*mens legislatoris*) acreditam que a proximidade entre o legislador histórico e o momento da criação da lei permite uma maior fidelidade ao objetivo de sua criação por parte do intérprete que “descubra” essa vontade. Os defensores da vontade da lei (*mens legis*), por sua vez, retrucam com a afirmação de que a mutabilidade social deve ser acompanhada por mudanças no sentido da interpretação, as quais devem ser concretizadas mediante a ação da jurisprudência, que deve se voltar para o “fim consubstanciado no texto da lei” (conformação entre os métodos de interpretação literal e teleológica), sob pena de “**engessamento**” do direito. Os subjetivistas, pois, tendem ao conservadorismo, posto que sobrepõem a vontade de um indivíduo ou colegiado num dado momento histórico às necessidades sociais, modificadas constantemente. Partindo do paradigma positivista, parece mais adequado o pensamento objetivista, visto ao menos representar uma tentativa de conformar o direito à realidade social e ao momento histórico de sua aplicação, objetivando interpretar conforme a esfera de faticidade. Tal ficção, no entanto, configura-se como insuficiente no tocante à resolução de conflitos, visto padecer do mesmo problema identificado por Kelsen quanto aos métodos de interpretação: não há método idôneo a orientar o intérprete quanto à decisão de qual das possibilidades normativas extraídas da moldura deve ser aplicada ao caso concreto.

A decisão, segundo a Hermenêutica dos Princípios, dar-se-á mediante um processo de **densificação** a ser conduzido pelo intérprete, no qual se percorre o caminho das normas mais abertas (constitucionais) ao caso concreto. Assim, esgota-se a importância da discussão entre a vontade da lei e a vontade do legislador, visto os princípios proporcionarem parâmetros mais amplos (e, portanto, mais afastados do logicismo e da pretensa exatidão positivista) de interpretação das regras, conferindo ao intérprete uma maior margem de maleabilidade na resolução dos *hard cases* do que tal construção positivista, outrora colocada em voga visando a combater o problema da completude do ordenamento jurídico.

O pensamento de Dworkin, longe de alcançar uma resposta definitiva para os problemas do direito, foi seguido e confrontado pelo de muitos outros jurisfilósofos, incluindo o de Lühmann, neopositivista que revive o caráter autopoiético do

pensamento kelseniano dentro da necessidade de estabilização de expectativas. Com o advento da Escola Analítica, pois, podemos concluir que o Positivismo, longe de morrer, ainda está em voga; seu reinado absoluto dos tempos modernos, no entanto, se esvaiu.

5. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.
- GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito – introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 4, ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006*
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005. (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 1).

CAPÍTULO XVI

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: ANÁLISE CRÍTICA

*Devapi Souza Sampaio**

*Rafael de Souza Figueiredo***

“Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto” (Norberto Bobbio).

Sumário • 1. Aspectos Introdutórios – 2. Capacidade de Consentimento: Legislação Comparada – 3. Natureza Jurídica do Consentimento do Ofendido – 4. Critérios Definidores da Capacidade de consentir; 4.1. Critério Ético; 4.2. Critério Subjetivo – 5. Conclusões.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O poder punitivo estatal está intrinsecamente relacionado com o conflito existente entre a autonomia e projeção da liberdade do indivíduo e as expectativas da coletividade. Conforme preleciona Costa Andrade¹, “é por demais conhecido o significado da tensão entre ‘a paixão da liberdade’ e a ‘paixão de ordem’”. Frise-se, no entanto, que é necessário haver equilíbrio entre tais impulsos, sob pena de desembocarmos no autoritarismo ou, diametralmente, na anarquia.

Neste sentido, a repressão penal somente encontrará seu equilíbrio quando limitada pelo princípio da subsidiariedade. É dizer, o Direito Penal deve ser a última dentre todas as medidas a serem consideradas, tutelando unicamente os bens jurídicos mais caros à sociedade². O consentimento do ofendido insere-se neste contexto como importante fator de preservação da intervenção mínima, tornando desnecessário o controle penal de determinadas condutas que, “a priori”, seriam puníveis.

Constitui-se, o consentimento do ofendido, em manifestação válida do titular do bem jurídico, que, voluntariamente, renuncia à proteção penal do bem, submetendo-o a risco ou sacrifício. A doutrina majoritária distingue entre o consentimento

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

** Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

1. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 30.
2. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

que exclui a tipicidade (acordo) e o que funciona como causa suprallegal de exclusão da antijuridicidade. Todavia, parece-nos mais acertado o entendimento de Roxin, para quem o consentimento do titular do bem jurídico afasta a tipicidade. Cirino dos Santos, explicitando a opinião do mestre alemão, aduz:

O *consentimento real* do ofendido, no caso de bem jurídico disponível, tem eficácia excludente da tipicidade da ação, porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício de liberdade constitucional³.

Diante de tal posicionamento, entendemos ser irrelevante a distinção entre consentimento e acordo, existindo apenas o consentimento do titular do bem jurídico, cuja consequência é a exclusão da tipicidade.

O consentimento, para ser válido e eficaz, deve observar alguns requisitos: a) disponibilidade do bem; b) consciência do consentimento por parte do agente; c) a aquiescência necessita ser prévia ou concomitante; d) o agente deve atuar nos limites do consentimento; e) o titular do bem deve ser capaz de consentir⁴.

É acerca deste último requisito, capacidade de consentir, que tratará o presente trabalho. Questão duvidosa é a que visa definir um critério para aferir essa capacidade. Tradicionalmente, a doutrina nacional utiliza um critério etário, sustentando que é capaz de consentir o maior de 18 anos, em analogia com a imputabilidade penal ou com a capacidade civil.⁵

Data venia, ousamos divergir de tais posicionamentos. Entendemos, na esteira de Juarez Tavares⁶ e Wessels⁷, que não se deve estabelecer critérios estáticos, sendo aferível a capacidade única e exclusivamente quando do exame do caso concreto. Mostraremos, outrossim, que referidas posições doutrinárias são, em verdade, construções em *malam partem*, vedadas pelo nosso ordenamento jurídico.

2. CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO: LEGISLAÇÃO COMPARADA

É inegável a importância do estudo do direito comparado como método de investigação e compreensão do direito. Nos dizeres de Zaffaroni e Batista: “É fácil

-
2. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.35.
 3. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p.263.
 4. Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral*, v. I, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.402.
 5. Neste sentido, JESUS, E. Damásio. *Direito Penal (parte geral)*. 26ª ed., v.I, São Paulo: Saraiva, 2003, p.403. e PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.138.
 6. TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Revista da Faculdade de Direito da Ufpr, Curitiba, 1969. Disponível em <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acessado em: 13 jun. 2007.
 7. WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 78-79.

comprovar não haver sistemas que sejam construídos sem receber influências de outros, estruturados para outros países”⁸

Nada obstante a importância do consentimento do ofendido, são raros os Códigos Penais que tratam desse instituto em suas partes gerais, sendo tarefa ainda mais árdua encontrar dispositivos normativos que especifiquem a capacidade de consentir. Como lembra Costa Andrade, “a maioria das codificações limita-se a algumas normas esparsas na Parte Especial, regulando apenas aspectos parcelares do consentimento”⁹.

A análise das partes gerais das diversas codificações penais alienígenas, no que se refere à capacidade de consentimento, conduz-nos a uma divisão em três categorias. Na primeira, encontram-se os Códigos que regulamentam o consentimento do ofendido e estabelecem um critério definidor para a capacidade de consentir. Enquadra-se nesta delimitação, v.g., o Código Penal Espanhol, que preceitua, *in verbis*:

Art. 155 – En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. *No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz* (grifo nosso).

Bem assim, o Código Penal Português:

Art. 38.º – Consentimento.

“1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

“2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

“3. *O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta* (grifo nosso).

Em um segundo grupo estão aqueles Códigos que tratam apenas de aspectos gerais do consentimento, sendo omissos no que diz respeito à definição da capacidade de consentir. Citamos, a título exemplificativo, o Código Penal alemão:

-
8. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; p.189.
 9. ANDRADE, op. cit., p.11.

§ 228: Quem efetua uma lesão pessoal com o consentimento do lesionado, então só atua antijuridicamente quando o fato, apesar do consentimento, vá de encontro aos bons costumes.

Da mesma forma, o Código Penal italiano, no seu art. 50: “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor.”. Lembramos também os Códigos Penais mexicano, colombiano, uruguaio e costarricense.

Num terceiro grupo, por fim, reúnem-se os que nada estabelecem a respeito da matéria. Inserem-se nesta categoria a grande maioria das codificações, inclusive a brasileira. Destarte, no Brasil, coube à doutrina a regulamentação do instituto do consentimento do ofendido, tratando de seus principais aspectos, inclusive da capacidade de consentir.

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Antes de analisarmos os critérios comumente utilizados pela doutrina para definir a capacidade de consentir, faz-se necessário, preliminarmente, discutir a questão da natureza jurídica do consentimento do ofendido. Isto porque só com a clara ciência dessa natureza é que se poderá inferir quais critérios e regras devem disciplinar a definição de referida capacidade.

Feuerbach, um dos primeiros autores a tratar com profundidade do tema, entendia que a natureza jurídica do consentimento resultava necessariamente da natureza jurídica do crime, é dizer: “perspectivado o crime como atentado a uma expressão da liberdade, o consentimento só poderia releva da dimensão positivada da mesma liberdade”. Neste sentido, para o jurista alemão, “enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito”¹⁰. A despeito da inquestionável importância deste conceito para a dogmática penal – contribuindo para o debate acerca da natureza jurídica do consentimento – ele não mais deve ser adotado, porquanto considera crime como uma violação de direito subjetivo de outrem, ótica ultrapassada na teoria do delito desde o triunfo da idéia de bem jurídico¹¹.

A teoria do negócio jurídico, de Zitelmann, confere uma natureza negocial ao consentimento, funcionando como um negócio jurídico privado. Nos dizeres de Pierangeli: “a sua essência está em garantir ao consenciente o cumprimento da conduta”¹². Ressalta ainda o penalista brasileiro, desconstruindo essa teoria,

10. PIERANGELI, op. cit., p.73.

11. Ver mais em ANDRADE, op. cit., p. 51.

12. PIERANGELI, op. cit., p.74.

que “não é possível se falar em negócio jurídico válido no campo penal, vez que o direito a cumprir-se seria manifestamente ilícito.”¹³

Outro jurista que se debruçou verticalmente sobre o tema foi Mezger. Tratando de seu entendimento, são elucidativos os ensinamentos de Tavares:

(...) o consentimento constituir-se-ia no exemplo clássico da exclusão do injusto com base no princípio da ausência de interesse. Sua verificação só caberia com a pressuposta existência de abandono do bem.¹⁴

Crítica-se esse argumento por apoiar-se na idéia de que o injusto representa lesão de interesse, e não lesão a um bem jurídico – contrariando o entendimento quase pacífico na dogmática penal contemporânea.

Para nós, a melhor doutrina é aquela que considera que o consentimento do ofendido “constitui causa de exclusão de tipicidade e consiste na renúncia à *proteção penal* de bens jurídicos disponíveis”¹⁵ (destaque nosso). Esclarecedoras são as palavras de Tavares:

Há ocasiões em que o bem atacado renuncia à proteção da norma, constituindo uma situação anormal. Essa situação arrasta consigo a norma, fazendo-a retroceder, pois já não interessa a ela proteger o bem, tendo em vista o critério de valor de uma situação normal!¹⁶

Diante do exposto, resulta claro que a capacidade de consentir deve ser analisada sob o prisma do direito penal, adotando-se a idéia de crime como lesão a bem jurídico e afastando-se os preceitos de direito privado.

4. CRITÉRIOS DEFINIDORES DA CAPACIDADE DE CONSENTIR

Conforme demonstrado anteriormente (cap. 2), a maioria das legislações nada estabelece acerca do consentimento do ofendido e os seus requisitos. Por esta razão, em grande parte dos países coube à doutrina construir os critérios definidores da capacidade de consentir. No Brasil, costuma-se divergir entre dois principais critérios. O primeiro, defendido por Pierangeli, Damásio, Marques, estabelece uma idade a partir da qual se adquire a capacidade. Já o segundo, defendido por Cirino, Tavares, propugna a abolição de qualquer idade-limite que autorize “o titular do bem jurídico na sua disposição, devendo o juiz, caso a caso, valorar o grau de capacidade material do consenciente”¹⁷.

13. PIERANGELI, op. cit., p. 75.

14. TAVARES, op. cit., p. 262-263.

15. SANTOS, op. cit., p. 262.

16. TAVARES, op. cit., p. 263.

17. PIERANGELI, op. cit., p. 137.

4.1. Critério Etário

Fazendo uma interpretação analógica com a idade fixada no Código Penal brasileiro para a imputabilidade penal, Pierangeli sustenta:

Resulta, portanto, meridianamente claro, que o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27). Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal a partir dos 18 anos. Mas, não a adquire tão-somente o imputado, mas, também, o consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica.¹⁸

De forma semelhante, Damásio de Jesus:

(...) é necessário que a vontade seja expressa por quem já atingiu a capacidade penal, aos 18 anos de idade, não eivada de qualquer causa que lhe retire o caráter de validade por doença mental, erro, dolo ou violência.¹⁹

Com a devida licença, cumpre sublinhar que tais posicionamentos incorrem em dois graves equívocos, sendo o primeiro de ordem formal e o segundo de ordem material.

No que concerne à forma, a defesa de que a capacidade para consentir deve ser a mesma da imputabilidade esbarra em uma norma básica do direito penal: a vedação absoluta da analogia em *malam partem*. Ora, o legislador em momento algum estabeleceu um *quantum* definidor da capacidade. Admiti-la, portanto, como sendo 18 anos, baseado tão-somente em uma analogia, é insuficiente para condenar o ofensor do bem jurídico “invalidamente” renunciado, tendo em vista que isso configuraria – no caso concreto – uma analogia em desfavor do réu.

Em relação ao aspecto material, a princípio parece não haver equívoco algum em se utilizar, na definição da capacidade de consentir, o mesmo parâmetro utilizado para delimitar a imputabilidade penal (capacidade de culpabilidade), já que ambas partem da mesma realidade ôntica, é dizer, ambos exigem que o agente compreenda o sentido e as conseqüências de seus atos.

Todavia, após uma análise mais aprofundada destes institutos, nota-se que eles diferenciam-se essencialmente no que tange à sua função na teoria do delito. É que enquanto a imputabilidade funciona como pressuposto de punição, o consentimento do ofendido é concebido justamente para evitar a punição. A imputabilidade, por conta disto, exige um critério fixo, bem delimitado, em

18. PIERANGELI, op. cit., p.138.

19. JESUS, op. cit., p. 403.

homenagem à segurança do cidadão face às arbitrariedades do Estado. Assim, na determinação da imputabilidade torna-se compreensível a utilização de um critério estático (etário). O mesmo não se diz em relação ao consentimento do ofendido. Este instituto se presta a afastar a punição, não demanda, portanto, um critério definidor tão rígido, sendo mais razoável optar-se pela análise do caso concreto, cujas vantagens iremos explicitar no tópico seguinte.

Por tudo quanto exposto, consideramos o critério etário inidôneo para determinar a capacidade de consentir.

4.2. Critério Subjetivo

Com argúcia mestre, Tavares, em um dos mais brilhantes trabalhos publicados no Brasil sobre o tema, ensina-nos:

Só possui eficácia o consentimento dado por agente capaz. Essa capacidade deve ser inferida do caso concreto, independentemente do grau de imputabilidade, bem como das regras do Direito Privado.²⁰

No mesmo sentido, Cirino dos Santos:

A capacidade de consentimento depende da capacidade *concreta* de compreensão ou de juízo do titular do bem jurídico afetado, determinável como questão de fato independentemente da idade do portador do bem jurídico ou do critério civilístico de capacidade relativa²¹.

Este critério se nos parece muito mais adequado, porquanto, ao reservar a análise da capacidade ao caso concreto, leva em consideração as vicissitudes da vida e as idiosincrasias do homem, não ignorando o caráter dinâmico da realidade social. Revela-se, portanto, muito mais próximo de um Direito Penal marcado pela idéia de subsidiariedade e orientado por perspectivas político-criminais constitucionalizadas.

Por fim, vale transcrever, literalmente, Wessels:

[...] o consenciente deve ser capaz de consentir, isto é, capaz, segundo sua maturidade psíquica e moral, de reconhecer o significado e o alcance da renúncia ao bem jurídico e de julgá-lo justamente (...) Não se exige para isto uma determinada idade (...) Decisivo é somente que tenha abarcado inteiramente, segundo sua maturidade de entendimento e capacidade de julgamento, a essência, o alcance e os efeitos da intervenção afetadora de seus interesses.

20. TAVARES, op. cit., p. 262-263.

21. SANTOS, op. cit., p. 262.

5. CONCLUSÕES

Finalizando a presente investigação, podemos chegar às seguintes conclusões:

- a) O consentimento do ofendido reveste-se de grande importância na moderna teoria do delito, ao tornar atípicas condutas que seriam inicialmente puníveis. Coaduna-se, desta forma, a uma moderna concepção de Direito Penal, caracterizado por uma proteção subsidiária e norteado por perspectivas de política criminal.
- b) São raras as codificações estrangeiras que regulamentam o consentimento do ofendido. No Brasil, onde também ocorre esta omissão, coube à doutrina construir as regras aplicáveis a referido instituto.
- c) No pertinente à natureza jurídica, é o consentimento do ofendido causa de exclusão de tipicidade, consistindo na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis.
- d) Deve-se, tendo em vista sua natureza jurídica do consentimento, repudiar a utilização de preceitos privados na delimitação da capacidade de consentir.
- e) Incorre em erro a doutrina que estabelece um critério etário, baseado em analogia com a imputabilidade penal e capacidade civil, para determinar a capacidade de consentir, pelos motivos seguintes:
 - I) Essa posição doutrinária viola o princípio que veda a analogia em *malam partem* em matéria penal;
 - II) Confunde, ainda, dois institutos díspares no que toca à sua função na teoria do delito, exigindo da delimitação da capacidade de consentir a mesma rigidez utilizada na definição da imputabilidade.
- f) O critério a ser seguido na definição da capacidade de consentir deve ser aquele que aponta que o juiz deve valorar o grau de capacidade do consentiente caso a caso.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. 10 ed., v.1, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- GRECO, ROGÉRIO. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- JESUS, E. Damásio. *Direito Penal (parte geral)*. 26 ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 24 ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1986.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, 5 ed., v.I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no direito penal*. Revista da Faculdade de Direito da Ufpr, Curitiba, 1969. Disponível em <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7163/5114>>. Acesso em: 13/06/2007.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal – Parte Geral*. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

CAPÍTULO XVII

ASPECTOS CONTROVERTIDOS A RESPEITO DA CLÁUSULA VEDATÓRIA DE ABERTURA DE FILIAL EM CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*

*Ermiro Ferreira Neto**

Sumário • 1. Introdução – 2. Contrato de *shopping center*. Conceito. Características – 3. A mínima regulamentação e a necessária incidência das regras da Teoria Geral dos Contratos – 4. Cláusulas vedatórias de abertura de filiais: 4.1. A proibição de constituição de filial; 4.2. A proibição de constituição de filial nas redondezas do *shopping center*; 4.3. A proibição de constituição de filial em *shopping center* concorrente – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O correr do século XX foi marcante para a evolução e aperfeiçoamento da Teoria Geral dos Contratos, mormente no que tange a mitigação dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Tal movimento encontrou guarida, sem dúvida alguma, no legislador brasileiro, o qual, imbuído de uma forte tendência trazida com o dirigismo contratual, trouxe para o ordenamento jurídico nacional uma série de diplomas legais que visam tutelar em parte as relações negociais e proteger a parte hipossuficiente, a exemplo da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações) e do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura)¹.

Nada obstante a forte tendência dirigista, os contratos de cessão de uso de espaço em estabelecimento de *shopping center* ou simplesmente contratos de *shopping centers*² foram contemplados com apenas duas normas regulamentadoras presentes na Lei nº 8.245/91 (art. 52, § 2º e art. 54), o que, tendo em vista as especificidades desse tipo de operação comercial, abre espaço para abusos de toda sorte, onde, na grande maioria das vezes, o lojista é sempre a figura prejudicada.

Com efeito, tal é o panorama constatado na maioria desses contratos. Como será oportunamente frisado adiante, os contratos de *shopping center* revestem-se

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 6º semestre.

1. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, vol.3, 30. ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.
2. A denominação desse tipo de contrato nunca encontrou uniformidade na doutrina. Apenas a título de exemplo, tal figura contratual já foi chamada de *contrato de estabelecimento* (Alfredo Buzaid), *contrato de centro comercial* (Villaça Azevedo) ou simplesmente de *contrato de locação* (Caio Mário).

de uma característica comum fundamental: a extrema importância do planejamento e da padronização do *mix* de lojas, de forma a atrair a público alvo para o estabelecimento. Sob esse ponto de vista, a maioria de empreendimentos desse tipo faz constar em contrato a vedação imposta aos lojistas de não abrirem filiais de lojas estabelecidas no *shopping center* no entorno do estabelecimento. O fundamento é que a não abertura de loja filial no entorno do empreendimento seria uma necessidade, uma forma de concentrar clientes apenas no interior do *shopping center*, possibilitando que a clientela consuma também os produtos de outros lojistas.

Por sua vez, aparentemente, tal cláusula viola os preceitos da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, Constituição Federal) e da livre concorrência (art. 170, inciso IV, Constituição Federal), princípios relativos à ordem econômica, claramente agasalhados pela Carta Magna brasileira, mas, no particular, retirados do lojista por uma cláusula em contrato de adesão, como o são a maioria dos contratos de *shopping center*.

O presente artigo tem por finalidade discutir tal questão relativa à cláusula vedatória de abertura de filiais de lojas estabelecidas em *shopping center*, abordando aspectos constitucionais e características específicas dessa figura contratual, visando, ao final estabelecer parâmetros para a análise da matéria no caso concreto.

2. CONTRATO DE *SHOPPING CENTER*. CONCEITO. CARACTERÍSTICAS

Os empreendimentos denominados *shopping centers* começam a despontar no cenário do mercado varejista de bens como uma evolução natural dos níveis de tecnologia, interação e planejamento das operações de compra e venda no mercado de consumo. Assim, na segunda metade do século XX, dentre outras formas de comércio mais sofisticadas, como os serviços de venda por telefone, por canais de televisão ou mesmo, mais recentemente, pela *internet*, nascem os *shopping centers*.

Nesse sentido, Lima Filho: “as mudanças nos padrões do sistema varejista podem ser consideradas como uma resposta a um novo conjunto de variáveis tais como a interação entre os compradores e comerciantes, novos níveis de avanços econômicos e tecnológicos. Os *shopping centers* são a maior conseqüência desses fatos”.³

Verri, traça o caminho que conduz a esses vastos centros de compras planejados para otimizar as operações de fornecimento de bens e serviços, listando como exemplos da caminhada de consolidação as lojas de departamento, os macromercados, as galerias de lojas e os centros de compra elitizados, todos ainda, porém,

3. LIMA FILHO, Alberto de Oliveira. *Shopping Centers – EUS vs. Brasil: uma análise mercadológica comparativa*, 1971, p.16.

sem “um nível complexo de organização”, o que só se verifica nesta “estrutura inovadora”, baseada em “diversos fatores”. Todos portanto, estariam em estágio inferior ao alcançado pelo empreendimento de *shopping center*⁴.

Tais são os pressupostos para que se chegue a um conceito sobre os estabelecimentos *shopping centers*: organização e planejamento.

Com efeito, tal é a definição a que chegam Kotler e Armstrong ao afirmarem ser tal tipo de empreendimento “um grupo de negócios de varejo planejado, desenvolvido e administrado como uma unidade”⁵.

Complementando o conceito anterior, a ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Centers – define o empreendimento de seus associados como “*um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários*”⁶.

Ao se criar um empreendimento desse tipo, deve-se ter em vista duas partes integrantes do contrato: de um lado, o lojista e do outro, o organizador ou administrador do *shopping center*. Trata-se de contrato bilateral que, em detida síntese, desenrola-se por meio de dois aspectos fundamentais:

- a) aspecto imobiliário – considerando-se o espaço físico, o *shopping center* é considerado como um imóvel posto à locação. Assim, o primeiro aspecto desse contrato é a locação, por parte do lojista, de determinado espaço dentro do *shopping center*, com a finalidade de montar um estabelecimento comercial.
- b) aspecto logístico/administrativo – o administrador do *shopping center*, por sua vez, como contraprestação, oferece ao lojista um ambiente de negócios extremamente favorável ao consumo, criado e permanentemente administrado através de pesquisas mercadológicas, campanhas de marketing voltadas para o público alvo do estabelecimento e o contínuo controle

4. MAMEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23.

5. *Apud* MEIRA, Paulo Ricardo dos Santos. *Shopping center e o comportamento do consumidor: a satisfação das necessidades humanas nos templos de consumo*, 1996, p.49.

6. *Apud* VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping Centers: aspectos jurídicos e origem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 21.

da atividade comercial dentro do empreendimento, de modo a evitar a concorrência interna e a maximizar vendas e lucros de todos os lojistas. Há aqui a chamada gerência científica do estabelecimento, que por sua vez tende a tornar ainda mais complexas as funções da administração, introduzindo pesquisas de mercado e outras novidades desconhecidas do pequeno capitalista.

Desse aspecto logístico/administrativo, desponta a figura do *tenant mix*, ou simplesmente *mix* de lojas, que vem a ser exatamente o resultado do planejamento e do estabelecimento do público alvo, concretizado no conjunto de estabelecimentos que fazem parte do *shopping center*, organizado em lojas-âncora e lojas-satélite, de modo a achar o ponto de equilíbrio entre concorrência interna e convergência de clientela.

A natureza dúbia desse tipo de contrato ensejou grande discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do contrato de *shopping center*, tendo ilustres autores se posicionado nessa questão.

Basicamente, haviam duas correntes. A primeira, cujo principal defensor era o Prof. Orlando Gomes, defendia que o contrato de *shopping center* tratava-se de um contrato atípico misto, no que era acompanhado por Alfredo Buzaid e Álvaro Villaça; a segunda, capitaneada pelo Prof. Caio Mário, por sua vez, asseverava ter tal contrato natureza de locação, com cláusulas atípicas.⁷

No entanto, parece-nos que tal discussão tornou-se inócua. Atualmente, a opinião mais correta é a do Professor Gladston Mamede, ao afirmar que a Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações) ao tratar expressamente, ainda que em apenas dois artigos, acerca da locação comercial em *shopping centers*, acabou com as dúvidas ainda existentes sobre a natureza jurídica desse contrato, no que tange o seu aspecto imobiliário; ao contrário, a ausência de menção legislativa quanto ao aspecto logístico/administrativo, atesta o caráter atípico dessa parte do contrato.⁸

-
7. DRAGO, Guilherme Araujo. *O negócio jurídico de shopping center como contrato misto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 209, 31 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4780>>. Acesso em: 09 fev. 2007. Notícia o autor um curioso debate a respeito do tema: “Não deixa de ser curioso notar que esta discussão medrou sobretudo no Brasil e em Portugal. Lemke, acusa Antunes Varela, grande amigo de Orlando Gomes, de disseminar em sua terra a tese do ilustre professor baiano, acusando este último de se deixar influenciar por um parecer dado a um grande empresário interessado em fazer um shopping, mas que não admitia a ação renovatória. Cita Jorge Pinto Furtado, também professor de Coimbra, que em seu livro sobre o assunto, editado em 1996, fala ser inexistente em outros países posições conhecidas diferentes daquelas pela locação, remetendo-nos para Raol D’Heucqueville, Jean Derruppé, Saint –Allary e Michel Pédamon na França ao tempo em que afirma ocorrer o mesmo nos Estados Unidos.”
 8. “E, assim, vulnerável aos setores que estavam preocupados com a regulamentação dos *shopping centers* sobre o seu aspecto exclusivamente imobiliário, o Congresso Nacional brasileiro cuidou de abordar a questão no âmbito da Lei do Inquilinato (Lei 8.245 de 18.10.1991).

De fato, a compreensão da existência dos dois aspectos ressaltados do contrato de *shopping center* é fundamental para a exata compreensão desse negócio jurídico. Veja-se, por exemplo, a questão do pagamento do aluguel, onde comumente estabelece-se o pagamento de um valor fixo, somado a um valor calculado com base no percentual de vendas (*res esperata*). Tal característica, anteriormente entendido pela doutrina como fator que levava todo o contrato para campo da atipicidade, hoje deve ser entendido como uma remuneração dupla para cada um dos aspectos destacados. O aluguel fixo relaciona-se com a relação locatícia entabulada entre as partes, enquanto o “aluguel percentual” objetiva remunerar o empreendedor/administrador por sua iniciativa e atuação mercadológica.

3. A MÍNIMA REGULAMENTAÇÃO E A NECESSÁRIA INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Assentadas as bases acerca da definição e das principais características do contrato de *shopping center*, tem-se certo que, tendo em vista a natureza dúplice deste negócio jurídico – aspecto imobiliário e aspecto logístico/administrativo – existe uma clara lacuna legislativa no que tange à regulamentação da atividade dos organizadores deste tipo de empreendimento (atipicidade contratual), nada obstante admita-se que a Lei de Locações trouxe uma mínima regulação apenas relativa à natureza locatícia.

De fato, tal orientação foi inclusive albergada pelo referido diploma legal, consoante redação do art. 54, ao asseverar de forma clara que “nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”.

Com efeito, o substrato técnico para a orientação prevista na Lei nº 8.245/91 reside no princípio da autonomia das partes e da obrigatória vinculação das partes ao contrato (*pacta sunt servanda*), tendo por base o brocardo de Direito Privado que prevê a licitude de qualquer conduta não reputada como ilegal pela lei. Assim, não existindo norma que impeça a adoção de determinada conduta pelas partes de um contrato, a elas é absolutamente lícito estipularem o que bem entenderem, obrigando-se a adimplirem o quanto firmado, desde que respeitada a função social do contrato e a boa-fé entre as partes.

Dessa forma, foram expressa e especificamente pacificadas as dúvidas em relação a tais empreendimentos sob o ponto de vista imobiliário; o aspecto logístico, entretanto, no qual o *shopping center* apresenta-se como um serviço oferecido a consumidores-comerciantes, não obteve tratamento específico, devendo ser resolvido pelas regras gerais do Direito (...). MA-MEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39.

Contudo, nas relações entre o organizador de *shopping center* e os lojistas, Cerveira Filho adverte que “sob o manto da palavra ‘atípico’ se praticam os maiores abusos em matéria de locação em *shopping*. Essa expressão bem traduz a voracidade e concentração de poder nas mãos dos empreendedores”.⁹

Pois bem. Ao contrário do que pode parecer, no entanto, frise-se que a atipicidade do contrato relativamente ao seu aspecto logístico/administrativo não pode servir como uma autorização legal para que os empreendedores desse tipo de estabelecimento, sempre em posição de superioridade econômica em relação aos lojistas, possam cometer toda sorte de práticas abusivas. Independentemente de existência ou não de regulamentação legal do contrato, todo negócio jurídico apenas pode ser concebido se estiver em consonância com as normas gerais dos contratos.

Nesse sentido, afirma Lôbo que “a norma criada pelo contrato não tem vida própria, não tem força obrigatória em si mesma. Apenas pode ser concebida em conjunção com a norma geral. Dessa forma, a norma ou ordem criadas pelo contrato seriam, pois, uma norma ou uma ordem de grau inferior à norma ou ordem que instituiria o contrato, como procedimento criador de normas jurídicas”.¹⁰

Assim, tem-se certo que contratos de *shopping center*, nada obstante a Lei de Locações aparentemente tenha privilegiado a observância pura e simples das normas convencionadas entre as partes, devem sempre ser interpretados à luz das normas da Teoria Geral dos Contratos, inseridas na legislação infraconstitucional, bem como das regras traçadas pela Constituição Federal.

4. CLÁUSULAS VEDATÓRIAS DE ABERTURA DE FILIAIS

Conforme apontado anteriormente, a organização e o planejamento do *tenant mix* do empreendimento de *shopping center*, através de pesquisas mercadológicas e do uso de alta tecnologia de marketing, é característica essencial para a formação do contrato objeto do presente artigo.

Assim é que, tendo em vista a organização do empreendimento no que tange aspectos como a proibição de competição autofágica, centralização do público alvo dentro do estabelecimento, manutenção de um ambiente saudável de concorrência interna, entre outros fatores, é inerente a este negócio jurídico o fato de que o lojista abre mão de parcela de sua liberdade de gestão à frente de seu negócio, a fim de que o administrador do *shopping center* possa compor da melhor maneira o *mix*, de forma a maximizar os lucros do empreendimento.

9. CERVEIRA FILHO, Mário. *Shopping Centers: direitos dos lojistas* – 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p.17

10. *Apud* MAMEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 47.

Dessa forma é que se tornou extremamente comum a inserção nesse tipo de contrato de cláusula que proíba o lojista de abrir filial de sua loja estabelecida no *shopping center*. Tal medida justifica-se por força da necessidade de organização do empreendimento, buscando evitar a dispersão de consumidores entre as filiais de determinada loja, possibilitando que o consumidor alvo de uma loja X, possa, ao visitar o *shopping center* onde está instalada sua loja, adquirir produtos de outras lojas, criando uma cadeia de consumo que visa aumentar as vendas de todo o conjunto de lojas.

O Professor Gladston Mamede descreve a existência dessas cláusulas, afirmando que “é comum preverem os contratos de *shopping center* uma proibição de que o lojista constitua ou mantenha filial de sua empresa, ou uma outra empresa congênera ou similar, nas redondezas do *shopping*. Alguns contratos chegam a estender essa proibição aos sócios e diretores da empresa locatária”.¹¹

Em verdade, tal regra inserida nos contratos não deve ser analisada genericamente. Veja-se que a proibição, conforme a própria descrição de Mamede, aponta a existência de diversas espécies de cláusulas: a proibição de constituição de filial e a proibição de constituição de filial nas redondezas do *shopping center*.

Outrossim, além destas espécies de cláusulas, existem outras, como a proibição de abertura de filial em estabelecimento de *shopping center* concorrente. Como adiantado, a análise da legalidade de tais regras merece o exame separado, com o objetivo de se criar parâmetros para a apreciação de cada cláusula nos casos concretos.

4.1. A proibição de constituição de filial

A primeira espécie busca pura e simplesmente proibir que o lojista que se estabelece em um *shopping center* possa abrir uma filial de sua loja, obrigando-o a permanecer apenas com aquele estabelecimento empresarial. Tal regra, sob a ótica das normas gerais de Direito, é válida?

Evidentemente que não.

De fato, tal cláusula viola preceitos constitucionais, de ordem pública, não existindo qualquer razoabilidade na vedação absoluta do direito do lojista em abrir filiais de sua loja originária, reinvestindo seus lucros e adaptando-se ao crescimento de sua atividade comercial.

Trata-se do primado do direito à livre iniciativa erigido à qualidade de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV, art. 170, *caput*,

11. MAMEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 109.

Constituição Federal)¹². Como direito fundamental, a livre iniciativa é irrenunciável, de modo que não é possível que um instrumento particular possa retirar de qualquer pessoa o direito de, querendo, constituir filial de estabelecimento empresarial com a finalidade de explorar atividade comercial.

Ademais, veja-se ainda que tal espécie de cláusula vedatória não se presta para atingir a finalidade de sua inserção em contrato de *shopping center*, haja vista que a constituição ou manutenção de loja filial, por exemplo, em mercado diferente daquele que busca o *shopping center* atingir, não interfere de forma alguma na organização do *mix* de lojas. Da mesma forma ocorre quando a filial visa o mesmo público alvo do *shopping*, mas foi instalada a uma distância razoável do empreendimento, de forma a captar consumidores de outras localidades.

4.2. A proibição de constituição de filial nas redondezas do *shopping center*

Aqui, fala-se de proibição em razão da distância entre o empreendimento de *shopping center* e a loja filial. Ao contrário do quanto declinado quando da análise da espécie anterior, acreditamos ser perfeitamente possível a inserção de tal cláusula.

Com efeito, há razoabilidade em tal limitação à atuação do lojista, tendo em vista a necessidade de organização de um *tenant mix* que alcance sucesso na atração de consumidores. A se autorizar a abertura de filiais das mesmas lojas instaladas no *shopping center* nas redondezas do empreendimento, estar-se-ia perdendo a sinergia que caracteriza o fundamento do sucesso desse tipo de operação, haja vista que não haveria atrativos para que os clientes da região onde está o estabelecimento concentrassem a compra de produtos e serviços dentro do *shopping*.

A contrario sensu, não existe prejuízo à livre iniciativa, haja vista que tal direito foi contemplado com a abertura da loja dentro do *shopping center* e a adesão ao contrato de prestação de serviços logísticos/administrativos por parte do organizador do empreendimento. Observe-se que o lojista pode abrir filiais onde bem entender, contudo abdica do direito de fazer isso nas cercanias do *shopping*, como forma de apenas se beneficiar disso.

Contudo, registre-se, tal não é a opinião de Mamede, que afirma que “tais cláusulas são inconstitucionais, já que cerceiam o direito de agir economicamente

12. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

Art. 170. 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 (...)”

com liberdade e, simultaneamente, pretendem constituir mecanismo que impeça a concorrência”.¹³

4.3. A proibição de constituição de filial em *shopping center* concorrente

A terceira espécie proíbe a abertura de filial em outro estabelecimento de *shopping center*, concorrente do empreendimento onde está instalada a loja, independentemente da distância entre os estabelecimentos.

Utilizando-se os parâmetros montados para o exame da legalidade das primeiras duas espécies de cláusulas vedatórias, tem-se que a mera proibição de abertura de filial, sem razoabilidade e sem se ancorar na distância entre a filial e o *shopping center* é, *de per si*, uma regra que fere a livre iniciativa garantida constitucionalmente.

De fato, é oportuno frisar a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau sobre a definição do princípio da livre iniciativa: “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico);
 - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;
 - a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência;
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.¹⁴

13. MAMEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111.

14. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10. ed, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 204.

Tomando por base o rol de significados que o princípio da livre iniciativa pode abranger, tem-se certo que as cláusulas vedatórias de abertura de filial em contratos de *shopping center* restringem a faculdade dos lojistas de explorarem sua atividade econômica. Tal vedação é extremamente temerária, quando mais se ocorrer por meio de contrato de adesão firmado entre dois particulares, dando ao organizador do *shopping* um poder (de limitar a livre iniciativa) que nem a Constituição deu ao Poder Público.

Entretanto, nesta terceira espécie de cláusula vedatória, parece claro que a conduta do administrador de *shopping center* que insere esse tipo de imposição no contrato, para além de violar um direito do lojista, atinge o empreendimento concorrente, que ficará privado de contratar com lojas já estabelecidas no primeiro *shopping*.

Tal conduta, diga-se desde logo, é repudiada pelo ordenamento jurídico nacional, conforme prevê o art. 170, inc. IV da Constituição Federal, ao garantir a livre concorrência como princípio da ordem econômica do Brasil, bem como, conforme visto, fere de morte, mais uma vez, a livre iniciativa, porquanto tal expressão abarca também a liberdade de concorrência.

A fim de garantir o devido respeito à livre concorrência, a Lei nº 8.884/94 deu amplos poderes de investigação e julgamento de possíveis atos de infração à ordem econômica ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao tempo em que “tipificou” uma série de condutas, rotulando-as como agressivas à ordem econômica.

De modo que, a conduta do administrador de *shopping center* que busca prejudicar seus concorrentes através da proibição de que seus lojistas abram filiais nesses empreendimentos enquadra-se perfeitamente nas condutas tipificadas no art. 20, inc. I, bem como art. 21, inc. V.

5. CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que, tendo em vista as características extremamente específicas do contrato de *shopping center*, mormente no que toca sua natureza dúplice, com forte traço de locação no seu aspecto imobiliário e de natureza ainda atípica no seu aspecto logístico/administrativo, a interpretação de suas cláusulas, na ausência de uma mínima regulamentação legal, deve ser feita com base em princípios garantidos constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio, bem como nas regras da Teoria Geral dos Contratos.

Sob esse enfoque devem ser traçadas as balizas para o exame de cláusulas que proíbam o lojista que instalou sua loja em um empreendimento de *shopping center* de abrir filiais de seu estabelecimento empresarial.

Assim é que, caso essa regra inserida em contrato tenha razoabilidade e vise tão somente o benefício do lojista em conjunto com a maximização do volume de vendas do *shopping center*, não há óbice para sua adoção, a exemplo do tipo de cláusula que vede a abertura de filial nas cercanias do *shopping center*.

No entanto, tal não ocorre quando tal proibição não encontra guarida nas regras constitucionais referentes à ordem econômica, vez que é defeso ao administrador de *shopping center* violar o princípio da livre iniciativa e o da livre concorrência, podendo o mesmo ser punido por infração à ordem econômica, na forma da Lei nº 8.884/94.

6. REFERÊNCIAS

- ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (org.). “Shopping Center” Aspectos Jurídicos. 1ª edição, São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1984.
- CERVEIRA FILHO, Mário. *Shopping Centers: direitos dos lojistas* – 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol. 1.*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DRAGO, Guilherme Araujo. *O negócio jurídico de shopping center como contrato misto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 209, 31 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4780>>. Acesso em: 09 fev. 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10. ed, São Paulo: Malheiros, 2005.
- LIMA FILHO, Alberto de Oliveira. *Shopping Centers – EUS vs. Brasil: uma análise mercadológica comparativa*, 1971.
- MAMEDE, Gladston. *Contrato de Locação em Shopping Center*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, vol.3, 30. ed, São Paulo: Saraiva, 2004.
- VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping Centers: aspectos jurídicos e origem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAPÍTULO XVIII

FOUCAULT: ENTRE O PODER E O DIREITO

*Felipe Jacques Silva**

Sumário • 1. As Bases do Pensamento de Foucault: 1.2. Os Métodos: Arqueológico e Genealógico; 1.3. As Relações de Poder: 1.3.1. O Poder-Saber; 1.3.2. A Microfísica do Poder; 1.3.3. O Contrapoder; 1.3.4. Os Dispositivos Disciplinares; 2. Questionamentos sobre a existência das verdades universais e do “humanismo” – 3. A Normalização – 4. Os Dispositivos Jurídicos segundo Foucault: 4.1. A Lei; 4.2. A Revolução; 4.3. O Crime; 4.4. A Pena; 4.5. A Transição Paradigmática da Justiça Criminal; 4.6. As Ciências Extrajurídicas – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

“No pensamento e na análise política ainda não cortaram a cabeça do rei” (Michel Foucault).

É, no mínimo, curiosa a relação que estabelece o título desse trabalho, visto que Michel Foucault (1926-1984) nunca se deteve a estabelecer um conceito, muito menos, uma teoria, seja sobre o poder ou o direito. Entretanto, muitos intérpretes legam-no esta produção, principalmente, no que tange ao poder.

O próprio filósofo, na obra *O Sujeito e o Poder*, refuta essa idéia, ao afirmar que o objetivo de seu trabalho – desde o início da década de sessenta, a partir do momento em que escreveu suas obras mais consagradas – “não foi analisar o fenômeno do poder nem elaborar os fundamentos de tal análise”¹. Apesar disto, pedimos a vênia para discordar do ilustre pensador no que se refere à produção de uma analítica do poder e, por via reflexa, da ciência jurídica através de seus dispositivos. Sabido que seus estudos são marcados pela inter-relação dos objetos centrais com sua forma peculiar de apreciação do poder.

A referência a um estudo indireto dá-se pelo fato da rejeição às teorias jurídicas do poder, ou melhor, à concepção de lei ou Estado, enquanto encarnação do poder. Pois, veremos que este nada tem de negativo ou de personificado na abordagem foucaultiana, antes imaterial, difuso e operacionalizável, o que nos basta saber por hora.

Malgrado, ressalte-se que a formulação do modo especial de abordagem do poder e do direito, que se invoca em Foucault, tem suas origens na substituição do

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA (CEPEJ). O presente trabalho inscreve-se no programa de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), ano 2006-2007, sob orientação do Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes. E-mail: felipejacques@yahoo.com.br.

1. FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o Poder*. In RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. P.231.

rei absoluto e de sua lei que a tudo sancionava, durante os séculos XVII e XVIII, pelo surgimento das instituições disciplinares e seus dispositivos.

Portanto, são os dispositivos jurídicos e não o direito *per se*, que aqui se relacionará com o poder desvendado por Foucault. Mas para isso, faz-se mister compreender as premissas de seu pensamento.

1. AS BASES DO PENSAMENTO DE FOUCAULT

Poder, saber, instituições, dispositivos jurídicos ou não, “humanismo”, verdades universais, enfim, muitos dos objetos desse estudo passarão a ser vistos com outros olhos a partir desta leitura. Com os olhos de quem viu, ao mesmo tempo, além e na contramão de seu tempo, daquele que nos parece muito mais mal compreendido do que bem criticado, portanto, damos às vezes para Foucault, sem, entretanto, nos deixar cegar pelo encantamento de seu discurso.

1.2. Os métodos: arqueológico e genealógico

A metodologia utilizada por Foucault para prover sua argumentação é extremamente peculiar, não há uma cronologia histórica, assim, dados, fatos e textos circulam sobre uma atmosfera atemporal, buscando que o leitor adquira uma forma especial de pensar. Esta ausência de sincronia e linearidade histórica, somada à busca de desvendar como os saberes aparecem e se transformam a partir de uma análise histórico-política pontual é a denominada “arqueologia”². Esta que abarca as formas de pensamento necessárias, inconscientes e anônimas³, conhecidas como “epistemes”. Logo, indispensáveis para o entendimento das obras do autor, visto que são um *a priori histórico* que:

[...] num dado período delimita na totalidade da experiência um campo do saber, define o modo de ser dos objetos que aparecem naquele campo, apresenta modelos teóricos à percepção cotidiana do homem e define as condições em que ele pode sustentar um discurso sobre coisas que são reconhecidas como verdadeiras⁴.

Assim, além de conter vários campos do saber, a “episteme” também envolve diferentes épocas do pensamento ocidental, que são “desenterrados”, dando prossecução à composição do modelo arqueológico⁵.

2. DE SÁ, Raquel Stela. *A Arqueologia: como os saberes aparecem e se transformam*.

3. MERQUIOR, J.G. *Michel Foucault ou o Nilismo de Cátedra*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985. p.50

4. Idem, *Ibidem*, p.50.

5. Idem, *Ibidem*, p.51.

Foucault funda, portanto, um novo método analítico, uma vez que suas “epistemes”, principal forma de organização textual e construção argumentativa, provêm de fatos marginalizados, não difundidos, destarte ocultados, e muitas vezes tidos como mito. Discursos únicos e que deixaram obscurecida a história por estarem limitados a poucos – alguns membros do clero, da nobreza e da burguesia até o século XIX, e um número pequeno de pesquisadores na modernidade –, muitas vezes impossibilitados de relatarem a existência desse conhecimento. No entanto, este não foi o posicionamento de Foucault em um panorama geral, já que grande parte de sua retórica advém de bibliotecas restritas, algumas até da realeza européia, e arquivos esquecidos, que acumulam séculos de uma história não contada.

Deste modo, além de isolar a análise do fato em “epistemes”, é constante a utilização desses arquivos para estabelecer liames com o presente, uma investigação que ele denomina de “genealogia” (temporal). Método através do qual acontece:

O acoplamento do conhecimento com as memórias locais, que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais (...). Trata-se de ativar saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados, contra a instância teórica unitária que pretende depurá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro, em nome de uma ciência detida por alguns⁶.

Malgrado, qual seria a diferença entre “arqueologia” e “genealogia” (temporal)? Para alguns autores, como o excêntrico filósofo contemporâneo de Foucault, Gilles Deleuze:

A arqueologia e a genealogia são igualmente uma genealogia. A arqueologia não é necessariamente o passado. Há uma arqueologia do presente; de certa maneira ela está sempre no presente⁷.

Segundo ele, os arquivos que são objetos da arqueologia sempre se relacionam a uma contribuição no presente. Entretanto, não adotamos este posicionamento, utilizando neste estudo, a idéia de conceitos diferentes entre as modalidades metodológicas. Destarte concebe-se arqueologia como camadas distintas de conhecimento com sua peculiaridade temporal, que nada tem de imediato com o presente. Por exemplo, as “epistemes” que são retratadas no início da obra *Vigiar e Punir*, uma suscita o minucioso suplício de um parricida em meados do século XVIII, e a outra descreve os horários das atividades diárias na “Casa dos jovens detentos em Paris” no final do mesmo século. Mas ambas as leituras não remetem diretamente ao presente, servindo de ilustração para um aprimoramento do saber sobre a época, o que não impede, doravante, um embasamento para se discutir o presente.

6. FOUCAULT, M., *Microfísica do Poder*.p. 171.

7. DELEUZE, G., *Conversações*, p. 120.

Construção diversa se verifica na genealogia, que necessariamente reporta-se a um fato presente. Pois ela atua no passado com “vetores” que vinculam os acontecimentos relatados à atualidade. Pode-se evidenciar, então, que a genealogia se origina de uma arqueologia, enquanto sistema de discursos históricos dispostos em camadas, mas nunca na sua aplicação manifestada por um fato isolado. Exemplificativamente, argüi-se o nexa estabelecido por Foucault para explicar a crescente utilização das penas de prisão no ocidente, retratando uma crítica de seu processo paradigmático, assim:

(...) se eu traí meu país, sou preso; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio⁸.

Visto isso, sintetizamos nessa passagem as duas formas essenciais do método de apreciação foucaultiano. Entretanto, além da *genealogia temporal*, que foi abordada supra, ainda suscita-se a *genealogia do poder*, que, por entendermos se confundir com o próprio pensamento do filósofo na analítica do poder, reportar-nos-emos a esta no próximo tópico.

1.3. As relações de poder

Há uma necessidade, neste ponto, de analisarmos os objetos separadamente, na ordem, o poder e, posteriormente, a relação, para daí chegarmos a nosso escopo, a *relação de poder*.

Como já suscitado, não é nosso objetivo conceituar o *poder*, tampouco recorrer aos conceitos já existentes, que por sinal são intensamente combatidos por Foucault. Mais que isso, serão apresentadas as características desse ente, que para o pensador, extrapola as barreiras do reducionismo conceitual.

Seguindo os critérios, magistralmente, adotados por Thamy Pogrebinshi⁹; assim caracterizamos o poder foucaultiano:

- a) *Positividade* – a grande maioria das teorias que tentaram conceituar o poder acabou por descrevê-lo como um ente negativo, de força, repressão ou dominação, em alguns casos, visando apenas à depreciação do corpo social como um todo. Enfim, são múltiplos os exemplos que podem ser elencados nesta linha, a saber, o Marxismo, a Teoria de Nietzsche, e a Teoria de Reich.

Foucault, então, incumbiu-se de refutar estes posicionamentos, afirmando a necessidade, e a própria indissociação do poder nas relações em sociedade.

8. Ch. Chabroud, *Archives Parlementaires*, t. XXVI, p. 618 *apud* FOUCAULT, M.. *Vigiar e Punir. Op. Cit.* p. 97.

9. Mestre em Direito pela PUC/RJ e Doutora em Ciências Políticas pela IUPERJ.

- b) *Difuso*¹⁰ – está em toda parte e ao mesmo tempo em lugar algum.
- c) *Imaterial e não-subjetivo* – é uma abstração, ente incorpóreo inerente à relação; enquadrando-se como *extra-patrimonial*, ou seja, ninguém pode tomá-lo como propriedade, conseqüentemente, não há que se falar em “detentores do poder”, seja por via pecuniária ou legal, por exemplo.
- d) *Circular e Transitório*¹¹ – é operacionalizável, manejado, circulando de forma efêmera por todos que podem fruí-lo, entretanto que não detêm a capacidade de freá-lo.
- e) *Imanente* – por mais que possa parecer contraditório devido ao caráter difuso e imaterial, o poder pode ser intrínseco a determinados entes de sua manifestação, como o saber e o sexo.
- f) *Não-ideologizado e Não-dualístico* – não é passível de ser determinado ou conceituado por postulados ideológicos, daí o próprio pensador ter afirmado que não teve a intenção de analisar o poder nem seus possíveis fundamentos. Além disso, é impróprio figurar como seu fator existencial, a necessária oposição de interesses qualificada de maneira maniqueísta, na contraposição entre bons e maus, dominadores e dominados, por exemplo.

Vistas estas classificações, pode-se, então, explicar o funcionamento da *Genealogia do Poder*. Como foi dito, é um método que se confunde com a própria analítica do poder, pois, se este é manejado pelos componentes atômicos da sociedade, por exemplo, o corpo e os dispositivos disciplinares, logo, o exame promovido pelo filósofo parte do micro para o macro, em um escalonamento de importância inversa, em que o mínimo se sobrepõe ao máximo, cuja ascendência provoca uma gradual desnaturação no que se refere ao manejo do poder. Isso é o bastante por hora.

Voltaremos nossas atenções agora para a *relação*, a qual não se faz necessário provar ser um ato, uma vez que o ser humano é essencial a esta. Entretanto, o posicionamento foucaultiano torna desnecessário figurarem, no mínimo, dois sujeitos para sua consecução, como suscita a *parxi*, já que aparecem em cena os dispositivos de poder, que são mais apropriadamente tratados como entes ou organizações.

Ressalva-se a difícil aplicabilidade do termo *sujeito*, representando um membro da relação, já que afirma Foucault,

10. Classificação adotada por nós, em razão de sua notável importância, estando ela, porém, subentendida na divisão efetuada por Thamy Pogrebinski.

11. Thamy Pogrebinski utiliza esta classificação apenas como nota metodológica.

Há dois significados para a palavra *sujeito*: sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito a.

Deste modo, é preferível o termo *corpo*, que a partir de então será frequentemente utilizado.

Malgrado ainda é importante questionar sobre a produção de efeitos de uma relação, em outras palavras, só seria relação aquela que produz efeitos? Isto não é postulado expressamente por Foucault, assim sendo adotaremos o critério de que relação *é todo vínculo direta ou indiretamente estabelecido entre os corpos ou de no mínimo um destes para com o(s) dispositivo(s)*.

Sabe-se até então da idoneidade da utilização das partes da relação – corpo e dispositivos – escolhidas por Foucault para compor a relação de poder, mas faz-se necessário especificá-las.

O *corpo* é mais que a simples personificação do indivíduo, é antes sua individualidade cultural, em outras palavras, é a moldura que a política do saber provoca no “ser primitivo”. O homem perde sua identidade de igualdade fisiológica e passa a ser pautado no campo do saber, da subjetividade. Não mais o ser humano *per si* será levado em consideração, mas o normal, o condenado, o louco, o escolar, dentre outros, possibilitando que um único indivíduo possa pairar dentre os diversos corpos pelo universo do saber, por exemplo, um corpo sexualizado não deixa de ser condenado.

Já o *dispositivo* é segundo Foucault:

“(...) um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais e filantrópicas. Em suma o dito e o não dito são elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos¹².

Portanto, evidencia-se, claramente, na definição do autor, que os dispositivos nada mais são que a representação da tecnologia do saber em entes culturais regulamentadores ou operacionalizadores do poder sobre o corpo. Porquanto, mais adiante será abordado particularmente a importância do dispositivo disciplinar e seus possíveis efeitos nos corpos, visto que é o mais enaltecido pelo filósofo.

Finalmente, chegamos à *relação de poder*, e esclarecemos desde já, que não indo de encontro a nenhuma das características dos seus componentes isoladamente – relação e poder –, esta apenas deve respeitar a mais uma condição de existência, a *liberdade*.

12. Idem, *Ibidem*, p. 244.

O poder, deste modo, só se exerce de forma livre, não se estabelecendo a relação na coerção, na repressão física ou moral, quando o corpo encontra-se impossibilitado de uma atitude contrária, de reação àquela que se impõe. Por isso Foucault proclama não ser a escravidão uma relação de poder completa, pois enquanto estiver atuando sobre ameaça ou coação, o escravo não tem meios para repelir tal situação.

O mais importante de tudo isso é compreender que o poder tem sua essência indissociável da relação, noutros termos, ele só pode ser operacionalizado através dela.

Assim, estão postos os requisitos básicos para que possamos explicar outros pilares do pensamento do autor, tais quais: o *poder-saber*, a *microfísica* do poder e o *contrapoder*.

1.3.1. O poder-saber

Fonte e ao mesmo tempo o produto, parte e simultaneamente um conjunto, assim se comportam o poder e o saber, convivendo em uma produção mútua e dependente. Em outras palavras, a operacionalização do poder tem como requisito a utilização ou produção de um conhecimento. Este que extrapola o campo da ciência propriamente dita, pois é possível expressar-se pela mera construção de uma frase, ou, até mesmo, através das culturas ditas vulgares, por exemplo. Enfim, tudo que pode ser compreendido pela razão humana é saber, e este sim pode ser selecionado na operacionalização do poder.

Daí falar-se no poder-saber, porquanto:

“entre técnicas de saber e estratégias de poder, nenhuma exterioridade; mesmo que cada uma tenha seu papel específico e que se articulem entre si a partir de suas diferenças. Partir-se-á, portanto, do que se poderia chamar de focos locais de poder-saber”¹³

Enfim, segundo Foucault, não há saber que se exteriorize sem que tenha ônus de poder.

1.3.2. A microfísica do poder

O fato de as menores partículas, seja social – o corpo –, ou cultural, como o discurso, figurarem como grandes operacionalizadores do poder no pensamento foucaultiano é que propicia a articulação destes em um plano horizontal de possibilidades. Logo, promovendo a formação de uma rede de poder, em que seus

13. FOUCAULT, M. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. p. 93-94.

protagonistas estão, simultaneamente ou em momentos distintos, no pólo ativo – exercendo poder – ou no pólo passivo – sofrendo a incidência dele. É, então, a este infinitesimal e ilimitado campo de relações de poder que se chama *microfísica do poder*.

1.3.3. O *contrapoder*

Foucault não inova apenas na análise de arquivos e documentos esquecidos, escondidos, ou que deixaram lacunas históricas, mas também trata do excepcional no que tange aos entes negativos da sociedade, enquanto manipuladores do poder; vale ressaltar, por exemplo: o louco, o leproso, o escolar, o militar e o detento. Enfim, entes considerados como emanadores de *contrapoder*, ou seja, do poder que se insurge e reage contra o dito normal, legítimo, moral ou ético.

A preferência do filósofo por essa abordagem deve-se, segundo ele, a maior facilidade existente em se examinar o poder a partir de sua exceção. Esta que em momento algum deve ser vista como vítima ou refém dos acontecimentos.

Ressalva-se, então, que para o pensador, o poder excepcional fascina pelo tratamento diferenciado que requer da sociedade; além de viabilizar a melhor compreensão do emprego e funcionamento de dispositivos, que muitas vezes a ele se designa na busca da contenção e neutralização, exemplificativamente, o hospício, o leprosário, a escola, o quartel militar e a prisão.

1.3.4. Os *dispositivos disciplinares*

Voltamos a tratar dos objetos da relação de poder, em especial, dos dispositivos disciplinares. Entretanto, não descenderemos às minúcias que o tema merece, bastando-nos apenas expor as noções gerais indispensáveis para compreensão do pensamento do filósofo.

A disciplina requer uma abordagem isolada por se tratar do dispositivo por excelência, uma espécie de “máquina de poder” formadora de corpos submissos e exercitados, os chamados corpos “dóceis”, assim a partir de sua instauração:

(...) ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina.¹⁴

A disciplina atua, portanto, como potencializadora das forças produtivas de aptidão e capacidade do corpo no exercício de determinadas atividades, assim aumentando sua utilidade econômica. Em contrapartida, minimiza o poder de reação, de insurgência, o *contrapoder*, uma vez que, a insubordinação é contida, há uma

14. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. p.119.

tentativa de coagir, de produzir uma política de obediência, enfim, de alienar. Em suma, diz-se “que a coação disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”¹⁵.

2. QUESTIONAMENTOS SOBRE A EXISTÊNCIA DAS VERDADES UNIVERSAIS E DO “HUMANISMO”

Elucidada a teoria da relação de poder e, principalmente, seu nexos existencial com a liberdade, torna-se compreensível porque todas as análises do pensador “vão de encontro à existência de verdades universais na existência humana”¹⁶ e da própria noção de “humanismo”. Abarcando-os em uma mesma análise, pelo fato de ambos os conceitos sofrerem um habitual processo de integração; destarte o “humanismo” não é nada mais que uma verdade universal sobre o comportamento humano, a reiteração de condutas que estabelecem o mínimo ético da relação intersubjetiva ou com dispositivos para que seja respeitada a “dignidade da pessoa humana” – conotação contemporânea, que tem suas bases consolidadas após o século XVIII.

No entanto, o autor afirma que essa valoração cultural difusa, tendente a ser intitulada de “universal” – ressalva-se a inidoneidade da expressão –, foi repetida livremente durante a história para justificar posturas segregacionistas, regimes totalitários e autoritaristas, por exemplo, o Nazismo, o Fascismo, o Stalinismo, enfim, esse cinematógrafo de “ismos” que nada têm com o sentido de bondade, probidade, sinceridade, fraternidade ou honestidade humana.

Para Foucault, portanto, os dois conceitos configurar-se-iam em limítrofes da liberdade e do poder do corpo, implicando um discurso utilizado como pronto e acabado, e que tem sua formação imemorial aos indivíduos que estão sob sua égide.

Porquanto, essencialmente, as verdades são fortes armas para o esquecimento de importantes paradigmas sociais, políticos, econômicos, culturais, enfim, as mais diversas metamorfoses na ordem social. Pois se intitulam inquestionáveis, inviabilizando a coexistência com as verdades que vigoravam anteriormente, visto que destituídas apenas na total impossibilidade de sua manutenção. Por isso novas compreensões são gessadas e constantemente reproduzidas.

Deste modo, ressalta-se o caráter difuso e diversificado do enquadramento de verdade:

15. Idem, *Ibidem*, p.119.

16. Cf. FOUCAULT. M. *Verité, pouvoir et soi...*, p.781.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade: isto é, os tipos de discurso que aceita e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e instâncias que permitem distinguir entre sentenças verdadeiras e falsas, os meios pelos quais cada um deles é sancionado; as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; o status daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro¹⁷.

Já o específico combate ao “humanismo”, dar-se pelo seu caráter de *imperativo categórico*, em outros termos, segundo essa designação, todo homem seria bom, honesto, diligente, enfim, buscaria sempre o bem comum, zelando pelo bem-estar do próximo. Algo que, segundo Foucault, é usado constantemente para maquiari discursos parciais e interesseiros, escondendo a manifestação do poder.

Enfim, para o filósofo, nada deve ser posto como absoluto, principalmente, quando se trata do caráter e dos discursos humanos

3. A NORMALIZAÇÃO

A noção de “normalização” é analisada no pensamento foucaultiano, no sentido mais primário do termo, de tornar normal, regularizar, padronizar, supondo, assim, que existe algo que é excepcional, fora da regra, desvirtuoso, anormal. Este seria todo um rol de condutas e estigmas ilícitos da ordem, o ser enquanto fora do “dever ser”, enfim, algo que requerer ser normalizados, e caso haja impossibilidade de fazê-lo, terão seus corpos expurgados da sociedade, escondidos, servindo de exemplo. Além disso, farão parte de uma tecnologia do poder para que sejam reaproveitados economicamente, podendo-se explorar valia do intitulado inválido. Mas nem por isso são coitados, pois livres em grande parte de suas condutas e fonte importante de *contrapoder*. Ressaltando-se sempre que o excepcional amedronta e põe em perigo a normalidade.

4. OS DISPOSITIVOS JURÍDICOS SEGUNDO FOUCAULT

A contribuição de Foucault para a Ciência do Direito é substancial. O estudioso embasa historicamente o advento e utilização de mecanismos jurídicos, através de seus métodos essenciais de análise, a arqueologia e a genealogia.

Assim, propõe-se analisar o pensamento foucaultiano na abordagem que faz dos dispositivos jurídicos, principalmente em seu caráter de penalização e prevenção, que não se limitam a essas características precípua, destarte invadem o campo da docilização e “normalização”. Porquanto, a argumentação do teórico, reportando-se a esses, perpassa pela história da adequação das penas, engendrando pelo pensamento dos “reformadores” durante o século XVIII, até suscitar a

17. Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. p.12.

perpetuação ou modificação de alguns mecanismos, entre os quais serão abordados: a lei, e, a partir dela, a revolução, enquanto meio de modificação do sistema jurídico, o crime, a pena, o poder judiciário, a sentença, a medida de segurança, e o aparecimento das ciências extrajurídicas.

4.1. A lei

Não mais imiscuída de um poder de império, de caráter permanente e absoluto, como era unicamente interpretada até o fim do século XVII; é assim que a lei se configura segundo Foucault.

Seu surgimento, argüi o pensador, deve-se, basicamente, ao término imposto ou voluntário de uma guerra, que traz consigo o aparecimento de um campo de ilicitude, o qual seria o maior respaldo para a formulação legal, sobrepondo-se em grau de importância, até mesmo, às precípuas necessidades do ordenamento social.

Ressalva o filósofo que a lei sozinha não coage, cobra resultados, organiza instituições ou pune, destarte ela é a mera manifestação, normalmente, escrita de regras sociais registradas para figurarem enquanto ordenamento permissivo, garantidor ou proibitivo de condutas sob a égide do direito – conceito nosso sobre lei *stricto sensu*. Outrossim, a lei, de forma ordinária, não é auto-executória, ela depende de dispositivos e da existência e atuação dos corpos, ou seja, apresenta-se em um panorama macro, e por isso, em grande parte, desnaturou-se enquanto operacionalizadora do poder.

Não obstante é indispensável na estruturação social e funcional de alguns dispositivos, como a prisão, não sendo, na maioria das vezes, fonte direta de poder, mas, indubitavelmente, limitando seu campo de manejo e expansão.

Assim, “saiu de cena a codificação de comportamentos para entrar em cena a normalização das condutas”¹⁸, muito mais específica, casuística e, principalmente, atuando no mesmo nível dos corpos.

4.2. A revolução

As revoluções não são, teoricamente, parte do sistema jurídico, mas determinam seu rumo, pois se “bastariam três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se transformariam em papel sem valor”¹⁹, imagina-se o que

18. POGREBINSCHI, Thamy. *Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder*. p.194.

19. FERRAZ Jr., Tércio S. *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. p. 16.

ocorre havendo a modificação da Constituição como resultado de um movimento revolucionário; a ordem jurídica inteira seria desfigurada? Provavelmente sim, entretanto, Foucault trata deste mito da mudança generalizada, ou de transição paradigmática, que instaura um novo ordenamento como excepcional, pois:

É mais comum, entretanto, serem pontos de resistência móveis e transitórios, que introduzem na sociedade clivagens que se deslocam, rompem unidades e suscitam reagrupamentos, percorrem os próprios indivíduos, recortando-os e os remodelando, traçando neles, em seus corpos e almas, regiões irreduzíveis.²⁰

Essa afirmação pode ser respaldada pelo fato de as lutas antiautoritárias, ou seja, contra um dito poder abusivo, terem o aspecto “imediate”, ou seja:

Em tais lutas, criticam-se as instâncias de poder que lhes são mais próximas, aquelas que exercem sua ação sobre os indivíduos. Elas não objetivam um “inimigo mor”, mas o inimigo imediato. Nem esperam encontrar uma solução para seus problemas no futuro (isto é, liberação, revolução, fim da luta de classe). Em relação a uma escala teórica de explicação ou uma ordem revolucionária que polarize o historiador, são lutas anárquicas.²¹

Assim, nessa hipótese, não ocorreriam revoluções, uma vez que estas não se resumem a simples pseudo-mudança de opressores ou dominadores, pois o poder é difuso e disperso, passível de ser manejado por todos, mas inapropriável. No entanto, o desígnio do manejo do poder pela maioria pode promover mudanças no mecanismo disciplinar, de adestramento e de submissão do corpo, que visam, igualmente ao regime “deposto”, a uma normalização, mas de forma mais eficaz, que atenda os anseios sociais iminentes.

Entretanto Foucault não reduz o conceito de revolução à necessária “mudança” da ordem social como um todo. Visto que o poder enquanto *microfísico* atua em vários estratos sociais e ideológicos, mas podendo conter a mesma tentativa falha de mudanças do plano macro. Então, afirma que:

As mulheres, os prisioneiros, os soldados, os doentes no hospital, os homossexuais, iniciaram uma luta específica contra a forma particular de poder, de coerção, de controle que se exerce sobre eles. Estas lutas fazem parte atualmente do movimento revolucionário, com a condição de que sejam radicais, sem compromisso nem reformismo, sem tentativa de reorganizar o mesmo poder apenas com uma mudança de titular²².

20. FOUCAULT, M. *História da Sexualidade I*. p. 92.

21. FOUCAULT, M., *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. In: DREYFUS, P.; RABINOW, H. p. 234.

22. FOUCAULT, M., *Microfísica do Poder*. p. 78.

4.3. O crime

As alterações nos tipos de crime e sua aplicabilidade não ficam de fora do fabuloso método de análise desenvolvido por Foucault.

Referindo-se a suas transformações, pode-se identificar na obra do autor, a abordagem de uma aparente diminuição da violência nos delitos do século XVIII, e conseqüentemente a moderação de sua censurabilidade, logo penas mais brandas passam a ser aplicadas:

Desde o final do século XVII, com efeito nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecer sobre os crimes violentos; o roubo e a vigarice sobre os assassinatos, os ferimentos e golpes; (...) ²³

A justificativa inicial desse processo de transição seria o conjunto de fatores que englobam: uma mudança no jogo de pressões econômicas, a elevação do nível de vida – poucos têm muito e muitos têm muito pouco –, forte crescimento demográfico, multiplicação das riquezas e das propriedades, e a necessidade daí decorrente de uma intensificação da segurança.

No entanto, a intervenção pontual de Foucault sobre esse fato é de fundamental importância para se desvelar uma nova ótica da situação a partir da disposição do poder e de seus dispositivos. Alude-se, então, o crime não como uma simples violação da lei do Estado, mas enquanto ente de poder, neste caso específico, normalmente exercido de baixo para cima na escala social. Em outras palavras, o corpo do condenado passa a ser, essencialmente, o corpo marginalizado, aquele com menos recursos materiais.

Assim, o pensamento foucaultiano não induz a compreensão de que houve uma mera diminuição dos crimes violentos contra a vida ou integridade física, muito além disso, monta todo um panorama que engloba o próprio paradigma social da época:

Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figura o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreitado da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. ²⁴

23. FOUCAULT, M., *Vigiar e Punir*. p.64.

24. Idem, *Ibidem*. p.66.

Destarte, conclui-se que esses fatores foram determinantes para tal mudança no caráter da criminalidade. Entretanto, uma lógica tão importante quanto pode ser suscitada: o que era mais drasticamente punido? Os crimes contra a vida. Então qual o campo de atuação que o poder do crime pode mais facilmente se expandir? Os de caráter pecuniário. Logo, fez-se necessário que a tecnologia política do poder deslocasse seus meios inibitórios ou controladores no desenvolvimento de saberes punitivos vinculados a essa nova realidade, dando origem a diversos dispositivos penais, mas, essencialmente, disciplinares.

Portanto, o poder inerente ao crime, indubitavelmente um *contrapoder*, é de fundamental importância para que seja feita uma análise das demais expressões do poder dele decorrentes. Entre os quais, o poder de punir.

4.4. A pena

O emprego de penas durante a história, partindo do século XVII, foi objeto dos estudos de Foucault, não por um devaneio jurídico, mas pela necessidade de demonstrar a tecnologia política do corpo que envolvia sua aplicação.

Ele enumera alguns requisitos da pena, entre os quais, a intenção de castigar, privar de direitos, particularmente a liberdade ou a própria vida, publicizar o castigo para que sirva de exemplo, de modo a evitar ou inibir sua reiteração.

Apesar de não negar o caráter de penitência da pena – afinal, etimologicamente, aquela deriva desta –, o filósofo sustenta que a essência desta deve ser, e como passou a ser utilizada pelo moderno mecanismo disciplinar em sua maioria, a política da ressocialização, reeducação, ou seja, “castigos que se atribui a função de tornar o criminoso ‘não só desejoso, mas também capaz de viver respeitando a lei e de suprir às suas próprias necessidades’”²⁵. Então houve a procura de dispositivos que “normalizassem” com maior eficácia, não implicando, necessariamente, a busca da suavização ou da “humanização” da prática punitiva.

Assim, faz-se mister demarcar o período histórico anterior à ocorrência dessa progressiva mudança no modo de punir, conhecida como a “reforma” penal.

Durante quase todo o século XVII, a punição tinha como características a atrocidade dos suplícios, o julgamento secreto, no qual pouco se creditava ao réu o direito de defesa, dessa forma não tinha absoluto conhecimento sobre o processo que estava sendo incriminado. As torturas desumanas eram intensamente utilizadas a requerimento do juiz, podendo as provas extraídas dessas serem juntadas aos autos do processo, já que o acusado estaria subordinado a um juramento impositivo.

25. Idem, *Ibidem*. Vigiância e Punir. p.19.

As penas infamantes tiveram seu esplendor, pois em suas aplicações expunham os condenados ao ridículo perante a sociedade, servindo de exemplo, de símbolo da atuação dos dispositivos punitivos. Somado a isso, a desigualdade ante aos castigos descredibilizava estes, já que:

(...) os diferentes estratos sociais tinham cada uma sua margem de ilegalidade tolerada: a não aplicação da regra, a inobservância de inúmeros editos ou ordenações eram condições do funcionamento político e econômico da sociedade.²⁶

Isto se deve ao fato de o panorama desse momento histórico basear-se na existência de um *superpoder* que, teoricamente, “tudo” podia e “nada” temia, salvo se considerada a “cólera contida do povo”, e sua capacidade de canalização do potencial poder do indivíduo na busca do objetivo de combater esse inimigo imediato – o caso das pseudo-revoluções já tratado. Por isso, esse poder supremo, que tinha na figura do rei seu representante, permitia que não através de privilégios como os concedidos à nobreza, ao clero e à burguesia – em alguns casos isolados –; mas legava às camadas mais desfavorecidas da população um limite de tolerância, como os pequenos delitos contra a propriedade, a exemplo do furto, outrossim, concretizando e perpetuando estes tipos de crimes. “Em suma, o jogo recíproco de ilegalidades fazia parte da vida política e econômica da sociedade”²⁷.

A hipertrofia de um poder que acumula para si competências executiva, legislativa e judiciária, não consegue, segundo Foucault, atuar e ser onipresente e onipotente em todas as esferas que requerem sua função coercitiva. Pois os dispositivos de poder ficam dependentes de sua vênua para atuarem efetivamente, assim, o controle, a vigilância, o adestramento, o enquadramento, e todas as demais técnicas de “normalização” e “docilização” esbarram em uma incapacidade de se expandir, de serem executadas em sua plenitude. Os ofícios que emanam do rei multiplicavam os conflitos funcionais. O povo é rigorosamente oprimido. Houve, portanto, um excesso, descontrole e má utilização do poder de punir.

Tal quadro de falência punitiva, até o século XVIII, será mais bem explorado nos próximos tópicos, destarte este se bastou à abordagem das diretrizes da pena na análise foucaultiana.

4.5. A transição paradigmática da justiça criminal

Outro aspecto jurídico abordado por Foucault, na análise das punições e suas aplicações, durante os séculos XVII e XVIII, antes da concretização da “reforma” penal, é a “desnaturação” do poder judiciário, a qual consiste em vendas de

26. Idem, *Ibidem*. p. 70.

27. Idem, *Ibidem*. p. 71.

sentenças, indicações e hereditariedade para o cargo de juiz, que contava com total autonomia para determinar a pena, mesmo que a partir de provas vagas e fúteis, porém legais.

Além disso, corroborou a “descontinuidade, sobreposição e os conflitos entre as diferentes justiças”²⁸, seja dos senhores ou do rei em todas suas derivações e, principalmente, referente ao campo jurisdicional e a sua multiplicidade de instâncias. Já que estas, mesmo que inferiores, eram dotadas de um poder excessivo, pois respaldadas pela pobreza e pela ignorância dos condenados, acabavam por:

(...) negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias; poder excessivo do lado de uma acusação à qual são dados quase sem limite meios de prosseguir, enquanto o acusado está desarmado diante dela, o que leva os juizes a ser, às vezes severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; (...) ²⁹

A justiça contava ainda com um excesso de lacunas legais, devido aos diferentes costumes aos quais estava relacionada, além dos diversos procedimentos técnicos – se assim pode-se dizer – de atuação perante o fato, sua valoração e aplicação da norma:

(...) lacunosa pelo conflito interno de competência; lacunosa pelos interesses particulares – políticos ou econômicos – que a cada instância é levada a defender; lacunosa enfim devido às intervenções do poder real que pode impedir o curso regular e austero da justiça, pelos perdões, comutações, evocações em conselho ou pressão direta sobre os magistrados.³⁰

O excesso de poder de que o juiz era dotado, disposto pelo rei no seu processo de escolha, legava-lhe a possibilidade de acabar por reescrever, a partir de seus julgamentos, a lei que a ele cabia apenas interpretar, destarte provocou-se o conflito de competências entre o poder legislativo e o judiciário. Malgrado, o entrecruzamento de poderes já se configurava comum nesse período, se lembrado da supracitada função totalizante e centralizadora do soberano.

Essa argumentação sobre o lastimável estado do poder judiciário durante o Antigo Regime de nada serviria caso não seja entendido que:

A paralisia da justiça esta ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada do poder, a sua concentração em um certo número de pontos e os conflitos e descontinuidades que daí resultam.³¹

28. Idem, *Ibidem*. p. 67.

29. Idem, *Ibidem*. p. 68.

30. Idem, *Ibidem*. p. 67.

31. Idem, *Ibidem*. p. 68.

Novamente, Foucault nos traz a idéia de poder como determinante da ordem social, buscando sempre extrair de suas análises o lado bom e o ruim da situação, outrossim, método que o possibilita reiterar a importância do poder, sempre necessário, já que inerente à relação intersubjetiva ou estabelecida entre os corpos e os dispositivos de maneira livre. No entanto pode ter seu aproveitamento realizado dentro de variáveis de utilização, dependendo da sua disposição, assim é admissível que o poder encontre-se hipertrofiado e mal disposto – “concentrado em um certo número de pontos” –, seria, portanto, aquele deteriorado, que tem uma defasagem teleológica.

Em contrapartida, o poder pode se encontrar em um regime de racionalização e distribuição equitativa das possibilidades de operacionalização pelos membros inter-relacionados, em outras palavras, trata-se, segundo Foucault, de um regime de economia do poder. Não que neste caso haja uma quantificação ou qualificação do poder, mas ele está livre para circular, expandir-se e se expressar até o limite do tolerável para manutenção da ordem social, quer dizer, de seus próprios mecanismos de emanção. Assim, o poder que transgredir essa tênue fronteira, entre o permitido e o intolerável, passa de necessário a prescindível, ou melhor, desnatura-se em prol da coerção.

Conclui-se, por conseguinte, que o poder do judiciário durante o período abordado seria mais prejudicial ao corpo social, do que um dispositivo de manutenção da convivência civilizada, algo que era necessário, mas não eficaz em sua tarefa punitiva, pois, como já foi dito, era discricionário, em outras palavras, seu poder atinge diferentemente os a ele subordinados, muitas vezes utilizado em casos fúteis ou desnecessários.

Entretanto, para chegarmos ao fim dessa transição paradigmática, como é normal nas exposições de Foucault, é necessário procedermos a uma análise da história e dos movimentos ideológicos a ela vinculados, que não deixam de ser dispositivos de poder.

Assim sendo, alude-se o período dos reformadores penais, notadamente, entre os séculos XVII e XVIII, sendo seus protagonistas considerados como idealizadores de um novo processo de disposição do poder, uma economia do modo de punir, entre os quais se encontram: Beccaria, Serva, Dupaty ou Lacreteille, Duport, Target e Bergasse; não deixando de fora o mérito dos Constituintes do período pela reorganização do aparato judiciário e emprego da Teoria “Clássica” do Direito Penal na legislação³².

O reformador mais utilizado na sistematização do pensamento foucaultiano é Beccaria, o qual é considerado por muitos doutrinadores, o “pai” do direito penal

32. Idem, *Ibidem*. p. 64.

moderno, certamente, com algumas alterações em sua aplicação contemporânea. Sua obra mais importante, *Dos Delitos e das Penas*, data de 1764 e serviu de suporte para a formação dos precípuos ideais de:

(...) fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.³³

Deste modo, o movimento reformista surge e instaura-se não por ser apenas uma opção mais viável, mas pelo processo de falência que passava o modelo de punição instituído. Este era minudente e de certa forma racional, mas sua validade parecia ter se expirado, pois o passar do tempo muda os dispositivos de poder, logo suas implicações.

Passou a ser perceptível o descontentamento quase geral da população à possibilidade de ser alvo, ou de ter que continuar a ver aqueles espetáculos horrendos feitos em praça pública. Esta conscientização não advém do nada, já que notórios a expansão cada vez maior do *superpoder* e o surgimento do dito pensamento de “humanização”. Assim,

(...) ficou suspeito de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhe a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração³⁴.

Isso abalava o sistema punitivo, pois o *contrapoder* se armava e insurgia contra os dispositivos implementados. As modificações começaram a aparecer antes de uma quase que geral aplicação do pensamento de reforma. O discurso do poder judiciário modifica-se, a pena passa a ser um fardo que lhe cabe aplicar e utilizar para manutenção da ordem social, ou seja, “é indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”.³⁵

Sem embargo, esse discurso não obteve muita eficácia, tudo continuava ocorrendo como antes. Eis que a idéia de sociedade organizada como um contrato social surgiu aos “olhos” da justiça e do Estado como outra forma de driblar esse processo de deterioração da forma de punir empregada pelo Antigo Regime. Com isto, passou-se a afirmar que o rei é detentor supremo do poder não apenas devido a uma ordem divina, mas porque ele emana do povo, que o legou, cedendo

33. Idem, *Ibidem*. p. 70.

34. Idem, *Ibidem*. p. 12-13.

35. Idem, *Ibidem*. p. 13.

através de cada um de seus indivíduos um pouco do poder e da liberdade. Nesse contexto:

O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompe o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – esta presente na menor punição.³⁶

Mas esse dispositivo também fracassou, com tantos outros que foram tentados, mas não têm relevância de serem elencados no presente estudo. Consequentemente, o processo de reforma tornou-se inevitável.

Segue-se, portanto, um longo período de transição paradigmática daquela justiça que mais parecia uma vingança do soberano no exercício de todo seu excesso de poder. Destarte, as idéias reformistas roubam a cena, mostrando-se mais lucrativas pecuniariamente falando, eficazes na prevenção e coação criminal, além de basearem-se no belo discurso da reeducação, correção e “cura” do condenado. Visto que “o castigo passou de uma arte das sanções insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”³⁷.

Por conseguinte, a punição passou a ater-se, teoricamente, a não atingir o corpo, ou o fazer da mínima forma possível. Daí as penas mudam seu caráter e aplicabilidade, passando-se a adotar prioritariamente, a prisão, os trabalhos forçados, a servidão compulsória, a interdição de domicílio, a deportação e a multa, que se excetua de fato como castigo não “físico”³⁸. Partindo-se do pressuposto que as demais formas de punição além de cercearem a liberdade do indivíduo, nunca funcionam sem privá-lo de outros requisitos que funcionam como complementos punitivos corpóreos: “redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra”³⁹

Instaura-se, assim, uma nova política de punição que busca censurar e atuar sobre algo que é transcendental, indo muito além do corpo em importância, amplitude e disposição do poder, a *alma*. Conforme Foucault, não poderia ser limitadamente definida, pois algo de extensa abrangência, entre os quais abarcaria, os sentimentos do condenado, seu intelecto, sua vontade e suas disposições⁴⁰. De tal modo, o ritual de aplicação da penalidade passa a ter uma finalidade “incorpórea”, visto que a pena deve se consagrar pelo intuito de punir mais a alma do que o corpo.

Eis que essa forma de aplicação penal trouxe consigo inúmeras inovações, entre as quais, o reaproveitamento econômico, o enquadramento e a ressocialização daquele corpo que seria inutilizado pela prática de torturas ou descartado após a

36. Idem, *Ibidem*, p. 76.

37. Idem, *Ibidem*, p. 14.

38. Idem, *Ibidem*, p. 14.

39. Idem, *Ibidem*, p. 18.

40. Idem, *Ibidem*, p. 18.

execução da pena capital. “Por que haveria a sociedade de suprir uma vida e um corpo que ela poderia se utilizar?”⁴¹

Os trabalhos forçados, então, seriam uma das maneiras do “criminoso” pagar pelo delito, mesmo que necessário trabalhar para o Estado durante toda sua vida, em outras palavras, o corpo do condenado passaria a ser um “bem social”. Daí, segundo alguns reformadores, essa espécie de pena também serviria como emanadora de temor, uma vez que visível a todos. Essa característica foi exaltada pelo fato de os mesmos que proclamavam a teoria da publicidade afirmarem que as penas escondidas seriam um desperdício do impacto que causariam na coletividade.

Além desse tipo de mecanismos de poder judicial, muitos outros são expostos ao longo de todo o capítulo, *As Mitigações da Pena*, da obra *Vigiar e Punir*. Alguns até abolidos pelas teorias mais modernas do direito penal. Mas é válido reportar-se a esses por toda disposição de poder que suscitam e que foram profundamente estudadas por Foucault, por exemplo, a punição para grande maioria dos reformadores deveria ser determinada a partir da natureza de cada crime, pois eximiria o legislador desse encargo; “não é de modo algum o homem que faz violência ao homem, mas a própria ação do homem”⁴². Isto parece ser um óbvio disfarce da responsabilidade de punir que só cabe ao Estado, assemelhando-se muito com a idéia do pacto social que já foi tratada.

Respaldados nessa teoria natural da pena, os reformadores criticavam o posicionamento de certos países em adotarem a prisão como pena para quase todas as infrações, uma espécie de uniformização dos castigos, que seria, segundo uma analogia feita por eles, como se um médico tivesse um único remédio para as várias doenças. Porquanto, Foucault aborda a explicação da posição negativa deles em relação a esta punição:

Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeitos sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios⁴³. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania⁴⁴.

Neste rol, outra dura crítica manifestada em desprestígio ao regime prisional seria, contrariando o que foi dito sobre os dispositivos ainda corpóreos de punição dos castigos da alma, que “a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos tem menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários”⁴⁵.

41. Idem, *Ibidem*, p. 90.

42. Idem, *Ibidem*, p. 97.

43. FOUCAULT, M. Apud Cf. Archives ParlementairesI, t. XXVI, p.712 Op. Cit., p. 95.

44. FOUCAULT, M., *Vigiar e Punir*, p. 95.

45. Idem, *Ibidem*, p. 18

Isto demonstra o total descaso com a famigerada suavização ou “humanização” dos dispositivos de poder. A defesa da riqueza e da subordinação através de mecanismos de adestramento parece ser muito mais interessante à ótica dos reformadores que a simples vida humana. Por isso, desde quando remonta o paradigma da abolição dos suplícios, Foucault faz uma crítica dizendo:

O sofrimento que deve ser excluído pela suavização das penas é o dos juízes ou dos espectadores com tudo o que pode acarretar de endurecimento, de ferocidade trazida pelo hábito, ou ao contrário de piedade indevida de indulgência sem fundamento.⁴⁶

Esse posicionamento faz parte de uma gama que não se altera com os movimentos reformistas. Pois o sofrimento, se intenso, deveria ser escondido, manter-se no subterrâneo dos dispositivos, mas se empregado em castigos aceitáveis, poderia ser exposto para provocar impacto de publicidade, de medo, coação, respeito à ordem e as leis, como a própria punição através de serviços estatais compulsórios.

Os defensores da prisão respondiam a essas afirmações, pregando a não publicidade da pena para evitar que isso pudesse influenciar no resultado final dela, em outros termos, que o condenado pudesse ser beneficiado por indulgências ou pela pressão social, independentemente de sua intensidade. Além disso, proclamavam ser muito mais eficaz individualizar a aplicação da pena dentro da carceragem. Algo que foi acolhido, hodiernamente, pelos países ocidentais em geral.

A questão da quantidade de pena tornou-se, então, muito debatida nesse período. A idéia era não estabelecer um tempo de reclusão que fosse inexpressivo para crimes considerados de pequeno porte, como furtos de bens de baixo valor pecuniário, já que não haveria condição temporal para normalizar o indivíduo; antes aplicar penas alternativas que fizessem o delinqüente de símbolo para os demais, doravante este posicionamento é utilizado atualmente, remontando parte do entendimento da corrente que defendia a teoria da publicidade da punição. Em contrapartida, quanto aos crimes mais relevantes, a pena deveria ser quantificada na medida de ressocializar, “curar”, podendo o infrator ser reinserido na sociedade. Aquele que antes era um selvagem, um corpo morto, depois de adestrado, torna-se útil, ganha importância econômica, mesmo que não saiba ser dotado desta, seja alienado.

Assim a pena perpétua de detenção foi um dispositivo abolido pelos reformadores, não tentando tornar os castigos mais suaves, mas evitar uma exacerbação do poder do corpo do condenado. Pois qual a perspectiva de uma pessoa que se sabe presa até o fim de sua vida? Obviamente nenhuma. Por isso pouco importa praticar mais crimes dentro da prisão, afinal, a pena não seria alterada. Então,

46. Idem, *Ibidem*, p.77.

invocou-se nessa paulatina reformulação da punição, que, se mantidas essas penas tidas como antieconômicas, tanto para o orçamento estatal quanto na disposição do poder, que ao menos os detentos dessa categoria deveriam ocupar pavilhões diferenciados dentro do encarceramento.

Desta forma, a pena que antes se exercia com excesso, tem-se proporcional ao agravo do delito, mas Foucault discorda de Beccaria, e da maioria dos reformadores, quanto à aplicação desse dispositivo – a proporcionalidade. Uma vez que estes postulavam a necessidade de se punir apenas até o limite da culpabilidade, atendo-se para uma maior severidade com os crimes mais prejudiciais à sociedade, os quais seriam os mais excepcionais, esdrúxulos, desumanos, como o parricídio, a tentativa de regicídio e crimes *sui generis*.

Já o filósofo afirma ater-se o princípio ao fato de que se deve “calcular uma pena não em função do crime, mas de sua possível repetição”⁴⁷. Ele fundamenta sua tese com o exemplo de uma fábrica, supondo que se um dos funcionários furtasse um objeto e não fosse devidamente punido, ou seja, não tivesse o poder enquadrado de maneira adequada, desencadearia um processo de furtos em massa, uma exacerbação do *contrapoder*. Assim, por serem os menores e mais comuns delitos aqueles mais facilmente imitados, logo deveriam ser punidos de forma mais algoz. Em contrapartida, os crimes raros e mais hediondos aconteceriam em situações tão extraordinárias, sendo dificilmente imitados, portanto seus culpados poderiam ter penas mais leves e indulgentes.

Na prática, não se pode dizer ao certo qual desses dois posicionamentos passou a vigorar; talvez uma combinação dos dois, mas de difícil distinção frente à moderna hegemonia das penas restritivas de liberdade.

Depois de explicitadas as principais mudanças ocorridas no *Jus Puniendi*, durante esse período de transição paradigmática, faz-se salutar descrevermos algumas das implicações que estas provocaram na justiça criminal. Entre as quais, a restrita função de exegese da lei pelo magistrado, que independente de sua instância, perdeu a característica de fonte desmedida de poder. Isto resultou de todo contexto histórico já abordado, podendo-se vincular ainda ao fato da articulação de dispositivos de poder mais variados e meticulosos para “normalização” do condenado, já que a pena tornou-se um objeto de exercício de diversos saberes, em outros termos, estabeleceu-se a participação de outras ciências dotadas de atribuições na prática punitiva, algo que não deslegitimou o inerente direito de punir da justiça.

Porquanto, o condenado passou a ser acompanhando durante todo o cumprimento de sua sentença por guardas, médicos, capelães, psiquiatras, psicólogos,

47. Idem, *Ibidem*, p. 78.

educadores⁴⁸. Por isso mais eficazmente vigiado, punido, reeducado, docilizado, enquadrado.

Assim, tornou-se inadequado se dizer, “a justiça executou a punição”, mas “a punição foi executada” devido a uma ação ou omissão, censurada por um complexo aparato punitivo. Em síntese, diria Foucault, utilizando essas disposições do poder já na contemporaneidade:

Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é ao contrário, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga.⁴⁹

Ressalva-se, então, o surgimento das pequenas justiças, juízes paralelos, e todo um conjunto de elementos extrajurídicos que passaram a serem componentes indispensáveis à aplicação da sentença principal, mesmo que para reafirmá-la, conformar o condenado, ocupar seu tempo com um processo de reeducação social. Pode-se observar isso já na “episteme” sobre a Casa dos Jovens Detentos em Paris no final do século XVIII, retratada por Foucault logo no início do livro *Vigiar e Punir*. A análise dessa suscita a existência de um regime disciplinar parecido ao empregado nos quartéis militares, pois todas as ações dos prisioneiros eram determinadas meticulosamente por rufos de tambor, seja: levantar, orar, comer, trabalhar, estudar, dormir, enfim, absolutamente, todas as disposições do corpo, que parecia mais um “boneco” manuseado por linhas de poder, manipuladas, essencialmente, por uma ordem fora do direito.

Os juízes paralelos supracitados também figuraram de maneira indispensável para uma nova sistemática da forma de punir, principalmente, no que tange às sentenças, pois mesmo a coisa julgada passa a poder ter, a qualquer momento, sua imputação penal revisada, tanto que em benefício do réu. No entanto, este deve – visto que técnica atual – estar num estado avançado de suas ressocialização e adestramento, um corpo que, no pensamento foucaultiano, pode ser melhor aproveitado economicamente do lado de fora dos muros da penitenciária. Nada relacionado à “humanização” do processo punitivo, mas a valia que se pode extrair do corpo. Da mesma forma, esses magistrados de execução criminal podem endurecer a pena se ficar comprovada a resistência do indivíduo em ser “normalizado”.

Em suma, a sentença passa a ter a possibilidade de ser flexibilizada. Surgem, então, diferentes regimes de penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção):

48. Idem, *Ibidem*, p. 14.

49. Idem, *Ibidem*, p. 23.

fechado, semi-aberto, aberto; além de tantas outras penas alternativas, como a de prestação de serviços para o Estado. Há, portanto, uma punição pela “economia interna de uma pena que, embora sancione o crime, pode modificar-se (abreviando-se ou, se for o caso, prolongando-se), conforme se transformar o comportamento do condenado (...)”⁵⁰

4.6. As ciências extrajurídicas

Na reformulação dos dispositivos de punição que se passou entre os séculos XVII e XVIII, a psicologia e a psiquiatria foram as ciências extrajurídicas pioneiras, visto a necessidade de mecanismos reguladores do quadro psíquico do criminoso. Além disso, a discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas com enfermidade ou deficiência mental vem à tona na sociedade. Não parecia cabível a idéia de punir da mesma forma aquele que, no momento da ação ou da omissão ilícita, tinha seu discernimento viciado por distúrbios psicológicos. Executar um deficiente mental agravava o teor horrendo dos suplicios. Como condenar à morte uma pessoa que nem ao menos sabe porque esta sendo punida? Por que aplicar o mecanismo do espetáculo sangrento em quem a publicização deste no corpo social sofrerá um repúdio de proporções assustadoras? Seria perigoso continuar fornecendo ao *contrapoder* possibilidades de estopim, ou seja, da exacerbação ou expansão descontrolada de seu poder.

Assim, a economia do modo de punir deve também atingir os enfermos mentais. Algo que começou a ser praticada mesmo antes do fim da reforma em alguns países, como a França. Uma vez que, relembra Foucault, o Código Criminal francês de 1810, em seu artigo 64, dispunha que se o autor estava em estado de demência no instante do “injusto-típico”, ou caso desenvolvesse tal estado de forma permanente, não seria desqualificada ou atenuada a punição, no entanto, o próprio crime desapareceria⁵¹.

Entretanto, para isto ocorrer, inicialmente, era o puro senso analítico do juiz que iria especular a ausência da vontade livre do infrator no momento do ato. Daí teve-se a desconsideração de muitos tribunais a esta norma, destarte continuaram proferindo sentenças contendo punições para os deficientes mentais, mesmo o Supremo Tribunal de Justiça francês afirmando várias vezes o caráter de improcedência jurídica que deveria ser aplicado nestes casos. Todavia, alguns desses veredictos *contra legem* rezavam que:

Admitiram que era possível alguém ser culpado e louco; quanto mais louco tanto menos culpado; culpado, sem dúvida, mas que deveria ser enclausurado e tratado e não punido; culpado perigoso, pois que manifestamente doente, etc.⁵²

50. Idem, *Ibidem*, p. 20.

51. Idem, *Ibidem*, p. 21.

52. Idem, *Ibidem*, p. 21.

Mas o importante são as modificações jurídicas que isso proporcionou com a reforma do código em 1832, instaurando uma gradual redução ou isenção da pena, a depender dos níveis de loucura ou anomalia apresentados pelo agente, não bastando mais a mera alegação de deficiência mental para anular o julgamento ou a possibilidade de sanção.

Malgrado, deixou o juiz vinculado ao laudo psiquiátrico, não que ele tivesse obrigatoriedade de apreciá-lo, mas o bom senso, a prudência e, principalmente, o novo regime de vigilância hierárquica, mandavam que o examinasse.

Daí chega-se a outro ente jurídico abordado na dinâmica do poder foucaultiano, a “medida de segurança”, que se destacou como dispositivo mais adequado, entre os já aplicados, para o caso em análise, sendo definida nas palavras do filósofo como algo que:

(...) não se destina a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar sua periculosidade, a modificar suas disposições criminais, a cessar somente após obtenção de tais modificações.⁵³

Por isso legou-se, de certa forma, ao psiquiatra a posição de conselheiro de punição do magistrado, competindo-lhe analisar e expor o grau de periculosidade do indivíduo, sugerir a forma de se proteger dele, elencar dispositivos capazes de “normalizá-lo”, e opinar se é mais idôneo reprimir ou tratar, ou seja, aplicar-lhe como sanção, a prisão ou o hospício. Este panorama Foucault vai chamar de “tratamento médico judicial”.

Logo, tudo isso fundamenta a conclusão de pensador que:

A justiça criminal hoje em dia só funciona e só se justifica por essa perpétua referência a outra coisa que não é ela mesma, por essa incessante reinscrição nos sistemas não jurídicos. Ela está votada a essa requalificação pelo saber.⁵⁴

Inicialmente, concordar com essa afirmação parece-nos ser difícil para qualquer jurista. Mas não há que se negar essa necessária inter-relação com as ciências extrajurídicas, principalmente no direito penal a partir do século XVIII. Doravante, todo o processo criminal passa ser mais racional e sistemático; o poder é operacionalizado numa regularidade e especificidade de funções que não deixa existirem entrechoques de competências. Além disso, a responsabilidade pela punição parece ficar mais difusa. Em outras palavras, é o “aparato criminal” que castiga, fazendo do condenado um corpo dócil, de forma a potencializar suas forças para atividades econômicas e reduzir sua capacidade de reação mais eficazmente.

53. Idem, *Ibidem.*, p. 20.

54. Idem, *Ibidem.*, p. 23.

5. CONCLUSÃO

É perceptível que este estudo tratou, limitadamente, ao nível legal de cada dispositivo jurídico que se propôs a analisar. Uma vez que seu escopo estava voltado para a leitura de Foucault em cada um deles, mesmo que de forma sucinta.

Deste modo, os mecanismos abordados nos propiciam concluir que o pensamento foucaultiano vincula-se ao fato de que o surgimento de cada um deles, independente dos designios, ou seja, tampouco importa se proibitivos, ou que estabeleçam um regime hierárquico ou de vigilância, trarão consigo uma sombra de ilicitude. Esta que se articula em um embate de poderes contra um possível cerceamento, já que o *contrapoder* encontra-se em uma permanente tentativa de controle e “normalização”.

Portanto, a elucidação de jogos de poderes escondidos nas entrelinhas da estrutura social, além de remissões às transições paradigmáticas esquecidas pela acepção de falsas verdades, revelam a preocupação de Foucault com a real percepção da formação histórica por seus próprios atores. Destarte, procurando abrir-lhes os olhos para a compreensão das pontuais mudanças do passado, e das concepções e construções culturais do presente, para que assim possam criticá-las e destruí-las, não mais figurando apenas como alienados de sua própria história.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHAM, Tomás. *El último Foucault*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1ª ed., São Paulo: Rideel, 2003.
- DELEUZE, G., *Conversações*, Rio de Janeiro: Ed.34, 1992.
- DE SÁ, Raquel Stela. *A Arqueologia: como os saberes aparecem e se transformam*. Disponível em <www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/art12.html> Acesso em 14 de maio de 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- DREYFUS, Paul; RABINOW, Hubert. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FOUCAULT, M., *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 31ªed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- _____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ªed. Rio de Janeiro: NAU Ed., 2002.
- _____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Grall, 1985.
- _____. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque Rio de Janeiro: Graal, 2001.

-
- _____. *O Sujeito e o Poder*. In RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. Michel Foucault, Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. São Paulo, Forense Universitária, 1995.
- MERQUIOR, J.G. *Michel Foucault ou o Nihilismo de Cátedra*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985
- POGREBINSCHI, Thamy. *Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder*. Lua Nova, 2004, no.63, p.179-201. ISSN 0102-6445.
- SAMPAIO, Simoni Sobral. Resistências. *Revista Aulas da UNICAMP: Dossiê Foucault*. Disponível em < www.unicamp.br/~aulas/pdf3/27.pdf> acesso em 10 de maio de 2007.
- Verité, pouvoir et soi. (entretien avec R. Martain, Université du Vermont, 25 de octobre 1982). Traduzido a partir de FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994, vol. IV, por Wanderson Flor do Nascimento.
- WELLAUSEN, Saly da Silva. Os Dispositivos de Poder e O Corpo em Vigiar e Punir. *Revista Aulas da UNICAMP: Dossiê Foucault*. Disponível em < <http://www.unicamp.br/~aulas/pdf3/26.pdf>> acesso em 10 de maio de 2007.

CAPÍTULO XIX

DIREITOS FUNDAMENTAIS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa**

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos fundamentais: conceituação e conteúdo – 3. A evolução do raciocínio judiciário – 4. A necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora – 5. Considerações Finais – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo cuida do papel da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, inicia-se com a análise da definição e conteúdo dos direitos fundamentais. Em seguida trata-se da evolução do raciocínio judiciário. Por fim, procede-se à verificação da hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais” etc¹.

Alexy (2003, p. 21) aponta três conceitos de direito fundamental, que ele classifica em concepções formais, materiais e procedimentais. A concepção formal

* Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Diretora da EMATRA XX – Escola da Magistratura do Trabalho da 20ª Região. Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito do Trabalho (TRT 20ª Região/UFS), Professora da Fanese. Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

1. Ingo Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Nesse sentido, segundo o autor, o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos seria relativa aos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” seria, segundo Sarlet (2006, p. 37) marcadamente jusnaturalista, de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.

baseia-se na maneira em que está disposta a normatividade de direito positivo dos direitos fundamentais. Assim, direitos fundamentais são todos aqueles catalogados expressamente como tais na Constituição. Para Alexy (2003, p. 23) os conceitos formais de direito fundamentais referidos a catálogos consagrados nas normas constitucionais podem ser úteis, mas em seu fundo deve haver sempre um conceito material de direito fundamental.

Em relação à definição material dos direitos fundamentais, Alexy (2003, p. 27) ressalta que é necessário que existam diversos tipos de direitos fundamentais que possam ser correlatos a diferentes concepções de Estado. Assim, por exemplo, para o Estado Burguês, direitos fundamentais seriam os direitos liberais do indivíduo, o que exclui as ações positivas do Estado.

A definição procedimental exposta por Alexy (2003, p. 29) aponta para uma definição formal a partir da qual se estabelece que as decisões do parlamento não possam ser tomadas por maioria simples, de forma que se estabelecem quoruns privilegiados para sua modificação.

Outrossim, cumpre frisar que o conteúdo dos direitos fundamentais foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (2003, p. 1395), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”. Assim, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado, constituindo-se essencialmente nos direitos de autonomia e defesa. A teoria da ordem dos valores, por outro lado, associada à doutrina de Smend e à filosofia de valores, definia os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo. Já a teoria institucional dos direitos fundamentais, capitaneada por Peter Habererle, parte da afirmação de que os direitos fundamentais não se esgotam em sua vertente individual, mas possuem um caráter duplo, ou seja, individual e institucional. Por seu turno, a teoria social dos direitos fundamentais parte da tripla dimensão destes direitos: individual; institucional e processual. De sua vez, a teoria democrática funcional acentua o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Por fim, a teoria socialista dos direitos fundamentais pretende ser uma concepção originária dos direitos fundamentais, o que implicaria em uma ruptura com as concepções liberais (CANOTILHO, 2003, p. 1397-1400)

Expostas as teorias que pretendem fixar o conteúdo dos direitos fundamentais, importa destacar a classificação dos direitos fundamentais procedida por Ingo Sarlet (2006 p. 194) que divide os direitos fundamentais em dois grupos: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. Esse último grupo, por seu turno, subdivide-se em direitos a prestações

em sentido amplo, direitos à proteção, direitos a prestações em sentido estrito – direitos sociais – e direitos à participação na organização e procedimento.

A primeira divisão apontada, relativa aos direitos de defesa e direitos a prestações, parte da clássica distinção efetivada pela doutrina. Com efeito, os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, que deverá respeitar os direitos individuais. Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações implicam uma postura ativa do Estado, que é obrigado a colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (SARLET, 2006, P. 216)

Em relação aos direitos de defesa, esses abrangem não somente os tradicionais direitos de liberdade e igualdade, como também os direitos à vida, à propriedade, às liberdades fundamentais de locomoção, de consciência, de manifestação de pensamento, de imprensa e de associação, além dos direitos que irradiam da personalidade, da nacionalidade e da cidadania, bem como os direitos coletivos.

Em relação aos direitos fundamentais como prestações, estes se encontram vinculados à concepção de que ao Estado incumbe colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Dentro da subdivisão, efetivada por Sarlet (2006) entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito, tem-se que, segundo o autor, na rubrica de direitos a prestações em sentido amplo enquadram-se todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria de direitos de defesa. Quanto aos direitos a prestações em sentido estrito, Sarlet (2006, p. 221) aponta que estes se reportam à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social. Trata-se, por outro lado, de direitos a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse de recursos necessários, poderia obter através de particulares. São, assim, os chamados direitos fundamentais sociais.

Voltando-se aos direitos fundamentais a prestação em sentido amplo, Sarlet (2006, p. 222) destaca os direitos à proteção, que seriam aqueles que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais.

Há, também, a dimensão dos direitos fundamentais de participação na organização e procedimento. Tal dimensão, além de outorgar legitimidade ao Estado Democrático de Direito, ao tempo em que assegura uma democracia com elementos participativos. Neste aspecto, Sarlet (2006, p. 226) afirma que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório.

Ressalte-se, porém, como faz Andréas Krell (1999, p. 245) que a doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Desta forma, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração seria meramente gradual, mas não substancial, uma vez que muitos dos direitos fundamentais tradicionais seriam reinterpretados como sociais, perdendo sentido, assim, as distinções rígidas.

Tal prévia análise do conceito e conteúdo dos direitos fundamentais é relevante para a verificação da concretização hermenêutica dos direitos fundamentais. Antes, porém, aborda-se, no item seguinte, a evolução do raciocínio judiciário.

3. A EVOLUÇÃO DO RACIOCÍNIO JUDICIÁRIO

O presente item procura apontar o desenvolvimento das teorias sobre o papel da interpretação. Parte da perspectiva de que é possível compreender a ciência do direito a partir da evolução do raciocínio judiciário, com base no pressuposto de que o ordenamento jurídico pode ser entendido como “o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz” (BOBBIO, 1995, p. 28).

Nessa busca de sistematização, adota-se a divisão proposta por Perelman, que distingue três fases na formação da ideologia judiciária ocidental: a primeira, desde seus primórdios até a Revolução Francesa; a segunda entre a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial e a terceira a partir do final da Segunda Guerra (PERELMAN, 1998, p.184)².

Na primeira fase, não havia separação de poderes, sendo o soberano detentor das funções de administrar, legislar e julgar. Ainda não existia um corpo completo de leis, de forma que o julgador norteava-se pelo critério de “justiça”, devendo fundamentar-se em regras jurídicas, morais, religiosas etc³. Prevalciam, à época,

2. As datas assinaladas não são inflexíveis, servindo apenas como referência para fixação do momento histórico.

3. Os argumentos que os julgadores romanos utilizavam para chegar racionalmente às decisões só escassamente estavam contidos nas regras. Na maioria das vezes, as soluções eram encontradas dentro das próprias circunstâncias do problema, ou nos casos onde havia o mesmo caráter específico, invocando-se, por analogia, casos paralelos ou argumentando-se casos opostos. O mais importante era sustentar a racionalidade da solução do ponto de vista prático, mostrando que ela resultou das circunstâncias da causa. Até o fim da Antigüidade, os romanos conservaram notas casuísticas dominantes na sua ordem jurídica, ensejando, assim, a utilização da “tópica”, conforme enfatiza Viehweg (1979, p. 49): “O jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumento. Vê-se, por isto, necessitado de desenvolver uma *techne* adequada. Pressupõe irrefletidamente um nexo que não pretende demonstrar, porém dentro do qual se move. Esta é a postura fundamental da *tópica*”.

os primados e a legitimidade do chamado direito natural, cujo fundamento evoluiu, no decorrer dos tempos: tomava por base a natureza humana, na Antigüidade Clássica; ancorou-se no poder divino, durante a Idade Média⁴ e terminou por assentar-se na razão, com o iluminismo, na Idade Moderna.

A partir da Revolução Francesa, afirmaram-se os pressupostos da separação de poderes, bem como a exigência de motivação das decisões. Além disso, foram fixadas, em primeiro plano, a legalidade e a segurança jurídica como parâmetros para a coexistência social harmônica e a interferência estatal legítima. Nessa fase, prevaleceu o positivismo jurídico, na versão tradicional, sendo as decisões judiciais formuladas com base em um raciocínio lógico-dedutivo formal.

Nesta fase inclui-se tanto o positivismo jurídico tradicional – representado pela Escola da Exegese⁵ quanto o positivismo jurídico normativista kelseniano⁶ e o positivismo da *common law*, explicitado na obra de Herbert Hart⁷.

-
4. Na Idade Média, o direito romano difundiu-se com o nome de direito comum, o qual, por seu turno, se contrapunha ao *jus proprium*, ou seja, aquele direito próprio das diversas instituições sociais. Contudo, conforme assinala Machado Neto (1975, p. 83), durante toda a Idade Média, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Como maiores expoentes da Idade Média, devem ser destacados Santo Agostinho – da primeira fase, chamada patrística – e Santo Tomás de Aquino, no período conhecido como escolástico.
 5. A Escola da Exegese, surgida na França, no século XIX, a partir da edição do Código Civil Francês, pugna pela identificação do direito com a lei escrita, devendo o aplicador da lei limitar-se com rigor ao texto legal, para revelar o seu sentido real e preciso. Suas características fundamentais podem ser fixadas em cinco princípios: inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, concepção rigidamente estatal do direito, interpretação fundada na intenção do legislador, culto do texto da lei e respeito ao princípio da autoridade.
 6. Hans Kelsen desenvolveu sua teoria submetendo a ciência jurídica a uma dupla depuração. Com isso, retirou do seu âmbito qualquer análise envolvendo aspectos fáticos e valorativos, sendo a norma jurídica o seu objeto específico. Kelsen qualifica as decisões judiciais como um ato de vontade que cria o direito. A partir desse entendimento, distingue a interpretação feita pela ciência jurídica daquela realizada pelos órgãos jurídicos. Segundo esclarece, a primeira estabelece as possíveis significações da norma, enquanto a segunda constitui criação jurídica. Nesse aspecto, Kelsen caracteriza a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito considerando que a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com esse ato, segundo o autor, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda (KELSEN, 1979, p. 470). Esse ato de vontade a liga-se ao conceito kelseniano do texto normativo como moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Entretanto, apenas uma delas é escolhida pelo órgão aplicador da lei. Esclarece o autor que dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1979, p. 467).
 7. De forma semelhante a Kelsen, Hart afirma que o sistema jurídico está composto de regras primárias e secundárias. As primeiras são aquelas que prescrevem condutas ao cidadãos; as segundas, também chamadas de regras de reconhecimento, fornecem os critérios através dos quais pode ser aferida a validade das regras primárias. Em seu modelo de raciocínio judicial, Hart defende

A partir da Segunda Guerra Mundial, com a verificação de que a decisão judicial, para ser justa, não poderia limitar-se à lógica dedutiva tradicional, os teóricos passaram a buscar novas perspectivas para a problemática da decisão. Teve início, assim, o terceiro momento do raciocínio judicial⁸, consoante esquematização introdutória já assinalada.

Essa fase, segundo Perelman (1998, p. 185), relaciona-se a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução eqüitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Nesta fase, é permitido ao Juiz, para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei, tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Essa nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: Desta forma, Perelman destaca que se assiste à aproximação entre a concepção continental do direito e a concepção anglo-saxã. (PERELMAN, 1998, p. 185).

Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e moral, muito embora não se trate propriamente de retorno ao direito natural. Essa nova fase busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica.

que o juiz deverá aplicar o direito posto, ou seja, as normas primárias. Contudo, adverte que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre hipóteses em que não existe regulação prévia, de forma que o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos, para o autor, o juiz deve exercer o seu poder discricionário de criar o direito, desde que tal ato seja juridicamente limitado. Para Hart, ocorrendo lacuna das normas, o juiz deverá criar o direito para solucionar o caso concreto que lhe é apresentado. Entretanto, assinala que os tribunais, ao criarem o direito novo, devem tomar por base a analogia, “de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente”(HART, 1994, p. 337)

8. Tal perspectiva pós-positivista é caracterizada por diversos elementos, assim descritos por Bonavides: “A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero normas e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2001, p. 265)

Passa-se, então, analisar duas significativas vertentes do pensamento atual: a tópica jurídica e a nova retórica, especificamente com os expoentes Viehweg e Perelman, e o raciocínio judicial aberto a princípios, através da obra de Dworkin e Alexy.

De acordo com a vertente tópico-retórica do pós-positivismo, a estrutura das decisões jurídicas se funda no esforço de persuasão e convencimento. Esse novo modelo de legitimação das decisões judiciais tem como pressuposto o reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do direito. Tal linha de raciocínio foi bem desenvolvida por Viehweg e Perelman. O primeiro foi responsável, a partir da publicação de sua obra *Tópica e Jurisprudência*, em 1953, pela retomada da controvérsia acerca da metodologia a ser utilizada no campo do direito. A linha de raciocínio dessa obra é a de que a forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas e daí extraía princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não teria se perdido, apesar de toda ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos

Pode-se afirmar que a grande contribuição de Viehweg para a evolução do raciocínio jurídico foi a retomada da tópica e, conseqüentemente, o fato de privilegiar o âmbito da criação judicial do direito, que fora afastada pelo positivismo tradicional⁹. Essa importância dada à esfera da decisão vem se consolidar com os estudos da teoria da argumentação e nova retórica de Chaïm Perelman. Este também se vale da tópica e da retórica aristotélicas, passando a desenvolver sua teoria da argumentação.

Perelman procura então desenvolver uma metodologia capaz de permitir o uso prático da razão, elaborando uma lógica de juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada julgador. Para tanto, utiliza-se do recurso às técnicas argumentativas, como forma de permitir a aceitação das decisões judiciais.

Quanto à aplicação da nova retórica e dos valores no raciocínio do juiz, expressa Perelman que o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados (PERELMAN, 1998, p. 183).

9. Manuel Atienza assinala que “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria e sim ter descoberto um campo para investigação”. Para ele, o Viehweg ressaltou “a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica” (ATIENZA, 2002, p. 77).

A forma de pensar tópico-retórica visa, assim, em apertada síntese, dar ênfase aos mecanismos persuasivos que formam o discurso jurídico, buscando o consenso, para dar suporte e legitimidade à decisão judicial.

Outra vertente do pós-positivismo de fundamental relevância é aquela que busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. O estudo da teoria da decisão judicial recebeu grande contribuição de Ronald Dworkin que criou um modelo segundo o qual o trabalho do juiz é “reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido” (SOUZA NETO, 2002, p. 237). Significa dizer que a sentença do juiz se situa numa dimensão intermediária entre a mera aplicação silogística defendida pela Escola da Exegese e o ato de vontade idealizado pelo normativismo jurídico.

A proposta de Dworkin questiona o modelo positivista do raciocínio judicial, em especial o pensamento de Hart. Funda-se, principalmente, no problema relativo aos *hard cases*¹⁰, tema a partir do qual desenvolve sua idéia de que quando existem lacunas nas normas ou regras, o juiz deverá tomar sua decisão pautando-se nos princípios. Para Dworkin, nos casos comuns, devem ser aplicadas as normas ou regras, através do método lógico-dedutivo. Na hipótese de conflito entre regras, deverá ser adotado o critério de validade, pelo qual uma das normas será necessariamente descartada. Em caso de inexistência de normas, deverão ser aplicados os princípios em sentido estrito e as diretrizes, sendo que aqueles sempre deverão prevalecer sobre estas. Em caso de colisão dos princípios entre si, deverá o juiz levar a efeito um processo de ponderação do peso de cada princípio envolvido.

De relevante importância para a compreensão da teoria em análise é, ainda, a noção do juiz “Hércules”. Seria um julgador imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 1995, p. 177). Tal conceito é importante porque o modelo de raciocínio judicial de Dworkin pretende uma única resposta correta. Tal solução deve ser encontrada pelo juiz Hércules a partir do direito preestabelecido, consistente em regras, princípios e diretrizes.

A exemplo de Dworkin, Alexy desenvolve sua teoria inserindo os princípios no seu modelo de sistema jurídico. Além disso, comunga também com a preocupação de Dworkin, no sentido de restringir o âmbito da discricionariedade judicial. Entretanto, sob o ponto de vista da decisão judicial, a grande diferença entre os dois é que Alexy desenvolve uma teoria procedimental para a obtenção da

10. Os *hard cases* são aqueles em que existe incerteza. Esta ocorre na hipótese de existir mais de uma norma, contraditórias entre si, que regulem o mesmo caso ou de não existir norma específica aplicável.

resposta correta, evitando, dessa forma, o recurso ao juiz Hércules desenvolvido por Dworkin.

Alexy define o sistema jurídico como um conjunto integrado de regras, princípios e procedimentos. Para ele, as regras são mandatos definitivos, enquanto os princípios são mandatos de otimização. Daí decorre sua principal distinção, já que os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo, podendo ser aplicados em diferentes graus. É necessário, porém, que o juiz recorra à ponderação na hipótese de conflito entre eles. A aplicação das regras, ao contrário, é necessariamente excludente, sendo resolvida em termos de validade jurídica ou social.

Para melhor explicitar essa teoria, vale aduzir que, para Alexy, a questão decisiva é que os participantes de um discurso jurídico devem, independentemente de se existe ou não um única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora, a qual não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Pressupõe apenas que, em alguns casos, se pode obter uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta (ALEXY, 1997, p.151).

Finalmente, para encerrar esse panorama do pensamento jurídico contemporâneo, não há como se olvidar os estudos hermenêuticos de Heidegger e Gadamer, que analisaram e difundiram o conceito da pré-compreensão. Heidegger (1988, pág. 207) entende que a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação, assim, segundo o autor, nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições.

Para Gadamer, de igual forma, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete despreender-se do círculo da compreensão. O autor entende como processo hermenêutico unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação e considera que o trabalho do intérprete se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete (GADAMER, 1997, pág. 460).

4. A NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA

As análises empreendidas no item anterior são fundamentais para a concretização dos direitos fundamentais, pois, dado ao caráter aberto e amplo da constituição,

os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros setores do direito, em que as normas são mais detalhadas.

Nesse sentido, expõe Konrad Hesse (1992, p. 35) que o objetivo da interpretação constitucional é deduzir o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse mesmo resultado, criando certeza e previsibilidade jurídicas e não apenas a solução de determinado caso concreto.

A teoria tradicional da interpretação persegue revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante a análise do texto, de seu processo de criação, além do sentido e finalidade da norma. Porém, demonstra Hesse (1992, p. 38) que essa idéia tradicional apresenta uma série de dificuldades, em especial porque os métodos de interpretação tradicional não oferecem orientação suficiente, já que deixam em aberto qual orientação seguir quando conduzem a resultados de interpretação diferentes.

Pode-se afirmar que a interpretação constitucional é concretização. Procurando precisar esta última idéia, Canotilho (2003, p. 1201) aponta que concretizar a constituição traduz-se no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Densificar uma norma, por outro lado, significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente necessitado de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos Segundo Hesse (1998, p. 61) interpretação constitucional é concretização e “o conteúdo da norma interpretada concluiu-se primeiro na interpretação”.

Na linha de uma hermenêutica constitucional concretizadora, cumpre frisar que a concretização da Constituição pressupõe um entendimento do conteúdo da norma, o que se relaciona à pré-compreensão e ao problema concreto a ser resolvido. Para Hesse (1998, p. 61), o interprete entende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, destacando, outrossim, a importância de tornar consciente e fundamentar essa pré-compreensão, com o objetivo de “proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar para as coisas mesmas” (HESSE, 1998, p. 62). O autor ressalta, ainda, a segunda condição da interpretação constitucional: o entendimento, de forma que a concretização somente é possível a partir do método tópico do caso concreto (HESSE, 1998, P. 62).

Para Hesse (1998, p. 63) a vinculação da interpretação à norma concretizada, à (pré)compreensão do interprete e ao problema a ser resolvido tem significado negativo e positivo. Negativamente, significa que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores. Positivamente, demonstra que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo.

O procedimento de concretização proposto por Hesse (1998, p. 63) prevê que no avanço tópico, guiado e limitado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que são buscados e fundamentam a decisão final da maneira mais convincente possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas, elas possibilitam deduções que conduzem ou contribuem para a resolução de problemas. O intérprete, então, deve escolher os pontos de vista – *topoi* – apropriados, excluindo os demais.

Hesse (1992, p. 45) refere que aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar o processo de interpretação. Dentre esses princípios, o autor ressalta, em primeiro lugar, o princípio da unidade da constituição, pelo qual a constituição deve ser sempre interpretada de tal maneira que se evitem contradições com as outras normas da mesma constituição (HESSE, 1992, p. 45).

Em íntima relação com o primeiro, Hesse relaciona o princípio da concórdância prática, que estabelece os limites dentro da ponderação de valores, na hipótese de conflito entre os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional (HESSE, 1992, p. 46).

Hesse (1992, p. 47) destaca, ainda, o princípio da correção funcional, segundo o qual, se a constituição regula de uma determinada maneira a repartição de atribuições dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se fiel às funções previamente estabelecidas¹¹.

Outro princípio destacado por Hesse (1992, p. 47) é o da eficácia integradora. Assim, se a constituição se propõe a criação e manutenção da unidade política, tal fato exige outorgar preferência à interpretação que promova e mantenha a dita unidade.

Por fim, o último critério apontado por Hesse (1992, p. 47) é o da força normativa da constituição, que pugna que se dê preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional¹².

11. Segundo Hesse (1992, p. 47) esse princípio é aplicável em particular às relações entre o legislador e o tribunal constitucional, limitando-se as atividades deste último, vedando-se uma interpretação que conduza a uma restrição da liberdade conformadora do legislador além dos limites estabelecidos pela constituição”.

12. De acordo com o princípio da máxima efetividade o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, deverá preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se ao máximo soluções que “se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador” (BARROSO; BARCELOS, 2006, p. 364).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou apontar a importância de uma hermenêutica constitucional concretizadora com o objetivo de se conceder a máxima força normativa à Constituição. Com efeito, considerando-se caráter aberto e amplo da constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros setores do direito.

Seguindo-se a idéia de uma hermenêutica constitucional concretizadora, impõe-se a adoção de princípios próprios de interpretação constitucional, diferenciados dos princípios tradicionais de interpretação da lei, pois somente aqueles podem conduzir à máxima eficácia dos direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica Y Filosofía del Derecho n. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (org) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis, Vozes, 1997
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I*. Petrópolis, Vozes, 1988

- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Direito Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- KRELL, Andréas. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239/260.
- LUNO, Antônio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2005
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Vergínia k. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

CAPÍTULO XX

DAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA: NATUREZA JURÍDICA E IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO ABSTRATA

*João Paulo Lordelo Guimarães Tavares**

Sumário • 1. Introdução – 2. Natureza do Mandado de Segurança – 3. Conceito de Medida Liminar – 4. A Liminar em Mandado de Segurança – 5. A Impossibilidade de Limitação Abstrata – 6. Conclusões – 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Instituto histórico, contemplado em inúmeras obras, o mandado de segurança ainda suscita controvérsias em sua aplicação, mormente no que concerne à possibilidade do provimento liminar em seu bojo.

O objetivo primordial deste artigo – saliente-se – é apresentar – a respeito do dito remédio constitucional –, considerações sobre as liminares, que lhe são comuns, tratando da sua natureza e defendendo, por fim, a impossibilidade da sua limitação abstrata. Não integra a nossa pretensão a realização de um levantamento histórico profundo junto ao tema, eis que já há farta bibliografia a respeito.

Por óbvio, diversas são as implicações que derivam do posicionamento particularmente adotado, sobretudo no que diz respeito à eficácia do *writ* e à maximização do princípio do *due process of law*.

2. NATUREZA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Como cediço, o referido instituto jurídico é o **meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida em lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado por ato de autoridade**. É oponível contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerce atribuições públicas.

* Graduando do 7º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, diretor do Centro Acadêmico Ruy Barbosa – CARB.

Desta forma, trata-se, para alguns autores, não só de remédio constitucional, mas – sobretudo –, de verdadeira garantia fundamental, expressamente prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição pátria.

Em decorrência da relevância que lhe é peculiar, gize-se, a ação mandamental não pode ser impetrada com a finalidade de declarar inconstitucionalidade de lei, existência ou inexistência de relação jurídica ou a invalidade do ato coator.

Por outro lado, também respondem em mandado de segurança autoridades judiciárias que profiram decisões – mesmo atos administrativos – que lesem direito líquido e certo, individual ou coletivo do impetrante. Nestes casos, a ilegalidade é flagrante e nociva à ordem pública.

Embora existam requisitos e condições – algumas específicas – a serem observadas, é importante ter em mente que devem ser mínimos os impedimentos à sua utilização. Se, em determinada situação, houver dúvida quanto ao seu cabimento, deve prevalecer o entendimento a favor de sua admissibilidade.

Também no que concerne às questões polêmicas que o seu estudo suscita – e nos dizeres de Sergio Ferraz –, há de prosperar a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Nesse sentido, acrescenta o autor que o mandado de segurança – revelando-se, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional – deve ser admitido de maneira amplíssima, não podendo ter o curso barrado por mera exigência de forma, desprovida de relevância e essencialidade.

3. CONCEITO DE MEDIDA LIMINAR

Liminar, sabe-se, é a medida concedida *in limine litis*, ou seja, no início da lide. Prescinde, para a sua prolação, de oitiva da parte contrária.

Não se trata, assim, no escólio do mestre Fredie Didier Junior¹ de algo ontologicamente substantivo. Ao contrário, liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*).

Desta forma, embora as normas legais – no que tangem à medida antecipatória de tutela – refiram-se, invariavelmente, à expressão “medida liminar”, esta não se resume àquela.

Pouco importa se a liminar foi proferida em processo cautelar, de conhecimento ou execução ou se consiste em antecipação de tutela. Para a doutrina e jurisprudência pátria, liminar é, tão só, o provimento emitido *inaudita altera*

1. DIDIER JUNIOR, Fredie. Antecipação parcial e liminar dos efeitos da tutela. Hipótese concreta. Considerações. Em: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, 1999, v. V, p. 114.

pars, ou seja, antes de manifestação daquele que integra o pólo passivo da relação jurídico-processual. Dá-se no momento de instauração do processo, antes mesmo da sua angularização, com a citação do acionado.

Também o Código de Processo Civil corrobora com o conceito **adjetivo** de medida liminar. Verbera o diploma pátrio:

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique perfeitamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à Audiência que for designada.

Vê-se, pois, que o conceito de provimento liminar não tem por base o seu conteúdo, eis que este é variável. Ora assume característica de antecipação dos efeitos da tutela – que, em verdade, pode se dar em qualquer momento do procedimento – ora assume natureza cautelar, de sentença etc.

A respeito das medidas antecipatórias, não são poucas as normas legais que restringem a concessão de liminares, sobretudo aquelas requeridas em função do Poder Público.

4. A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

Tema de absoluta relevância prática – e doutrinariamente controverso –, no que diz respeito ao mandado de segurança, é o da liminar. Alguns doutrinadores, a exemplo de Tereza Arruda Alvim², afirmam que o que caracteriza, de maneira marcante, tal remédio constitucional é a possibilidade da concessão de medida liminar. Ora, de fato, a sua eficácia depende diretamente de tal providência.

Segundo Sérgio Ferraz³, a liminar é o pressuposto básico de preservação da possibilidade de satisfação, *in natura*, do direito invocado pelo impetrante.

Neste contexto, mister delinear algumas considerações iniciais da medida.

Em primeiro plano, cabe discorrer acerca da sua natureza jurídica. O emérito Hely Lopes Meirelles⁴ afirma categoricamente ser a medida liminar, em mandado de segurança, provimento cautelar admitido pela própria lei, quando forem relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II, Lei nº 1.522/51). Para o autor, não se trata de antecipação dos efeitos da sentença final, consistindo em procedimento acautelatório do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível.

2. ARRUDA ALVIM, Tereza. *Mandado de Segurança contra Ato Judicial*. São Paulo, RT, p. 18.

3. FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo, Malheiros, 2006.

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 18ª Ed, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 73.

Mesmo diante da reforma do Código de Processo Civil, ao admitir a figura da antecipação da tutela no procedimento ordinário, o renomado autor assevera a natureza cautelar da liminar.

O ilustre Frédie Didier Júnior, em sentido contrário, afirma a natureza antecipatória das liminares em mandado de segurança. O autor, em artigo de suma categoria⁵, giza:

No mais das vezes, o pedido liminar em mandado de segurança – procedimento típico do controle jurisdicional dos atos administrativos – tem por fim a suspensão do ato inquinado de indevido ou a proibição de sua prática, no caso da segurança puramente preventiva. O pedido de suspensão do ato impugnado tem sempre natureza satisfativa, porquanto seja a atribuição imediata de um dos efeitos anexos de eventual sentença procedente – demandas com força constitutiva ou declaratória. A dificuldade que certos setores da doutrina têm em identificar a natureza antecipatória desta espécie de liminar em mandado de segurança (ou outras liminares que também visem à suspensão de eficácia) é o grande motivo da mixórdia doutrinária a respeito do assunto.

Saliente-se: a tutela preventiva tem por objetivo evitar ou minorar os efeitos da lesão. Como sempre se vinculou a tutela cautelar à idéia de perigo, muitos autores ainda identificam, na presença do risco, a medida judicial de natureza cautelar, muito embora não esteja a ela exclusivamente adstrito. Neste ponto, e no escólio de Pontes de Miranda, mister se faz a distinção entre a segurança para a execução e a execução para a segurança.

No particular, contudo, defendemos a impossibilidade de adoção de uma postura apriorística quanto à natureza jurídica das liminares em mandado de segurança. Ora, como já foi dito, trata-se de conceito adjetivo, não podendo se vincular a um único instituto, ainda que em sede de ação mandamental.

A dizer, tais medidas podem assumir feições cautelares ou satisfativas, a depender do caso concreto. No primeiro caso, a providência visa a resguardar o resultado útil da providência final; no segundo, visa a antecipar os efeitos da tutela – ainda que os satisfaça integralmente. Em ambos os casos, faz-se presente o elemento risco.

Em segundo plano, deve-se ter em mente que a liminar, no bojo do remédio constitucional, não é um provimento excepcional. Não se trata, aqui, de exceção ao princípio do devido processo legal, mas, ao contrário, de etapa essencial e integrante do *due process of law* na ação de segurança.

5. DIDIER, Frédie. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica: Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. Artigo disponível em <www.jus.com.br>.

Isso porque o direito de ação, constitucionalmente previsto (art. 5º, XXXV), tem por escopo a obtenção de uma tutela jurisdicional eficaz e adequada à lide. Se, para tanto, for necessária ao impetrante a tutela liminar, esta não lhe poderá ser negada, sob pena de ser violado o direito de ação.

5. A IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO ABSTRATA

Pode-se afirmar, pois, sem grandes digressões, que, ainda que não haja uma previsão legal no sentido de ser possível a concessão de liminar, deverá ser ela concedida, de acordo com o caso concreto.

Ato contínuo, ainda que haja previsão legal vedando ou restringindo a concessão de medidas liminares em sede de mandado de segurança, o magistrado terá de concedê-la, quando esta for necessária à satisfação do legítimo interesse do impetrante. Daí a impossibilidade de limitação *in abstracto*.

Tal posicionamento encontra arrimo na maximização do princípio do *due process of law*, como postulado constitucional fundamental do direito processual civil.

Diante dele, todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies⁶. Daí exsurge o entendimento de serem manifestações do devido processo legal o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo de prova obtida por meio ilícito e outros.

É importante gizar que a inconstitucionalidade – por violação ao direito de ação – o legal vedando ou restringindo a concessão concreta, não se restringe à concessão de liminares. Ao contrário, mesmo determinadas limitações objetivas do *mandamus*, incluindo aquelas previstas na Lei 1.533 de Dezembro de 1951, devem ser desconsideradas, pois não é dado ao legislador ordinário limitar o exercício da ação mandamental, mormente em se considerando que o dispositivo constitucional que a institui não remete o seu regulamento à lei.

Conclui-se, nesse passo, que somente é dado ao legislador ordinário criar normas **procedimentais** relativas ao mandado de segurança, e desde que não seja desconfigurado o seu escopo – reduzindo, por exemplo, a sua celeridade. Em outras palavras, lhe é assegurado exclusivamente o exercício do **poder regulamentador**, sem que possa criar limites não previstos na Carta Constitucional.

Por consectário lógico, restam prejudicadas algumas disposições legais. Isto ocorre, por exemplo, com o art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público,

6. NERY, Nelson Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ao verberar que “*não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação*”.

Defender a constitucionalidade de tal previsão legal é limitar, de maneira absurda, o alcance e a eficácia da ação mandamental.

6. CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto alhures exposto, impende tecer algumas conclusões a respeito do tema abordado, algumas há muito pronunciadas, outras ainda em divergência doutrinária e jurisprudencial:

- 1) Embora possua requisitos e condições específicas, devem ser mínimos os impedimentos à utilização do mandado de segurança. Se, em determinada situação, houver dúvida quanto ao seu cabimento, deverá prevalecer o entendimento em seu favor.
- 2) No que concerne às questões polêmicas que o seu estudo suscita, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Revelando-se, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, deve *o writ* ser admitido de maneira amplíssima.
- 3) Não se trata, o conceito de medida liminar, de algo ontologicamente substantivo. Ao contrário, esta é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Assim, embora as normas legais – no que tangem à medida antecipatória de tutela – refiram-se, invariavelmente, à expressão “medida liminar”, esta não se resume àquela.
- 4) Tal provimento não tem por base o seu conteúdo, eis que este é variável. Ora assume característica de antecipação dos efeitos da tutela – que, em verdade, pode se dar em qualquer momento do procedimento – ora assume natureza cautelar, de sentença etc.
- 5) A liminar, no bojo do remédio constitucional, não é um provimento excepcional. Não se trata, aqui, de exceção ao princípio do devido processo legal, mas, ao contrário, de etapa essencial e integrante do *due process of law* na ação de segurança. Tal ocorre pois o direito de ação, constitucionalmente previsto (art. 5º, XXXV), tem por escopo a obtenção de uma tutela jurisdicional eficaz e adequada à lide. Se for necessária a tutela liminar, esta não poderá ser negada.
- 6) Ainda que não haja uma previsão legal no sentido de ser possível a concessão de liminar, deverá ser ela concedida, de acordo com o caso concreto. Mais a mais, ainda que haja previsão legal vedando ou restringindo a concessão

de medidas liminares em sede de mandado de segurança, o magistrado terá de concedê-las, quando necessárias à satisfação do legítimo interesse do impetrante, com vista à maximização do *due process of law*.

- 7) Não é dado ao legislador ordinário limitar o exercício da ação mandamental, mormente em se considerando que o dispositivo constitucional que a institui não remete o seu regulamento à lei. Somente é dado ao legislador ordinário criar normas **procedimentais** relativas ao mandado de segurança, e desde que não seja desconfigurado o seu escopo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO JR., Luiz Rodolfo de (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança (obra coletiva)*. São Paulo, RT, 2002.
- ARRUDA ALVIM, Tereza. *Mandado de Segurança Contra Ato Judicial*. São Paulo, RT.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Antecipação parcial e liminar dos efeitos da tutela. Hipótese concreta. Considerações*. Em: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, 1999.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo, Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. São Paulo, Malheiros, 1997.
- NERY, Nelson Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

CAPÍTULO XXI

**A ASSISTÊNCIA SOCIAL TIPO
EDUCAÇÃO FORMAL. OBRIGAÇÕES DO ESTADO
E DAS ASSOCIAÇÕES BENEFICENTES DO TIPO
ESCOLAS PORTADORAS DO CERTIFICADO
DE ENTIDADE BENEFICENTE DO CNAS**

*José Rosa**

Sumário • 1. Introdução – 2. Histórico – 3. Conceito e Fundamentos Jurídicos – 4. O SUAS – Sistema Unificado de Assistência Social – 5. Obrigações das Escolas beneficentes de Assistência Social Decorrentes da Adesão ao SUAS – 6. Os Sujeitos Ativos da Assistência Social Educacional e seus Direitos – 7. Escolas Privadas Beneficentes e as Leis 8.742/93 – LOAS e 9.394/96 – LDBE; Direitos e Obrigações – 8. Conclusão – 9. Referência Bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

A Assistência Social é política pública de seguridade social que visa prover as necessidades básicas mínimas das pessoas que não tenham condições de obtê-las sozinhas por meios próprios, sem cobrança de qualquer valor pecuniário como contraprestação por parte do beneficiário do serviço da assistência social.

Pretende proteger o indivíduo e a família carentes, em situação de risco, excluídos ou impedidos de integração ao mercado do trabalho, incapazes e portadores de deficiência, conforme diretrizes dos arts. 203 e 204 da CF e 1º da Lei 8742/93. Neste artigo está explicitado que a assistência social será prestada pelo Estado e por entidades privadas da sociedade, através de conjuntos integrados de ações para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Desta forma percebe-se que a Assistência Social que os atuais Legisladores Constituinte e Infraconstitucional coerentemente pretendem, exige necessariamente a coordenação de diversos setores de atividades ou serviços e de agentes promotores das ações que constituem assistência social, conforme conceitos mais abertos e coerentes, consolidados nas Constituições de 1937 e 1946, as quais incluíam a assistência educacional como uma espécie do gênero assistência social.¹

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

1. A Constituição de 1946 tornou obrigatória a assistência social, deixando claro que, até então, a assistência social também compreendia a assistência educacional.

Da análise das normas constitucionais pertinentes à assistência social e da legislação que lhe dá concretude; pelos seus objetivos e finalidade, conclui-se que a prestação de assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, derivada diretamente de execução de Política de Seguridade Social não contributiva, somente possível de ser realizada com serviços e ações diversas, inclusive no âmbito da educação formal. Sua execução, conforme a Constituição, é prestação da serviço público cujos coordenadores e executores estão elencados na CF/88:

“Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes,... I –..... a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;” (Grifo nosso)

Assim, é um direito subjetivo, inscrito entre os direitos fundamentais, portanto tutelado em sede constitucional. Esse direito está prescrito entre diversos outros no “Título VIII – Da Ordem Social” da Carta Magna.

Ganha concretude normativa na Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, nº 8.742/93, nas Resoluções 177/2000 e 145/2004 do Conselho Nacional de Assistência Social e LDBE – Lei Federal 9.394/96, *Lei 11.439 de 29/12/2006 – Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2007 – além de outras leis.*

Nessas regras, a prestação de educação formal conforme a Lei de Diretrizes e Base da Educação está regulamentada e garantida como espécie de serviço de assistência social, dentre outras espécies assistenciais.

Dá-se relevante destaque à idéia de que a regulação da imunidade tributária em si, de competência de lei complementar, é distinto da regulação legal da constituição, funcionamento e fiscalização das entidades beneficentes de assistência social. Entretanto boa parte da doutrina combate a legislação que busca efetivar a fiscalização sobre o devido cumprimento da finalidade das entidades beneficentes do inc. I, 204 da CF.

Naquela legislação estão gravados os direitos e obrigações das escolas privadas portadoras de Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, beneficente, sem fins lucrativos, de interesse público, prestadora de educação formal gratuita simultaneamente às suas atividades remuneradas, cujos lucros devem ser aplicados integralmente nas suas finalidades beneficentes. Em contrapartida, ao cumprirem suas obrigações assistenciais, desfrutam de imunidades tributárias garantidas no artigo 150 da CF, no CTN e nas legislações estaduais e municipais, em obediência ao comando constitucional.

Também estão regulados os sujeitos de direito do Sistema Unificado de Assistência Social – SUAS, criado pela Política Nacional de Assistência Social.

Tais sujeitos são pessoas economicamente carentes, consideradas em situação de risco decorrentes da pobreza extrema e indigência que assolam mais de cinquenta milhões de brasileiros.

Os requisitos que qualificam o carente que deve receber os benefícios da assistência social, os critérios para a concessão, os tipos de serviços e formas de divulgação, prestação de contas, gerenciamento e controle das atividades estão garantidos na legislação.

Para garantir a transparência e participação popular na execução ou prestação da assistência social, a CF (58 II, 204 II, 37 caput, 5º caput, XXIII e §§ 1º/3º) viabiliza estes direitos intrínsecos do Estado Democrático em diversas normas e Princípios constitucionais. Igualmente na LOAS, arts. 4º e outros.

Não obstante esse aparato normativo de garantias e direitos para o cidadão potencialmente beneficiário da assistência social da espécie educação formal, tal instrumento de inserção social tem apresentado resultados macros próximos da deficiência total. E no âmbito individual, considerando que a assistência social tipo educação formal é toda ela prestada por entidades beneficentes sem fins lucrativos, a ineficiência é total em inúmeros casos exemplificados adiante.

Constata-se que os serviços beneficentes de assistência educacional, a partir da instituição da Imunidade Tributária atrelada às entidades beneficentes e de assistência social, gradualmente, estão acontecendo apenas no plano formal, nos registros, declarações e prestações de contas ao Estado. No plano da verdade real, no atendimento aos míseros cidadãos excluídos pela pobreza extrema, estes quando buscam uma vaga gratuita nas escolas registradas nos órgãos tributários estatais como beneficentes filantrópicas, geralmente são ignorados, tratados de modo indigno e humilhante, ao final são informados de que não existe gratuidade nos cursos de educação formal.

O próprio Estado não exerce fiscalização sobre as atividades de assistência social beneficentes ou filantrópicas, na área da educação. Assim, garante e fomenta essa contumácia de fraudar a ordem tributária, gerando mais graves prejuízos sociais pelo não provimento de educação para os adolescentes e crianças carentes que é financiada pelo Estado, indiretamente, com as imunidades. Essas violações a direito fundamental permitidas, constituem-se em descumprimento de preceito fundamental, do Estado, por não fiscalizar e impor o cumprimento da lei por parte das omissas escolas-entidades beneficentes.

Assim, será desenvolvido o presente trabalho, visando aprofundar o conhecimento sobre o direito à educação como serviço de assistência social garantido na CF/88 nas CF de 1937 e 1946. Demonstrar como o inadimplemento das escolas-entidades beneficentes filantrópicas geram graves prejuízos econômicos à fazenda

pública, no valor de R\$ 2,4 bilhões de reais apenas sobre as isenções da cota patronal devidas ao INSS, no ano de 2003. Sendo, porém, muito mais relevantes os prejuízos à sociedade ao inviabilizar a educação digna e eficaz para milhares de crianças que têm direito à educação nas escolas beneficentes de assistência social, mas que desse direito não desfrutam.

Tais prejuízos são irreparáveis, garantem a exclusão social e a manutenção de um iníquo processo de formação de uma sociedade de desiguais. Uma sociedade dividida em duas partes: uma formada de cidadãos dignos, portadores de todos os direitos e beneficiados pelos frutos da civilização de uma sociedade organizada; outra formada por párias, cidadãos de última classe, sem direitos, sem dignidade, excluídos do mundo da cultura, da civilização.

2. HISTÓRICO – DA FILANTROPIA E CARIDADE À ASSISTÊNCIA SOCIAL POSITIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Não é possível entender a assistência social senão como prestação de ações de proteção em diversos campos de necessidades, alimentação, saúde, abrigo, etc. Inclusive, também, a prestação de educação formal apta a causar a inserção social de pessoas carentes. Este pensamento é coerente com as constituições brasileiras e com a prática de assistência social construída ao longo da história humana nos três últimos milênios, quer no oriente tanto na civilização ocidental.

Na existência humana as pessoas, individualmente ou em grupos, podem passar por momentos de fragilidade e infortúnios. Podem ser atingidas por eventuais vicissitudes tais como a doença, a pobreza ou carência total de recursos necessários à vida, a morte de familiares que são provedores da família, além de outras mazelas. Ademais, a velhice é quase sempre acompanhada da perda de capacidade para prover a própria subsistência.

A consciência dessas dificuldades desde a antiguidade e entre diversos povos, fez nascer os sentimentos humanitários de fraternidade, solidariedade e também com o senso de prudência, induziu em maior ou menor intensidade a prática de diversas manifestações de assistência, de auxílio ao necessitado.

Muitas vezes os costumes e a própria lei, consolidaram a prática da assistência ao necessitado. Essa assistência consistia no socorro com abrigo, cuidados para recuperar a saúde, dar alimentos, etc.

Temos entre os judeus, por exemplos, o costume de dar esmola aos necessitados (cf. Mateus, 5, 1 – 4), bem como a instituição do dízimo, que servia não apenas para manutenção dos templos e dos sacerdotes, mas para socorrer aos irmãos da igreja em suas diversas necessidades para a subsistência. A idéia de auxílio social como ações de múltipla natureza está bem exemplificada na Bíblia, em Mateus, 25, 35 a 44:

“34 Então dirá o Rei aos que estiverem à sua direita: Vinde, benditos de meu Pai. Possui por herança o reino que vos está preparado desde a fundação do mundo;

35 porque tive fome, e me destes de comer; tive sede, e me destes de beber; era forasteiro, e me acolhestes;

36 estava nu, e me vestistes; adoeci, e me visitastes; estava na prisão e fostes ver-me.”

Na Europa desde o início da Idade Média a filantropia era um costume intensamente praticado, também conforme as prescrições bíblicas²:

“Durante os séculos após a morte de Carlos Magno em 814, muito dos cuidados aos pobres, até então a cargo das paróquias da Igreja, migraram para os mosteiros. Nas palavras do rei S. Luiz IX da França, os mosteiros eram “o patrimônio dos pobres”; o que sempre foi desde o séc. IV. Em cada lugar onde surgia um mosteiro, nos vales e montanhas, formavam-se centros de vida religiosa organizada com escolas, modelos para a agricultura, indústria, piscicultura, reflorestamento, proteção aos viajantes, alívio para os pobres, órfãos, cuidado dos doentes...”

Mas os monges não apenas esperavam os pobres virem a eles, iam atrás dos pobres e doentes para socorrê-los.... a Igreja Católica revolucionou a caridade na civilização ocidental tanto no seu espírito quanto em sua realização. Ninguém como a Igreja socorreu tanto os pobres, órfãos, viúvas e doentes. E isto..... durante os vinte séculos de sua existência. [...] **só a Igreja lutava contra a miséria, socorria os indigentes, os “pobres benditos” que viviam perto da catedral; havia os “fundos de socorro” que estavam em toda parte. [...] Havia também hospícios, hospedarias para estrangeiros e hospitais mantidos pela Igreja; surgiram depois os leprosários ou “hospitais de Lázaro”.....**

Os mosteiros tinham também a sua “matrícula” sob os cuidados do monge “esmoler”. (grifo nosso)

A partir do séc. XI começaram a surgir as Ordens dedicadas à caridade. A Ordem hospitalar mais antiga foi a dos “Antoninos”; nasceu em Vienne, em 1095, na paróquia onde estavam as relíquias de Santo Antão. a Igreja pedia que as crianças abandonadas fossem deixadas nas portas dos mosteiros..... eram cuidadas pela Ordem do Espírito Santo ou pelos hospitalários de São João de Jerusalém, Alguns desses asilos de crianças eram enormes e elas só saíam daí trabalhando.

São incontáveis os números de hospitais, sanatórios, **escolas para crianças pobres**, asilos, creches, etc... que os filhos da Igreja sempre mantiveram durante todos esses vinte séculos de cristianismo. A caridade católica sempre foi totalmente gratuita, desinteressada,”

2. Art. 172 – Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.” Rogério Tobias de Carvalho. Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social. Ed.Renovar. RJ. 2006. p 18.

Entre os muçulmanos tem-se que o Islão está construído sobre cinco fundamentos: Atestar que não há outra divindade senão Deus e que Muhammad é o profeta de Deus; rezar; **dar esmola**; jejuar no mês de Ramadan e, para aqueles que têm possibilidade, fazer a peregrinação a Meca.

Justifica-se a idéia do auxílio ou esmola, sem nenhum sentido depreciativo para o beneficiado, pois que tudo que tem o fiel, foi recebido de Deus, que o proverá sempre aquele que dá esmola, livrando-o da necessidade. Se é Deus quem provê, aquele que tem deverá doar destes bens aos necessitados.

Constata-se que a filantropia e a assistência social beneficente é um costume e valor secularmente cultivado no mundo cristão e no Brasil, oficialmente desde a inauguração do hospital da primeiras Santa Casa de Misericórdia do Brasil, em 1543³.

Tal valor e prática moral sofreu a proteção do Legislador Constituinte nas Constituições de 37 e 46, permanecendo vigente no ordenamento infraconstitucional contemporâneo como será demonstrado adiante.

A CF de 1946 tornou obrigatória a assistência social que compreendia também a assistência educacional:

“Art. 172. Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar”.

Apesar de inexistir na CF/88 expressamente disposição de que educação seja espécie de assistência social, as normas constitucionais e princípios fundamentais que fundamentam a imunidade tributária para as entidades beneficentes e de assistência social infirmam que educação formal continua sendo um tipo de assistência social. Este sentido posto pela CF/88 transparece com o crescente elenco de normas legais e regulamentos dispendo sobre a educação formal como prestação de assistência social e a permanência de outras sobre a mesma matéria.

Cristalizando os valores cultivados pelo povo brasileiro, quanto à filantropia benficiente e assistência social como um conjunto de ações protetivas, incluindo a educação, O Congresso Nacional reconhece através da COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO (no PLOA 2005 – PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA N.º 51, de 2004 – CN, no SUMÁRIO DA NOTA TÉCNICA, que dentro dos gastos com a função educação há despesas computadas como “programas suplementares de alimentação, assistência

3. Felipe Aquino at 7:44 pm on Domingo, Abril 15, 2007. Igreja. Bajar de la cruz a los pobres. permanente caridade da Igreja – Parte II. Extraído em Prof. Felipe Aquino – site: www.cleofas.com.br. Domingo, 01/07/2007.

médico-odontológica, farmacêutica e odontológica, e outras formas de assistência social” no tópico “Educação”.

Assim, impõe-se que se entenda implícita na atual Carta Magna que o gênero assistência social carrega em seu interior, dentre outras, a espécie educação.

3. CONCEITO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sentidos correntes dos termos “Assistir” e “Assistência”. Etimologia. Têm origem no latim “*ad-sistere*” ou “*assistere*”, que significam estar presente, ver, testemunhar. A partir do século XVI, o termo é empregado com o sentido de ajudar, socorrer⁴.

Houaiss (2001, 1ª ed.) identifica já em 1551 “*assistência*”, como o ato de assistir, amparar, proteger, auxiliar; “*Assistência Pública*” – espécies de auxílio, cuidados ou apoio dos poderes públicos prestados às pessoas, comunidades ou grupos sociais que deles necessitem; conjunto de medidas através das quais o Estado e as entidades privadas procuram atender certas necessidades de pessoas que não dispõem de meios próprios para satisfazê-las.

Deve se concretizar com ações de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Em nosso ordenamento constitucional a assistência social é Política de Seguridade Social não contributiva (CF, art. 203), que provê os mínimos sociais, para garantir o atendimento às necessidades básicas, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, através das “entidades beneficentes e de assistência social”, como está gravado no texto constitucional, parte final do inc. I do art. 204. Visa proteção à família e a pessoas em situação de risco.

No ordenamento infraconstitucional, a lei específica é a LOAS – Lei 8.742/93, que regulamenta as disposições dos arts. 203/204 da CF, reafirmando que será executada pela iniciativa pública e também, pela sociedade.

Entretanto, em amplo elenco de leis estão previstos diversos tipos ações de assistência social, como por exemplo, relevante, na Lei Federal 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

“Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: ...

4. Carvalho, Rogério Tobias de. *Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social*. Renovar. 2006. p 15

VI – concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

.....

§ 1º Os recursos de que trata este artigo **poderão ser destinados a bolsas de estudo para a educação básica, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos**, quando houver falta de vagas e cursos regulares de rede pública de domicílio do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão da sua rede local.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público, inclusive mediante bolsas de estudo.” (Grifos nosso).

A Resolução/FNDE/CD/Nº 015 de 16/06/2003, estabelece critérios para o repasse de recursos financeiros, à conta do PNAE, previstos na Medida Provisória nº 2.178-36, de 24/08/2001 e DOU 25/08/2001 – ED. EXTRA, para escolas da rede pública federal estadual, municipal e **entidades beneficentes de assistência social**, com os recursos financeiros destacados do Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate a Fome para cobertura do PNAE, cujos objetivos e clientela são (Art. 2º.) suprir parcialmente as necessidades nutricionais dos alunos, (Art. 3º) Os beneficiários do PNAE são os alunos matriculados na educação infantil,§ 1º Excepcionalmente, poderão, também, ser computados..... os alunos matriculados na educação infantil oferecida em creches e pré-escolas e no ensino fundamental mantidas por entidades beneficentes. “*FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Constituição Federal, art. 208; Lei Complementar nº 101/2000; Lei nº 9.394/1996. Dispõe sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar; institui o Programa Dinheiro Direto na Escola, altera a Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997*”, que dispõe sobre programa de garantia de renda mínima, institui programas de apoio da União às ações dos Estados e Municípios, **voltadas para o atendimento educacional**, e dá outras providências.

Por fim, temos a *Lei 11.439/2006 dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2007. Em seu art. 7º e ss, regula sobre aplicação de recursos financeiros da União, em entidades privadas de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e que estejam registradas no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS:*

“Art. 7º I – mediante transferência financeira:

- a) a outras esferas de Governo, seus órgãos, fundos ou entidades; ou
- b) diretamente a entidades privadas sem fins lucrativos e outras instituições;

Art. 32. É vedada a destinação de recursos a título de subvenções sociais para entidades privadas, **ressalvadas aquelas sem fins lucrativos, que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação**, observado o disposto no art. 16 da Lei n o 4.320, de 1964, e que preencham uma das seguintes condições:

III – atendam ao disposto no art. 204 da Constituição, no art. 61 do ADCT, bem como na Lei n o 8.742, de 7 de dezembro de 1993;”

A legislação é exaustiva e ampla na identificação das entidades beneficentes e de assistência social como coexecutoras da política pública de assistência social decorrentes da conjugação das regras constitucionais da imunidade tributária do art. 195 § 7º com as dos 203, 204 I e 150 VI “c”, estando vinculadas à norma do § 4º do art. 150, todos da CF/88.

Então, como já exposto, o sentido do ordenamento jurídico é que a educação é espécie de assistência social constitucionalmente protegido e obrigação das entidades beneficentes que desfrutam da imunidade tributária.

Resta distinguir a regulação da constituição e funcionamento das entidades beneficentes de assistência social da regulação da matéria tributária sobre imunidade que é reservada para a legislação complementar. Sobre a matéria já se pronunciou o e. STF na ADIn 20028, com voto do Min. Marco Aurélio, reconhecendo a constitucionalidade do inc. II do art. 55 da Lei 8.212/91, que exige seja a entidade beneficente e filantrópica seja portadora do CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente, que substituiu o Certificado de Entidade Filantrópica e Assistência Social – CEAS, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

A legislação que regulamenta o funcionamento das entidades beneficentes, exigindo delas o cumprimento de suas finalidades nos quantitativos estabelecidos em leis e resoluções, a exemplo da Resolução 177/2000 do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS são compatíveis com a Constituição, não tendo natureza tributária.

Desta forma, só merecem o abrigo e garantia da imunidade aquelas entidades que, principalmente, cumpram a finalidade da política nacional de assistência social, reinvestindo seus ingressos de receitas – pois elas não geram lucros, mas excedentes denominados como ingressos, na atividade principal e suas finalidades legais e estatutárias: prestação de serviços gratuitos de assistência social, de forma parcial e total para o público carente, assim qualificados objetivamente em conformidade com a lei e não com o arbítrio dos dirigentes que quando os concede, o faz a poucos e que não são pessoas carentes como exige a lei.⁵

5. Cunha, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. Nova Fronteira.

Entende Rogério Tobias de Carvalho, que a assistência social engloba, na proteção à criança em situação de risco, de pobreza extrema, entre diversas ações, a de integração ao sistema educacional, ou melhor, ao acesso à educação como prestação de assistência social (p. 126).

4. O SUAS – SISTEMA UNIFICADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

A POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – PNAAS implementou a POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, criando o SUAS – Sistema Unificado de Assistência Social, em obediência ao disposto nos artigos 203 e 204 da Carta Magna.

No ano de 1993 a Lei 8.742, LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social passou a dispor sobre a organização da assistência social, seguida pela Lei nº 8.908/94, que regulamenta a prestação de serviços por entidades de assistência social, entidades beneficentes de assistência social e entidades de fins filantrópicos, regulamentando os procedimentos e prazos para registro e obtenção de certidão junto ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

O artigo 1º da LOAS, garante: “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

O SUAS – Sistema Unificado de Assistência Social, deve prestar assistência social a quem dela necessitar independente de contribuições à seguridade social (caput do art 203 da CF) e tem, dentre outros objetivos, a proteção à criança, à família, à adolescência, ao velho, às crianças e aos adolescentes carentes – incisos I e II do mesmo artigo 203 da Carta Magna. Os prestadores de ações de assistência social do SUAS são os Estados, os Municípios e as entidades beneficentes e de assistência social.

A prestação de Assistência social a partir da nova Ordem Jurídica, com a Constituição Cidadã, não deve ter nenhum conteúdo humilhante de voluntária ajuda caridosa, facultativa, constrangedora à pessoa que está em situação social de risco, tal como a indigência, a pobreza, situação das pessoas que moram nas ruas, ou outras situações.

A implementação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, conforme a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, busca efetivar a assistência social como política pública de Estado, definida em Lei.

Não mais é admissível entendê-la como clientelismo, assistencialismo, caridade ou ações pontuais, que nada têm a ver com políticas públicas e com o compromisso do Estado com a sociedade.

A Política Nacional de Assistência Social implementada pelo Estado busca materializar a Assistência Social como “um pilar do Sistema de Proteção Social Brasileiro no âmbito da Seguridade Social”.⁶

O custeio das ações do SUAS é feito com recursos governamentais da seguridade social, previstos no art. 195 da CF, além de outras fontes, tais como os recursos capitalizados pelas entidades beneficentes filantrópicas, equivalentes às imunidades tributárias concedidas pelas esferas do poder público federal, municipal e estadual.

As ações têm por base as diretrizes da descentralização político-administrativa, cabendo “a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social” – art. 204, I da CF/88. Também no inciso II do mesmo artigo 204, está garantida a participação popular na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Então, a execução dos programas e serviços de assistência social está a cargo das esferas públicas municipal e estadual, “bem como das entidades beneficentes e de assistência social”, como está gravado no texto constitucional (inc. I do art. 204 CF).

A co-responsabilidade da entidades beneficentes na sua parceria com o Estado é inquestionável, tendo em vista que a adesão das entidades privadas à Política de Assistência Social é voluntária e o volume de dinheiro carreado para as mesmas, direta ou indiretamente (via imunidades ou isenções tributárias) ascendem a vários bilhões de reais anualmente, segundo informações da Secretaria do Tesouro Nacional, registradas na Resolução CNAS 145/2004.

A política de assistência social, é portanto reconhecida como direito do cidadão e responsabilidade do Estado, que deve ser universalizada como das mais importantes formas de reduzir a pobreza no Brasil.

“O Brasil apresenta um dos maiores índices de desigualdade do mundo, quaisquer que sejam as medidas utilizadas. Segundo Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA, em 2002, os 50% mais pobres detinham 14,4% do rendimento e o 1% mais ricos, 13,5% do rendimento.... esse modelo de desigualdade do país ganha expressão concreta no cotidiano das cidades, cujos territórios internos (bairros, distritos, áreas censitárias ou de planejamento) tendem a apresentar condições de vida também desiguais. ainda considerando as medidas de pobreza (renda *per capita* inferior a ½ salário mínimo) e indigência (renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) pelo conjunto dos municípios brasileiros, já é possível observar as diferenças de concentração da renda entre os municípios, o que supõe a

6. Apresentação. Capítulo 6. Anexo à Resolução CNAS 145” de 15/10/2004 – DOU de 28/10/2004.

necessidade de conjugar os indicadores de renda a outros relativos às condições de vida de cada localidade.⁷

Ademais, recebem valores monetários equivalentes, no mínimo iguais aos valores das imunidades tributárias, o que vincula os objetivos da entidade à prestação de serviços gratuitos assistenciais, muitas vezes paralelamente às suas atividades não gratuitas, comerciais, industriais ou de serviços que são executados para cumprir a finalidade principal, sua atividade fim que é a prestação de serviço de assistência social gratuitos.

Conforme a Secretaria do Tesouro Nacional⁸, o valor das imunidades apenas com o INSS, no ano de 2003 segundo dados da Receita Federal e Previdência Social, foi de R\$2,4 bilhões, que correspondem às isenções anuais concedidas pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social relativas ao pagamento da cota patronal dos encargos sociais devidos a esse órgão e oportunizadas em razão da certificação com o CEAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, destas, 51% são escolas.

Conforme a mesma fonte, a União Federal, Estados e Municípios gastaram em 2003, R\$ 12,3 bilhões de recursos públicos com Assistência Social, diretamente, através de programas gerenciados e executados pelo próprio Estado, ou por transferências para entidades privadas de assistência social de saúde, educação e outros serviços.

5. OBRIGAÇÕES DAS ESCOLAS BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DECORRENTES DA ADESÃO AO SUAS

A Resolução CNAS 177/2000, com base no art. 18, incisos IV e VIII da LOAS, regulamenta a concessão e renovação do Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos.

Tal Certificado somente é dado àquelas entidades privadas que aderem ao SUAS, como entidade beneficente de assistência social para prover assistência social, em parceria com o Estado, conforme obrigações gravadas no art. 2º, 3º e seguintes.

No inciso IV do artigo 2º dessa Resolução, a norma prevê os serviços gratuitos de “assistência educacional ou de saúde”. Ainda no mesmo artigo, nos incisos VI e VIII parágrafo 1º:

-
7. Resolução CNAS 145/2004. capítulos 11/13: Fonte: Atlas do Desenvolvimento Humano, 2002
 8. Capítulo 19 da Resolução CNAS 145/2004: “Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – STN – do Ministério da Fazenda (www.stn.fazenda.gov.br)”.
 9. Resolução CNAS 177/2000. Art. 3º VI: “aplicar anualmente em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta decorrente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, ... cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruídas”.

“§ 1º A entidade que desenvolve atividade educacional deverá comprovar gratuidade, a que se refere o inciso VI do art. 3º dessa Resolução, em gratuidade total, parcial e projetos de assistência social de caráter permanente”.

Os procedimentos para concessão do “Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos” por parte do Conselho Nacional de Assistência Social são exaustivamente esclarecedores sobre as exigências da legislação assistencial. Essa dificuldade impede que a entidade alegue o não conhecimento da Lei, haja vista que é repetitiva a exigência de concessão de gratuidade para os alunos carentes.

Acresce-se que no anexo VI da Resolução 177/2000, ao qual a entidade é obrigada a preencher para obter o Certificado, está o rol de cursos que devem ser prestados pela entidade filantrópica: todos cursos regulares conforme, portanto, a LDBE.

Entretanto, em contrapartida às gratuidades a que é obrigada prover para carentes em seus cursos regulares, a entidade recebe imunidades tributárias. Tais imunidades equivalem a recurso público recebido, em função do não recolhimento dos impostos.

A jurisprudência do STF reconhece que a contrapartida com o exercício da atividade fim de assistência social é condição para seu reconhecimento como entidade beneficente e, por isso, gozar das imunidades do art. 150 da CF/88 e do art. 14 do CTN:

“Ementa: Mandado de Segurança – Contribuição Previdenciária – Quota Patronal – Entidade de Fins Assistenciais, Filantrópicos e Educacionais – Imunidade (CF, art. 195 § 7º) – Recurso Conhecido e Provido.

– A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social – e por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei – tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social

– A cláusula inscrita no art. 195 § 7º da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

Precedente: RTJ 137/965

– *Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195 § 7º, da Carta Política, para, em função da exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo*” (RE em MS nº 22.192-9-DF – STF 1ª T – DJ de 19.12.96).

6. SUJEITOS ATIVOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL EDUCACIONAL E SEUS DIREITOS

a) A educação é Direito Fundamental indisponível, assegurado igualmente a todos, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício. Está indissociavelmente ligado à garantia de uma vida digna.

Deve ser disponível, acessível, qualitativamente compatível com a realidade contemporânea, desta forma viabilizando equalizar as oportunidades de desenvolvimento de todo cidadão para o trabalho e inserção social.

Não deve ser um fator de produção de uma sociedade estamental, com pessoas educadas de forma eficiente e digna, porque podem pagar, conseguindo desta forma uma vida digna e inserido socialmente; e, formando por outro lado, o estamento de pessoas com educação tecnicamente hipossuficiente ou sem nenhuma educação¹⁰. A educação, portanto, é requisito indispensável para formar o homem, integrando a pessoa e habilitando-a à vida social digna.

A divisão da educação em escolas públicas precárias, e até insuficientes, de um lado, como única disponível para os pobres; por outro lado, educação em escolas modernas, eficientes que provê uma educação digna apenas para quem pode comprar tais serviços, está a construir, manter e ampliar a sociedade desigual que temos no Brasil. Manter este estado de coisas é descumprir preceitos fundamentais contidos nos artigos 203/214 da CF/88 e, também, no caput do art. 5º : direito à vida e à igualdade.

Tal assertiva é fundamentada em que o direito à vida gravado no caput do art. 5º não é apenas a vida biológica, como tem uma pessoa excluída das oportunidades no convívio social. A vida deve ser com preservação da dignidade humana, com acesso aos bens mínimos e aos frutos da civilização e da cultura. Igualmente o descumprimento ao preceito fundamental da Igualdade, relativo ao direito igual à educação digna, coibindo a *apartheid* educacional existente no país. O direito a dispor de educação digna e eficiente está esparso na própria CF/88, nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e na legislação de Assistência Social, de proteção à criança e, principalmente na legislação educacional, no art. 5º da 9.394/96:

“Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical,

10. Os dados do Censo 2000, contidos no Relatório da Resolução CNAS 145/2004 dão conta que 6% das crianças pobres no Brasil estão fora da escola. Nas famílias pobres ou abaixo da linha da pobreza, na indigência, a média de frequência à escolar a é de 3,4 anos para as pessoas até vinte e cinco anos de idade.

entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo”.

Na Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, positivada no ordenamento através do Decreto 99.710/90, o art. 28 normatiza que o ensino deve ser disponível, acessível, obrigatório, moderno e compatível com a dignidade humana, sendo obrigação do Estado.

O direito à assistência social tipo educação está expressamente garantido na legislação de assistência social. Na Resolução CNAS 177/2000, inciso IV do art. 2º, a norma prevê os serviços gratuitos de “assistência educacional ou de saúde”; também no art. 3º incisos VI¹¹ e VIII:

“§ 1º A entidade que desenvolve atividade educacional deverá comprovar gratuidade, a que se refere o inciso VI, artigo 3 dessa Resolução, em gratuidade total, parcial e projetos de assistência social de caráter permanente;”.

Pelo exposto, percebemos que os Objetivos Constitucionais gravam a educação como encargo que é: Responsabilidade do Estado; Indissociável do direito à vida digna; Indisponível; deve ter acesso Igualitário; deve ser prestado, também, por Instituição de prestação de serviço educacional como Assistência Social, através do SUAS;

b) Sabendo da condição de direito subjetivo em sede constitucional que é o direito à educação, garantido a todos, cumpre identificar quem é o sujeito de direitos da assistência social, a pessoa carente.

Está posto no Decreto nº 3.048/99, art 206, § 2º:

“Considera-se pessoa carente a que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção, nem tê-la provida por sua família, bem como ser destinatária da Política Nacional de Assistência Social, aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social.”

Bem, é Razoável que seja considerado pessoa carente, destinatária da Política Nacional de Assistência Social educativa, aquela que não tem condições para prover as condições mínimas de satisfação das necessidades de moradia, alimentação, educação, em suas realidades concretas de vida, fazendo a interpretação da norma não de forma abstrata à luz da regra isolada. Porém, conforme o direcionamento dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal e a realidade circunstancial da análise sobre se o sujeito é carente ou não.

11. Resolução CNAS 177/2000. Art. 3º VI: “aplicar anualmente em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta decorrente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, ... cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruídas”.

7. ESCOLAS PRIVADAS BENEFICENTES E A LEI Nº 8.742/93 – DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Quando se cadastram para obter o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos”, no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS¹², sabem que irão se beneficiar das imunidades tributárias do art. 150 § 4º da CF/88 frente ao poder público nas esferas municipal, estadual e federal. Porém a contrapartida é a prestação do serviço assistencial conforme o PNAS e LOAS, cujas condições declaram pleno conhecimento.

A adesão voluntária da escola privada à atividade de assistência social como entidade beneficente tipo escola de cursos formais a deixa obrigada a prestar serviço de educação formal em conformidade com as normas da Lei nº 9.394/96 – LDBE e da Lei 8.742/93 – LOAS, bem como aos princípios da administração pública pertinentes, com destaque para os da Finalidade e Publicidade.

O fundamento para continuar obtendo as imunidades tributárias conforme o art. 150 da CF, combinado com os arts. 9 e 14 do Código Tributário Nacional, é que estejam prestando no Brasil os serviços gratuitos de educação de acordo com a política de assistência social para carentes.

Também a mesma exigência de que estejam prestando o serviço de assistência social de forma gratuita está na Resolução CNAS 177/2000, artigos 1º e 2º, mais as normas do inciso VI e § 1º “d”, inc VIII do art. 3º.

O direito à educação é direito subjetivo, ao qual se obrigam prover à criança carente, no momento em que, voluntariamente, a entidade beneficente-escola se vincula ao poder público na categoria de Escola Formal como entidade de assistência social.

Se a entidade beneficente não cumpre mais sua função filantrópica, porém continua gozando de imunidade tributária, está se desviando da sua obrigação.

8. CONCLUSÃO

Percebe-se a importância da proteção e implementação da política nacional de assistência social voltada para a educação, como dos meios mais eficazes na promoção do desenvolvimento social e econômico, de forma sustentável.

Ademais, o ensino fundamental deve ter o acesso garantido, com qualidade e eficiência para possibilitar o desenvolvimento da pessoa, ainda criança, no caso

12. SILVA, Indira Ernesto. Parecer, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 41/98, pg. 135 e ss: “As entidades beneficentes de assistência social são contempladas com duas imunidades (a impostos e a contribuição à seguridade social, chamada “cota patronal”); as instituições de educação foram contempladas apenas com a imunidade a impostos.

em estudo, sendo defendido pela Dra. Mônica Sifuentes, como um direito público subjetivo, com sede constitucional, devendo ter sua efetividade garantida pelo Poder judiciário, quando provocado, garantindo assim, a efetividade da Constituição. Essa tese é defendida na obra “O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento”. Para a ilustre humanista e jurista, Juíza Federal no DF, o ensino fundamental é serviço público essencial, que deve ser garantido a todos, com qualidade, conforme a LDBE, em respeito à garantia de igualdade de oportunidades pertinentes à educação regular.

Produzem melhores e de mais sólidos resultados que as políticas emergenciais de apenas fornecer alimentos para as pessoas em estado de risco social pela pobreza extrema, um segmento do público alvo da assistência social que, simultaneamente, deve continuar sendo assistido.

Considerando a importância social e econômica da específica assistência educacional; pelas inúmeras denúncias públicas e notórias de inadimplemento das obrigações legais por parte das entidades beneficentes de assistência; pelos vultosos recursos públicos que ultrapassam o valor de 2,4 bilhões de reais apenas com as imunidades das cotas patronais com o INSS, em 2003, desfrutados pelos colégios filantrópicos no Brasil, segundo a Secretaria do Tesouro Nacional; considerando que o público carente que seria beneficiado pelas gratuidades em excelentes escolas beneficentes remuneradas regamente pelo Estado, percebemos que urge aprimorar a efetivação das políticas públicas voltadas para uma real promoção da dignidade humana.

Necessário se faz aperfeiçoar a fiscalização das atividades e não apenas promover fiscalizações formais, contábeis, muitas vezes fraudadas.

O recurso ao Poder Judiciário, consiste no melhor instrumento de defesa de direitos do cidadão, no entanto, ainda é desconhecido pela população que seria usuária do direito subjetivo à assistência social educacional demandante.

Sem dúvida, é um excelente campo para o Ministério Público, que está omissa totalmente na questão em análise; para os cidadãos e servidores públicos esclarecidos atuarem contra esses desvios de finalidade com o dinheiro público, ao tomarem conhecimento de inadimplemento das obrigações das entidades filantrópicas. Essas inadimplências, em verdade são ofensivas aos direitos de milhares de crianças que poderiam estar dispostas de educação digna e eficiente como determina o legislador constitucional e pelas quais o Estado paga, indiretamente, com as imunidades..

Ao final desta incursão no tema, seria providencial se o INSS e CNAS, com o poder que a lei lhes permite, obrigassem as entidades beneficentes sem fins lucrativos e de assistência social cumprissem o art. 13 da Resolução CNAS 177/2000, expondo em placa visível ao público sua natureza de entidade beneficente e qual

o tipo de serviço assistencial presta, imitando a louvável conduta legal e ética do Hospital Filantrópico e de Assistência Social, o Aristides Maltez, único hospital especializado no tratamento de câncer, que atende a população carente do Estado da Bahia.

9. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- AQUINO, Felipe Igreja. *Bajar de la cruz a los pobres. permanente caridade da Igreja – Parte II*. Extraído do site: www.cleofas.com.br.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., Malheiros Editores. São Paulo. SP
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Malheiros Editores.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*.
- CARVALHO, Rogério Tobias de. *Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social*. Ed.Renovar. RJ. 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 8ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. SP. 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Constituição Federal. Coletânea de Legislação Administrativa*. Ed. Revista dos Tribunais – RT. 5ª edição. 2005. Rio de Janeiro. RJ.
- MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. *O Acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro. RJ. América Jurídica, 2001.
- MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. Malheiros Editores. São Paulo. SP. 1999.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Coletânea*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. RJ. 1992.
- RIBEIRO, Renata Mesquita. “O Direito à Educação nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. *Revista Jurídica da Seção Judiciária da Bahia*. Salvador. Ba. Ano 4. nº 5. Setembro de 2005.
- SILVA, Indira Ernesto. “Parecer”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 41/98.

CAPÍTULO XXII

INTERROGADO DELATOR

— A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SUA ATIVIDADE

NO PROCESSO PENAL POR MEIO

DO PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

*Misael Neto Bispo da França**

Sumário • 1. Aspectos introdutórios – 2. Breves anotações sobre conceito de prova – 3. Natureza jurídica do interrogatório segundo o processo penal constitucional: meio de defesa – 4. Valor probante do interrogatório e sua submissão ao princípio da comunhão da prova – um abrigo nos casos de co-delinquência – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

“Irmãos, não falem mal uns dos outros. Quem fala contra o seu irmão ou julga o seu irmão, fala contra a Lei e a julga. Quando você julga a Lei, não a está cumprindo, mas está se colocando como juiz. Há apenas um Legislador e Juiz, aquele que pode salvar e destruir. Mas quem é você para julgar o seu próximo?” (Tg. 4, 11-12)

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A moderna leitura do interrogatório do acusado, no processo penal, consentânea com o modelo garantista adotado por um sistema acusatório, é no sentido de ser ele um meio de defesa com valor probatório. Presta-se o interrogatório a permitir que o sujeito apresente suas declarações, quando indagado pelo juiz, pelo seu defensor e pela parte adversa, buscando escapar da imputação que lhe é feita. A roupagem conferida àquele elemento da instrução pela Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, garantindo ao interrogado o direito de, antes, entrevistar-se com seu procurador (constituído ou nomeado), de ser questionado também pela defesa, de pedir a realização de novo interrogatório e o direito de não ter o seu silêncio interpretado em seu desfavor – interpretação que já havia sido afastada, desde a revogação do artigo 186 do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988 – aludida roupagem evidencia a salvaguarda de direitos fundamentais do interrogado, ou seja, expressa a proteção de sua ampla defesa, nela entendido o

* Graduando 9º semestre na FDUFBA, Perito Técnico da Polícia Civil em Salvador, participante do curso “Processo penal contemporâneo e teses defensivas” na Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes – ESAD (2007.1), ex-membro do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia.

contraditório, sua presunção de inocência e sua dignidade de pessoa, de sujeito, e não de objeto, no processo penal.

Ocorre que o devido processo legal, nas entranhas da persecução penal em juízo, requer que os sujeitos passivos sejam tratados sem distinção, de acordo com o postulado da igualdade substancial, não se permitindo que os direitos de um acusado obstaculizem as garantias de outro. Uma das nuances desta democratização do processo encontra-se no princípio da comunhão da prova, a estabelecer que todo instrumento probatório, uma vez dentro do processo, pertence a todas as partes. Referido princípio, tristemente, nem sempre é respeitado pelos órgãos do Poder Judiciário, gerando enormes prejuízos no momento da condenação. Um deles diz respeito ao co-réu incriminado pelo interrogado. Não raro tem sido vedada a participação de seu defensor no interrogatório de acusado, e, ainda assim, uma delação por parte deste incriminando aquele outro pode contribuir para a formação do convencimento do magistrado, dando ensejo a uma futura sentença condenatória. Visando a evitar odioso prejuízo, consistente na eficácia de uma prova ilegítima porque apartada do contraditório, os tribunais brasileiros, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, passaram a condicionar o ingresso daquela delação no conjunto probatório à coexistência de outros meios de prova, servindo de parâmetros à sua valoração. E, no caso em questão, maior e mais idôneo parâmetro não há que a palavra do co-réu delatado, proferida por ele mesmo ou por seu procurador. Assim, não só a presença física do causídico no interrogatório de outros acusados, mas também a possibilidade de que lhes formule perguntas constitui plena defesa de seu assistido ou cliente, atentando-se para o fato de ser comum, em tese, que, nas hipóteses de co-delinquência, um acusado procure eximir-se de culpa e, para tal culpe outro.

Como se disse, os direitos dos diferentes réus, num mesmo processo, devem conviver o mais harmonicamente possível, sob pena de se incorrer em um garantismo utópico, ruindo todo o ordenamento jurídico pátrio, a iniciar pela Constituição. E cabe aos profissionais do direito o zelo por semelhante coexistência, pelo fato de deterem juízes, promotores e defensores o conhecimento técnico para dar vida a direitos e garantias cristalizados no papel, o que só é viável, por sua vez, com a formação verdadeiramente humanística de tais profissionais. A solução para os problemas jurídicos encontram-se no próprio indivíduo, enquanto ser social, e não nos meandros mornos da lei.

2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE CONCEITO DE PROVA

O lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹ traz, como denotação do termo *prova*, “Aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo” ou

1. FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Miniaurélio século XXI – o minidicionário da língua portuguesa*, p. 601.

ainda “Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho”. A ambigüidade de tais definições, tratando-se o referido termo uma vez como objeto (aquilo), outra vez como ação (ato), repercute na seara do direito, em face das tentativas de conceituação do que seria *prova*. Fala-se, ali, em prova como substantivo de provar, procedimento dirigido à verificação de um juízo, atividade desenvolvida no curso de uma ação, no sentido de convencer da efetiva ocorrência de um fato. Cintra, Grinover e Dinamarco, em referência feita por Duclerc², ensinam que a prova “constitui, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos convertidos no processo”. Fiquemos, enfim, com este último entendimento para lançar breves considerações acerca da prova no sistema processual penal acusatório.

Sabe-se que o Brasil, em matéria probatória, adotou o princípio do livre convencimento motivado do julgador, um dos traços caracterizadores do sistema acusatório, o qual, por sua vez, posiciona o juiz à equidistância das partes e acima delas, com o escopo de garantir sua imparcialidade, ao menos – já que não se pode reconhecer uma “neutralidade” do julgador³. Deve-se garantir, àquele sujeito processual, a real liberdade para mensurar as provas a ele postas, tendo-se em conta que, como emana do princípio do livre convencimento motivado, as provas estão em pé de igualdade, no processo penal, não se enxergando uma escala de valores entre elas. Por outro lado, em um sistema processual penal que vê o réu como sujeito, de fato – e não como objeto, visão do sistema inquisitorial – a este devem ser asseguradas todas as garantias requeridas pela sua condição de mais fraco⁴, na relação processual, mormente em matéria probatória; o trato dispensado aos instrumentos que formarão a convicção do juiz e que poderão embasar uma sentença condenatória deve arrimar-se na Constituição Federal. É dizer, o juiz deve estar atento aos direitos e garantias fundamentais do réu ou acusado, sendo a ele inadmissível que, na sistemática albergada pelo Código de Processo Penal pátrio, apodere-se das funções de acusador e julgador, diligenciando pela produção de provas para, na seqüência, decidir com base nelas – como, lamentavelmente, tem ocorrido em recentes atuações do Superior Tribunal de Justiça –, menos no afã de se garantir a imparcialidade que de atender, rapidamente, à sanha denunciata da imprensa...

2. DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*, p. 8-7.

3. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, p.46.

4. Segundo Aury Lopes Jr., “No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.” *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*, p.42.

3. NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO SEGUNDO O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: MEIO DE DEFESA

A doutrina tem por vezo tratar do interrogatório, no processo penal, como subtópico da prova, condizente com a topografia adotada pela Lei Codificada de 1941, que traz um capítulo III (Do interrogatório do acusado) inserto no seu título VII (Da prova). Assim tem permanecido, mesmo após a consagração dos direitos e garantias fundamentais proclamados pelo Constituinte de 1988. Até que se entende sua natureza probatória, uma vez que do interrogatório podem-se extrair informações de que o magistrado, a princípio ignorante, pode valer-se na perseguição da verdade. É bom que se diga, de imediato, que esta verdade é a processual, juridicamente válida, estruturada sobre os fatos controvertidos na fluência do *iter* processual; não se trata da verdade real, que é um dogma, algo a que se visa atingir. Pois bem, o interrogatório constitui-se fonte de informações decisivas para o (re) conhecimento da verdade dos fatos por parte do juiz. Não se pode olvidar a que podem dar azo os dados fornecidos pelo interrogado sobre a veracidade e os motivos da imputação que lhe é feita, o local onde se encontrava quando do cometimento da infração, se conhece os objetos utilizados na prática da infração, etc. Referidos dados, por sua tenacidade, podem influir no intelecto do julgador, ensejando, mais à frente, uma sentença de mérito, condenatória, inclusive.

Foi, todavia, sob os influxos das garantias individuais trazidas pela Constituição de 1988, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também albergadas na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que os doutrinadores e tribunais brasileiros passaram a propalar a natureza defensiva do interrogatório no processo penal, adaptando-o à sistemática acusatória adotada pelo respectivo Código. Fernando da Costa Tourinho Filho, sempre à frente da sua geração, dividiu, em capítulos próprios, a prova e o interrogatório, a esclarecer o caráter defensivo deste último, nas seguintes e sábias palavras:

A despeito da sua posição topográfica (...), o interrogatório é meio de defesa. Para a doutrina tradicional, o interrogatório constitui o início da fase probatória e, ao mesmo tempo, um dos atos finais da fase postulatória. Geralmente, na fase postulatória destacam-se o instante da formulação do pedido, do juízo de admissibilidade da demanda e da defesa preliminar. Pois bem: o interrogatório integra esse segundo instante, sem embargo de estar situado no capítulo destinado à instrução.⁵

Dos pretórios brasileiros emanaram as seguintes considerações: “O interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo juiz processante (...)”⁶; “O interrogatório, repita-se, é peça de defesa. O réu, por isso,

5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 3, p. 263.

6. STJ, 3ª T. Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, DJU – 10/05/93, p.8599.

tem direito de conhecer seu conteúdo, explicado pelo juiz, bem como de aconselhar-se previamente com seu defensor dativo ou constituído”⁷. Saliente-se que, também em outros países, a natureza defensiva do interrogatório foi reconhecida, como na StPO alemã e nos Códigos de Córdoba, La Rioja, Mendoza, Salta e San Juan.⁸ O reconhecimento do interrogatório como meio de defesa dos acusados, por parte das alas doutrinária e jurisprudencial, sintoniza-se com uma visão garantista do processo penal, interpretado à luz da Constituição e com espeque nos fundamentos por ela adotados, principalmente o da dignidade da pessoa humana, o qual, por seu turno, rege o modelo acusatório a tentar impedir as estratégias, muitas vezes sutis, do juiz inquisidor.

O interrogatório, como parte da instrução no processo penal, precisou ganhar novos ares, sendo oxigenado com os requisitos do método acusatório, fundado nos direitos e garantias individuais, sob o pálio da Constituição. Foi então, em socorro de tal sistemática, que, em 1º de dezembro de 2003, publicou-se a Lei Federal de nº. 10.792, conferindo nova redação aos dispositivos atinentes ao interrogatório do acusado, no Código de Processo Penal. Admitiu-se com isto maior atuação do defensor e do presentante do Ministério Público, possibilitando a estes, inclusive, a formulação de perguntas ao interrogado. Protegeu-se o silêncio do imputado, não podendo mais ser interpretado em prejuízo dele. Outra inovação da Lei de 2003 encontra-se no artigo 196 do Código, que permite a realização de novo interrogatório também a pedido fundamentado de qualquer das partes, a todo tempo, com o que se tentou atenuar a índole inquisitorial ou meramente probatória desta parte da instrução. Em verdade, a referida Lei só veio ratificar o posicionamento dos autores e dos tribunais sobre a matéria, após o advento da Constituição de 1988, conferindo segurança ao ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, aos cidadãos por ele regrados. Reafirmou-se a natureza defensiva do interrogatório, com olhos postos em caríssimos princípios reitores do processo penal, ou antes, do modelo constitucional vigente, no qual se fundamenta o Estado que se pretende Democrático e de Direito: a ampla defesa, com todos os meios necessários à sua efetivação – mormente o contraditório – e a presunção de inocência, que uns preferem chamar de estado de inocência.⁹

Ocorre que, no direito, como em outros campos científicos, e muito pelo fato de as regras jurídicas estarem alicerçadas sobre a rede multicor das relações sociais, nada é absoluto. De há muito se contestou o caráter dogmático da norma jurídica pregado pelo Positivismo Legalista. Não vigora mais o “*in claris cessat interpretatio*”, dentre os brocardos que disciplinam a hermenêutica jurídica. Aliás,

7. STJ, 6ª T. Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, *DJU* – 05/02/96, p.1448.

8. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, p.520.

9. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, p. 31-2.

mesmo os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, dotados de plena eficácia, na casuística devem ser sopesados, ampliando-os ao máximo e, ao mesmo tempo, restringindo-os no menor grau possível, sob pena de se ver fragmentar o edifício jurídico, que não resiste à antinomia ou à colidência irresolúvel de valores. Ponderam-se os valores para que se realizem os ideais do povo, titular soberano do poder de inaugurar nova ordem constitucional. Assim, diante da liberdade atribuída ao interrogado, não cabe a passividade, simplesmente aceitando-a e pronto. Em consideração à natureza híbrida do interrogatório, que é meio de defesa e fonte de prova¹⁰, e ao que dela se pode ensejar, principalmente aquela faculdade do imputado – dizer a verdade, omitir fatos ou mentir sobre eles – cabe a análise da condição do co-delinquente acusado, mormente quando a delação feita por aquele é a única prova contra este último.

4. VALOR PROBANTE DO INTERROGATÓRIO E SUA SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA – UM ABRIGO NOS CASOS DE CO-DELINQUÊNCIA

A natureza probatória do interrogatório, ao lado de ser meio de defesa, como já calcificado, evidencia-se na acusação feita pelo interrogado contra seu comparso. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, inclusive, já decidiu “ser de inegável valor probatório a acusação do co-réu que, sem procurar exculpar-se, incrimina frontalmente seu comparso”.¹¹ Não seria impossível que um acusado, movido por temor ou solidariedade, confessasse a autoria do delito, como também não seria estranho que, agora sob o ódio ou a vingança, incriminasse também o outro. Neste passo, há de ser feito coro junto ao pretório mineiro, a fim de se reconhecer o valor probatório do interrogatório, ao menos na hipótese de acusação de alguém pelo interrogado. E prova produz a referida parte da instrução, constituída pelas declarações (ou omissões) prestadas pelo acusado, pois pode influenciar no livre convencimento do magistrado e dar cabo a uma decisão de mérito, razão por que tais declarações devem pertencer ao processo como objeto à disposição da diligência de qualquer das partes. Fala-se, portanto, no princípio da comunhão da prova, que, adotado pelo sistema processual penal acusatório, é expressão do contraditório e, portanto, de um processo penal escorado na Constituição. Então, não se pode dar continuidade à instrução sem que se ofereça ao co-réu incriminado a oportunidade de se manifestar, seja procedendo, de ofício, ao seu interrogatório, seja conferindo ao seu defensor a permissão para participar dos outros interrogatórios. Esta última alternativa revela-se a mais consentânea com o princípio da ampla defesa, o qual seria observado no ato, no calor do momento, na presença

10. É o termo que agrada a Pelegrini Grinover, avessa à expressão “meio de prova”. Apud LOPES JR., Aury. *Ibidem*, p. 239.

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p531.

dos demais sujeitos do processo, sem falar que aludida opção constitui-se também um meio hábil para a economia processual.

De fato, as declarações prestadas pelo interrogado que investe contra outrem são testemunho. O acusado, portanto, neste momento, torna-se uma aberração: é testemunha que não se compromete com a verdade, não pode ser processada por falso testemunho e nem ser contraditada¹². Para aclarar as coisas e para que não sejam violados os direitos e garantias individuais dos outros envolvidos no processo, melhor que sejam percebidas as informações prestadas pelo réu-acusador como fonte de prova contra o co-delinquente. Daí a necessidade de submetê-las ao contraditório¹³, permitindo-se ao defensor do comparsa acusado comparecer ao interrogatório do acusador *sui generis* e fazer-lhe perguntas. Neste sentido é o entendimento de Grinover, para quem “É inegável que a palavra de um acusado com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser acolhida senão sob o pálio do contraditório”.¹⁴ Sentimentos quejandos oportunizaram a elaboração da Súmula n.º 65 das Mesas Reunidas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja redação literal é como segue: “O interrogatório de co-réu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitir reperguntas”. Doutrina e jurisprudência, portanto, em sua melhor forma, caminham no sentido de refutar a delação de co-réu em interrogatório de acusado como única prova contrária àquele, visando a resguardar seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, referida delação deve ser sopesada, temperada com outras provas do processo, a fim de se perseguir a verdade judiciária com a lanterna dos direitos e garantias individuais, nos moldes do garantismo penal. Se o interrogado incrimina seu comparsa, deve o julgador, atento ao princípio da presunção de inocência, garantir ao co-réu incriminado a possibilidade de se defender das acusações, e não se vê meio mais eficaz de realizá-lo que o reconhecimento e o deferimento de seu direito de reperguntar, por seu defensor. E alerte-se para o fato de que tal reconhecimento não contraria, em qualquer hipótese, a inteligência do artigo 191 da Lei Penal Adjetiva, que determina o interrogatório em separado dos acusados. Sua interpretação deve ser sistemática, ou seja, é preciso que se afaste ao máximo do aludido dispositivo, de modo a se iluminar todo o panorama jurídico em que ele está inserido. Semelhantemente entende o professor Eutímio de Carvalho (2007). Em se permitindo que o defensor do co-réu, ao lado do titular da ação penal e do defensor do interrogado, também repergunte, está-se, simplesmente, a reconhecer a índole probatória do testemunho deste último; e, se é assim, nada mais lúcido que, jungido ao princípio da comunhão da prova, acolha

12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 532.

13. LOPES JR. Aury. *Ibidem*, p. 229 e ss.

14. *Ibidem*, p. 533

o magistrado as perguntas feitas pela defesa do co-réu delatado, tomando-as por termo, juntamente com as respectivas respostas. Outrossim, esta é uma forma de fiscalização da atividade jurisdicional, visto que permite o óbice aos arbítrios do juiz. Também se garante a realização de um processo penal efetivamente acusatório, em que restam delimitadas, cristalinamente, as funções dos sujeitos processuais. Razão maior para que se dê vazão à ampla defesa do co-réu perante a delação feita pelo interrogado reside no fato, já mencionado, de este transmutar-se em testemunha; e a favor de quem? Dele mesmo e da acusação (vítima ou Ministério Público). Vê-se, então, que há um claro desequilíbrio processual: de um lado o co-réu delatado, do outro o interrogado delator, a acusação com suas testemunhas e o juiz, muitas vezes recalcitrante em exercer o papel de garantidor¹⁵.

É bem verdade que há juízes e Juízes¹⁶, mas não se pode negar que, mesmo o bom magistrado, corre o risco de proceder sob as mais renegáveis pressões, sobretudo as advindas dos telejornais policiaiscos. Sem dúvidas que, em combates como o referido alhures, flagrantemente desproporcionais, a corda tende a arrastar o mais fraco... Aquela delação, quando escoteira, nem mesmo deveria integrar os autos do processo por constituir-se ilegítima – pois alheia ao contraditório e, portanto, sem nenhum parâmetro de ponderação.

Lamentavelmente, nem todas as vozes, no palco do direito, entoam a mesma melodia, como sói acontecer em certos entendimentos jurisprudenciais que ora merecem ser transcritos em sua literalidade:

O advogado não precisa ser intimado previamente da realização do interrogatório do co-réu, até porque não lhe é dado o direito de participar ativamente do ato com formulação de perguntas (...)

No tocante à falta de intimação do il. Defensor do recorrente para acompanhar a inquirição do co-réu Jésus, também não vejo como acolher a súplica defensiva.

Observo que o próprio apelante reconhece a impossibilidade de o defensor formular perguntas ao co-acusado que está sendo interrogado (fls. 125).

Anoto que, recentemente, as disposições sobre o interrogatório foram alteradas pela Lei 10.972/2003, que possibilitou a intervenção do defensor com perguntas em favor do próprio cliente. Verifico que a novel legislação consagrou o contraditório em prol do réu que está sendo interrogado, mas nada dispôs sobre a inquirição de co-réu, preferindo o legislador adotar a cautela retro consignada.

Quanto à pretensão de apenas acompanhar o desenvolvimento do interrogatório para que o seu combativo procurador pudesse conferir de perto o teor das alegações ditas ao il. Juiz *a quo* e passadas ao Sr. Escrivão, tenho por absolutamente

15. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (coord.). *Ibidem*, p. 46.

16. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 526.

desnecessária a providência. O magistrado goza de presunção de idoneidade e lisura em suas atividades até prova em contrário, que o recorrente não trouxe nas razões de fls. 121/131.¹⁷

Trata-se o excerto acima de termos de negativa do provimento a recurso de apelação criminal interposta por condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semi-aberto, e 13 (treze) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal, sob a acusação de ter subtraído, mediante violência, uma carteira contendo R\$40,00 (quarenta reais). O Relator acolheu o parecer ministerial, entendendo suficientes ao decreto condenatório os depoimentos da vítima e da testemunha ocular. Considerou o Desembargador do Tribunal de Alçada mineiro que “a delação feita pelo co-sentenciado Jêsus assumiu papel meramente ilustrativo, coadjuvante, cuja contribuição à condenação afigura-se despiciendo”. Atente-se, aqui, para dois dados que expressam a mentalidade retrógrada do magistrado *ad quem*, infelizmente na contramão de um processo penal constitucional: o fato de defender a “presunção de idoneidade e lisura” de sua classe para espancar as pretensões do recorrente e o de tê-lo feito no ano de 2004, muito depois de o Constituinte de 1988 ter consagrado, como direitos fundamentais do cidadão, a ampla defesa e o contraditório, bem como a presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, no mesmo sentido do excerto acima, laborou como segue:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E ESTUPRO REAL. INTERROGATÓRIO. DELAÇÃO DE CO-RÉU. PARTICIPAÇÃO DE DEFENSOR DO DELATADO. CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO.

I – O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei nº. 10.792/03), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (...), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão do esclarecimento da situação fática olvidada.

II – A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (...)

III – Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão da prova.

IV – A participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado.

V – A delação (...), por si só, na esteira de ensinanças do Pretório Excelso, é que deve ser valorada com muita cautela.

17. Ap. crim. nº. 440.273-3; 1ª Câmara Mista do TAMG, Rel. Eduardo Brum, pub. DJ 16/06/04.

IV – Se a decisão atacada não deu destaque decisivo à delação, não há que se reconhecer qualquer modalidade de error na estreita via do habeas corpus.

Writ denegado.¹⁸ (*grifos nossos*)

Neste julgado, o STJ, ao considerar que a participação do advogado do co-réu é desprovida de amparo legal, interpreta restritivamente o Código de Processo Penal, destacando-o de todo o repositório de leis brasileiro que, guiado pela Constituição vigente, tem o direito à defesa técnica, e seus corolários, e o direito à autodefesa guindados ao grau de princípio. Bem assim, se a delação deve ser valorada, como costuma julgar o Supremo Tribunal Federal, como fazê-lo com a devida eficácia, senão permitindo ao co-réu defender-se, por meio de seu procurador, *hic et nunc*, com a formulação de perguntas e reperguntas ao interrogado? Ou, como indagou Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, “Se ao atingido pela delação não é possível interferir no interrogatório do acusador, fazendo perguntas ou reperguntas que poderão levar à verdade ou ao desmascaramento, onde obedecido o princípio do contraditório?”¹⁹

É bem verdade que doutrina e jurisprudência harmonizaram-se no sentido de haver a necessidade de se valorar a delação perante outras provas, não sendo aceitável que um futuro decreto condenatório lastreie-se em acusações isoladas do interrogado contra seu comparsa, ou seja, quando tais acusações constituírem o único meio de prova contra este último. Procedendo de forma semelhante, estar-se-ia a condenar com base em prova ilegítima, posto que distante do asseio proporcionado pelo contraditório. Neste nexos, convém trazer a lume a inteligência dos juristas brasileiros.

No processo criminal, a imputação de co-réu só tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um *veredictum* condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com possibilidade de erros judiciários²⁰.

A delação levada a efeito por co-réu não respalda, por si só, decreto condenatório. A valia de tal procedimento pressupõe contexto que evidencie a sinceridade do depoimento²¹.

Das duas uma: ou o juiz permite a ingerência das partes para perguntas ou reperguntas, porquanto aquelas acusações implicam testemunhos, ou absolve o terceiro ante a ausência de observância do contraditório²².

18. RHC nº. 42.780/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., pub DJ 12/02/07.

19. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 531-2.

20. RT, 410/316.

21. STF, HC nº. 71.803/RS, DJU, pub 17/02/95, p. 2746.

22. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 530.

No nosso modesto entender, não vale como prova incriminatória. E se outras existem, a condenação será uma resultante delas e não da chamada de co-réu²³.

Como visto, são fartos os votos que pugnam pela realização da justiça, com a tutela no contraditório²⁴, visando ao socorro do co-acusado incriminado em interrogatório, o que só é alcançável mediante uma defesa técnica hígida, que atue energeticamente durante todos os atos do processo penal. Não se pode confiar tão somente na memória dos magistrados, a esperar que recordem aquilo sobre o que a jurisprudência e os manuais de ponta já pacificaram. É imprescindível a participação efetiva dos defensores dos co-réus no interrogatório de todos os acusados, como ensina Pacelli²⁵, oxigenando a instrução, sob pena de se incorrer em graves erros judiciários, atropelando direitos fundamentais. Imagine-se, por exemplo, o desastre que seria um interrogatório sem a presença de procuradores dos outros co-réus em sede de crime societário...Neste tipo de delito²⁶ é comum aceitar-se a denúncia genérica, sem que se individualizem as condutas, em atenção ao reticente *pro societate* – e em detrimento da presunção de inocência. Ali, o indivíduo é acusado simplesmente por compor os quadros da empresa; onde a prova? Onde os indícios da autoria e materialidade delitiva? Como garantir a ampla defesa sob a alegação míope de que os acusados devem ser interrogados em separado? Não há dúvida quanto à urgência da participação dos defensores de todos os sócios – entendendo esta como o dever de serem comunicados, a oportunidade de participarem e formularem perguntas ou reperguntas – no interrogatório de todos os acusados.

5. CONCLUSÃO

A ampla defesa do acusado no interrogatório judicial não pode, absolutamente, significar a supressão de direitos dos outros acusados. É dizer, não se concebe, nos dias de hoje, um processo penal marcado pelo desequilíbrio insolúvel entre os interesses dos acusados entre si, principalmente quando tal representa a violação de direitos individuais, constitucionalmente protegidos, apartando-se, com isto, de um modelo de processo garantista, jungido aos princípios da Lei Maior. Ao interrogatório de acusado deve ser garantida a participação dos procuradores de

23. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 532.

24. “O contraditório deve ser assegurado em sua maior amplitude possível. Se o advogado de um co-réu está presente, tem o direito de participar e inclusive de fazer reperguntas, quando o co-réu ‘A’ faz qualquer tipo de incriminação contra outra pessoa (ou outro co-réu)”. GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal* 6 v, p. 192.

25. *Ibidem*, p. 29.

26. Veja-se a que ponto chegou o STJ: “(...) Outrossim, nos crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa” (HC n.º 41.948/SP. 5ª T.Rel. Min. Laurita Vaz. DJ pub 13/06/05, p. 330) – Ordem denegada à unanimidade.

eventuais co-réus, entendendo-se a referida participação não só como a presença física do causídico, mas ainda que seja citado para o ato, que lhe seja franqueada a palavra para, no momento oportuno, formular perguntas ou reperguntas ao interrogado. E isto porque, nos casos de co-delinquência, é perfeitamente possível que um acusado queira exculpar-se e, para tanto, impute a consumação do fato delituoso ao outro, o que se constitui clara divergência de interesses. O juiz que veda a referida participação maneja em colidência com princípios constitucionais do processo penal, visto que não restam observados o contraditório e ampla defesa. Seu proceder representa cerceamento do direito de defesa prévia e, também, viola outro caro princípio do direito hodierno, qual seja o da isonomia, por tratar desigualmente os iguais.

É o Código de Processo Penal que precisa ser lido e aplicado com supedâneo na Carta Política, com o que cai por terra a tese dos que insistem em desconhecer “previsão legal” para a participação de advogado (ou defensor) de co-réu no interrogatório de acusado. A respeito, Aury Lopes Jr. constata que “os processualistas contemporâneos têm se orientado por uma tutela constitucional do processo, tendo o processo como **instrumento a serviço da ordem constitucional**”.²⁷ A interpretação que deve ser feita dos artigos 185 e seguintes do CPP, renovados pela Lei nº. 10.792/2003, é a sistemática, enxergando-se aquele rol de dispositivos infraconstitucionais como uma gota no oceano que é o ordenamento jurídico pátrio; portanto, não se pode analisar o Código com a visão caolha da interpretação literal restritiva, sob pena de se incorrer em labuta fadada ao erro.

A jurisprudência é tranqüila, repise-se, quanto a admitir a delação de co-réu em interrogatório de acusado, desde que esta não seja o único elemento constante do conjunto probatório, sendo, pois, necessária a comprovação do que disse o interrogado com outras fontes de prova. E, nas pegadas de um devido processo penal, há de se entender como *outras fontes* o gênero que engloba a manifestação do co-delinquente apontado pelo comparsa, mediante a diligência de sua defesa técnica, na função de parâmetro para a aludida comparação. De mais a mais, somente assim permite-se realizar a ampla defesa material, através do contraditório. E contraditório relaciona-se diretamente com a igualdade substancial entre as partes²⁸; o primeiro pulsa na paridade de armas entre os contendores, garantida pela direção do Poder Judiciário em observância daqueloutra. Ciente da resistência do juiz em permitir-lhe a participação – *lato sensu* – no interrogatório de co-réu, e com o fito de proteger tal direito, conseqüentemente dando margem à fluência dos direitos do seu cliente ou assistido, reconhece-se, aqui, ser cabível ao advogado ou defensor público impetrar Mandado de Segurança, nos termos da Lei nº.

27. Ibidem, p.42.

28. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, p. 204.

1.533/51, com suas atualizações. Procedendo neste ritmo, pleitearia o causídico o socorro ao direito líquido e certo de exercer livremente seu mister, velando pelo devido processo legal, com todas as suas características, e fiscalizando a atuação do juiz em sua persistente tentação ao arbítrio. O professor Eutímio de Carvalho, por sua vez, entende que referida e odiável resistência do magistrado desafia a impetração de *Habeas corpus* em favor do co-réu, comparsa do interrogado.²⁹ E, em analogia ao que sente Renato Flavio Marcão, acaso o magistrado não acolhesse, como fundamento para o pedido de novo interrogatório, o cerceamento de defesa, marcado pela ausência do procurador do requerente ao interrogatório de outro réu, referida negativa poderia ser atacada em preliminar de apelação³⁰. Se, mesmo assim, o interrogatório for realizado sem a garantia da ampla defesa dos outros acusados, e se estes ainda não foram ouvidos, que conste do termo de seus respectivos depoimentos a ausência daquela garantia. Se já foram ouvidos, que seus defensores requeiram novo interrogatório, de modo a serem rebatidas possíveis acusações feitas pelo co-réu antes interrogado. Aliás, o próprio juiz garantidor, de ofício, poderá, nesta última hipótese, determinar a realização de outro interrogatório, como também entende o professor Antônio Vieira³¹. Somente assim restará obedecida a jurisprudência pacífica, que prega a necessidade de valoração das palavras do interrogado contra demais co-réus, mediante outros elementos de prova. E diga-se isto porque o condenado que fora alvo de acusações de seu comparsa, em interrogatório desprovido da participação da defesa técnica daquele (do condenado) não pode ir ao cárcere, visto que sua condenação emergiu de prova ilegítima, sem o filtro do contraditório, que desembocou em decisão viciada. É por isto que, na impossibilidade de reparação do erro promanado da negativa do juiz, quanto à participação do defensor de outrem no interrogatório, pugna-se pela imediata retirada do respectivo termo dos autos e pela incontinenti remessa dos mesmos ao juiz substituto. Quer-se, com tal medida, fixar as bases de um processo penal higienizado pelos fluidos do modelo acusatório, com provas que – mesmo as ilícitas porventura aceitas – tenham passado pela assepsia do contraditório, em atenção ao princípio da comunhão da prova. Acaso não vingue qualquer das opções ventiladas, que seja ajuizada ação de revisão criminal para anular a condenação, restaurando a dignidade do apenado; assim há de se entender, com base na interpretação de Pacelli sobre o artigo 621-I do CPP³². Ademais, segundo

30. Interrogatório: primeiras impressões sobre as novas regras ditas pela Lei nº. 10.792/2003 (documento eletrônico).

31. Ponto de vista expressado durante seminário em homenagem ao professor Raul Chaves, em noite do dia 04/07/07, na Faculdade de Direito da UFBA.

32. “A nosso sentir, a questão pode ser entendida de outra maneira.

Em primeiro lugar, é possível que a decisão esteja lastreada em prova cuja inadmissibilidade, porque ilícita ou ilegítima, não tenha sido percebida. Nesse caso, do reconhecimento da ilicitude da prova poderá resultar a inexistência do material probatório para sustentar a condenação.”*Ibidem*, p.751.

entende o mesmo Doutor em Direito pela UFMG, o reconhecimento do direito de defesa do interrogado não permite que ele atribua, falsamente, a prática de crime a terceira pessoa, incorrendo no delito de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal Brasileiro)³³.

Necessário é que os direitos fundamentais, de incontestável índole principiológica, recebam vida, podendo respirar para além da folha escrita; e tal só se viabiliza se os aplicadores do direito trouxerem, em sua formação, em suas convicções, idéias que se coadunem com a vida daqueles direitos. Olvidar esta necessidade é incorrer no que Ferrajoli denominou “falácia garantista”³⁴, é atuar antigarantisticamente. Aliás, como prega o mestre italiano, “nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais”. É por meio da mencionada luta, portanto, travada no palco externo ao direito, antes mesmo de se transpor para ele, que sobrevivem os direitos e garantias individuais. Pensar diferente é insistir na “idéia de que bastam as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções”³⁵.

Nesta linha de raciocínio, convém conchamar todos os figurantes processuais, no sentido de atentarem para a condição inferior dos acusados perante a sanha punitiva do Estado, não raro estimulada pela “banda podre” da imprensa. Juízes, promotores, assistentes do Ministério Público, advogados e defensores públicos são os catalisadores responsáveis – por terem sido capacitados com a técnica jurídica – pela coexistência de direitos entre os acusados, para que as garantias de um não sufoquem a segurança dos outros. Tal dever resplandece, com todo vigor, no interrogatório, sabidamente meio de defesa com valor probatório a favor do acusado, no qual se permite que ele declare o que achar conveniente, assistido por sua defesa técnica, inclusive culpar outros envolvidos. Se a responsabilidade maior, no desenrolar de um processo penal constitucional, recai sobre os aludidos profissionais, forçoso é convir que seu espírito de luta por um semelhante processo, pelas garantias pertinentes a um sistema verdadeiramente acusatório, deve ser fomentado ainda nas Faculdades de Direito. O currículo mínimo dos cursos jurídicos deveria dispensar maior atenção às ciências propedêuticas, tais como sociologia, antropologia e filosofia geral. Estas matérias poderiam ser ministradas mais demoradamente aos futuros juristas, a fim de que criem a consciência de que seu trabalho, no porvir, terá o outro por objeto, alguém semelhante a eles, mas com suas próprias fraquezas e dores.

33. *Ibidem*, p.335.

34. *Ibidem*, p. 866.

35. FERRAJOLI, Luigi. Trad. Sica et al. *Ibidem*, p.866.

Por fim, fiquemos com Ferrajoli (mais uma vez, Ferrajoli), remetendo-se a Rudolf Jhering em seu clássico *A luta pelo direito*: “Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e a sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo, ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a conseguinte valorização da pessoa”.³⁶

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal* – tradução de Luís F. Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.
- CARVALHO, Djalma Eutímio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e amp. – tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI: o minidicionário da língua portuguesa*. 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal* 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Interrogatório: primeiras impressões sobre as novas regras ditadas pela Lei n.º 10.792/2003. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.º 163, 16 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4614>>. Acesso em: 18/06/07.
- MOREIRA, Rômulo. *Estudos de direito processual penal – temas atuais*. São Paulo: BH Ed. e Dist. de Livros, 2006.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21 ed. atual. por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992.

36. Ibidem, p.869.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7 ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 4 v. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de processo penal comentado* 1 v. 9 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Processo penal* 3 v. 20 ed. rev. modif. e amp. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAPÍTULO XXIII

OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS RELATIVOS AO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

*Ricardo Barretto de Andrade**

Sumário • 1. Introdução – 2. A aplicação das regras de conflitos de leis no comércio eletrônico internacional – 3. A unificação dos direitos substanciais do mundo – 4. A criação de uma ordem legal internacional privada – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do comércio internacional há muito tempo se apresenta como uma realidade no cenário internacional. Mais recentemente, todavia, e sobretudo a partir da década de 80, o processo de globalização econômica tem impulsionado os fluxos mundiais de comércio de forma surpreendente.

Bem assim, o surgimento significativo, na década de 90, do comércio eletrônico contribuiu para tornar as relações econômicas ainda mais complexas, mormente quando essas relações se desenvolvem entre atores de países distintos.

Em decorrência disso, passou a ser fundamental a regulamentação e normatização satisfatória das relações comerciais existentes no plano supranacional. Assim, podem-se vislumbrar essencialmente três modelos voltados a concretizar essa regulamentação: o primeiro consiste na aplicação de regras de conflitos de leis que consubstanciam o Direito Internacional privado; uma segunda possibilidade seria a busca pela unificação, de forma universal, do direito material ou substancial dos países; por fim, ante a ausência de uma regulamentação do comércio baseada na atuação conjunta dos Estados, surge, no seio das relações econômicas privadas, a possibilidade de auto-regulamentação, a exemplo do que de certa maneira já ocorre por meio da *lex mercatoria*.

Esses três meios de solução de conflitos relacionados ao comércio eletrônico internacional, muitas vezes coexistentes entre si, apresentam, cada um, vantagens

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e graduando em Relações Internacionais pelas Faculdades Jorge Amado.

e desvantagens, razão pela qual todos devem ser estudados e analisados, porquanto as relações comerciais internacionais demandam um nível de segurança jurídica e institucional do qual ainda se está muito aquém.

2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONFLITOS DE LEIS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

O Direito Internacional Privado, entendido como um conjunto de normas de direito interno que regula relações privadas dotadas de elementos de estraneidade, possui caráter instrumental, portanto direcionado a solucionar um conflito de competência legislativa internacional por meio da utilização de regras que definem a lei a ser aplicada no caso concreto.

No que se refere ao comércio internacional, a aplicação das regras de conflitos de leis é ainda muito tímida. Isso porque a dinâmica das relações comerciais praticamente “atropela” a morosa renovação legislativa dos critérios de determinação da lei que deverá ser aplicada caso se constate a ocorrência de um choque de leis de países distintos. Além disso, a efetividade do Direito Internacional Privado depende, em grande medida, da harmonização dos critérios de solução de conflitos aplicados pelos diferentes países, sem o que a aplicabilidade desses critérios pode se tornar inócua.

Assim, havendo um litígio comercial internacional, caso os países relacionados ao conflito não adotem o mesmo critério de conexão, não se chegará a uma solução comum e satisfatória para ambos os países. Dessa forma, o Direito Internacional Privado, a despeito de ser formado por um conjunto de normas que pertencem aos ordenamentos jurídicos internos, carece de uma harmonização ou unificação internacional.

Nesse campo, há iniciativas de maior ou menor sucesso de harmonização do Direito Internacional Privado. A União Européia, por exemplo, apresenta um bom estágio de uniformização deste ramo do direito, ao passo que a América Latina, apesar de ter sido pioneira com o Código Bustamante, de 1928, não alcançou um estágio de unificação normativa tão avançado, sobretudo em razão da utilização abusiva do instituto das reservas aplicado aos tratados internacionais.

Em relação ao comércio eletrônico internacional, sua natureza ainda mais fluida e dinâmica torna a aplicação das regras de conflitos de leis ainda mais complexa que no comércio internacional tradicional. Essa espécie de comércio difere do comércio tradicional principalmente pela forma de celebração dos contratos que ensejam sua prática. Bem assim, por ser um fenômeno muito recente, o comércio eletrônico ainda não apresenta uma regulamentação satisfatória pelos direitos internos dos países.

Com a revolução tecnológica hodiernamente ocorrida, as relações econômicas têm se tornado cada vez mais ágeis. Se há algum tempo era possível saber o local de celebração de um contrato devido a seu caráter escrito ou verbal, nos dias atuais muitas relações econômicas ocorrem virtualmente, de forma eletrônica, pelo que se tem enorme dificuldade para regulamentá-las.

Nesse sentido, o Advogado Eduardo Weiss Martins de Lima (2007), mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP, pondera que:

Quando um consumidor em nosso país tem uma pretensão resistida em relação a um fornecedor localizado em outro – por exemplo o bem adquirido não é entregue – temos em mente que existem dois ordenamentos jurídicos, a princípio, a reger a relação, já que nas compras pela internet dificilmente haveria eleição de lei e foro. Como, da mesma forma, dificilmente o direito material – e processual – desses países será harmônico, igual, ou mesmo semelhante, podemos ter um conflito de normas. Qual sistema prevalece? As regras de Direito Internacional Privado de cada país trazem elementos de conexão para determinar o direito aplicável – territoriais, como o domicílio, pessoais, como a nacionalidade, ou mesmo voluntários – mas são, da mesma forma diferentes entre os diferentes ordenamentos, além de antiquadas e relacionadas às obrigações mercantis, como no caso do Brasil (art. 9º da LICC). É na vontade dos Estados em harmonizar estas relações por meio dos acordos internacionais, como no caso da OEA, que pode haver a saída para tantas perguntas.

Dessa forma, observa-se que a capacidade de utilização do Direito Internacional Privado para solucionar conflitos de competência legislativa internacional é ainda muito restrita no que toca ao comércio eletrônico internacional, seja porque o direito interno dos países ainda não é capaz de normatizar o comércio eletrônico, ou, ainda, porque não há suficiente consenso entre os ordenamentos jurídicos dos países para que sejam adotadas regras comuns de resolução de conflitos de leis, valendo-se destas como principal meio para regulamentar esse emergente fenômeno econômico.

3. A UNIFICAÇÃO DOS DIREITOS SUBSTANCIAIS DO MUNDO

Num mundo marcado pelo avanço do processo de globalização e pela porosidade crescente das fronteiras nacionais, em decorrência do aumento nos fluxos internacionais de pessoas, mercadorias e capital, a unificação dos direitos substanciais dos países certamente simplificaria a solução dos conflitos que decorrem das mais diversas relações internacionais privadas.

Isso permitiria, no que se refere ao comércio eletrônico, por exemplo, a aplicação internacional de normas únicas de direito comercial, empresarial, bancário, das relações de consumo, etc., sem a necessidade de utilização de regras de conflitos de leis, já que não ocorreriam estes conflitos.

Esse ideal de unificação do direito material dos países, todavia, é ainda mais difícil de ser alcançado que o ideal de uniformização do Direito Internacional Privado. Isso porque, apesar da existência do processo de globalização, cada país ainda possui marcantes e singulares características sociais e culturais, que se refletem de forma única em seu ordenamento jurídico, pelo que é improvável, ao menos num razoável espaço de tempo, que venha a ocorrer um esforço de unificação internacional dos direitos substanciais.

Em seus estudos sobre a harmonização e unificação do direito privado na América Latina, o Professor Alejandro Garro (1994) afirma a existência de uma identidade na cultura jurídica dos países latinos que constituiria uma base firme para a harmonização dos direitos materiais internos destes países. Em razão disso, segundo Garro, as tendências de uniformização do direito substantivo latino-americano se projetariam em uma crescente elaboração de “leis-tipo” ou “códigos modelo”. A despeito de servir em alguma medida como fonte de reformas legislativas, essa tendência, todavia, ainda não teria viabilizado a concretização de um direito positivo uniforme.

No particular, também vale salientar que a unificação dos direitos substantivos relativos ao comércio internacional, mormente ao comércio eletrônico internacional, possui duas dificuldades adicionais.

Em primeiro plano, considerando que as legislações internas que envolvem o comércio eletrônico são extremamente defasadas, deve-se levar em conta que um esforço internacional de unificação das normas relativas a este comércio teria de ser ainda maior, pois o esforço não seria meramente de unificação, mas de construção de um direito unificado, uma vez que ainda é incipiente a regulamentação do comércio eletrônico nos ordenamentos jurídicos internos, pelo que não há bases sólidas para haver um processo de unificação.

Por outro lado, caso fosse alcançado um estágio avançado de unificação legislativa no campo do comércio eletrônico internacional, surgiria o desafio de criar mecanismos de atualização legislativa capazes de acompanhar a evolução dinâmica deste tipo de comércio.

Não se vislumbra, portanto, uma significativa possibilidade de resolução dos conflitos que envolvem o comércio internacional por meio da uniformização dos direitos substanciais dos países, pelo menos não por meio da formatação de um ordenamento jurídico único, o que não exclui a possibilidade de unificação pontual de determinadas normas que envolvem esse tipo de comércio.

4. A CRIAÇÃO DE UMA ORDEM LEGAL INTERNACIONAL PRIVADA

O crescimento significativo do comércio internacional ocorrido no século XX foi responsável pelo surgimento de um fenômeno sistêmico de normatização

privada das relações comerciais internacionais. Segundo o Professor Valerio Mazzuoli (2003), este é um fenômeno que tem origem remota nas feiras da Idade Média, quando os comerciantes buscavam a auto-regulamentação de suas relações como forma de superar os entraves impostos pelo sistema feudal de então.

Nesse sentido, o primeiro intelectual a detectar a existência de um direito costumeiro do comércio internacional baseado na prática reiterada de seus agentes foi o Professor Berthold Goldman, em trabalho publicado em 1964. De forma pioneira, Goldman (1964) revelou a emergência de um fenômeno denominado “nova *lex mercatoria*”, que corresponderia a um conjunto de normas de origem essencialmente privada, responsável por regulamentar as práticas do comércio internacional.

Segundo Goldman (1964), as relações econômicas privadas internacionais cada dia mais escapariam da influência dos ordenamentos jurídicos estatais, ou até mesmo de um direito uniforme integrado à legislação dos Estados. Isso ocorreria porque, de forma semelhante ao que acontecia na Idade Média, há, na modernidade, a necessidade de que os agentes privados do comércio possuam mecanismos de solução de conflitos compatíveis com a dinâmica das relações comerciais por eles empreendidas.

Nesse sentido, à medida que os Estados, seja pela normatização interna, seja por suas articulações no sentido de criar normas uniformes de direito substantivo ou instrumental, não dispõem de instrumentos adequados à regulamentação do comércio internacional, surge, como imperativo, a necessidade de essas relações econômicas serem guiadas por normas criadas por iniciativa dos próprios agentes dessa modalidade comércio.

Assim é que as articulações do setor privado, ocorridas de forma espontânea, tornam-se relevantes e atualmente ocorrem, inclusive, no âmbito de instituições criadas com o intuito de estudar e normatizar o comércio internacional, a exemplo da UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law*) e da Câmara do Comércio Internacional de Paris.

O interessante é que o direito costumeiro do comércio internacional tem criado figuras jurídicas até então desconhecidas pelos ordenamentos jurídicos internos e que, muitas vezes, são incorporadas por estes. A criação das “INCOTERMS”, no bojo da Câmara Internacional de Comércio, e sua posterior adoção pelo direito comercial brasileiro, por exemplo, demonstra a pujança do fenômeno da *lex mercatoria* e os impactos que este pode ter também nos ordenamentos internos. De igual maneira, há figuras de contratos internacionais atualmente reconhecidas pelo direito brasileiro que se originaram das práticas reiteradas do comércio internacional, a exemplo dos contratos de *leasing* e *franchising*.

No que se refere ao comércio eletrônico internacional, este possui particularidades em relação ao comércio tradicional e, mesmo no âmbito das práticas reiteradas do comércio internacional, ainda apresenta regulamentação incipiente. Deve-se reconhecer, portanto, que a *lex mercatoria* ainda não abarca satisfatoriamente o comércio eletrônico. Há, todavia, um enorme potencial para a adoção da *lex mercatoria* aplicada ao campo do comércio eletrônico, que, segundo o Professor Cláudio Finkelstein (2005) poderia ser denominada “*e-lex mercatoria*”.

Nesse esteio, aplicada ao comércio eletrônico, a *lex mercatoria* possibilitaria uma maior dinâmica normativa a esse campo do direito internacional, algo extremamente difícil de ocorrer com uma possível uniformização dos direitos internos dos países ou mesmo com a harmonização das regras de conflito de competência. Dessa forma, a grande vantagem da “*e-lex mercatoria*” seria criar mecanismos céleres e eficazes de solução de conflitos que envolvem o comércio eletrônico internacional.

Há, entretanto, uma diferença fundamental entre o comércio internacional tradicional e o comércio eletrônico no que se refere a seus agentes. Por um lado, o comércio tradicional, em regra, envolve a atuação de empresas ou pessoas jurídicas de forma geral. Nesse contexto, caso haja alguma contenda, um árbitro pode ser designado pelas partes para solucionar o conflito, consoante as normas, princípios e práticas que regem o comércio internacional.

Em relação ao comércio eletrônico, todavia, a situação mais comum envolve, como partes, uma empresa e uma pessoa física. Esse fato deve alertar para a existência em potencial de relações de consumo no seio do comércio eletrônico internacional, o que implica em dizer que uma das partes (o consumidor) é manifestamente hipossuficiente em relação à outra.

Assim, pode-se questionar: Caberia nessa situação a aplicação da arbitragem nos moldes em que é utilizada pela *lex mercatoria*? Como esperar que a prática reiterada do comércio eletrônico internacional crie mecanismos de solução de conflitos que possuam equidade e permitam o equilíbrio da relação contratual?

Esses são temas sobre os quais a criação de uma doutrina da *e-lex mercatoria* deverá perpassar, já que não se pode simplesmente utilizar os institutos da *lex mercatoria* de forma deliberada em relação ao comércio eletrônico, pelo menos não antes que se tenha a devida dimensão das especificidades e peculiaridades desse tipo de comércio.

O mais adequado, portanto, não seria o que propõe o Professor Finkelstein (2005), no sentido da mera “*adoção da lex mercatoria aplicada ao campo do comércio eletrônico*”, pois isso geraria graves distorções contratuais e jurídicas nas relações econômicas ocorridas via comércio eletrônico.

Nesse particular, parece necessária uma análise detalhada das particularidades do comércio eletrônico, bem como é adequado e aconselhável que os Estados participem dessa nova regulamentação, criando em conjunto, por exemplo, normas uniformes de proteção ao consumidor, ou mesmo critérios uniformes de solução de conflitos por meio do Direito Internacional Privado.

5. CONCLUSÃO

Ante de tudo quanto exposto, pode-se afirmar que nenhum dos meios de solução de conflitos de leis atinentes ao comércio internacional pode ser adequadamente transposto de forma autônoma para o campo do comércio eletrônico internacional.

Se, por um lado, a aplicação do Direito Internacional privado e a unificação dos direitos substanciais são deficientes num campo tão novo e ainda pouco retratado pelas legislações internas, igualmente a proposta de criação de uma “*e-lex mercatoria*” não pode ser tida como única forma de solução de conflitos relativos ao comércio eletrônico internacional.

O que desponta como mais adequado, pois, é a utilização simultânea dos três meios de solução de conflitos, adaptando-os às peculiaridades do comércio eletrônico. Assim, a unificação, ainda que complexa, dos direitos substanciais em determinados pontos não exclui a aplicação do Direito Internacional privado em outras questões, que, por sua vez, também pode ser conciliada com a aplicação das práticas reiteradas do comércio internacional adaptadas ao comércio eletrônico.

A questão dos meios de solução de conflitos, portanto, não pode ser vista a partir de uma dicotomia, de uma oposição ou exclusão mútua, pelo que a conciliação destes meios é fundamental para o deslinde das complexas questões que envolvem o comércio eletrônico internacional.

6. REFERÊNCIAS

- FINKELSTEIN, Cláudio. “A *E-Lex Mercatoria*”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, abr-jun de 2005, v. 11: p. 99.
- GARRO, Alejandro M.. “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *Revista de Direito Civil*, jul-set de 1994, nº 65.
- GOLDMAN, Berthold. “Frontières du droit et *lex mercatoria*”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, nº 9 (Le droit subjectif en question), p. 177-192, 1964.
- MARTINS DE LIMA, Eduardo. “**Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**”. in **Jornal Jurídico Carta Forense, edição 1/2007. Disponível em:** <<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=61>>. Acesso em 29 mar. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde”. In: Jete Jane FIORATI e Valerio de Oliveira MAZZUOLI (Coord.). *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*. São Paulo, ed. Manole, 2003, p. 28.

CAPÍTULO XXIV

**QUESTIONAMENTOS A RESPEITO
DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA
DOMÉSTICA GESTANTE: UMA VISÃO
SÓCIO-JURÍDICA DESSAS MULHERES**

*Samira Oliveira Noronha**

Sumário • 1. Introdução – 2. Os Aspectos Sócio-históricos: Quem é a empregada doméstica brasileira? – 3. A estabilidade provisória da doméstica gestante: 3.1. A realidade jurídica versus a realidade social: 3.2. Empregada doméstica: algoz ou vítima? – 4. Conclusão – Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A estabilidade provisória da doméstica gestante foi assegurada em 19 de julho de 2006 pela Lei 11.324, mas ainda continua levantando polêmicas. Existem duas principais posições doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto, uma a favor, outra contrária, mas ambas versam sempre sobre os mesmos argumentos: proteção à família, ou melhor, ao empregador, e a legalidade. Entretanto, a empregada doméstica, verdadeira “tutelada” pelo Direito do Trabalho, neste caso, permanece como objeto, e não sujeito, da discussão. É justamente o seu lado que será exposto neste artigo.

Sem tentar alcançar uma – imaginária – neutralidade, propomo-nos a mostrar quem é a empregada doméstica¹ brasileira através de dados de suas características e condições de trabalho, retirados de uma pesquisa realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos sobre essa categoria de trabalhadoras no Brasil. Intentaremos, também, demonstrar como apenas a partir dos dados da sua realidade é que se pode formular os problemas e as respectivas soluções sobre a sua situação jurídica, reconhecidamente especial diante de

* Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ).

1. Neste artigo, nos referiremos sempre às empregadas domésticas, no feminino, não apenas por motivo do tema que tratamos, mas, principalmente, por serem as mulheres mais de 93% do universo de empregados(os) domésticos(as), sendo que os poucos homens que aí incluídos trabalham em atividades como piscineiro, motorista, caseiro, etc., e não em atividades domésticas.

outros(as) trabalhadores(as), especialmente na questão da estabilidade provisória da gestante.

2. OS ASPECTOS SÓCIO-HISTÓRICOS: QUEM É A EMPREGADA DOMÉSTICA BRASILEIRA?

A essa pergunta sempre foi dada muito menos importância do que a merecida no Direito. Isso se torna óbvio quando a própria Constituição permite a discriminação negativa da maior profissão feminina do país. Para que melhor se compreenda a situação social e jurídica dessas mulheres, é preciso traçar um perfil histórico do trabalho doméstico².

As origens dessa profissão, como se sabe, estão no próprio escravismo, quando as escravas mucamas realizavam o trabalho doméstico na casa dos(as) senhores(as). Eram escravas mais próximas da família, a quem era permitida uma maior intimidade. Isto nunca significou uma menor exploração, muito pelo contrário. Esta, apesar de melhor dissimulada, sempre esteve presente na desvalorização do seu trabalho, da sua cor, do seu sexo e da sua posição social. Sofrendo um cotidiano assédio moral, e, muitas vezes, inclusive sexual, essas mulheres permaneceram nas “casas grandes”, mas, agora, assalariadas.

Pouco mudou desde então. A partir das décadas de 70 e 80, em que as mulheres, de forma mais acelerada, entraram no mercado de trabalho brasileiro³, foi necessário que outras mulheres fizessem o trabalho doméstico. Neste momento, o emprego doméstico cresceu exponencialmente, restando como uma das poucas opções para mulheres de baixa renda e escolaridade⁴, em sua maioria, negras⁵. Afinal de contas, “ofício de mulher” todas elas saberiam fazer.

2. “A categoria trabalho doméstico, neste texto, deve ser entendida como sinônimo de emprego doméstico, aquele realizado por uma/um trabalhadora/or no âmbito de um domicílio que não seja o de sua unidade familiar. Esta/e trabalhadora/trabalhador se responsabiliza pelos chamados «afazeres domésticos», cujas atividades correspondem geralmente à guarda e aos cuidados pessoais de crianças, limpeza dos domicílios, cuidados com as roupas familiares, preparo de alimentos, entre outras”. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). O emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina / Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE); Programa de Fortalecimento Institucional para a Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego (GRPE). – [Brasília]: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006. 52 p. : Il. – (Cadernos GRPE; n.3). p. 11.

3. *Ibidem*, p. 12.

4. Mais de 75% das empregadas domésticas brasileiras tem, no máximo, ensino fundamental completo. DIEESE, *op. cit.*, p. 21.

5. No Brasil, a proporção de mulheres negras ocupadas como domésticas supera, em média, 10 pontos percentuais a de mulheres não-negras, sendo que estas percebem maior salário que as primeiras. DIEESE, *op. cit.*, p. 19.

Atualmente, o emprego doméstico representa uma das parcelas mais importantes no mercado de trabalho metropolitano, chegando a 10% dos(as) ocupados(as)⁶ em algumas metrópoles. Os dados da Pesquisa de Emprego e Desemprego indicam também que 18% do total de mulheres ocupadas no Brasil são trabalhadoras domésticas, um índice que sobe para 20% em regiões metropolitanas⁷. Essas informações demonstram a importância do emprego doméstico no país, e, portanto, a visibilidade que essa questão deve ter dentro do Direito. No entanto, a desvalorização que esse tipo de trabalho sofre, deixa-lhe marcas atávicas, que se reproduzem também na esfera jurídica.

O trabalho doméstico é historicamente desvalorizado, principalmente por ser tido como sem teor econômico. No entanto, a importância do trabalho doméstico torna-se clara quando se verifica que caso a responsável por ele, a mulher, trabalhe fora de casa, ela terá que contratar quem o faça. Ou seja, o trabalho doméstico tanto tem teor econômico que o tempo gasto com ele reflete-se na economia da casa. Todavia, por ser “coisa de mulher”, nunca se deu a ele o devido valor, sendo feito de graça pelas mulheres, ou muito mal pago por estas, quando outras fazem em “seu lugar”.

Toda essa desvalorização, tanto da mulher negra de baixa renda, quanto do emprego doméstico, realizado nas residências, reflete-se nas condições do seu contrato e seu trabalho:

Dessas características do emprego doméstico resultam processos de trabalho que apresentam pouca conformidade quanto à duração e à composição da jornada, ao ritmo e à intensidade do trabalho, às formas de pagamento, ao padrão das relações de trabalho mediado por relações interpessoais, aos tipos de atividades a serem desempenhadas, entre outras.⁸

Dessa forma, a empregada doméstica, entre assalariados(as) e autônomos(as), é a trabalhadora com menor rendimento. Em Salvador, Recife e Belo Horizonte, o salário da empregada doméstica é, em média, inferior ao mínimo, que é a referência, historicamente, para a determinação de seu salário. Além disso, existe uma alta informalidade nessa profissão, em que 65,6% das trabalhadoras não têm carteira assinada⁹ e que menos da metade contribui com a previdência social. A consequência é que essas mulheres, além de não terem direitos garantidos, o que agrega insegurança à atividade, têm de permanecer mais tempo no mercado de

6. Ibid.

7. Ibid.

8. Ibidem, p. 11

9. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa mensal de emprego. Comunicação Social 26 de Abril de 2006. IBGE traça o perfil dos trabalhadores domésticos. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=586 >. Acesso em: 12 out. 2006.

trabalho e são excluídas de direitos previdenciários mais urgentes como licença-maternidade, auxílio-doença, entre outros¹⁰. Outro problema também é a dificuldade de fiscalização da atividade, o que faz com que boa parte trabalhe além da jornada legal de 44 horas semanais, principalmente entre as que possuem carteira de trabalho assinada, que, normalmente, dormem no emprego.

Para regular a situação das domésticas frente a essa grande proliferação deste tipo de emprego, foi editada a Lei nº. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto nº. 71.885, de 9 de março de 1973. Mais tarde, a Constituição Federal de 1988, através do parágrafo único do art. 7º, ampliou os direitos das empregadas domésticas, mas tornou-as trabalhadoras de segunda categoria, cuja discriminação é constitucionalmente garantida.

No entanto, no caput do art. 5º, a Constituição consagra o princípio da igualdade numa cláusula pétreia. Diante de tal princípio, a Carta Maior não poderia discriminar a empregada doméstica, o que gera uma contradição jurídica dentro da própria Constituição¹¹, e, portanto, uma grande insegurança jurídica, manifesta nas polêmicas a respeito de praticamente toda a legislação que “tutela” a doméstica. A par dos motivos já expostos sobre o histórico preconceito sofrido por elas, é importante salientar como a doutrina majoritária justifica a sua discriminação “constitucional”. Nas palavras de Otávio Amaral Calvet¹²:

Dessa forma, surge importante diferenciação da relação de emprego doméstica para a relação ordinária de emprego, pois nesta vigora a impessoalidade em relação à figura do empregador, que viabiliza inclusive o fenômeno da sucessão de empregadores. Já no emprego doméstico, não há dúvida de que existe uma vinculação diferenciada em relação ao empregador, pois a inexistência de atividade empresarial faz com que a relação se perfaça diretamente com o núcleo familiar que se beneficia da energia de trabalho.

Reconhecemos que essa é uma grande dificuldade pela qual a profissão de empregada doméstica passa, qual seja, a personalização de uma relação profissional. Esse fato acarreta inúmeros problemas, tanto para a família, quanto para a empregada, mas de forma muito mais cruel para ela. Se por um lado, a intimidade e privacidade da família, valores assegurados como fundamentais pelo art. 5º, X, da Constituição da República, nas palavras de Calvet, são completamente expostas, o que dizer da empregada doméstica? A moradora da residência onde trabalha não tem acesso à família, namorado, amigos, nem colegas com os(as) quais realize o

10. DIEESE, op. cit., p. 25;

11. SILVA, Roberto. Empregada doméstica. Direito à estabilidade gestante prevista no art. 10 do ADCT. Possibilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 336, 8 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5180>>. Acesso em: 24 out. 2006.

12. CALVET, Otávio Amaral. A Estabilidade da Doméstica Gestante: Reintegração Forçada? **Juristas.com.br**, João Pessoa, a. III, n. 88, 22/08/2006. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=1990>>. Acesso em: 19/11/2006.

direito constitucionalmente assegurado de intimidade e privacidade. Não bastasse isso, em geral, as empregadas domésticas ficam restritas às áreas da cozinha, serviço e, principalmente seu quarto: quase sempre um cubículo mal ventilado e iluminado, dividido entre ela e os entulhos da casa, às vezes até animais. Não muito diferente da senzala de onde saíra. Diante de toda a discriminação, também é uma trabalhadora que constantemente sofre assédio moral por parte dos(as) empregadores(as), e, não raro, assédio e abuso sexual. Por ser de baixa renda e escolaridade, geralmente essas mulheres sequer têm conhecimento sobre seus direitos. E, visto o número das que conseguiram conquistar a formalidade, não é estranho que, as poucas que os conhecem, não consigam realizá-lo.

A atividade realizada no domicílio também limita as relações com outros membros de sua categoria profissional, o que faz com que seja uma profissão de baixa sindicalização. A relação com o empregador, sendo fortemente interpessoal e familiar, descaracteriza profissionalmente a relação. Ou seja, é uma atividade que vulnera a trabalhadora, reduzindo o acesso a seus direitos, suas colegas, seus familiares, enfim, o acesso a um trabalho digno.

Essa é a situação das trabalhadoras domésticas brasileiras: mulheres, negras, pobres, sem educação formal, sem acesso a seus direitos, inclusive o de ter a intimidade e a privacidade, e, mais ainda, sem saber como consegui-los.

Agora passamos à discussão sobre um dos muitos pontos polêmicos sobre seus direitos: o direito à estabilidade provisória da trabalhadora gestante.

3. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA DOMÉSTICA GESTANTE

3.1. A realidade jurídica *versus* a realidade social

Antes da aprovação da Medida Provisória 284, a estabilidade provisória gestante já era polêmica, dividindo os doutrinadores e a jurisprudência. A primeira posição, majoritária, sustentava o argumento da legalidade, asseverando que a Constituição não estendeu a estabilidade gestante às empregadas domésticas, pois, quando

pretendeu se referir e englobar em suas normas a categoria doméstica, fê-lo expressa e topicamente (parágrafo único do art. 7º, CF/88). Assim, descaberia produzir-se interpretação extensiva onde a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo.

A par disso, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que cria a garantia de emprego à gestante) reporta-se e vincula-se expressamente ao art. 7º, inciso I da mesma carta – inciso esse que não foi estendido à categoria doméstica.¹³

13. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho / Maurício Godinho Delgado*. – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2004. p. 378

Alice Monteiro de Barros traz um outro argumento, o da fidúcia necessária no emprego doméstico, asseverando que

andou bem a norma constitucional ao excluir a doméstica da referida garantia, pois é sabido que seu trabalho, na maioria das vezes, constitui, além de uma simples relação jurídica, “uma complexa relação humana”. Como o serviço é prestado no âmbito residencial, o doméstico desfruta de uma íntima convivência com a família, e o elemento pessoalidade fica ressaltado, traduzindo-se na simpatia, confiança, afinidade e afetividade entre o empregado e o empregador. Trata-se, portanto, de um empregado de extrema confiança. Logo, obrigar uma família a manter um empregado doméstico, a pretexto de uma estabilidade provisória, quando a confiança deixa de existir, afronta a natureza humana, violando a privacidade, invadindo o domicílio e contrariando os preceitos constitucionais.¹⁴

Também os tribunais têm decidido nesse sentido:

“Os trabalhadores domésticos, não gozam de todos os direitos previstos no art. 7º da Magna Carta tendo esta assegurado, apenas, aqueles elencados nos incisos do § único do art. 7º. Ora, não se incluindo neles a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (inc. I) é inviável buscar a proteção mínima já prevista no art. 10, II, b, § 1º das Disposições Transitórias.

TRT – 15ª Reg. RO 8.276/89 (Ac. 2ª T. 8.324/90, 14.8.90), Rel. José Pedro Camargo R. de Souza. LTR 55-09/1.119.¹⁵

“Não se aplica à doméstica gestante a garantia da proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa prescrita no art. 10, II, letra b do ADCT, por se referir este dispositivo exclusivamente aos empregados beneficiados por esse direito previsto no inc. I, do art. 7º, da CF/88, dos quais a doméstica foi excluída pela omissão do § único deste preceito constitucional.

TRT – 10ª Reg. RO 5.386/89 (Ac. 2ª T. 2.693/90, 13.11.90), Rel. Juiz Sebastião Machado Filho. LTR 55.04/480.¹⁶

Segundo esse entendimento, a empregada doméstica teria direito apenas à licença-maternidade. Caso houvesse dispensa obstativa, ou seja, se o empregador demitisse a empregada grávida para impedir seu acesso ao direito da licença-maternidade, então caberia indenização correspondente ao salário-maternidade não percebido¹⁷.

14. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho / Alice Monteiro de Barros. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2006. p. 332

15. “In” Julgados Trabalhistas Seleccionados, de Irany Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins, Ed. LTR, São Paulo, 1.992, pág. 227.

16. DELGADO, op. cit p. 228.

17. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A dispensa da empregada doméstica gestante como obstativa de direitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1200>>. Acesso em: 12 out. 2006.

A segunda posição é bastante minoritária, baseando-se principalmente na interpretação da Constituição através de seus princípios. Atualmente, é reconhecida a normatividade dos princípios, e aqueles constitucionais são “a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins¹⁸.” Assim, os princípios constitucionais devem, além de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade daquele que interpreta o Direito.¹⁹

Parece ilógico, portanto, que todas as trabalhadoras tenham direito à estabilidade gestante, mas a empregada doméstica, tão trabalhadora quanto todas as outras, na mesma situação biológica, que obviamente necessita de especial atenção, não tenha o mesmo direito. Assim, de acordo com uma série de princípios constitucionais como a isonomia, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, proteção à maternidade e à infância, o valor fundamental do trabalho, a vedação à discriminação, entre tantos outros e seus postulados, a doméstica gestante, desde 1988, tem direito à estabilidade provisória, a não ser que se considere haver duas categorias de mulheres, para que não se aplique o art. 10, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a elas.

Uma interpretação sistemática da Constituição e baseada nos princípios protetivos do Direito do Trabalho encontrará a razão de ser da norma, e é esta proteger a trabalhadora gestante, bem como o nascituro, dando-lhes segurança financeira desde a gestação até cinco meses após o parto²⁰. Entender que a condição de doméstica retira da mãe e do nascituro a proteção que a CF definiu para a empregada gestante em geral, fere, no mínimo, a razoabilidade.²¹

Além dos argumentos acima, é necessário observar a situação real da trabalhadora doméstica grávida. Caso não tenha acesso à estabilidade gestante, se demitida neste momento maior fragilidade para a mulher, certamente esta trabalhadora terá chances baixíssimas (se é que, de fato, elas existirão) de conseguir um novo emprego enquanto grávida. Ainda que alguns argumentem que lhe vale a indenização em caso de dispensa obstativa, a doméstica, em realidade, não teria a mesma proteção de uma trabalhadora que tem emprego garantido até o quinto mês após o parto. Cumprindo o papel tradicional de mãe, e, normalmente, sem apoio ou dinheiro para que alguém cuide dela e/ou da criança, com certeza ela e seu bebê estariam completamente expostos a toda série de intempéries, justo

18. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 25 nov. 2006.

19. Ibid.

20. CAPUTO; PINHEIRO NETO *apud* SILVA, op. cit.

21. FILHO, Rodolpho Pamplona; VILLATORE, Marco Antônio César. Direito do Trabalho Doméstico, 2ª ed., São Paulo: LTr, p. 104.

no seu momento mais frágil. Assim, negar à doméstica a estabilidade gestante ofenderia o objetivo da Carta Maior, exposto em seu preâmbulo:

(...) instituir um Estado Democrático, destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).²²

Apesar de minoritária, há posições de tribunais no sentido de proteger devidamente a doméstica gestante:

GESTANTE – EMPREGADA DOMÉSTICA – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – APLICAÇÃO DO ART. 10, INCISO II, ALÍNEA B DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. À gestante despedida sem justa causa, mesmo na condição de doméstica são devidos os salários e vantagens correspondentes ao período estabilitário, aplicando-se-lhes a norma constante do art. 10, inciso II, alínea b do ADCT (Acórdão por unanimidade da 2ª Turma do TRT – 12ª Região, Recurso Ordinário 2064/98 – Rel. Juiz João Cardoso, J. 10.8.1998 – DJ/SC, de 19.8.1998, p. 181).

EMPREGADA DOMÉSTICA – GESTANTE – GARANTIA DE EMPREGO. Constituição negou à empregada doméstica a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa como específica o parágrafo único do art. 7º. Todavia, o dispositivo contempla, dentre os direitos reservados à doméstica, o inc. XVIII e esse assegura à gestante a licença-maternidade de cento e vinte dias sem prejuízo do emprego e do salário. O art. 10 do ADCT, no inc. II, alínea b, veda a dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sem discriminar a empregada doméstica. (TRT – 2ª Região – 8ª T.; RO nº 029.901.606-76 (20000259033); rel. Juiz José Carlos Arouca; DOESP 4/7/2000 ST 137/65)

GESTANTE – EMPREGADA DOMÉSTICA. A licença de 120 dias à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, constitui direito e garantida fundamental expressamente conferidos à categoria dos trabalhadores domésticos pelos incs. XVIII e XXXIV, parágrafo único, do art. 7º, da CF. Assim, a norma contida no art. 10, b, do ADCT, não pode ser interpretada de forma a contrariar o próprio texto da CF. Dispensada injustamente se encontra sob o manto da proteção constitucional a reclamante, doméstica, faz jus à indenização correspondente ao período estabilitário. (TRT – 3ª Região – 5ª T.; RO nº 5.080/00; Rela. Juíza Maria A Duarte de Las Casas; DJMG 16/9/2000) ST 138/84).

Como pudemos ver, a polêmica sobre a estabilidade gestante para as domésticas era grande. Imagina-se, então, que ela seria superada com o advento da Lei

22. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Preâmbulo. Mini Vade Mecum de Direito 7 em 1. Vol. I. / Anne Joyce Angher organização. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2005. (Coleção de leis Rideel. Série mini 3 em 1)

11.324, de 19 de julho de 2006, que, expressamente, lhe concedeu esse direito, espancando qualquer dúvida sobre sua legitimidade. Ledo engano.

A polêmica agora não versa mais a respeito do direito da doméstica à estabilidade gestante, mas à reintegração no caso de demissão no período da estabilidade. Apesar de bastante recente, já se pode notar a repercussão dessa nova Lei.

Aqueles que afirmavam não ter direito a doméstica à estabilidade gestante, agora teorizam sobre a impossibilidade de não lhe conceder a reintegração, no caso de demissão durante a estabilidade. Argumenta-se que pela fidúcia exigida no emprego doméstico, a família ficaria exposta à empregada reintegrada em seu trabalho. Consideremos melhor, nas palavras de Alice Monteiro de Barros, prevendo a aprovação da citada lei:

Impor a reintegração de uma empregada doméstica no emprego, como consequência de uma estabilidade provisória, implica violação à vida privada do empregador e atenta contra o preceito constitucional.

Calvet, em sua exposição contrária à reintegração, é, no mínimo, mais passional:

Seria no mínimo estranho imaginar-se uma decisão judicial impondo o retorno da empregada doméstica ao trabalho em ambiente de extremo constrangimento, onde a família não mais suporta a presença de um estranho a testemunhar seus fatos mais íntimos, o que levaria à inimaginável situação dos próprios integrantes da família começarem a evitar o uso da residência em função da presença da empregada reintegrada.

Após reiteradas críticas à estabilidade da gestante doméstica, gostaríamos de fazer algumas reflexões.

3.2. Empregada doméstica: algoz ou vítima?

Sobre essas duas posições, e estando cientes dos argumentos anteriormente expostos enquanto a estabilidade gestante não era expressamente concedida à empregada doméstica, fazemos alguns questionamentos para que o leitor reflita conosco. Em primeiro lugar, é necessário se perguntar quem é o lado fragilizado da relação: uma família que demitiu a empregada sem justa causa, ou a doméstica, grávida, desempregada e sem perspectiva próxima de emprego? Quem são, realmente, as empregadas domésticas brasileiras? As Julianas de Eça de Queiroz²³, brancas, escolarizadas, amargas e vingativas? Ou as Vevés de João Ubaldo Ribeiro²⁴, negras, exploradas, maltratadas, mas com a coragem de quem enfrenta

23. Juliana é empregada doméstica no romance “Primo Basílio”, de Eça de Queiroz.

24. Vevé é escrava, mãe da personagem principal de “Viva o Povo Brasileiro”, livro de João Ubaldo Ribeiro.

os abusos sozinha? Qual vida é realmente violada? A do(a) empregador(a), ou a da empregada, desempregada, desprotegida e sem opção? Quem passa o extremo constrangimento? A família obrigada a ter de volta uma empregada, ou esta, que aceita novamente submeter-se a esses(as) empregadores(as), certamente por não ter alternativa? Com as atuais taxas de desemprego, não seria surpreendente se uma doméstica exigisse a reintegração judicialmente, apenas para ter tempo de conseguir um novo emprego. Mas, questionamos mais uma vez: quantas dessas mulheres têm carteira de trabalho assinada, conhecem seus direitos, têm acesso à justiça e, depois de toda a jornada que é um processo judicial, ainda conseguem uma sentença a seu favor? Por fim, uma última pergunta: os(as) doutrinadores(as) acima fizeram-se essas e outras perguntas? É de acreditar-se que não.

Neste momento, fica patente a discriminação que cerca a doutrina e a jurisprudência a respeito das empregadas domésticas. Desnecessário falar da absurda legislação, melhorada apenas através de ações bastante pontuais, e depois de extensas negociações e, principalmente, concessões.

Depois de tantos questionamentos e reflexões, parece-nos claro que a empregada doméstica goza do direito à reintegração, como toda trabalhadora gestante. Não se justifica sua discriminação por expor a família, visto que, nesta relação empregatícia tortuosa, a maior prejudicada é ela, e, sendo este direito em seu favor, ela tem direito de escolher a reintegração. Muito menos é aceitável que a reintegração seja convertida em indenização, a não ser que esta seja equivalente ao salário e benefício correspondente a todos os meses desde a demissão até o quinto depois do parto, e que seja por opção da própria empregada doméstica.

Enquanto o Estado é incapaz de garantir aos(às) cidadãos(ãs) emprego, creches, lavanderias comunitárias, restaurantes populares, entre outras possibilidades de desenvolvimento social, deverá, no mínimo, equiparar os direitos desses(as) cidadãos(ãs). A atual situação deplorável da trabalhadora doméstica não será resolvida sem uma verdadeira profissionalização desta profissão, com oferecimento de cursos de qualificação pelo governo. É necessária a valorização desse trabalho para que se concorra para o fim do preconceito, que, como ficou muito claro, não é apenas relativo a este tipo de trabalho: as empregadas domésticas sofrem o preconceito de ser mulher, de ser negra e de ser pobre. Fundamental é oferecer a essas mulheres todo o aporte social que a sociedade deve a elas historicamente. E aqui começamos melhor interpretando a “esmola jurídica” que lhes foi concedida.

4. CONCLUSÃO

A empregada doméstica é brutalmente discriminada pelo Direito: seja através da legislação, da doutrina, ou das próprias decisões judiciais, essas trabalhadoras sofrem um preconceito que tem origem na histórica discriminação de raça, gênero e classe em nossa sociedade.

Entre os pontos mais críticos do debate sobre os direitos das empregadas domésticas, destaca-se o da estabilidade gestante. Mesmo após uma esperada pacificação da discussão sobre a possibilidade da concessão desse direito para essas empregadas através da Lei 11.324/2006, doutrinadores(as) insistem em interpretar a lei de modo a retirar da doméstica o direito à reintegração, que constitui a estabilidade gestante. No entanto, o fundamento do próprio Direito do Trabalho é proteger o(a) hipossuficiente da relação, e uma análise das condições de trabalho da empregada doméstica esclarece a fragilidade dessa trabalhadora no emprego doméstico. Assim, cabe ao Direito tutelar *de fato* essas mulheres, protegendo-as das arbitrariedades e exploração de seus(suas) empregadores(as).

A igualdade jurídica da trabalhadora doméstica certamente é um horizonte distante para o Direito brasileiro. O violento conservadorismo em todas as esferas jurídicas em que a doméstica é tratada é demonstrado pelo lento avanço da legislação, através de concessões, na maioria das vezes. Além de equiparar constitucionalmente os direitos das empregadas domésticas aos outros(as) trabalhadores(as), o Estado também deve realizar políticas de desenvolvimento social para valorizar e profissionalizar o emprego doméstico, pois o Brasil tem uma dívida histórica com essas trabalhadoras, e esta dívida urge ser reparada.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). O emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina / Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE); Programa de Fortalecimento Institucional para a Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego (GRPE). – [Brasília] : OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006. 52 p. : il. – (Cadernos GRPE; n.3). p. 12.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa mensal de emprego. Comunicação Social 26 de Abril de 2006. IBGE traça o perfil dos trabalhadores domésticos. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=586 >. Acesso em: 12 out. 2006.
- SILVA, Roberto. Empregada doméstica. *Direito à estabilidade gestante prevista no art. 10 do ADCT. Possibilidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 336, 8 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5180>>. Acesso em: 24 out. 2006.
- CALVET, Otavio Amaral. *A Estabilidade da Doméstica Gestante: Reintegração Forçada?*. Juristas.com.br, João Pessoa, a. III, n. 88, 22/08/2006. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=1990>>. Acesso em: 19/11/2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Maurício Godinho Delgado. – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2004. p. 378.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* / Alice Monteiro de Barros. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2006. p. 332.

- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Julgados Trabalhistas Selecionados, de Irany Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins*, Ed. LTR, São Paulo, 1.992, pág. 227.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Preâmbulo. *Mini Vade Mecum de Direito 7 em 1. Vol. I.* / Anne Joyce Angher organização. – 2 ed. – São Paulo: Rideel, 2005. – (Coleção de leis Rideel. Série mini 3 em 1)
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A dispensa da empregada doméstica gestante como obstativa de direitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1200>>. Acesso em: 12 out. 2006.
- FILHO, Rodolpho Pamplona; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho Doméstico*, 2ª ed., São Paulo: LTr, p. 104
- COUTINHO, Sérgio. Garantia de emprego e estabilidade em caso de discriminação. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2833>>. Acesso em: 12 out. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 25 nov. 2006.

FORMAS DE VIOLÊNCIA EXTRALEGAL: LINCHAMENTOS E EXECUÇÕES SUMÁRIAS

Fazendo “justiça” pelas próprias mãos na Bahia¹

*Tagore Trajano de Almeida Silva**
*Ceci Vilar Noronha***

Sumário • 1. Introdução – 2. Metodologia: 2.1. Coleta de dados; 2.2. Análise de dados – 3. Explorando os conceitos – 4. Resultados: 4.1. Grupos de Extermínio; 4.2. Linchamento – 5. Discussão – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Mas permanece também a verdade de que todo fim na história constitui necessariamente um novo começo; esse começo é a promessa, a única “mensagem” que o fim pode produzir. O começo, antes de tornar-se evento histórico, é a suprema capacidade do homem; politicamente, equivale à liberdade do homem. [...]. Cada novo nascimento garante esse começo; ele é, na verdade, cada um de nós. (*Hannah Arendt*)²

De 2005 a 2006, pesquisadores do Instituto de Saúde Coletiva e da Faculdade de Direito se uniram, a partir do Programa de Iniciação Científica da UFBA – PIBIC/UFBA, para debater as temáticas da Violência, Saúde Coletiva e dos Direitos Humanos. Os objetivos traçados para o estudo partiram dos impactos sociais das mortes violentas, provocadas por ações de extermínio e linchamentos, analisando as informações da imprensa, que representam uma das esferas públicas de debate e a visão dos policiais da Bahia. Ao mesmo tempo, explorou-se as definições e as formas de classificação dos crimes em estudo, principalmente por meio das entrevistas com policiais, a fim de atender ao objetivo e promover a capacitação em pesquisa científica de novos pesquisadores.

Assim, cabe informar que o presente trabalho é um desdobramento dos resumos apresentados nos “*Anais da 58ª Reunião Anual da SBPC – Florianópolis*,”

* Mestrando e pesquisador da Faculdade de Direito da UFBA.

** Professora, pesquisadora e socióloga do Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. Mestre e Doutora em Saúde Coletiva ISC/UFBA.

1. Os autores agradecem às pessoas que ajudaram nesta empreitada: Eduardo Paes-Machado, Rafael Torres de Cerqueira, Iuri Falcão Xavier Mota e Jarbas Maia Linhares.

SC – Julho/2006””, no “II Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos: Diversidade, Identidade e Emancipação” e no “VII Seminário de Pesquisa e Pós-graduação (VII SEMPPG).

*XXV Seminário Estudantil de Pesquisa (XXV SEMEP) da UFBA*⁵”, onde os autores buscaram apresentar o número de casos de linchamentos e execuções noticiados na imprensa baiana, fenômeno que tem reflexos nos atendimentos de urgência dos hospitais e unidades de saúde. Considerando a imprensa como fonte, meio de comunicação que apresenta os números mais elevados, pois no período de 1997 a 2001, tivemos 166 matérias relativas a linchamentos ou tentativas que não levaram à morte das vítimas por conta da intervenção policial⁶. Por conseguinte, a complexidade do objeto de estudo se revela pela dificuldade mesma em obter números precisos.

A mesma dificuldade em obter estatísticas fidedignas se aplica às mortes e lesões provocadas pelas ações dos grupos de extermínio. De 1996 a 1999, segundo a imprensa, 332 mortes foram atribuídas à ação dos grupos de extermínio na Bahia⁷. Ademais, a recente criação do Grupo Especial de Repressão aos Grupos de Extermínio, pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia, leva a crer que o problema assumiu maior visibilidade nas políticas de Estado.

Consta no Relatório da Sociedade Civil sobre Execuções Sumárias no Brasil⁸ que a prática de extermínio pode existir sem ligação direta com a polícia, todavia,

-
- ARENDDT. Hannat, *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 531.
 - A reunião anual da SBPC aconteceu na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis, entre 16 e 21 de julho de 2006. Para visualização do resumo apresentado pelos autores, favor acessar: http://www.sbpnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_2939.html.
 - O II Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos: diversidade, identidade e emancipação ocorreu entre os dias 25 a 28 de julho na Universidade Federal do Paraná, sendo uma realização do Centro de Estudos Jurídicos do programa de pós-graduação em Direito da UFPR – CEJUR. Neste encontro, discutiram-se temas como sistema público de comunicação, os sentidos dos Direitos Humanos na América Latina; língua, cultura e dominação; segurança pública no Brasil e nos demais países latino-americanos. Paralelamente, são realizadas diversas apresentações de atividades culturais como hip hop, fandango, exposições fotográficas e mostra de cinema.
 - Seminário de pesquisa anual realizado pela Pró-reitoria de pesquisa e pós-graduação da UFBA. Para visualização do resumo apresentado pelos autores, abrir o link: http://www.pibic.ufba.br/seminario/principal.php3?f_funcao=exibe_resumo&a_resumo=53170-A3A.
 - CERQUEIRA, Rafael Torres de; NORONHA, Ceci Vilar. Cenas de Linchamento: reconstrução dramática da violência coletiva. In *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 2, p. 163-172, mai./ago. 2004. p. 01. Para visualização, favor acessar: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v9n2/v9n2a03.pdf>.
 - RIBEIRO. Lutz Mulert Souza, Pesquisa sobre Crimes de Homicídio na Bahia. In: OLIVEIRA, Nelson de; RIBEIRO, Lutz Mulert Sousa; ZANETTI, José Carlos (org.). *A Outra face da Moeda: Violência na Bahia*. Salvador: CJP-BA, 2000. p. 72-91.
 - LIMA JR, Jayme Benvenuto. (Org.); PIOVESAN, Flávia; CAVALLARO, James Louis; BRITO, Valdênia; OLIVEIRA, José Fernando da Silva Luciano. *Relatório Da Sociedade Civil Sobre Execuções Sumárias No Brasil De 2001*.

os levantamentos estatísticos demonstram que quase sempre há o envolvimento de um ou mais integrante policial e mesmo quando não, há o apoio discreto da polícia. Deste modo, o referido relatório denomina estes casos de grupo de extermínio como casos de execução sumária, arbitrária ou extrajudicial.

Dados do Ministério da Justiça de 1999 confirmam a participação de policiais em práticas de grupos de extermínio, sejam chefiando grupos ou como forma de ações particulares motivadas pelo mote de justiça privada. Consoante informações desse Ministério, no Brasil ocorreram, no primeiro semestre de 1999, 1.148 casos de mortes noticiados como sendo cometidos por policiais em atividades rotineiras de combate ao crime ou por grupos de extermínio, o que equivalem a 8,25 % do total.

Tais dados configuram, assim, na sociedade atual, tentativas de constituição de uma justiça paralela, onde todas as fases devidas do processo legal são subtraídas e a regra passe a ser as diversas práticas heterodoxas de punição, entre elas o linchamento e as ações dos grupos de extermínio.

Portanto é diante desta preocupação que se justifica o interesse pelo tema de investigação, como forma de compreender as diversas visões dos fenômenos, a partir dos organismos detentores da missão de inibir tais práticas criminosas: o Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Militar e a Polícia Civil.

2. METODOLOGIA

Este estudo coletou e analisou informações sobre execuções sumárias e linchamentos na Bahia, com especial atenção para os eventos ocorridos na Região Metropolitana de Salvador, no período de 2002 a 2005, tomando como fontes a imprensa escrita e as polícias Militar e Civil.

Inicialmente, pensou-se em fazer um levantamento de informações publicadas na imprensa nos anos de 2002 a 2004, porém o objeto foi ampliado para a inclusão de 2005. Nesse período reuniram-se 152 matérias relativas às execuções sumárias, enquanto que foram coletadas 200 matérias correspondentes a linchamentos. A coleta de matérias da imprensa demandou algum tempo, visto o grande número de notícias a serem depuradas para identificação dos casos ocorridos na Região Metropolitana de Salvador.

Dada a complexidade do objeto a ser estudado, as estratégias metodológicas foram quantitativas e qualitativas, visando a tanto levantar o número de mortos e feridos, o de inquéritos iniciados para a punição dos envolvidos como agressores, quanto a compreender as lógicas que presidem tais eventos.

Tentou-se, por fim, obter uma reconstrução ampla das implicações sociais e legais das execuções sumárias e das práticas de linchamento: Quem participa

das agressões? Por que participa? Quem é vítima desses atos? O que pensam os policiais sobre esses eventos?

2.1. Coleta de dados

O desenvolvimento do projeto implicará em levantar informações junto a:

- a) **Jornais** – identificando e organizando um banco de dados com todas as matérias relativas aos eventos em estudo, analisando também as narrativas dos jornalistas. Acredita-se que estes profissionais não apenas descrevem os fatos, mas emitem valores em relação às vítimas e às motivações dos agressores.
- b) **Polícia Militar** – entrevistas com policiais que fazem o policiamento ostensivo para conhecer o que eles pensam sobre estas formas de violência.
- c) **Polícia Civil** – coleta das estatísticas de ocorrências de homicídios ou lesões corporais, bem como o levantamento do número de inquéritos.

Outra estratégia metodológica utilizada foi entrevistas com policiais da corporação Civil e Militar. Escolheram-se duas Companhias Independentes da Polícia Militar, situadas na área do subúrbio ferroviário da cidade de Salvador, local que as matérias jornalísticas indicavam como área em que ocorreu grande número de linchamentos e mortes por grupos de extermínio. Para a realização dessas entrevistas, foi redigido um roteiro de perguntas que englobava os dois eventos, e, principalmente, o modo pelos quais, os policiais viam as características destes delitos e o envolvimento da própria corporação nestes eventos.

Realizamos 13 entrevistas, apesar de insistentes idas e contatos às delegacias e sede de CIA. Quanto à receptividade à pesquisa, notamos que a Polícia Militar foi mais disponível às nossas solicitações, e houve maiores dificuldades em relação à Polícia Civil, instituição em que foram freqüentes as recusas por parte dos profissionais. Com tais dificuldades, conseguiu-se entrevistar, apenas, cinco policiais civis que atuavam na região da Chapada do Rio Vermelho, Santa Cruz e Nordeste de Amaralina.

2.2. Análise de dados

Com as estatísticas policiais, foram organizadas tabelas e calculados os percentuais de casos de linchamento e execução sumária, dentre os demais.

3. EXPLORANDO OS CONCEITOS

O linchamento caracteriza-se como uma forma de fazer ações de vigilantismo, ou seja, eliminação ou punição física dos indesejáveis. O termo “linchamento”

deriva-se de CHARLES LYNCH, fazendeiro norte-americano da Virgínia que dirigia uma organização, na época da Revolução Americana, que se destinava a julgar e punir bandidos e simpatizantes dos colonizadores ingleses. Esta justiça sem formalidades, rápida e natural, prosperou com o passar dos anos como forma de intimidação às minorias que na época eram caracterizadas pelos negros libertos.

A prática de linchamento de pessoas, hodiernamente, caracteriza-se por ser um fato relacionado à falta de confiança dos grupos sociais quanto ao exercício da justiça. É um fenômeno de evento de difícil conceituação, já que a própria multiplicidade dos aspectos envolvidos na definição pode gerar controvérsias. Contudo, podem-se identificar características comuns:

[...] os linchamentos são “crimes” cometidos por cidadãos em estado de multidão, contra pessoa ou grupos menores que romperam uma norma pré-estabelecida. São ações motivadas por mentes conservadoras, de indivíduos descrentes do poder dos aparelhos judiciais que tentam, pela morte dos “expurgos sociais”, restabelecer a ordem perdida⁹.

Atos de linchamento são praticados no Brasil desde o período colonial, sendo identificadas muitas motivações para os mesmos. Nesse sentido, HASS (2003), estudando um caso concreto de linchamento ocorrido em Chapecó, Santa Catarina, em 1950, descobriu que neste tipo de fato, por vezes, registra-se o envolvimento de mentes conservadoras que visam assegurar formas de poder local perante um grupo que se sentiu vilipendiado.

Nada obstante, juridicamente, este tipo de conduta coletiva configura uma atenuante Penal à prática de um crime, ou seja, a pena será reduzida quando for praticado um crime sob influência de multidão em tumulto, se não provocado pelo próprio agente¹⁰. Existe uma menor força na reprovação da conduta¹¹.

Reconhecendo o sentimento de onipotência gerado pela clandestinidade provocada pela participação da turba, é como se o Direito reconhecesse que o estado de multidão é elemento caracterizador para distinguir o linchamento de outras formas de execução sumária, pois nele há um distintivo que é o componente basicamente emocional e coletivo.

[...] O que vem a ser denominado de multidão é um conceito complexo, que envolve mais do que um simples aglomerado de pessoas. A verdadeira multidão o é menos

9. CERQUEIRA, Rafael Torres de; NORONHA, Ceci Vilar. Cenas de Linchamento: reconstrução dramática da violência coletiva. In *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 2, p. 163-172, mai./ago. 2004. p. 01

10. BRASIL, *Código Penal Brasileiro*. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Artigo 65, III, e

11. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V.01. parte geral. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p. 437.

pelo número dos que a compõem do que pelas características de sua mobilização e participação nos atos de linchar¹².

Quanto ao que concerne às motivações para o linchamento, um dos autores deste trabalho já teve a oportunidade de escrever sobre o tema, destacando que diversas são as formas de motivação¹³, uma vez que a prática do linchamento hoje é mais utilizada como uma forma de controle social e eliminação dos “indesejáveis”. Para a autora, os cidadãos clamam por resgatar o controle social no cotidiano dos bairros e de centros comerciais. Contudo, influenciados pelo medo social que cada vez mais se expande, a própria comunidade manifesta-se intolerante às pessoas que causam desconforto aos círculos de relações sociais. Incluem-se entre os “indesejáveis” aqueles que, despertando suspeitas, têm comportamentos não aceitos no círculo social, traços de personalidade ou aparência, não sendo estes bem acolhidos no bairro por suas condutas¹⁴. Contudo, as formas como os cidadãos vivenciam esta forma de medo, não devem influenciar a maneira de atuação dos órgãos institucionais legítimos.

Conseqüentemente, uma concepção que orienta os grupos sociais que praticam ou aprovam atos de violência, como execuções sumárias ou linchamentos, é que só se poderia responder a esta violência com outra forma de violência, seja institucionalizada ou não. No Brasil, este posicionamento tem sido muito difundido e propagado, sobretudo nas camadas menos abastardas e descrentes de justiça, por intermédio dos meios de comunicação.

A guerra social está presente no cotidiano do Brasil com a existência de chacinhas. Contudo, o uso da força por grupos privados não pode ser visto, pois, como resultado exclusivo da ausência do Estado, mas também de profundas mudanças na sociedade. A sociedade mudou as formas de vida de seus grupos sociais, seja com uma segmentação da população, como, também, com a diminuição de compromissos com interesses gerais¹⁵.

Este arrefecimento do coletivo para o individual colabora para que órgãos institucionalizados, como Polícia Militar, Polícia Civil, que devem em princípio proteger toda a sociedade, preste-se a práticas de segregação e eliminação física de pessoas.

-
12. *Apud* HASS, Mônica. *O Linchamento que muitos querem esquecer*. Chapecó: Argos, 2003.
 13. As motivações podem ser caracterizadas contra honra das famílias, como o estupro, até a vingança contra assaltantes de transportes coletivo, perturbadores do patrimônio e praticantes de crimes como: furto e/ou roubo.
 14. NORONHA, C. V. *Domínios do medo social: Violência, crime e pobreza na Grande Salvador*, (Tese de Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, 2000 pg. 150-160.
 15. FALAIROS, Vicente de Paula. Questão da Violência. In SOUZA JR, José Geraldo de. [et.al] (orgs.) *Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p.83-98.

Consta no Relatório da Sociedade Civil sobre Execuções Sumárias no Brasil de 2001¹⁶ que a prática de extermínio pode existir sem ligação direta com a polícia; todavia, os levantamentos estatísticos demonstram que quase sempre há o envolvimento de um ou mais integrante policial, e mesmo quando não, há o apoio discreto da polícia. Deste modo, o referido relatório denomina estes casos de grupo de extermínio como casos de execução sumária, arbitrária ou extrajudicial.

Tratam-se de casos em que as autoridades ou agentes particulares contam com o apoio explícito ou implícito das instituições, transformando estes aparelhos em organismos legitimadores de tais condutas.

Tanto a polícia como o Judiciário agem refletindo valores conservadores da sociedade. Valores preconceituosos que marginalizam pela raça/etnia, gênero/sexo, classe, dentre outros; e que criam uma espécie de venda aos olhos do Estado, proliferando o medo e a injustiça. Há uma violência simbólica que se institui e generaliza-se.

Essa violência é percebida nos estabelecimentos prisionais, onde a pena não apenas “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferencia”, faria sua “economia” geral. O sistema penal, depois de fazer, os condenados pagarem suas penas, continua a segui-los através de toda uma série de marcações que persegue o “delinqüente”. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra¹⁷.

Pesquisa sobre crimes de homicídios na Bahia, descreve que o perfil da vítima é homem, negro, trabalhador, com idade entre 15 e 35 anos, morador de bairro pobre e quase sempre sem antecedentes criminais. Tais dados são ainda visíveis, em Salvador, pela divisão entre um “centro” policiado, seguro e iluminado, e a “periferia” mal-policiada, insegura e ausente de serviços básicos. Tudo isso, colabora para que sujeitos já estigmatizados, como “bandidos”, “marginais”, “estupradores”, sejam exterminados pela brutalidade policial como uma forma de combater a criminalidade e de fazer justiça¹⁸.

Dados do Ministério da Justiça, de 1999, confirmam a participação de policiais em práticas de grupos de extermínios, sejam chefiando grupos ou como forma de

16. Para maiores informações, acessar site: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/jglobal/relatorio1.html>.

17. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 226-227.

18. RIBEIRO, Lutz Mulert Souza, Pesquisa sobre Crimes de Homicídio na Bahia. In: OLIVEIRA, Nelson de; RIBEIRO, Lutz Mulert Sousa; ZANETTI, José Carlos (org.). *A Outra face da Moeda: Violência na Bahia*. Salvador: CJP-BA, 2000. p. 72-91.

ações particulares motivadas pelo mote de justiça privada. Consoante informação deste Ministério:

[...] no primeiro semestre de 1999 aconteceram 23,3 mil homicídios no Brasil, o que daria um total de 46,6 mil no ano. Desse total, em 18 estados, a imprensa noticiou 13.917 casos em 1999, o ano base da nossa pesquisa. Entre esse universo, houve 1.148 casos noticiados como sendo cometidos por policiais ou por grupos de extermínio, o que equivale 8,25 % do total. Se aplicasse essa razão (de 8,25%) ao total aproximado de 46,6 mil homicídios em 1999, daria aproximadamente 3,840 casos de homicídios cometidos por policiais e grupos de extermínio, naquele ano[...].

Deste modo, o conceito de execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais, traz em seu bojo referência explícita a instituições do Estado, como a policial. Assim, conceitua-se **execuções sumárias** como sendo:

[...] todo e qualquer homicídio praticado por forças de segurança do Estado (policiais, militares, agentes penitenciários, guardas municipais) ou similares (grupos de extermínio, justiceiros), sem que a vítima tenha a oportunidade de exercer o direito de defesa num processo legal regular, ou, embora respondendo a um processo legal, a vítima seja executada antes de seu julgamento ou com algum vício processual; ou ainda, embora respondendo a processo legal, a vítima seja executada sem que lhe tenha sido atribuída uma pena capital legal.

Contextualizando com o nosso estudo, Rafael Cerqueira¹⁹ descreve que o conceito de grupo de extermínio, na imprensa, confunde-se com o de linchamento, gerando ambigüidades na definição da autoria do fato social. Ambos devem ser entendidos, segundo o autor, sob a ótica da teoria do vigilantismo. O vigilantismo presume a existência de grupos sociais dispostos a disputar com o Estado constituído o monopólio do uso da força para utilizá-la contra os “indesejáveis”.

As ações do vigilantismo incluem também os esquadrões da morte com o envolvimento de policiais em atuação na segurança pública ou em ocupações paralelas. Para CHEVIGNY (2000), a violência policial é tanto mais comum quando há um governo civil fraco, incapaz de manter seu braço armado sob controle e de exigir punição para os transgressores²⁰.

Buscou-se, na presente pesquisa, portanto, caracterizar cada um desses eventos: o linchamento e as execuções sumárias, tentando fazer uma abordagem sociológica deste evento na Região Metropolitana de Salvador.

19. CERQUEIRA, Rafael Torres de. *Linchamento e criminalidade: Agressões e Mortes num quadro de Medo e Insegurança Social*. (Dissertação de Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, 2004.

20. CHEVIGNY, Paul. Definindo o papel da Polícia na América Latina. In: *Juan E. Méndez; Guillermo O'Donnell & Paulo Sérgio Pinheiro (orgs.). Democracia, violência e injustiça: O Não-Estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000., p. 65-87.

4. RESULTADOS

4.1. Grupos de Extermínio

No período estudado, foram encontradas 152 matérias, das quais 83% foram casos ocorridos na Bahia. No espaço baiano, destaca-se a Região Metropolitana de Salvador em número de ocorrências correspondendo a 63% dos eventos. Vê-se, no quadro 01, que foi noticiado esse tipo de ocorrência em todos os quatro anos do período pesquisado, tendo uma leve acentuação em 2003. Este ano correspondeu a um caso atípico, chamando a atenção de organismos internacionais, culminando com uma representante das Nações Unidas para investigar uma morte no município de Santo Antônio de Jesus. Sobre esta ocorrência foram noticiadas 15 matérias.

QUADRO 01					
Reportagens	Grupos de Extermínio				
	2002	2003	2004	2005	Total
Nº de matérias	49	81	43	48	178
Nº de casos na Bahia	47	30	39	31	147
Nº de casos na região Metropolitana	40	19*	25	22	87
Nº de casos no Interior	7	7	10	9	33
Nº de casos fora da Bahia	2	4	4	17	27

* 15 reportagens sobre o caso de Santo Antônio.

As matérias descrevem que a atuação dos agressores é orientada para matar pessoas jovens envolvidas em atividades criminosas ou pessoas que detêm informações sobre as redes de tráfico, roubo de cargas e outros ilícitos.

É intensa a atividade dos grupos, pois quando um deles é preso os números de mortes atribuídas ao mesmo, por vezes, chega a dezenas de pessoas. Entre 2003 e 2005, o Conselho Estadual de Direitos Humanos da Bahia estimou que 30% dos homicídios têm características de ações perpetradas por exterminadores. Contudo, todo um sistema de proteção e sigilo envolve as atividades destes esquadrões da morte, tornando difícil sua identificação, o que permite que os grupos perdurem e criem identidade própria como a “Associação de Messias”, “5ª Elite da Rua Nova” ou “Carro do Rodo”.

Já as entrevistas feitas com os policiais militares e civis levantaram evidências sobre a participação de membros da Polícia Militar e da Polícia Civil na prática de ocorrências de extermínio. Nenhum dos entrevistados negou o envolvimento de colegas:

O grupo de extermínio geralmente é composto por policiais, é feito por policiais. No extermínio, geralmente a vítima é desovada. Ela não fica no local, geralmente, os criminosos pegam a vítima e levam para outro local e deixam o corpo da pessoa

em outro bairro, claramente para baratar as investigações. Então, a investigação é feita na identificação da vítima, porque uma das preocupações é que as vítimas são colocadas no local sem identificação. Então o primeiro passo, é identificar a vítima, daí, identificando a vítima vamos ver se essa vítima tem antecedentes, já cometeu um delito. Para que, nós possamos trabalhar na linha que foi um grupo de extermínio que atuou. O Extermínio se identifica pelo local de desova, porque nós localizamos um corpo em determinado local, o CIA, por exemplo, Ipitanga. Principalmente no CIA, naquelas estradas abandonadas aparece muitos corpos ali. [Pol 04]

Além de admitir a participação de policiais nas ações de extermínio, os entrevistados tentaram enfatizar que essas práticas são objetos de aferição de ganho, mas que por meio de políticas públicas elas estão diminuindo.

Agora, com a criação de um grupo especializado, diminuiu essa pratica, e inclusive, os grupos de extermínio criam hábitos, vamos dizer, tem grupos que só desovam e tal local, então a gente já tira a conclusão de que quem desovou aquele corpo ali, foi determinado grupo de determinado bairro e geralmente esses grupos agem, agem, não é de graça. Eles são policiais e eles agem financiados por comerciantes. Ninguém vai matar ninguém de graça! Financiados por comerciantes, eles se sentem amedrontados e perseguidos, já foram assaltados 15 vezes e na suporta mais, aí, ao invés de procurar o Estado, procuram o grupo de extermínio. E quanto a pratica de atos como estes por policiais civis, não em que haver corporativismo não, tem que apurar e todos responderem pelos seus atos. Não pode haver corporativismo. E o que leva a isso é a impunidade. [Pol 04]

Além de apontar a participação de policiais como agressores, um dos entrevistados enfatizou a participação de comerciantes locais, seja no pagamento ou na organização direta dessas ações como mandantes.

O que ocorre, geralmente, é que comerciantes locais, que são vítimas desses marginais, acabam pagando e até participando diretamente com grupos de marginais armados, policiais corruptos cometendo esses crimes na tentativa de diminuir o número de roubos e de marginais no local. Reprovo, totalmente, porque a finalidade da Polícia Militar é preservar e proteger e não se envolver na prática de crimes e a PM tem se empenhado bastante em prender todos os policiais que acabam se envolvendo com estas praticas e por isso, nos últimos anos, tem conseguido acabar e até zerando o número de policiais envolvidos com estes crimes. [Sgt 03]

Por fim, como mecanismo de auto-justificativa para as violências praticadas, um policial disse:

Na verdade, a sociedade cria esses mecanismos para depois exterminá-los. Porque quem cria o exterminador é a própria sociedade descrente de medidas e que para sobreviver recorre ao exterminador. Para manter ela estável, mata-se os ratos para que o resto sobreviva, mas quem deu alimento aos ratos? Aqui mesmo, teve um caso de um policial que se chamava Rambo. Era motorista e passou por acesso a policial. Não teve preparação prévia para ser policial. Começou a ter poder na

mão, ganhar confiança de delegado e outros policiais. Então tudo que ele falava era verdade, acabou envolvendo, delegado e outros policiais, já que acreditavam no que ele falava. [Pol 05]

4.2. Linchamentos

Quanto aos linchamentos, encontramos 200 matérias que narram a atuação dos agressores, cujas ações visam aos criminosos reincidentes, já que representam um “perigo para a comunidade”. Movidos por sentimentos de ódio e revolta cidadãos em estado de multidão cometem tais ações.

As entrevistas apontam no mesmo sentido; ora os entrevistados enfatizam os meios que são utilizados, ora as motivações, que estariam nos “crimes bárbaros”, bem como enfatizam a descrença nos mecanismos do Estado, como a própria Polícia e o Poder Judiciário.

São delitos que causam uma revolta maior na população, ou seja, um estupro com menor, os chamados crimes bárbaros. Crimes que venham a atingir a própria família, ou então, quando ele já um marginal contumaz naquela área. Sempre ali, com a população, ela se revolta e em uma oportunidade consegue pegá-lo. Fazer justiça pelas próprias mãos. [Ten 01].

Crime bárbaro. Um elemento que pega alguém, uma criança, ou uma pessoa fraca, pessoas indefesas. É fruto do momento, da ira que faz ter esse tipo de reação. Uma mãe, um pai por um filho, mata por questão da emoção. Tem pessoa que não dá nem conta do que fez. [Sd 01]

Os entrevistados da polícia civil, também, foram enfáticos assinalando os sentimentos de ódio de uma comunidade que se segue à constatação da ocorrência de um crime violento.

O linchamento, ele ocorre no flagrante. Após o criminoso cometer o crime. A multidão pega, no momento de ódio, da raiva, da ira e comete o crime. Então a investigação não tem dificuldade, porque os comentários são muito grandes, logo de imediato consegue as informações identificando dois ou três e estes identificam o resto do grupo, já que eles vão denunciando o outro. Linchamento é no momento, não é uma coisa premeditada, no momento que o indivíduo comete o crime a multidão vem e ataca. Não existe uma coisa premeditada, organizada como no caso de linchamento. [Pol 04]

O delegado pode atuar solicitando perícia no local, provas técnicas. E na verdade, ficar no pé do perito para que ele realize os exames necessários. A perícia no local é imprescindível, já que ali pode se coletar dados, como: as digitais e pólvora combusta das pessoas que se encontravam naquela região, além da coleta dos instrumentos. É o perito que tem um olhar técnico do crime, ele que desvenda pequenas situações. O linchamento é um crime movido pela emoção, não calculam, nem pensam nos efeitos do que estavam fazendo. Pode acontecer a qualquer tempo, sendo sempre crimes bem cruéis já que são movidos por demasiada emoção. [Pol 01]

5. DISCUSSÃO

As conseqüências da violência extralegal levantaram desafios à própria ordem constitucional, pois as estratégias de “justiça popular” encontraram-se disseminadas com a participação de policiais e outras instâncias de poder. Desvendar para a sociedade as estreitas articulações entre as práticas de linchamentos e execuções arbitrárias, interpretando-os sobre a ótica da teoria do vigilantismo: grupos sociais dispostos a disputar com o Estado constituído o monopólio do uso da força para utilizá-la contra os “indesejáveis”; foi o objetivo deste trabalho.

Os discursos da imprensa analisados indicam que as vítimas de exterminadores ou de linchamentos são, em parte, adolescentes ou adultos jovens, envolvidos com atividades ilegais, por vezes, crimes contra o patrimônio ou tráfico de drogas. Todas essas situações seriam casos a serem resolvidas com a mediação das agências de controle social.

Já quanto às conseqüências do linchamento, elas são diversas, tanto para os agressores que pouco figuram como indiciados nesses eventos, já que há uma dificuldade em se identificar os autores; tanto para as vítimas que não tiveram o Direito à defesa em um devido processo legal.

A vingança individual e desproporcional do homem, no lugar de um processo legal Estatal, gera aceitação de uma população descrente do poder judiciário. Resta restabelecer a confiança no exercício da justiça formal e reduzir a impunidade no país, a fim de que se estabeleça uma segurança aos indivíduos e um respeito à constituição, às leis e princípios do país²¹.

Desta forma, o Estado não pode se transformar em agressor aos direitos humanos, como também não pode deixar de exercer sua função precípua de proteger e manter a segurança da sua população. Trata-se de um pacto de convivência onde a obrigação moral de respeitar tais princípios e normas nasce do reconhecimento recíproco de seres com um valor interno, do respeito pela própria dignidade e dos demais cidadãos²².

No caso do Brasil, visualiza-se a participação de agentes públicos em práticas de execução sumária e baixa eficiência no controle de atos como os de linchamento. Há, por conseguinte, uma necessidade emergente, nos dias atuais, de entender as instituições sociais, mediante pesquisas empíricas dos modos de atuação dos órgãos do sistema de controle social.

21. DALLARI, Dalmo. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense (Col. Primeiros Passos), 1995.

22. SILVA, Marilucia Flenik da, Direitos Humanos como fundamento ético para a construção de uma nova cidadania, à luz do pensamento Arendtiano. In *PIOVESAN, Flávia, (coord.). Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 76-101.

Deste modo, somente com o reconhecimento de que todo o ser humano é detentor dos mesmos direitos que são atribuídos a ele mesmo, será possível alcançar todo e qualquer um à dignidade de pessoa humana, proclamando-se a igualdade e o valor das pessoas, como primado axiológico sobre o qual se funda a justiça social²³.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Bahia visualiza-se, ao decorrer dos últimos 15 anos, um crescimento simultâneo dos índices de criminalidade urbana e da violência extralegal, seja a praticada por multidões de civis movidos pela ira em relação aos transgressores, ou as ações de grupos de extermínio. A discussão na esfera dos direitos humanos cresce.

A mídia e outros estudiosos indicam que estes fenômenos aumentam. Percebeu-se, assim, que nos últimos anos, ainda é alto o número de casos de linchamentos e execuções noticiados na imprensa baiana e que estes fenômenos se refletem em pressões por atendimentos de urgência nos hospitais e unidades de saúde, bem como demandam pelos aparatos de justiça formal.

Apesar de todos os avanços registrados na proteção internacional dos direitos humanos, persistem violações graves e maciças. São inegáveis alguns avanços, como uma maior “jurisdicionalização” dos direitos humanos e garantias de igualdade processual²⁴, sendo que na Bahia, a criação do Grupo Especial de Repressão a Crimes de Extermínio (Gerce) vem obtendo bons resultados.

Deste modo, deve-se buscar uma diminuição desses eventos e uma eficaz ação do Estado a fim de coibir tais práticas, diminuindo a participação de agentes públicos em práticas de execução sumária e aumentando a eficiência no controle de atos como os de linchamento.

7. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, Direitos Humanos e Democracia: Re-construindo o Conceito-Liberal de Cidadania*.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 531.
- AZEVEDO, Thales. Linchamentos no Brasil. Universidade Federal da Bahia. *Revista Istoé* Em: 19 de junho de 1991. Linchamento – a pena de morte já existe.

23. Ibidem. p. 99

24. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: *SOUZA JR, José Geraldo de. [et.al] (orgs.) Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 31-32.

- BENEVIDES, Maria Victoria & FERREIRA, Rosa Maria Fischer. *Respostas Populares e violência urbana: o caso de linchamento no Brasil* (1979-1982)
- BRASIL, Código Penal Brasileiro. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Artigo 65, III, e;
- CERQUEIRA, Rafael Torres de; NORONHA, Ceci Vilar. Cenas de Linchamento: reconstrução dramática da violência coletiva. In *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 2, p. 163-172, mai./ago. 2004.
- CERQUEIRA, Rafael Torres de. *Linchamento e criminalidade: Agressões e Mortes num quadro de Medo e Insegurança Social*. (Dissertação de Mestrado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, 2004.
- CHEVIGNY, Paul. Definindo o papel da Polícia na América Latina. In: *Juan E. Méndez; Guillermo O'Donnell & Paulo Sérgio Pinheiro (orgs.). Democracia, violência e injustiça: O Não-Estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000., p. 65-87.
- CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In *FESTER, A. C. Ribeiro (org.). Direitos Humanos e Medo, Aids, Anistia Internacional, Estado e Literatura*. São Paulo: Editora brasiliense, 1989.
- DALLARI, Dalmo. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense (Col. Primeiros Passos), 1995.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Questão da Violência. In: *SOUZA JR, José Geraldo de. [et. al] (orgs.) Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p.83-98.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes. 1987. p. 226-227.
- HASS, M., *O linchamento que muitos querem esquecer: Chapecó, 1950-1956*. Santa Catarina: Argos – ed. Universitária, 2003, 184 pgs.
- LIMA JR, Jayme Benvenuto. (Org.); PIOVESAN, Flávia; CAVALLARO, James Louis; BRITO, Valdênia; OLIVEIRA, José Fernando da Silva Luciano. *Relatório Da Sociedade Civil Sobre Execuções Sumárias no Brasil de 2001*.
- NELSON-LEMONS, Ana Tereza. *Grupos de extermínio e accountability ao nível municipal. Universidade Federal do Rio Grande do Norte*. Núcleo Interdisciplinar de Democracia e Direitos Humanos.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v.01. parte geral. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NORONHA, C. V. *Domínios do medo social: Violência, crime e pobreza na Grande Salvador*, (Tese de Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, 2000 pg. 247.

- RIBEIRO, Lutz Mulert Souza, Pesquisa sobre Crimes de Homicídio na Bahia. In: OLIVEIRA, Nelson de; RIBEIRO, Lutz Mulert Sousa; ZANETTI, José Carlos (org.). *A Outra face da Moeda: Violência na Bahia*. Salvador: CJP-BA, 2000. p. 72-91.
- SILVA, Marilucia Flenik da, Direitos Humanos como fundamento ético para a construção de uma nova cidadania, à luz do pensamento Arendtiano. In PIOVESAN, Flávia, (coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 76-101
- SOUZA, Lídio & MENANDRO, Paulo Rogério Meira. *Vidas apagadas: vítimas de linchamentos ocorridos no Brasil (1990-2000)*. In Revista de Psicologia.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: SOUZA JR, José Geraldo de. [et.al] (orgs.) *Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 27-34.

CAPÍTULO XXVI

A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Vinícios Conceição Silva Silva**

Súmarío • 1. Aspectos introdutórios – 2. Finalidade – 3. Direito comparado e história da legislação brasileira 4. Regramento atual – 5. Constitucionalidade da cláusula de desempenho: A posição do stf: 5.1. Dos elementos fáticos; 5.2. Do pluralismo político e da soberania popular; 5.3. Dos direitos da minoria; 5.4. A lei ordinária em face do poder reformador; 5.5. Do princípio da proporcionalidade e da igualdade de chances; 5.6. Da densidade axiológica do texto constitucional; 5.7. Do conflito de normas; 5.8. Do sistema bicameral perfeito; 5.9. Da decisão final – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A cláusula de barreira, também conhecida como cláusula de exclusão ou de desempenho, consiste na disposição legal que impõe restrições aos partidos políticos quando eles não conseguirem alcançar um determinado número de votos.

Importante fazer a distinção doutrinária¹ sobre a denominação do presente instituto. A cláusula de barreira propriamente dita, seria quando a consequência legal fosse o impedimento de ser lançada qualquer candidatura para cargo do poder executivo ao parlamentar que pertencesse a partido político que não tenha atingido um determinado percentual de votos. Ao passo que, a cláusula de exclusão teria como efeito o cancelamento do registro da sigla no Tribunal Superior Eleitoral.

No direito eleitoral brasileiro como foi assegurada pelo legislador constituinte a liberdade de funcionamento das agremiações políticas, somente sendo condicionada a sua criação a comprovação da representatividade nacional², tem-se verdadeiramente uma cláusula de desempenho uma vez que, conforme será demonstrado no presente trabalho, o resultado do insucesso eleitoral trará apenas limitações de ordem funcional ao exercício do mandato parlamentar.

2. FINALIDADE

É de fácil percepção que a cláusula de desempenho busca coibir a existência de um número muito grande de partidos políticos, especialmente em um sistema

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

1. MÉRO, Carlos Henrique Tavares. A cláusula de barreira no direito eleitoral. *Revista Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 62, out. 2006.
2. Art. 17, inciso I da CF-88.

como o brasileiro, que adota o pluripartidarismo, evitando assim a fragmentação dos parlamentares, levando ao enfraquecimento das legendas.

O móvel desta disposição é evitar também a atuação das chamadas “legendas de aluguel”, bloqueando elas, haverá um nítido favorecimento a governabilidade e ao exercício do poder político cujo titular certamente é o povo³, diminuindo as “barganhas políticas”, a “divisão do bolo” ou o que comumente ouvimos na mídia com o nome de “governo de coalizão”, e que na verdade representa um verdadeiro aparelhamento do Estado, com um preenchimento excessivo dos cargos públicos por critérios políticos, em detrimento do critério técnico que seria mais adequado ao exercício de uma função pública.

Entretanto, esta disposição poderá atacar vigorosamente a diversidade política e a pluralidade de representação, pois impede o funcionamento de pequenos partidos políticos, chamados de “ideológicos”, favorecendo os partidos que tiverem um número significativo de votos.

Desta maneira, a inserção dela no nosso sistema político não pode ser tão rígida a ponto de inviabilizar a atuação de “agremiações de opinião”, se assim fosse ocorreria uma violação expressa ao princípio da democracia representativa, porque haveria exclusão de parcela significativa da população nas decisões mais relevantes do país.

3. DIREITO COMPARADO E HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA⁴

Surgida da Alemanha⁵, devido à República Weimar, onde se instalou um Parlamento com grande representatividade popular, porém não havia condições para a formação de uma maioria parlamentar capaz de governar. Havia consenso para derrubar o governo, mas não para formar um novo. Foi inventada assim a cláusula de barreira para se ter um sistema minimamente funcional.

Isso representou a existência de apenas quatro partidos. No sistema eleitoral alemão só tem representação no Bundestag (Parlamento) ou no Landër (Parlamentos regionais dos Estados), aquele partido que obtiver no mínimo 5% dos votos no total nacional ou eleger pelo menos três deputados distritais.

3. Art. 1º § único da CF-88 “Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

4. A base do estudo feita neste tópico é o voto magistral do ministro Gilmar Mendes nas Adins 1.351-3/DF e 1.354-8/DF.

5. ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

Na Alemanha⁶, a cláusula de barreira está contida no artigo 6º, da Lei Federal de Regime Eleitoral da Alemanha. O número de representantes de cada Estado não é fixo, pois as eleições se dividem em uma parte decidida por votação majoritária e a outra proporcional (sistema distrital misto), que poderá variar conforme o comparecimento do eleitorado, já que o voto é facultativo. A partir disso, são desconsiderados os votos dos partidos que não receberem, pelo menos, 5% nas eleições proporcionais, ou partidos que não elegerem individualmente candidatos em três distritos, no mínimo.

Registre-se o fato de com a unificação com o Leste dada em 1990, houve uma mitigação da regra, sendo admitida a permanência do PDS (Partido do Socialismo Democrático), que reúne os ex-comunistas da Alemanha oriental, possibilitando a pluralidade política, o que de uma certa forma foi uma garantia de manutenção da estabilidade institucional do novo país.

No ordenamento jurídico pátrio⁷ a origem da cláusula de barreira deu-se com a promulgação do Decreto-Lei 8835/56, no seu art. 5º, bem como o Código Eleitoral de 1950, cujo art. 148º negava existência ao partido político que não elegeisse um representante no Congresso Nacional ou não obtivesse ao menos 50 mil votos.

A Constituição Federal de 1967, dita ditatorial, foi à única na nossa história constitucional a disciplinar expressamente a cláusula de desempenho, pois a intenção do regime militar era evitar realmente a pluralidade política organizada através de partidos políticos, obstruindo o direito da oposição se manifestar contrariamente às decisões que definiam os destinos do país.

Segundo o art. 149 da Carta de 1967, não teria vida a agremiação que não atingisse 10% dos votos do eleitorado que votou na última eleição geral da Câmara dos Deputados distribuídos em 2/3 dos Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles, além disso tinha requisitos cumulativos, que tornavam a disposição excessivamente rígida pois ainda seria necessário eleger no mínimo 10% dos senadores e 10% de deputados em pelo menos 1/3 dos Estados.

A Emenda Constitucional nº 01/1969, no seu art. 152º, inciso VII, diminuiu a exigência para 5% dos votos do eleitorado votante na eleição, distribuídos no mínimo em 7 Estados, sendo necessário 7% em cada um deles.

A Emenda Constitucional 11/1978, alterando o art. 152º da Emenda 01/1969, restringe o funcionamento dos partidos ao apoio expresso em voto de 5% do

7. CARVALHO, Kátia de. Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar. *Consultoria Legislativa a Câmara dos Deputados*, Brasília, fev 2003.

8. Voto nas ADIN 1351-3/DF e 1.354-8/DF.

eleitorado, distribuídos em pelo menos 9 Estados, com o mínimo de 3% em cada um deles.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 25/1985, promulgada durante o governo civil de transição democrática, diminuiu o percentual para 3%, distribuídos em pelo menos 5 Estados, com o mínimo de 2% em cada um deles, advertindo o direito do candidato manter o mandato desde que opte no prazo de sessenta dias por qualquer dos partidos remanescentes.

4. REGRAMENTO ATUAL

A Constituição Federal de 1988 não disciplinou expressamente a cláusula de barreira, contudo no seu art. 17, inciso IV, garantiu o funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Tendo por base esta disposição o art. 13 da LPP (Lei de Partido Político) institui o direito ao funcionamento parlamentar a todo partido político que em cada eleição obtenha o apoio de no mínimo 5% dos votos válidos (excluídos os brancos e nulos) em cada eleição para Câmara dos Deputados, distribuídos em 09 Estados, com no mínimo 2% do total de cada um deles.

A grande questão que se coloca é o fato de não existir definição legal ou doutrinária acerca da expressão “funcionamento parlamentar”, a Ministra Carmem Lúcia chama atenção do problema “ funcionamento parlamentar é o exercício de funções parlamentares ou se é o preenchimento dos cargos de função-função no sentido de cargo”⁹.

O que se sabe é que o funcionamento se dará através de bancada, e para a formação desta o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no seu art. 9º estabelece apenas a necessidade do partido ter 05 deputados eleitos. Verifica-se assim um critério distinto e menos rigoroso do estabelecido pela lei dos partidos políticos. Célio Borja⁹ defende a aplicação exclusiva do regimento interno, pois haveria a superposição de normas, devendo prevalecer à disposição do art. 51, inciso IV, da CF-88, que estatui competência privativa da Câmara para dispor sobre o seu funcionamento.

A aplicação da LPP traz como principais efeitos para os parlamentares e os partidos políticos que não atingirem a cláusula de desempenho o seguinte: a perda do direito de participar de comissões e integrar mesa diretora, bem como a restrição do direito de discursar em plenário, a proibição de formar bancadas, nem justapor em blocos, além de não poderem eleger liderança.

O maior problema, todavia, está relacionado ao fundo partidário e a propaganda eleitoral gratuita, tendo em vista que, 1% do fundo partidário será dividido

9. No parecer do eminente jurista datado de 27/01/1999, em resposta a Presidência da Câmara dos Deputados.

entre todos os partidos que tenham registro no TSE e os 99% restantes caberá aos que atingirem a percentagem legal. As agremiações vencedoras terão por semestre, um programa de 20 minutos em cadeia nacional e de igual tempo em cadeia estadual, além de fazer inserções de 30 segundos ou 1 minuto, perfazendo o total de 40 minutos, restando aos demais partidos apenas 2 minutos por semestre para divulgarem a sua plataforma programática, sem direito a inserções.

A sanção pelo mau desempenho eleitoral não condenará a sigla a atuar na clandestinidade, e não afetará o direito do parlamentar votar e nem impede o direito de ser diplomado e tomar posse, conforme ficou assentado na Resolução do TSE de nº 20.198 de 19/05/1998, todavia sua atuação será bastante limitada.

5. CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE DESEMPENHO: A POSIÇÃO DO STF

A discussão acerca da norma do art. 13 da LPP ficou durante muito tempo estagnada, tendo em vista que no art. 56 e 57 da referida lei, a aplicação da cláusula de barreira somente ocorreria na legislatura que fosse iniciada no ano de 2007.

Em dezembro de 2006 diante da eminência da entrada em vigor da norma, e diante de tantos questionamentos da doutrina, dos partidos e dos candidatos fazia-se necessário uma manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade da regra com o texto constitucional, especialmente pelo fato de diversos partidos começarem a se unir para driblar a disposição legal.

O PRONA (Partido da Reedificação da Ordem Nacional) e o PL (Partido Liberal) formaram o PR (Partido da República). A Mobilização Democrática reuniu o PPS (Partido Popular Socialista), o PHS (Partido Humanista da Solidariedade) e o PMN (Partido da Mobilização Nacional). Ao passo que, o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) incorporou o PAN (Partido dos Aposentados da Nação). Desta forma, estes partidos atingiram a cláusula de barreira e teriam funcionamento parlamentar. Essas alianças, contudo, foram desfeitas, com exceção da primeira, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, revelando assim a inexistência de qualquer afinidade programática e ideológica, sendo apenas uma “jogada” política eleitoreira.

A relatoria das ADIns nº 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, coube ao eminente Ministro Marco Aurélio, que deixou claro de logo, que o ponto central das ações seria a compatibilidade do art. 13 da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) com a Constituição Federal, os demais dispositivos atacados, por remeterem ao citado artigo, são alcançados pelo critério da consequência por arrastamento. Em seguida expôs os principais argumentos trazidos pelos autores para defenderem a inconstitucionalidade quais sejam: a ofensa ao pluralismo político, ao princípio da razoabilidade, ao princípio da igualdade e o desrespeito às minorias.

A Advocacia-Geral da União, sustentou a compatibilidade do artigo impugnado com a liberdade de criação de partidos políticos inscrita no art. 17 da Constituição Federal, que inclusive teria uma dimensão maior, somente resguardaria a existência de partidos autênticos (qualificados por um caráter nacional). Além do que, o dispositivo atacado regularia tão somente a questão do funcionamento parlamentar prevista no texto constitucional.

A tese de violação do princípio da isonomia seria insustentável, haja vista que a inconstitucionalidade residiria numa repartição equânime do fundo partidário e do horário eleitoral entre todos os partidos políticos, desconsiderando a disparidade de representatividade popular entre eles. Nesse diapasão, os partidos políticos não teriam direito adquirido a um tratamento isonômico, dado que haveria uma situação de tratamento desigual justificado pela dessemelhança de representatividade.

O parecer da Procuradoria Geral da República teve direcionamento semelhante àquele sustentado pela AGU, levando-se em consideração que a criação dos partidos, apesar de livre, não seria ilimitada, havendo a necessidade de respeito ao requisito “caráter nacional”, auferido durante o pleito eleitoral.

5.1. Dos elementos fáticos

Apesar da Adin ser um processo objetivo, sem partes e sem lide, o Ministro Marco Aurélio levou em consideração os resultados eleitorais como elementos fáticos necessários a fundamentar seu voto. Em síntese, expõe que apenas sete dos vinte e nove partidos políticos inscritos no Tribunal Superior Eleitoral conseguiram preencher os requisitos exigidos na lei ordinária em espeque, sendo eles: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB; Partido da Social Democracia Brasileiro – PSDB; Partido da Frente Liberal – PFL; Partido Progressista – PP; Partido Socialista Brasileiro – PSB; Partido Democrático Trabalhista – PDT.

O referido ministro traz ao debate também o fato do Presidente da Câmara dos Deputados, o Deputado Aldo Rebelo, fazer parte do PC do B, agremiação que não atingiu a cláusula de desempenho, em vista disto o mesmo se quisesse manter fiel as suas convicções políticas – ideológica, seria praticamente um deputado zumbi, sem grande poder de atuação e articulação, ao passo que se mudasse de sigla poderia disputar a reeleição.

A outra questão refere-se ao PSOL, partido de opinião, que nasceu de uma dissidência do PT, e que teve a oportunidade de lançar candidatura própria à Presidência da República nas eleições presidenciais de 2006, passando a ter grande projeção nacional, principalmente pela participação nos debates promovidos pelas emissoras de televisão. Segundo o relator este partido estaria “condenado a não subsistir sem ter experimentado espaço de tempo indispensável a lograr grau de acatamento maior frente ao eleitorado”. E não sairia do estágio embrionário, pois

teria pouquíssimo tempo no horário eleitoral gratuito para se manifestar sobre temas nacionais, divulgar o programa partidário e enviar informes e mensagens aos filiados sobre eventos do partido.

5.2. Do pluralismo político e da soberania popular

Arrazoando o voto para declarar a inconstitucionalidade do mencionado artigo, o Relator lança como primeiro argumento o pluralismo político, que é um dos fundamentos da Constituição, consoante disposto no art. 1º, inciso V.

A democracia impõe formas plurais de organização da sociedade, onde se privilegia o valor intrínseco do pluralismo de idéias e opiniões no campo político.

O pluralismo político é conceituado por José Cretella Júnior¹⁰ como “o sistema em que as opções derivam da competição de vários grupos, representantes de tendências sociais diversas, cabendo ao Estado, tão só, servir como árbitro harmonizador dos conflitos eventualmente surgidos”.

Desse modo, o pluralismo é característica do Estado Democrático de Direito que visa uma maior participação popular nos destinos do país, assim como assegurar a liberdade de criação de partidos políticos.

Ademais, a Carta Maior prevê a liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, como forma de garantir a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Além disso, o art. 17 da Constituição Federal refere-se a qualquer partido político legitimamente constituído, não fazendo distinção entre os mesmos de acordo com o número de votos obtidos em eleições.

Assim, se for constatado que o candidato atendeu todos os requisitos para se candidatar e foi eleito pelo povo para o exercício do mandato, não há como se afastar do cenário nacional essa parcela da população que o elegeu como seu representante, haja vista que o parágrafo único do art. 1º da Constituição prevê que o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

A Ministra Cármen Lúcia, em sucinto e esclarecedor voto, destacou que o voto de todos os cidadãos tem a mesma importância, independentemente de caracteres como raça, credo, ideologia ou classe social, nos termos do artigo

10. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 142.

1º, *caput* da Constituição da República. É o que também afirma Alexandre de Moraes¹¹, segundo o qual “todos os cidadãos têm o mesmo valor no processo eleitoral, independentemente de sexo, cor, credo, idade, posição intelectual, social ou situação econômica. *ONE MAN, ONE VOTE*”.

Portanto, admitir que só terão funcionamento parlamentar os partidos que preencherem as exigências do art. 13, feriria o exercício do poder da população que elegeu determinado candidato, mas não atingindo seu partido à cláusula de desempenho, não teria direito a exercer este poder que lhe foi outorgado.

Outrossim, se a intenção de tal norma é evitar a proliferação de partidos, a medida faz-se desnecessária, pois o rol é automaticamente enxuto, visto que se o partido político não conseguir eleger nenhum representante, logicamente, não terá funcionamento parlamentar. Assim, é o próprio povo quem escolhe quais partidos terão ou não exercício nas Casas Legislativas.

Por conseguinte, a divisão partidária proposta no art. 13, bem como o modo de repartição do fundo partidário e o tempo de propaganda eleitoral levariam a extinção de vários partidos tradicionais, nas palavras dos Ministros do Supremo, levaria a morte por inanição das siglas que não obtivessem um bom desempenho nas eleições.

5.3. Dos direitos da minoria

O STF aborda com grande profundidade a violação dos direitos das minorias. A cláusula de barreira – nos moldes estabelecidos pela Lei nº. 9.096/1995 – estabeleceu uma verdadeira ditadura da maioria, contrariando a Constituição Federal de 1988, a qual não estabelece distinções entre os partidos políticos (como de primeira ou de segunda classe) nem outorga ao legislador ordinário a faculdade de fazê-las.

Ainda na opinião do Min. Relator,

“No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria organizada em tono de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir direito e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria”.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a cláusula de barreira violou o princípio da proporcionalidade, uma vez que negaria funcionamento a partidos políticos

11. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 237.

que obtiveram uma expressiva votação, sacrificando o direito das minorias. O Ministro Carlos Ayres Britto destaca ainda com maestria que o sistema de freios e contrapesos também encontra guarida no Parlamento, conferindo às minorias parlamentares espaços de atuação.

5.4. A Lei Ordinária em face do Poder Reformador

Outro ponto interessante é o fato que, quando da época dos trabalhos de revisão da Constituição Federal de 1988, o então relator e deputado Nelson Jobim, propôs o que seria uma emenda que trataria sobre a cláusula de desempenho, que, caso fosse aprovada, acrescentaria, entre outros, o parágrafo 5º ao art. 17 da Carta Magna:

“§ 5º Somente terá direito à representação na Câmara dos Deputados o partido que obtiver o apoio mínimo de cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles.”

O texto não foi aprovado pelo Congresso Nacional, em sessão unicameral. Ocorre que um ano depois, o legislador ordinário promulgou o Estatuto dos Partidos Políticos, cujo artigo 13 trazia o mesmo conteúdo sem o advérbio “somente”. Dessa maneira, o Ministro Marco Aurélio observa que aquilo que foi reprovado para emendar a Constituição, foi aprovado para vigor como lei infra-constitucional, como se o legislador ordinário tivesse mais poder do que o constituinte derivado.

5.5. Do princípio da proporcionalidade e da igualdade de chances

Tem-se que os 5% dos votos válidos exigidos pela lei para que o partido político pudesse exercer o funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados mostrou-se irrazoável, tendo como parâmetro os números das eleições de 2006. Os dados demonstram que as agremiações partidárias teriam de alcançar mais de quatro milhões e meio de votos.

O PC do B, partido importante na nossa história atingiu quase dois milhões de votos, número esse substancial e expressivo, distribuídos em nove Estados-membros, como por exemplo, Amazonas, Rio Grande do Sul, Ceará, Bahia, Pernambuco e Amapá. Entretanto, mesmo tendo sido eleito 13 deputados, com a incidência do art. 13 da lei 9.096/95, o PC do B não teria direito de participar de comissões e da Mesa da Câmara.

Sendo assim, percebe-se que a cláusula de barreira do modo como foi disposta mostra-se desproporcional, pois ocorrerá o esvaziamento da atuação de nada menos que 22 partidos políticos, atuando efetivamente apenas 7 deles. E não se fale de partidos de legenda de aluguel, posto que o PV, PC do B, PSOL ficariam de fora.

Diferentemente do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes entende que seria possível sim, o legislador ordinário estabelecer uma cláusula de desempenho, não sendo necessário que isso se desse em sede da Constituição, até mesmo porque a concretização do sistema de modelo proporcional já limita os partidos políticos a ingressarem no poder. Todavia, defende que a via eleita pelo legislador foi extremamente delicada, haja vista ter eliminado *in totum* o funcionamento parlamentar. Nos dizeres do Ministro:

“Não se deixou qualquer espaço, não se fez qualquer mitigação, mas, simplesmente, negou-se o funcionamento parlamentar das instituições ou agremiações partidárias que, como vimos, obtiveram um expressivo cabedal de votos. Portanto, aqui, há um sacrifício radical da minoria. Isto realmente parece comprometer o próprio art. 17. É evidente que aqui há um comprometimento da própria cláusula democrática. porque ao garantir 1% do fundo partidário para essas agremiações e dois minutos para divulgação dos seus programas, na verdade, o modelo acabou por comprometer aqui o princípio da igualdade de chances ou da igualdade de oportunidades, que entendo presente na legislação brasileira.”

O Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que a discussão da cláusula de barreira deve se dar dentro de um contexto maior, dentro do que seria a reforma política, envolvendo a discussão acerca da fidelidade partidária, do voto distrital misto ou puro, entre outros aspectos, pois caso fosse feita a análise isoladamente, haveria sempre privilégios às agremiações partidárias maiores e materialmente melhor estruturadas, ferindo, assim, o princípio republicano, democrático e da igualdade.

5.6. Da densidade axiológica do texto constitucional

Interessante ainda, o posicionamento do Ministro Carlos Britto, que entende que toda essa discussão se dá porque a nossa Constituição é densamente axiológica, de modo que sustenta nela própria diversos valores, que quando confrontados na prática, terminam por se mostrarem antagônicos entre si. Assim, por exemplo, os valores A e B, ambos previstos da Constituição são conflituosos quando analisados do ponto de vista prático. Tem-se, contudo, que se optarmos pelo valor B, estará de acordo com lei maior, e o mesmo se dá com o valor A. O que fazer diante dessas situações? Consoante o Ministro Carlos Britto, devemos nos socorrer ao “chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição?”.

5.7. Do conflito de normas

Restringir o funcionamento parlamentar causaria uma incongruência prática, visto que existiriam partidos que seriam legitimados a propor ação direta de

inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, via credenciamento popular, porém não teriam atuação parlamentar.

5.8. Do sistema bicameral perfeito

Deve ser levado em conta também, o fato de o funcionamento parlamentar não o é apenas nas Assembléias e Câmaras, alcançando o Senado da República, e nestes os partidos que não alcançaram a cláusula, elegeram senadores e outros já estão com o mandato em curso. Em vista disso, haveria uma distinção injusta, pois o Brasil adota o Bicameralismo Perfeito, onde ambas as casas estão em pé de igualdade no desenrolar do processo legislativo, e haveria dois pesos e duas medidas se o partido pudesse atuar livremente no Senado e não tivesse direito a funcionamento parlamentar nas demais Casas, o sistema ficaria capenga.

5.9. Da decisão final

Assim, diante de todos estes argumentos o STF declarou à unanimidade a inconstitucionalidade do art. 13 da lei 9.096/95; derrubando a cláusula de desempenho e como consequência todas as disposições que a ela se referiam e estavam contidas na lei. Todavia foram mantidas apenas algumas regras de transição, a fim de se evitar o vácuo legislativo em matéria de fundo partidário e propaganda eleitoral gratuita, disposições estas que terão tempo de vida até o Congresso Nacional editar nova lei que regule o tema.

6. CONCLUSÃO

De todo exposto, concluímos que a cláusula de barreira é uma tentativa legislativa de evitar a proliferação de partidos políticos sem ideologia e sem propostas programáticas. Ela é bastante propícia no sistema político brasileiro, pois a idéia de multipartidarismo não significa fortalecimento da democracia, inclusive em países de tradição bipartidária é possível o estabelecimento de uma pluralidade política séria, em que existe várias tendências e posições políticas dentro de uma mesma agremiação.

Todavia, o estabelecimento de barreiras legais ao funcionamento parlamentar não pode ser de tal ordem que retire a possibilidade de participação de partidos com forte tradição histórica como o PV, o PC do B e PPS, pois dessa forma haveria uma obstrução grave da democracia representativa, tendo em vista que estes partidos não poderiam participar ativamente das funções típicas do Poder Legislativo como legislar e fiscalizar, além de realizar o controle político, financeiro e contábil, aprovar contas, participar da comissão de orçamento e na distribuição do dinheiro público. Além da limitação na atuação ativa no julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelas maiores autoridades da República.

Em vista disso, somos favoráveis à constitucionalidade da cláusula de desempenho, contudo o percentual estabelecido foi ruim, pois prejudicou o funcionamento de bons partidos. E não levou ao desaparecimento das legendas de aluguel, e sim a fusão delas com partidos de tradição, gerando uma maléfica polivalência política, desnaturando ainda mais o caráter ideológico, estimulando a infidelidade partidária.

7. REFERÊNCIAS

- ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Kátia de. Cláusula de Barreira e Funcionamento Parlamentar. *Consultoria Legislativa a Câmara dos Deputados*, Brasília, fev 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v.1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- RABAT, Márcio. Efeitos do art. 13 da Lei dos Partidos. *Consultoria Legislativa a Câmara dos Deputados*, Brasília, dez. 2002.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ed., rev. e atual. até a EC n. 46/2005, 2.tir. – Rio de Janeiro : Impetus, 2005.
- RODRIGUES, Ricardo. Barreira Legal nos Sistemas Eleitorais Proporcionalis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília , v. 32, p.52, jul./set. 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas. Teorias, Instituições, Estratégias*. Rio de Janeiro: Relumbe-Dumará, 1994.

CAPÍTULO XXVII

**A INTERVENÇÃO ANÔMALA
E A DISPENSA DE INTERESSE JURÍDICO
PARA INGRESSO NO PROCESSO**

*Yves West Behrens**

Sumário • 1. Introdução – 2. Intervenção especial das pessoas de direito público – 3. Ressalva quanto à dispensa de interesse econômico – 4. A Intervenção anômala e a isonomia: 4.1 O Regime jurídico-administrativo; 4.2 Interesses público primário e secundário; 5. Possibilidade de enquadramento como *amicus curiae* – 6. Conclusões – 7. Referências Bibliográficas

1.INTRODUÇÃO

A lei 9.469/97 criou, em seu artigo 5º, parágrafo único, instituto bastante controverso, que permite às pessoas de direito público ingressar em processos mesmo sem interesse jurídico, sendo suficiente apenas o econômico.

A polêmica em torno dessa figura jurídica já se anuncia desde a alcinha que lhe foi dada (intervenção anômala), reflexo da grande discussão com relação à sua natureza. Percorre ainda os debates a respeito de eventuais deslocamentos de julgamento em casos de pessoas públicas do nível federal e chega às considerações sobre se a criação de tal prerrogativa fere a isonomia.

É sobre esta última fonte de controvérsia que se pretende discorrer aqui. A princípio, poder-se-ia alegar que o regime jurídico-administrativo a que está sujeita a Administração Pública, sustentado pelo princípio da supremacia do interesse público, permite que seu interesse econômico seja mais valorizado que o dos particulares.

É esse, todavia, o argumento que se pretende refutar aqui, pois deve ser considerada a distinção entre o interesse público primário e o secundário. Na medida em que o segundo não investe necessariamente o Estado da mesma supremacia que o primeiro, o enquadramento do instituto criado pelo parágrafo único do artigo 5º como interesse secundário leva à conclusão de que ele institui uma discriminação injusta, sendo contrária ao preceito constitucional de isonomia.

* Graduando de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Por fim, refuta-se um argumento que poderia sanar a constatação de lesão à isonomia: aquele que define o instituto como forma de *amicus curiae*, não de intervenção. Por possuir interesse na vitória de uma das partes, no entanto, não poderia a pessoa de direito público funcionar dessa forma no processo.

2. INTERVENÇÃO ESPECIAL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO

A lei 9.469, fruto da conversão de uma série de medidas provisórias reeditadas em lei, tinha a finalidade de regulamentar o inciso VI do artigo 4º da Lei orgânica da Advocacia-Geral da União. Originalmente, ela definiria os contornos para a desistência, transigência, feito de acordos e firmamento de compromissos nas causas de interesse da União. Entretanto, extrapolou-se esta competência com a criação de duas modalidades de intervenção de terceiros especiais para entes públicos. Este é o texto:

“Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

Ambas novas modalidades especiais de intervenção causaram reações de estranhamento da comunidade jurídica. Várias impropriedades foram encontradas nos conteúdos de ambas. Destaca-se o expresso rebaixamento do requisito para ingresso de terceiro no processo no parágrafo único.

Sempre se exigiu que houvesse possibilidade de envolvimento, ainda que indireto, do patrimônio jurídico de terceira pessoa na lide para que ela se habilitasse a intervir voluntariamente ou fosse convocada para tanto. É, aliás, o fato de relacionar-se juridicamente com uma ou ambas as partes que confere legitimidade para posterior transformação em parte.

Interesses extrajurídicos, como o sentimental e o econômico, nunca tiveram esse tipo de consequência. Por mais que queira que um devedor ganhe uma causa para poder adimplir dívida, o credor não poderá intervir como assistente se a discussão for completamente estranha ao título que possui, pois seu direito permanece intacto.

A inovação enfrentou forte resistência por parte de juristas que consideraram inadmissível a instituição de prerrogativa que subverte uma parte da teoria geral

do processo para favorecer a Administração Pública. A isonomia estaria violada diante da importância dada pela lei ao patrimônio do Estado. Passa-se a avaliar este suposto ataque à ordem constitucional.

3. RESSALVA QUANTO À DISPENSA DE INTERESSE ECONÔMICO

Antes, porém, cabe fazer uma ressalva. Aqui a argumentação não caminha para declarar inconstitucional ruptura com a forma clássica de intervir. A mudança em relação à modalidade consagrada de ingresso de terceiro no processo, por si só, não engendra defeito. Concorde-se, neste ponto, com Leonardo José Carneiro da Cunha (2004, p.634)

“Não parece haver inconstitucionalidade numa lei que cria nova forma de intervenção de terceiros, fundada num interesse econômico, ainda que indireto. Pode-se, talvez, lamentar a regra, por desatender a um postulado secular, segundo o qual a intervenção de terceiro resulta da demonstração de um interesse jurídico. Mas inconstitucionalidade não parece haver na criação de uma intervenção de terceiros fundada num mero interesse econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de regra decorrente de simples política legislativa.”

4. A INTERVENÇÃO ANÔMALA E A ISONOMIA

Para avaliar se há inconstitucionalidade por lesão à isonomia, é necessário realizar algumas ponderações.

Argüi-se inconstitucionalidade contra essa norma por ela instituir vantagem exclusiva para pessoas de direito público. O patrimônio delas conta agora com mais instrumentos de proteção, já que se torna passível de proteção ainda que a ameaça não seja direta e ainda que não se dê no plano jurídico e não se conseguiria vislumbrar critério justo para tal especialidade no tratamento.

Opõe-se a esse argumento a presença de interesse público na atuação da Fazenda Pública, bem como na preservação de um patrimônio que pertenceria à coletividade. A partir daí é que Leonardo José Carneiro da Cunha (2004, p. 634) traça a divisão entre privilégios e prerrogativas. Segundo ele, os primeiros seriam vantagens sem “fundamento razoável”. A Administração estaria munida, para defender o interesse público, de prerrogativas, que uma vez justificadas pela supremacia deste interesse sobre o privado, princípio constante em nosso ordenamento, apenas efetivariam a própria isonomia, por tratar desigualmente os desiguais.

Essa manifestação do princípio da isonomia, porém, é sempre um argumento de diferença sutilíssima para a verdadeira desigualdade, por não se poder evitar a grande discussão sobre quem é ou não igual, muitas vezes residente em detalhes.

4.1. O Regime Jurídico-Administrativo

De fato, a Administração Pública possui uma série de benefícios, seja no direito material, seja no direito processual, que lhe conferem uma posição favorável. Esta condição decorre de sua regulação pelo Regime Jurídico-Administrativo. Ocorre que, embora em alguns casos esteja submetida ao direito comum, age geralmente sob a incidência de normas especializadas. A especialização consiste não apenas na concessão de maiores poderes, mas também em restrições exclusivas para as pessoas de direito público. Como exemplos de benefícios, podem-se citar a contagem dos prazos em dobro para apelar e em quádruplo para contestar (art. 188 do Código de Processo Civil), e a necessidade de intimação pessoal de seus representantes (Lei complementar 73, art. 38). Já entre as sujeições, encontramos a necessidade de licitação para contratação (art. 37, XXI, Constituição Federal) e de concurso público para seleção de pessoal (art. 37, II, CF).

A razão de ser da instituição do Regime Jurídico-Administrativo é propiciar ao Estado a possibilidade de melhor atender a seus fins, bem como impedir que deles se desvie. No primeiro caso, abrem-se as prerrogativas, no segundo, impõem-se as limitações, em especial, o princípio da legalidade.

Maria Sylvia Zanella di Pietro(2003 , p. 65), justificando esse conjunto normativo diferenciado, constata o seguinte paradoxo: o Direito Administrativo surgiu , ao mesmo tempo para proteger os indivíduos de eventuais pretensões tirânicas de seus governantes e para possibilitar que o Estado pudesse atingir a satisfação dos interesses coletivos.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 43-75), pretendendo sistematizar o Regime Jurídico-administrativo, coloca dois princípios como sustentadores de toda a ordem desse campo do direito: a indisponibilidade do interesse público e a já citada supremacia do direito público sobre o privado. Por não se poder dispor do interesse público, que se não é alheio ao administrador, ao menos não lhe é exclusivo, deve ele obedecer a uma série de regras e princípios não vigentes na ordem privada. Concomitantemente, o ordenamento permite que se tenha margem de atuação maior que o dessa mesma ordem privada para consecução de fins públicos: confere-se uma posição privilegiada (e aqui um defensor da intervenção anômala a justificaria) e uma posição de supremacia, que significa a possibilidade de, na relação com particulares, exercer poderes de que estes não gozam.

4.2. Interesses Público Primário e Secundário

Não é absoluta a justificação das prerrogativas concedidas pela necessidade de satisfação dos interesses públicos. A ressalva está em não igualar interesse público e interesse do Estado. Deve-se observar a definição de interesse público. Segundo o professor Celso Antônio, ela é a seguinte (2006 p. 51):

“Donde o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”

Este é o interesse público primário, consistente na realização de “valores como justiça, segurança e bem-estar social”, conforme Luís Roberto Barroso (2005, p XIII-XIV)

Entrando em choque o interesse do particular com o de toda a coletividade, deve prevalecer o segundo munido da já citada “posição privilegiada”, pois até mesmo o particular tem, em abstrato, interesse na realização do bem-estar social, embora concretamente se oponha a ele se lhe prejudicar em alguma situação específica.

Para poder promover interesses primários, não pode deixar o Estado de cuidar também de assuntos que só dizem respeito à sua manutenção enquanto pessoa jurídica, sem representar verdadeiro interesse da sociedade. São os diversos interesses individuais do Estado, resultantes das relações jurídicas nas quais ingressa para sua própria conservação.

Quando forem estas as relações jurídicas nas quais pretende se defender, no entanto, não poderá dispor de posição privilegiada. Certamente, a defesa do patrimônio público não deve ser subestimada, até porque é justamente ela que viabiliza a efetivação dos interesses primordiais. Contudo, possibilitar sempre à atuação secundária o que se possibilita à primária transforma o Direito Administrativo num “aglutinador de poderes desfrutáveis” para o Estado, para que ele possa “despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo”. Essa a razão para que Luís Roberto Barroso afirme o seguinte (2005, p XIII-XIV):

“(...)o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular.”

No mesmo sentido, expõe Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p 69):

“Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e, muito menos dos agentes governamentais.”

Não se pode, então, aceitar o interesse público como “fundamento razoável” para a dispensa do requisito do interesse jurídico para intervir em uma ação. Mais do que qualquer outra prerrogativa, esta não atende ao interesse da sociedade, pois desde seu texto já está declarado o interesse econômico que a ela faria jus. Ora, interesse econômico redundante exatamente no interesse de auto-conservação, que embora seja, nesse caso, de pessoa estatal, poderia muito bem ser de empresa comum ou de cidadão comum.

Portanto, quando agir como eles, só se deve admitir o ingresso de pessoa jurídica de direito público mediante a forma comum: detendo interesse jurídico. Como a própria norma já foi editada apenas para interesses secundários, perceba-se que não se pode aceita-la em qualquer caso.

5. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO COMO *AMICUS CURIAE*

Pode-se apelar-se a um último argumento para fundamentar a intervenção anômala. Ele reside no seu enquadramento como nova forma de *amicus curiae*.

Esta figura consiste num assistente do julgador em assuntos que exigem conhecimentos jurídicos especializados. Chama-se “amigo da cúria” por auxiliar os juízes a lidarem com legislações específicas com as quais não estão acostumados, ajudando-os a entender o impacto de suas decisões nesses casos.

O *amicus curiae* não tem qualquer pretensão, apenas servindo de instrumento para a qualificação das decisões jurídicas. Não é terceiro, visto que lhe é indiferente o resultado do processo.

“O próprio étimo da expressão – amigo da cúria, ao pé da letra: *friend of court*, para os americanos – já revela que estamos diante de muito mais de um auxiliar do juízo do que de um postulante, sujeito parcial do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento.” (DIDIER JR., 2005, p. 346)

Entender ser a intervenção anômala modalidade de *amicus curiae*, significa dar ênfase à finalidade expressa no parágrafo único do artigo 5º para a intervenção: esclarecer questões de fato e de direito, o que sugere um papel de auxiliar

Ressalte-se: o próprio legislador quis impor a feição de *amicus curiae* à nova figura, como se depreende da exposição de motivos da Medida Provisória Nº 1.561-4, que mais tarde tornou-se a lei em questão:

“Inscreveu-se um parágrafo único no art. 5º regrado a participação de pessoas jurídicas de direito público como “*amicus curiae*, ou seja, permitindo-lhes a intervenção nas causas cuja decisão ainda que indiretamente possa vir a ter reflexos de natureza econômica, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais ao esclarecimento da matéria sub judice, autorizando-lhes ainda recorrer, se for o caso, como se partes fossem, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.” (MENSAGEM Nº 232, DE 1997-CN apud RONCAGLIA, 2007)

Eventual enquadramento dessa intervenção como *amicus curiae* não implicaria em desigualação injusta. Afinal, não haveria privilégio algum para a Administração em tornar-se auxiliar do juízo, seu patrimônio não estaria sendo considerado especial frente aos outros. Pelo contrário, teria lugar busca pela melhoria do serviço público, interesse público primário, pois é importante para todos os membros da sociedade que a solução de conflitos pelo Estado se dê com todos os meios possíveis.

Mas não se pode dizer que seja o caso. A própria lei coloca às claras que nessa intervenção a pessoa de direito público possui o que é básico faltar ao *amicus curiae*: interesse. O parágrafo único do artigo 5º da lei 9.469, ao estabelecer o interesse econômico como necessário à utilização do instituto que cria, impossibilita qualquer configuração dele como “amigo da cúria”. Não é de se imaginar que se auxilie o ofício do juiz e ao mesmo tempo uma das partes.

6. CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto, pode-se concluir:

- 1) A criação de modalidade especial de intervenção que exige somente interesse econômico não fere, a priori, a isonomia.
- 2) A restrição deste instituto somente para pessoas de direito público, todavia, viola este princípio.
- 3) A invocação do regime jurídico-administrativo da Administração Pública para justificar esta prerrogativa não é suficiente, visto que interesse econômico é reflexo do interesse secundário, não coberto por tal regime.
- 4) Considerar a intervenção do parágrafo único do artigo 5º da lei 9.469 forma nova de *amicus curiae* evitaria acusações de inconstitucionalidade, mas é inviável diante da parcialidade de que está revestida essa figura.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto [O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Re-definição da Supremacia do Interesse Público] In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da [Intervenção Anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da lei 9.469/1997] In: DIDIER JR., Fredie ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela Individual e Coletiva*. Salvador: Edições JusPodivm, 2005
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo:Atlas, 2003.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- RONCAGLIA, Daniel. *Amicus Curiae: Estados respondem por suas empresas na justiça*. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/52953,1>>. Acesso em: 17/07/07

Editoração eletrônica e produção gráfica:

Couto Coelho

E-mail: coutovsk@yahoo.com.br – Tel.: (71) 3371-7370 / 9915-5969